

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO

LISBOA

1994

BOLETIM DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

Director

Procurador-Geral da República

Proprietário

Ministério da Justiça

Editor

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Rua Vale de Pereiro, 2, 4.º

1250 LISBOA

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

Redacção

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Assinatura e distribuição

Rua Vale de Pereiro, 2, 4.º

1250 LISBOA

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

Condições de assinatura anual

Portugal e PALOP 3 500\$00

Estrangeiro 6 000\$00

Revisão gráfica

Carlos Lacerda

Execução gráfica

Europress, Editores e Distribuidores de Publicações, Lda.

Pta. da República, loja A

Póvoa de Sto. Adrião

2675 ODIVELAS

Depósito legal n.º 85938/95

ISSN 0870-7138

Tiragem

4000 exemplares

XIV^{ème}
CONGRÈS INTERNATIONAL
DE DROIT COMPARÉ

RAPPORTS PORTUGAIS

Athènes, 31 juillet - 6 août 1994

ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne

II. B.

**LE STATUT DES BIENS CULTURELS EN DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ**

Introduction

L'idée de la reconnaissance du rôle créateur de l'artiste et de la protection des oeuvres de la culture créées par le génie de l'homme est une idée relativement neuve en Europe occidentale où elle n'est apparue qu'en pleine Renaissance, vers la fin du XVIe siècle¹, mais la préoccupation de maintenir et de sauvegarder le patrimoine culturel en tant que tel est – semble-t-il – quelque peu postérieure.

En tout état de cause, pour ce qui concerne le Portugal, on peut mentionner – outre l'inventaire de 1686 qui existait à la Bibliothèque Royale et y a été perdu lors du tremblement de terre de Lisbonne de 1755² – l'édit (*alvará*) du 20 août 1721, adopté à l'initiative de l'Académie Royale de l'Histoire Portugaise, et qui prenait des mesures pour la conservation et la sauvegarde des “monuments anciens qui existaient et que l'on pouvait découvrir dans le royaume, du temps où celui-ci était sous la domination des Phéniciens, des Grecs, des Carthaginois, des Romains, des Goths et des Arabes”³. Le même édit établissait, sous peine de sanctions, “qu'aucune personne, quels qu'en soient l'état, la qualité et la condition, ne défasse ni ne détruise, en tout ou en partie, aucun édifice qui

¹ Cf. G. REICHELDT, “Die Rolle von UNIDROIT für den Internationalen Kulturgüterschutz – Neue methodische Ansätze im ‘UNIDROIT – Entwurf 1990 über gestohlene und unerlaubt ausgeführte Kulturgüter’”, in *Europa im Aufbruch – Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1993, p. 206.

² Cf. le préambule du Décret-Loi n° 27.633, du 3 avril 1937, *Diário do Governo*, 1ère Série, n° 77, 3.4.1937, p. 312.

³ *Ibidem*; sauf indication contraire, toutes les traductions des textes originaux portugais ont été établies par l'auteur.

s'avère appartenir à ces temps-là, même partiellement détruit, ainsi que les statues, marbres et cippes où des figures sont sculptées ou contiennent des inscriptions phéniciennes, grecques, romaines, gothiques et arabiques, ou des lames ou plaques de tout métal contenant les dites inscriptions ou caractères, ainsi que des médailles ou monnaies qui s'avèrent appartenir à ces temps-là, ou aux temps ultérieurs jusqu'au règne du Seigneur Roi Dom Sebastião [1557-1578], ni recouvre ou occulte quelques-unes des choses susmentionnées"⁴.

Avec l'avènement de la République, en 1910, le Décret n° 1, du 26 mai 1911⁵, reconnaît que “plus un Etat est démocratique, plus il a d'obligations envers l'artiste” et que celui-ci doit être valorisé “dans une société ouvertement libérale”⁶. Cette importante Loi réorganise les services artistiques et archéologiques et les Ecoles des Beaux Arts de Lisbonne et de Porto, crée les Conseils d'Art et d'Archéologie et le Conseil National de l'Art et établit des mesures de classement et de protection des monuments nationaux (Chapitre V – articles 42 à 53) et fait procéder à l'inventaire des oeuvres d'art et des pièces archéologiques existant dans le pays (Chapitre VI – articles 54 et 55).

La Loi n° 1700, du 18 décembre 1924⁷, remplace le Conseil National de l'Art par le Conseil Supérieur des Beaux Arts et prescrit à nouveau l'organisation de l'inventaire des oeuvres d'art et des pièces archéologiques, qu'il s'agisse de biens meubles ou immeubles, “qui possèdent une valeur historique, archéologique, numismatique ou artistique susceptibles de figurer dans un inventaire” (article 38); la Loi n° 1700 a été, par la suite, réglementée de façon très détaillée par le Décret n° 11.445, du 13 février 1926⁸, qui établit les procédures d'inventaire de ces biens culturels en une cinquantaine d'articles environ (Chapitre V – articles 46 à 93).

Pour ce qui est de la notion de biens culturels, l'article 47 du Décret n° 11.445 en donne une énumération assez détaillée, mais non exhaustive:

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Colecção Oficial de Legislação Portuguesa – Ano de 1911*, Lisbonne, Imprensa Nacional, 1912, n° 2, p. 1157 ss.

⁶ Préambule du Décret n° 1, *ibidem*, p. 1157.

⁷ *Diário do Governo*, 1ère Série, n° 281, 18.12.1924, p. 1858 ss.

⁸ *Diário do Governo*, 1ère Série, n° 34, 13.2.1926, p. 135 ss.

aux termes de cet article, sont considérés *oeuvres d'art* ou *objets archéologiques*, à l'exclusion des œuvres d'auteurs encore en vie, “les sculptures, peintures, gravures, dessins, meubles, objets de porcelaine, de faïence et d'orfèvrerie, les verres, émaux, tapis, tapisseries, dentelles, bijoux, broderies, tissus, costumes, armes, objets en fer forgé, bronzes, éventails, médailles et monnaies, inscriptions, instruments de musique, manuscrits enluminés et, d'une façon générale, tous les objets susceptibles de constituer un modèle d'art ou de représenter un enseignement de valeur pour les artistes ou qui, par leur mérite, puissent être dignes de figurer dans des musées publics d'art, ainsi que tous ceux qui méritent d'être qualifiés d'historiques”⁹.

L'inventaire, en vertu de l'article 48 du même décret, comprend deux parties, dont l'une concerne les meubles en possession de l'Etat ou d'autres collectivités – publiques ou subventionnées et sous tutelle de l'Etat – et l'autre les meubles et immeubles en possession des particuliers; par ailleurs, à l'exception des biens appartenant à des particuliers, tous les autres biens culturels, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, sont inaliénables sans l'autorisation du Ministère de l'Instruction Publique (article 49).

Après le coup d'état du 28 mai 1926, qui a mis fin à la 1ère République Portugaise et a été le prélude à l'instauration de l'Etat Nouveau (*Estado Novo*) de Salazar, il faut remarquer que l'article 52 de la Constitution du 11 avril 1933 place “sous la protection de l'Etat les monuments artistiques, historiques et naturels, et les objets artistiques officiellement reconnus en tant que tels, leur aliénation en faveur d'étrangers étant interdite”.

À cette époque, il faut encore mentionner, parmi d'autres, le Décret-Loi n° 23.125, du 12 octobre 1933¹⁰, qui a créé l'Office National des

⁹ Le Décret n° 20.586, du 4 décembre 1931 (*Diário do Governo*, 1ère Série, n° 279, 4.12.1931, p. 2262) précise, dans son article 1er, que les biens culturels soumis à l'inventaire par la Loi n° 1700, le Décret n° 11.445 et par la législation ultérieure ne peuvent pas quitter le pays, à quelque titre que ce soit, sans l'autorisation du Ministère de l'Instruction Publique, qu'ils figurent déjà ou non à l'inventaire; l'article 2 vient ajouter à l'ensemble des œuvres d'art énumérées à l'article 47 du Décret n° 11.445 les livres et les feuillets considérés comme rares et précieux ainsi que les manuscrits non enluminés, les cartulaires, les parchemins et autres documents ayant un intérêt diplomatique, paléographique ou historique.

¹⁰ *Diário do Governo*, 1ère Série, n° 232, 12.10.1933, p. 1740.

Fouilles et Antiquités (*Junta Nacional de Escavações e Antiquidades*), chargé notamment de proposer des mesures visant, d'une part, à éviter la destruction des stations, monuments et objets archéologiques et, d'autre part, à empêcher la sortie du pays de tous les objets archéologiques qui y soient trouvés et qui doivent figurer dans les collections portugaises.

Parmi la législation édictée pendant le régime de l'*Estado Novo*, on aura encore l'occasion de faire allusion par la suite au Décret-Loi n° 27.633, du 3 avril 1937¹¹, qui, comme on le verra, fut pionnier en matière de reconnaissance des lois étrangères de protection des biens culturels¹².

Après cette brève introduction, il nous paraît nécessaire, pour correspondre à l'esprit de la note d'orientation du Professeur Spyridon Vrellis, rapporteur général, de donner un aperçu sommaire du droit substantiel actuellement en vigueur au Portugal en matière de protection du patrimoine culturel (I), avant d'aborder, de façon quelque peu détaillée, les aspects essentiels du Droit international privé portugais afférents au statut des biens culturels (II).

Ière Partie – La protection du patrimoine culturel selon le droit matériel interne portugais

À l'instar de ce qui avait été établi dans le cadre de la Constitution de 1933, l'actuelle Constitution de la République Portugaise du 2 avril 1976 – qui a déjà fait l'objet de trois révisions constitutionnelles en 1982, en 1989 et en 1992 – consacre également la protection du patrimoine culturel portugais.

L'article 78 de la Constitution de 1976 établit, dans son paragraphe premier, que "chacun a droit à la jouissance et à la création culturelles, ainsi que le devoir de préserver, de défendre et de valoriser le patrimoine culturel" et le paragraphe 2 ajoute qu'"il appartient à l'Etat, en collaboration avec tous les agents culturels: (...) c) de promouvoir la sauvegarde et la mise en valeur du patrimoine culturel en le transformant en élément vivificateur de l'identité culturelle commune".

¹¹ Cf. *supra*, note 2.

¹² Cf. *infra*, note 71 ss. et le texte qui s'y rapporte.

Par ailleurs, l'article 9 du texte constitutionnel considère, parmi les "tâches fondamentales de l'Etat", notamment celle de "protéger et de valoriser le patrimoine culturel du peuple portugais (...)" [article 9, e)], alors que le rôle des "associations de défense du patrimoine culturel", mentionné à l'article 73, paragraphe 3, dans le cadre de la reconnaissance à tous les citoyens du droit à l'éducation et à la culture (article 73, paragraphe 1), trouve une application pratique fondamentale dans l'attribution par l'article 52, paragraphe 3, du droit de pétition et d'action populaire en vue de "promouvoir la prévention, la cessation ou la poursuite judiciaire des infractions (...) [afférentes à] la dégradation du patrimoine culturel", ces droits pouvant être exercés non seulement par les dites associations de défense du patrimoine culturel mais aussi par les simples citoyens, à titre individuel.

En résumé, la Constitution de la République Portugaise du 2 avril 1976 souligne la haute importance du patrimoine culturel, lequel fait l'objet "d'un *devoir* de tous de ne pas porter atteinte contre lui et d'en empêcher la destruction (...); d'une *obligation* de l'Etat de ne pas le détruire et de le défendre (...); d'un *droit* de tous les citoyens de le défendre, en en empêchant la destruction (...)"¹³.

Mais la pièce maîtresse de l'édifice législatif de protection des biens culturels au Portugal est la Loi n° 13/85, du 6 juillet 1985 (Loi du Patrimoine Culturel Portugais)¹⁴, loi qui n'est cependant malheureusement pas encore entièrement en vigueur, c'est-à-dire, n'est pas encore totalement efficace¹⁵, car, n'étant pas d'application immédiate – au sens de

¹³ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO – V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ème édition revue, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 378 (souligné dans l'original); ces impératifs constitutionnels sont concrétisés notamment aux articles 2, 6 et 59 de la Loi du Patrimoine Culturel Portugais (cf. la note suivante).

¹⁴ *Diário da República*, 1ère Série, n° 153, 6.7.1985, p. 1865 ss.

¹⁵ Cf. A. FERRER CORREIA, "La vente internationale d'objets d'art, sous l'angle de la protection du patrimoine culturel – Rapport définitif", in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Bâle 1991, vol. 64, tome I, p. 155, note 36, et p. 173, note 73; cf. également, du même auteur, "A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural", tiré à part de la *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1994, p. 25, note 2; cf. encore, sur le problème de la suspension de l'efficacité des lois en droit portugais, J. DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisbonne, 1972, pp. 262-263.

*self-executing*¹⁶ –, elle n'a toujours pas fait l'objet de la publication de toute la législation gouvernementale complémentaire d'application, prévue dans son article 61, paragraphe 1er, qui devait être effectuée dans un délai de 180 jours¹⁷.

Dans ses grandes lignes, la Loi du Patrimoine Culturel présente la structure suivante: le Titre Ier est consacré aux "principes fondamentaux" (articles 1er à 6), le Titre II traite "des formes et du régime du patrimoine culturel" (articles 7 à 43), le Titre III s'occupe "du développement de la conservation et de la valorisation du patrimoine culturel" (articles 44 à 50), le Titre IV établit des "garanties et sanctions" (articles 51 à 59) et,

¹⁶ Sur cette acception des *lois d'application immédiate*, cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma teoria geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 2-3; cf. encore, dans la doctrine portugaise, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tome II – *Introdução à teoria da Constituição*, 2ème édition revue, réimpression, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 222 ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 4ème édition, Coimbra, Almedina, 1986, p. 667.

¹⁷ Pour l'essentiel, il n'y a que deux textes gouvernementaux importants qui ont été édictés depuis 1985 pour compléter la Loi du Patrimoine Culturel: il s'agit, d'une part, du Décret-Loi n° 216/90, du 3 juillet 1990 [*Diário da República*, 1ère Série, n° 151, 3.7.1990, p. 2790 ss., rectifié par une déclaration publiée au *Diário da República*, 1ère Série, n° 252, 31.10.1990, p. 4498-(9) ss.], qui définit le statut organique de l'Institut Portugais du Patrimoine Culturel (prévu à l'article 5 de la Loi n° 13/85), chargé surtout d'"assurer l'accomplissement des obligations de l'Etat dans le domaine de l'inventaire, étude, sauvegarde, valorisation et divulgation du patrimoine culturel portugais (...)", à l'exclusion des biens culturels des archives, des manuscrits de valeur et des livres rares (articles 2 et 3 du Décret-Loi n° 216/90); d'autre part, très récemment, le Décret-Loi n° 289/93, du 21 août 1993 (*Diário da República*, 1ère Série-A, n° 196, 21.8.1993, p. 4462 ss.) a défini des règles relatives au patrimoine culturel archéologique subaquatique (qui était mentionné dans l'article 37, paragraphes 1 et 2, de la Loi n° 13/85).

Un certain nombre d'autres textes de moindre importance ont été édictés, comme, par exemple, le Décret-Loi n° 346/89, du 12 octobre 1989 (*Diário da República*, 1ère Série, n° 235, 12.10.1989, p. 4438), qui crée certaines exonérations fiscales en matière de "réimportation et d'importation définitive d'oeuvres d'art", comme mesure d'incitation à "l'enrichissement artistique national"; dans son article 46, la Loi n° 13/85 prévoit des exonérations ou des dégrèvements de certains impôts, lesquels, cependant, ont été supprimés ou remplacés par d'autres depuis la publication de la Loi.

Il faut ajouter, enfin, que, lors d'une récente rencontre de spécialistes portugais, il a été affirmé que la Loi n° 13/85 est "insusceptible de réglementation" (cf. *Público*, 14.2.1994, p. 20).

finallement, le Titre V contient des dispositions finales (articles 60 à 62).

Le Titre II, qui est le plus important, est subdivisé en deux Sous-titres, dont le premier se réfère aux “biens matériels” immeubles et meubles, y compris les biens archéologiques, qui sont soumis à un régime spécifique (articles 7 à 42) et le second concerne les “biens immatériels” (article 43), dont les “valeurs linguistiques”¹⁸, les “traditions culturelles populaires en voie de disparition” et le “patrimoine photographique, filmique [et] phonographique”.

La définition, trop générale et même quelque peu tautologique, de patrimoine culturel figure à l’article 1er de la Loi n° 13/85: “Le patrimoine culturel portugais est constitué par tous les biens matériels et immatériels qui, en raison de la valeur intrinsèque qui leur est reconnue, doivent être considérés comme étant d’intérêt digne de mention [*relevante*] pour la permanence et l’identité de la culture portugaise à travers les temps”.

Les biens matériels sont soumis à une procédure de *classement* (articles 7 à 20), selon le système bien connu, d’origine française¹⁹, qui peut être déclenchée par l’Etat, par les régions autonomes – Açores et Madère²⁰ –, par les collectivités locales ou par toute personne physique ou morale (article 9).

¹⁸ Il faut remarquer que la langue portugaise, parlée par près de 200 millions de personnes dans les cinq continents, fait l’objet d’une garantie de protection constitutionnelle: parmi les “tâches fondamentales de l’Etat” inscrites à l’article 9 de la Constitution de 1976 figure celle d’“assurer l’enseignement et la valorisation permanente, de défendre l’usage et de promouvoir la diffusion internationale de la langue portugaise” [article 9, f)]; en outre, l’article 7, paragraphe 4, établit, en matière de relations internationales, que “le Portugal maintient des liens spéciaux d’amitié et de coopération avec les pays de langue portugaise” et l’article 15, paragraphe 3, admet l’attribution aux citoyens des pays de langue portugaise, par le biais d’une convention internationale et sous condition de réciprocité, de droits non conférés, en principe, à d’autres étrangers.

¹⁹ Cf. A. FERRER CORREIA, “La vente ...– Exposé préliminaire et questionnaire”, *loc. cit. supra* note 15, p. 95; G. REICHELDT, “La protection des biens culturels”, UNIDROIT 1986 – Etude LXX – Doc. 1, décembre 1986, p. 11: les autres grandes méthodes de définition des biens culturels sont celles de l’*énumération* et de la *catégorisation*.

²⁰ Sur les textes législatifs spécialement applicables à ces régions, cf. *infra*, note 30 ss. et le texte qui s’y rapporte.

Les biens immeubles peuvent être classés comme *monuments, ensembles et sites* (articles 7, paragraphe 2, et 8, paragraphe 1er)²¹ et les biens meubles peuvent être considérés comme ayant une valeur culturelle (article 7, paragraphe 2); les uns et les autres peuvent encore être classés comme revêtant une valeur *locale, régionale, nationale ou internationale* (article 7, paragraphe 2)²².

Les biens culturels meubles – les plus importants pour ce qui est du statut des biens culturels en droit international privé – sont énumérés de façon non exhaustive par l'article 8, paragraphe 2, de la Loi du Patrimoine Culturel:

“Par biens culturels meubles on entend:

- a) Les biens ayant une signification culturelle qui représentent l'expression ou le témoignage de la création humaine ou de l'évolution de la nature ou de la technique, y compris ceux qui se trouvent à l'intérieur d'immeubles ou qui en aient été extraits ou récupérés, ainsi que ceux qui sont ensevelis ou submergés ou qui soient trouvés en des lieux ayant un intérêt archéologique, historique, ethnologique ou en d'autres lieux;

²¹ Pour un classement parallèle à celui-ci en matière d'environnement (*aires protégées, lieux, sites, ensembles et objets classés*), cf. l'article 29 de la Loi n° 11/87, du 7 avril 1987 (Loi de Bases de l'Environnement), *Diário da República*, 1ère Série, n° 81, 7.4.1987, p. 1386 ss. et, déjà avant, l'article 1er, paragraphe 1er, e), et paragraphe 5, du Décret-Loi n° 613/76, du 27 juillet 1976, *Diário da República*, 1ère Série, n° 174, 27.7.1976, p. 1702 ss.

L'article 4, k), de la Loi n° 11/87 préconise des mesures qui visent à renforcer “les actions et mesures de défense et de récupération du patrimoine culturel, naturel ou construit” [cf. aussi l'article 17, paragraphe 3, b), l'article 20 et l'article 40, paragraphe 3] et l'article 5, paragraphe 2, a), inclut dans la définition de l'environnement notamment les facteurs “culturels”.

²² Pour une critique de ce dernier classement, en particulier celui des biens de valeur *internationale*, lequel relève de la compétence de l'UNESCO, cf. M. NOGUEIRA DE BRITO, “Sobre a legislação do património cultural”, *Revista Jurídica*, nos 11-12, nouvelle série, janvier-juin 1989, pp. 175-176. Il faut mentionner à ce propos que le Portugal est Partie à la Convention pour la Protection du Patrimoine Mondial, Culturel et Naturel, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 16.11.1972 (approuvée pour ratification par le Décret n° 46/79, du 6 juin 1979, *Diário da República*, 1ère Série, n° 130, 6.6.1979, p. 1259 ss; ratifiée le 2.10.1980, Avis du Ministère des Affaires Etrangères du 28 octobre 1980, *Diário da República*, 1ère Série, n° 264, 14.11.1980, p. 3883).

- b) Les oeuvres de peinture, sculpture et dessin, les textiles, les espèces organologiques, les outils ou les objets ayant une valeur artistique, scientifique ou technique;
- c) Les manuscrits précieux, les livres rares, en particulier les incunables, les documents et les publications présentant un intérêt spécial dans les domaines scientifique, artistique ou technique, y compris les espèces photographiques, cinématographiques, les enregistrements sonores et autres;
- d) Tous les biens, du passé ou du présent, de caractère religieux ou profane considérés comme ayant une valeur dans les domaines scientifique, artistique ou technique”.

Selon l’article 4, paragraphe 4, de la Loi n° 13/85, “indépendamment du type de propriété, les biens culturels seront soumis à des règles spéciales, qui établiront, notamment, leur fonction sociale, leur aliénation et leur forme d’intervention”, c’est-à-dire, si nous avons bien compris cette dernière référence, les modalités d’intervention des pouvoirs publics vis-à-vis de ces biens.

En attendant la législation complémentaire d’application prévue à l’article 61, paragraphe 1, de la Loi, il faut cependant relever l’importante disposition de son article 28, selon lequel “[l]es biens culturels meubles classés sont insusceptibles d’acquisition par usucapion”, ce qui déroge au régime de droit commun du Code civil portugais de 1966 en matière d’usucapion de biens meubles²³.

Il faut aussi souligner que l’article 48 de la Loi n° 13/85 prévoit un régime spécial pour les baux d’immeubles classés, de façon à éviter leur dégradation et à contribuer à leur préservation.

Par ailleurs, l’exportation définitive de biens culturels meubles classés ou en voie de classement est interdite (article 34, paragraphe 1er, de la

²³ En substance, selon les articles 1298 ss. du Code civil, les délais d’usucapion des biens meubles varient entre un minimum de deux et un maximum de dix ans, selon qu’il y a ou non enregistrement, titre d’acquisition, bonne foi. les délais devant toujours, en tout cas, être comptés à partir de la cessation de la clandestinité ou de la violence de la possession (articles 1300, 1, et 1297 du Code civil); cf. J. de OLIVEIRA ASCEN-
SÃO, *Direito Civil – Reais*, 5ème édition revue et augmentée, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 295 ss., *maxime*, p. 299.

Loi), sous peine de sanctions pénales non encore spécifiées (article 34, paragraphe 3), sauf s'il s'agit de biens importés temporairement (article 33, paragraphe 1er) ou, à titre exceptionnel, avec l'autorisation du Ministre de la Culture (article 30, paragraphe 2); l'aliénation des biens classés, qu'ils soient meubles ou immeubles, doit être communiquée préalablement au Ministre de la Culture (article 17, paragraphe 1er), sous peine d'annulation, à la demande de celui-ci (article 55), et l'Etat, les collectivités territoriales et les propriétaires de biens partiellement classés jouissent, selon cet ordre, du droit de préemption, en cas de vente de biens classés ou en voie de classement (article 17, paragraphe 2); ces mêmes biens peuvent faire l'objet d'expropriation s'il y a risque de dégradation par la faute du propriétaire (article 16).

L'article 36 de la Loi du Patrimoine Culturel établit que "les biens archéologiques, immeubles ou meubles, sont patrimoine national"²⁴.

En ce qui concerne les sanctions, outre celles mentionnées à l'article 34, paragraphe 3, de la Loi²⁵, ou prévues par le Code pénal²⁶, il faut souligner

²⁴ Pour une critique de ce type de dispositions, cf. P. LALIVE, "Observations" à l'"Exposé préliminaire" de A. Ferrer Correia (cf. *supra*, note 19), *loc. cit. supra*, note 15, p. 138 (n° 11.3); en sens contraire. I. SEIDL-HOHENVELDERN, "Observations" au même exposé, *ibidem*, p. 135 (n° 3): "La loi de la République de l'Equateur déclarant biens de l'Etat et *res extra commercium* les trésors archéologiques encore inconnus et ensevelis me paraît une mesure relativement efficace de protection et guère plus choquante que le droit régalien sur les gisements de pétrole"; A. FERRER CORREIA, "La vente ...", *ibidem*, p. 164, trouve cette comparaison de l'auteur autrichien "impressionnante" et l'approuve.

On peut cependant remarquer que le texte d'application de la Loi du Patrimoine Culturel Portugais est plus nuancé que celui de l'article 36 de la Loi: en effet, l'article 2, paragraphe 1er, du Décret-Loi n° 289/93 (cf. *supra*, note 17) statue que "[l]es biens mentionnés à l'article précédent [l'article 1er définit les biens meubles et immeubles qui constituent le patrimoine culturel subaquatique] *sans propriétaire connu* sont propriété de l'Etat" (souligné par moi), ce qui correspond au régime de droit commun de l'article 1345 du Code civil portugais, lequel, toutefois, ne s'applique qu'aux biens immeubles.

²⁵ Cf. *supra*, l'avant-dernier paragraphe du texte.

²⁶ Le Code pénal portugais de 1982 punit d'une peine de prison de 3 à 10 ans la destruction de monuments culturels et historiques en temps de guerre, de conflit armé, ou pendant l'occupation, sans nécessité du point de vue militaire (article 192), punit d'une peine de prison de 1 à 10 ans le vol qualifié de biens meubles "ayant une valeur scientifique, artistique ou historique et qui font partie de collections publiques ou accessibles au public" [article 297, paragraphe 1er, b)] et punit d'une peine de prison

que l'article 35, paragraphe 4, de la Loi prévoit que l'exportation illégale de biens culturels implique leur saisie et leur incorporation dans les collections de l'Etat ou, le cas échéant, leur retour aux pays d'origine de ces mêmes biens.

On aura encore, par la suite, l'occasion de faire référence à l'article 31 de la Loi n° 13/85, disposition qui constitue le prolongement direct de la doctrine pionnière du Décret-Loi n° 27.633, du 3 avril 1937, dans le domaine de la prise en considération des lois étrangères de protection du patrimoine culturel²⁷.

Pour l'instant, il est encore nécessaire de compléter cette vue panoramique du régime actuel des biens culturels en droit matériel portugais, en y ajoutant quelques indications qui nous semblent indispensables.

La Loi n° 13/85 a été partiellement déclarée inconstitutionnelle, pour vice de forme, avec force obligatoire générale, par un arrêt de la Cour constitutionnelle portugaise, du 23 mai 1989²⁸, dans la mesure où il a été démontré par l'Assemblée régionale des Açores que cette Région autonome n'avait pas été sollicitée, en temps utile et en bonne et due forme, à donner son avis avant l'adoption, par l'Assemblée de la République, de la Loi du Patrimoine Culturel, en ce qui concerne les matières qui, tout en relevant de la compétence de celle-ci, concernent néanmoins les Régions autonomes, contrairement à ce que prescrit notamment l'article 231,

de 2 à 6 ans ou d'une amende jusqu'à 200 jours les dommages infligés aux monuments publics ou à divers types de biens culturels [article 309, paragraphe 1er et paragraphe 3, a), b) et c)].

L'article 52 de la Loi du Patrimoine statue que le vol simple, le vol qualifié et les dommages matériels de biens culturels seront spécialement qualifiés aux termes du Code pénal, alors que les infractions aux obligations de caractère administratif, notamment pour les cas où une autorisation du Ministère de la Culture est requise, sont punies d'une amende prévue à l'article 53, paragraphe 1er, de la Loi.

Enfin, le Décret-Loi n° 289/93 (cf. *supra*, note 17) prévoit des sanctions pécuniaires non pénales (*coimas = Geldbußen*) aux articles 76 ss.: il s'agit là non pas de cas d'illicéité pénale mais d'*ilícito de mera ordenação social* (= *Ordnungswidrigkeit*): cf., à ce propos, dans la doctrine portugaise, Eduardo CORREIA, "Direito Penal e direito de mera ordenação social", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XLIX, 1973, pp. 257-281.

²⁷ Cf. *supra*, notes 2 et 12, et *infra*, notes 71 ss., 74 ss. et le texte qui s'y rapporte.

²⁸ Arrêt de la Cour constitutionnelle (Assemblée plénière) n° 403/89, du 23.5.1989, *Boletim do Ministério da Justiça*, n° 387, juin 1989, p. 225 ss.

paragraphe 2, de la Constitution de la République Portugaise de 1976²⁹.

Étaient en cause, entre autres, les normes de l'article 61, paragraphe 2, de la Loi n° 13/85 ["Les dispositions qui concernent les conditions spécifiques des régions autonomes seront élaborées par les assemblées régionales respectives"] et de l'article 62, qui abrogeait toute la législation antérieure contraire à la Loi.

En raison de cette importante décision judiciaire, le Décret Régional n° 13/79/A de l'Assemblée régionale des Açores, du 16.8.1979³⁰, relatif au patrimoine culturel de cette région autonome, a été remis en vigueur, en vertu de l'article 282, paragraphe 1er, de la Constitution³¹.

Par ailleurs, l'Assemblée législative régionale de la Région Autonome de Madère a édicté, le 16.8.1991, le Décret Législatif Régional n° 23/91/M, relatif au régime de protection des biens meubles du patrimoine culturel de cette autre région autonome³².

Alors que ce dernier texte législatif régional renvoie aux dispositions pertinentes de la Loi n° 13/85, qu'elle réglemente, en l'adaptant aux conditions spécifiques de l'archipel de Madère, en application de l'article 229, paragraphe 1, d), de la Constitution, il n'en est évidemment pas de même avec le décret régional des Açores, qui est antérieur à cette loi, mais tous les deux organisent la protection du patrimoine culturel des régions autonomes, avec la seule grande différence que le texte des Açores se réfère aux biens immeubles et meubles, tandis que celui de Madère ne mentionne que les biens meubles.

Il ne nous semble pas utile de décrire en détail ces deux textes législatifs, mais nous voudrions tout de même souligner une autre différence

²⁹ Dans la version alors en vigueur, avant la révision constitutionnelle de 1989 – d'ailleurs identique au texte actuel –, l'article 231, paragraphe 2, de la Constitution de 1976 établissait que "[l]es organes de souveraineté [dans le cas présent, il s'agissait de l'Assemblée de la République] consulteront toujours, quant aux domaines de leur compétence relatifs aux régions autonomes, les organes de gouvernement régional".

³⁰ *Diário da República*, 1ère Série, n° 188, 16.8.1979, p. 1961 ss.

³¹ Dans la version alors en vigueur – identique au texte actuel –, l'article 282, paragraphe 1er, de la Constitution de la République Portugaise statuait que "l'a déclaration d'inconstitutionnalité (...) avec force obligatoire générale produit ses effets depuis l'entrée en vigueur de la norme déclarée inconstitutionnelle (...) et entraîne la remise en vigueur (*represtinação*) des normes qu'elle aurait éventuellement abrogées".

³² *Diário da República*, 1ère Série, n° 187, 16.8.1991, p. 4163 ss.

assez importante entre eux: alors que le décret de Madère fixe, à son article 12, une *coima* (*Geldbuße*), applicable aux personnes physiques ou morales pour le transfert en dehors de la région – mais à l'intérieur de l'espace national – de meubles classés ou inventoriés sans communication préalable au Secrétaire Régional à la Culture, l'article 16 du texte législatif des Açores fixe une peine d'amende (*multa*) de caractère administratif, qui est appliquée par arrêté du Secrétaire Régional à la Culture en ce qui concerne les infractions au décret non visées au Code pénal.

Cette dernière disposition d'un décret régional remis en vigueur en vertu de la déclaration d'inconstitutionnalité partielle de la Loi n° 13/85 est à son tour, en principe, elle-même inconstitutionnelle, car l'amende est une sanction pénale et la définition des peines relève de la réserve de compétence législative de l'Assemblée de la République, qui doit, en principe, légiférer en cette matière, sauf le cas d'autorisation législative accordée au Gouvernement [article 168, paragraphe 1er, c), de la Constitution]³³.

Il en va différemment pour ce qui est de l'article 12 du décret législatif régional de Madère, car, si le régime général de punition des *actos ilícitos de mera ordenação social* (*Ordnungswidrigkeiten*) relève également de la réserve de compétence législative de l'Assemblée de la République [article 168, paragraphe 1er, d), de la Constitution], ce régime général existe déjà, cette sanction étant donc conforme à la Constitution³⁴.

Pour terminer ce rapide survol du régime juridique de la protection des biens culturels au Portugal, on peut dire qu'il y a une assez grande distance entre les intentions proclamées de façon solennelle par la Loi du Patrimoine Culturel et le manque de textes législatifs gouvernementaux d'application, sans lesquels la Loi ne peut pas avoir une pleine efficacité.

Comme on l'a vu, le classement et l'inventaire des biens culturels est une tâche toujours à l'ordre du jour au moins depuis plus de 80 ans, car,

³³ A moins que l'on puisse, par le biais d'une interprétation "actualiste", considérer qu'il s'agit là, en fait, non d'une amende (*multa*), mais d'une *coima* (*Geldbuße*) [en ce sens, implicitement, J. J. GOMES CANOTILHO-V. MOREIRA, *Constituição ...* (*supra*, note 13), p. 673], ce qui rendrait cette sanction pécuniaire compatible avec la Constitution (cf. la note suivante).

³⁴ Il s'agit du Décret-Loi n° 433/82, du 27 Octobre 1982 (*Diário da República*, 1ère Série, n° 249, 27.10.1982, p. 3552 ss.), édicté par le Gouvernement avec l'autorisation accordée par la Loi n° 24/82, du 23 août 1982 (*Diário da República*, 1ère Série, n° 194, 23.8.1982, p. 2463); cf., dans le sens de ce qui est dit dans le texte, J. J. GOMES CANOTILHO - V. MOREIRA, *Constituição ...* (*supra*, note 13), pp. 208, 670, 673.

déjà prévue tout de suite après la proclamation de la République, en 1910³⁵, elle n'est toujours pas achevée³⁶, ce qui a obligé le législateur de 1985 à maintenir en vigueur "tous les effets découlant de précédents classements de biens culturels immeubles" (article 60 de la Loi n° 13/85).

Malgré l'adoption de la Loi du Patrimoine par le vote unanime de tous les partis politiques représentés à l'Assemblée de la République – ce qui est assez rare au Portugal et révèle qu'il y a un consensus national sur ce terrain –, le retard du passage, en matière de protection des biens culturels, de la *law in the books* à la *law in action* a même suscité certaines critiques dans la doctrine portugaise, qui mettent l'accent sur l'"imprécision" et la "désarticulation" de la politique législative dans ce domaine³⁷.

Il est maintenant grand temps de passer à la deuxième partie de notre travail, où nous aborderons de façon synthétique la question du statut des biens culturels sous l'angle du Droit international privé.

IIème Partie – Aspects essentiels du Droit international privé portugais afférents au statut des biens culturels

Pour tracer le plan de cette partie de notre travail, nous ferons appel aux distinctions établies par deux éminents internationalistes grecs, P. G. Vallindas et Ph. Francescakis.

P. G. Vallindas³⁸ distinguait entre le Droit international privé (DIP) *stricto sensu* – qui comprenait, pour l'essentiel, les matières du domaine des conflits de lois – et le DIP *lato sensu*, qui englobait, en outre, la procédure civile internationale.

Ph. Francescakis, à son tour, à part la procédure civile internationale (et donc sur le terrain du DIP *stricto sensu*, au sens de la distinction de son compatriote), a établi une autre distinction fondamentale entre règles

³⁵ Cf. *supra*, note 5 et le texte qui s'y rapporte.

³⁶ Le classement se poursuit toujours au moment actuel: cf., par exemple. "Palacete de Queluz monumento nacional", *Público*, 1.12.1993, p. 47.

³⁷ Cf. M. NOGUEIRA DE BRITO, "Sobre a legislação ..." (*supra*, note 22), p. 176; cf. également l'observation rapportée *supra*, note 17, *in fine*.

³⁸ Cf. P. G. VALLINDAS, "Droit international privé 'lato sensu' ou 'stricto sensu'", *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, tome I, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, pp. 509-518.

d'application immédiate, règles de DIP matériel et règles de conflit³⁹, catégories qu'il a considérées tantôt comme des *procédés*, tantôt comme des *méthodes*, tantôt comme des *démarches* différentes du DIP *stricto sensu*⁴⁰.

Dans la suite de notre étude sur le statut des biens culturels en DIP portugais, nous consacrerons donc une subdivision au DIP *stricto sensu* (1) – où nous étudierons successivement la méthode des conflits de lois (A), celle des règles de DIP matériel (B) et celle des règles d'application immédiate (C) – et une autre subdivision au DIP *lato sensu* (2), où nous passerons en revue les règles de compétence juridictionnelle internationale des tribunaux portugais (A), les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers (B) et l'arbitrage privé international (C); nous tiendrons compte non seulement des règles de source interne, mais nous ferons aussi allusion aux règles de source internationale qui lient internationalement l'Etat portugais – et doivent donc être appliquées par les juridictions portugaises – en divers domaines pertinents pour notre étude.

(1) DIP *stricto sensu*

(A) Méthode des conflits de lois

Il n'y a pas de règles de conflit spécifiques concernant les biens culturels en DIP portugais; nous nous bornerons donc à indiquer brièvement quelles sont les règles applicables en cette matière, pour ce qui est du statut des obligations contractuelles [a)], du statut réel [b)] et, enfin, de certaines autres questions de DIP qui concernent la méthode des conflits de lois [c)].

a) Statut des obligations contractuelles

Le Portugal vient très récemment de ratifier la Convention de Funchal, du 18 mai 1992, relative à l'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à

³⁹ Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris. Sirey, 1958, p. 11 ss.

⁴⁰ Pour les références, cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas ... (supra, note 16)*, vol. II, pp. 972-973 et note 3007 ss.; cf. également *ibidem*, vol. I, n° 5, p. 7 ss.

la signature à Rome le 19 juin 1980⁴¹, qui n'est cependant pas encore entrée en vigueur en ce qui concerne le Portugal, conformément à son article 5, la Convention de Rome du 19.6.1980 ne liant par conséquent pas encore ce pays. D'ailleurs, même si elle était déjà devenue obligatoire pour le Portugal, il serait quelque peu redondant de procéder ici à une étude détaillée des solutions de la Convention de Rome en matière de loi applicable aux obligations contractuelles. Nous nous limiterons donc à mentionner les règles de conflit du DIP commun portugais qui intéressent notre sujet.

L'article 41 du Code civil portugais⁴² établit ce qui suit:

“Article 41 (*Obligations provenant d'actes*⁴³ *juridiques*)

1. Les obligations naissant d'un acte juridique ainsi que la substance de celui-ci sont régies par la loi que les parties ont désignée ou ont eue en vue.

2. La désignation ou la référence des parties ne peut toutefois porter que sur une loi dont l'applicabilité correspond à un intérêt sérieux des déclarants ou qui est en rapport avec un des éléments de l'acte juridique pris en considération par le droit international privé”.

⁴¹ *Diário da República*, 1ère Série-A, n.º 28, 3.2.1994, p. 520 ss. (Décret du Président de la République n.º 1/94, texte de la Convention de Funchal et de la Convention de Rome). La Convention de Rome est entrée en vigueur le 1er avril 1991, après la septième ratification (celle du Royaume-Uni) le 29 janvier 1991: cf. v.g. H. LESGUILLONS. “Loi applicable aux obligations contractuelles: entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1991, p. 268.

⁴² Nous adoptons ici le texte de la version française des dispositions de droit international privé du nouveau Code civil portugais du 25.11.1966, entré en vigueur le 1er juin 1967, publiée par la *Revue critique de droit international privé*, 1968, p. 369 ss. L'article 41 se trouve, sur le plan systématique, à la Sous-Section III (*Loi régissant les obligations*), de la Section II (*Règles de conflit*) du Chapitre III (*Droit des étrangers et conflits de lois*), du Titre Ier (*Des lois, de leur interprétation et application*) du Livre Ier (*Partie générale*) du Code civil: c'est donc au Chapitre III du Titre Ier du Livre Ier du Code civil que se trouve la plupart des normes de DIP (articles 14 à 65 du Code civil).

⁴³ En réalité, le texte portugais parle de “*negócios jurídicos*” et non d’“*actos jurídicos*”; le *negócio jurídico* équivaut au *negotium* (*Rechtsgeschäft*, *negozio giuridico*) et est une catégorie plus restreinte que celle d’*acte juridique*.

Le statut contractuel est donc régi par la loi d'autonomie – c'est-à-dire, par la loi choisie par les parties, explicitement ou implicitement, car la volonté hypothétique n'a pas été accueillie par le législateur portugais, en matière de détermination de la loi applicable⁴⁴.

Comme on peut le déduire facilement du n.º 2 de l'article 41, la liberté de choix de la loi applicable n'est pas pleine et entière: il faut, pour que le choix soit valide, qu'il y ait un lien de caractère *objectif* ou *subjectif* entre le cas d'espèce et la loi désignée par les intéressés pour régir le statut des obligations⁴⁵.

S'il n'y a pas eu cependant de loi désignée par les intéressés, soit explicitement, soit implicitement, ou si la loi choisie n'a pas de lien avec la situation juridique en cause ("intérêt sérieux des déclarants", d'une part, ou "rapport avec un des éléments de l'acte juridique pris en considération par le droit international privé", d'autre part), il faudra recourir aux critères supplétifs définis par l'article 42 du Code civil:

"Article 42 (*Critère supplétif*)

1. À défaut de détermination de la loi compétente, on s'en tiendra, quant aux actes juridiques unilatéraux, à la loi de la résidence habituelle du déclarant et, quant aux contrats, à la loi de la résidence habituelle commune des parties.

2. À défaut de résidence commune, il sera fait application aux contrats à titre gratuit de la loi de la résidence habituelle de celui qui confèrera l'avantage et aux autres contrats de la loi du lieu de conclusion".

La loi applicable à défaut de choix de la loi, et en l'absence d'une résidence habituelle commune des parties, est différente, comme on le voit, selon qu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux (vente, échange) ou d'un contrat à titre gratuit (donation): dans le premier cas, on appliquera la loi du lieu de conclusion du contrat (*lex loci celebrationis*) et dans le second la loi de la résidence habituelle de celui qui confère l'avantage, soit la loi de la résidence habituelle du donateur.

⁴⁴ Cf., en ce sens, J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2ème édition, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 363-364.

⁴⁵ Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições ... (supra, note 44)*, pp. 361-362.

Le recours, en dernier lieu, à la loi du lieu de conclusion en matière de contrats onéreux, à défaut de résidence habituelle commune des parties, est une solution traditionnelle, assez critiquée en raison du caractère souvent fortuit du lieu de conclusion ou même parce qu'en maintes occasions il n'y a pas de lieu de conclusion (contrats par correspondance); c'est probablement pour ces raisons que cette solution a été ultérieurement mise en cause par le législateur portugais lui-même dans le cadre de la Loi portugaise sur l'arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29 août 1986)⁴⁶.

En effet, le chapitre VII de cette Loi, consacré à l'arbitrage international⁴⁷, contient une disposition – l'article 33 – qui adopte une solution assez différente de celle qui est prévue par l'article 42 du Code civil, quant à la loi applicable à défaut de choix et même quant aux termes de la désignation de la loi d'autonomie:

“Article 33 (*Droit applicable*)

1. Les parties peuvent choisir le droit applicable, sauf si elles ont autorisé les arbitres à statuer en équité.
2. À défaut de choix le tribunal applique le droit le plus approprié au litige”.

⁴⁶ Nous utilisons ici la traduction française non officielle établie par D. MOURA VICENTE pour la *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 487 ss.

⁴⁷ Selon l'article 32 de la Loi n.º 31/86, “est international l'arbitrage qui met en jeu les intérêts du commerce international”; sur cette disposition, cf., dans la doctrine portugaise, A. FERRER CORREIA, “O problema da lei aplicável ao fundo ou mérito da causa na arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 231, note I; I. MAGALHÃES COLLAÇO, “L'arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l'arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29 août 1986) – Quelques réflexions”, in *Droit International et Droit Communautaire, Actes du Colloque, Paris 5-6 avril 1990*, Paris, Fondation Calouste Gulbenkian – Centre Culturel Portugais, 1991, p. 59 ss.; D. MOURA VICENTE, *Da arbitragem comercial internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 41; A. MARQUES DOS SANTOS, “Nota sobre a nova Lei portuguesa relativa à arbitragem voluntária – Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto”, in *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, p. 47.

D'une part, il semble qu'il n'y ait plus, dans les litiges soumis à l'arbitrage commercial international – qui peuvent parfaitement avoir pour objet des biens culturels devant être exportés à partir du Portugal ou devant être importés au Portugal –, de limites assez strictes à la désignation de la loi applicable telles que celles qui figurent à l'article 41, 2 du Code civil; d'autre part – et cela est plus important –, la loi applicable à défaut de choix n'est plus indirectement désignée par le biais des règles de conflit du droit international privé, mais est, au contraire, *directement* déterminée par les arbitres: c'est la *voie directe*⁴⁸, bien qu'il existe une controverse dans la doctrine portugaise pour savoir si cette notion a un caractère conflictuel (dans le sens du *lien le plus étroit* ou du *principe de proximité*, selon la terminologie de P. Lagarde)⁴⁹, ou s'il s'agit plutôt d'une notion purement matérielle ou substantielle, afférente au contenu de la loi désignée⁵⁰.

Le domaine de la loi du contrat comprend tout ce qui se rapporte à la substance du contrat (c'est-à-dire, à sa formation et à sa validité intrinsèque) et à ses effets en matière d'obligations (y compris, en principe, l'exécution⁵¹ et la non-exécution du contrat et les conséquences

⁴⁸ En ce sens, cf. A. FERRER CORREIA, "O problema..." (*supra*, note 47), p. 249; I. MAGALHÃES COLLAÇO, "L'arbitrage ..." (*supra*, note 47), p. 63 ss.; A. MARQUES DOS SANTOS, "Nota ..." (*supra*, note 47), p. 47 ss.

⁴⁹ En ce sens, J. NUNES PEREIRA, "Direito aplicável ao fundo do litígio na arbitragem comercial internacional", in *Revista de Direito e Economia*, 1986, p. 266; D. MOURA VICENTE, *Da arbitragem ...* (*supra*, note 47), p. 241 ss.

⁵⁰ En ce sens, cf. I. MAGALHÃES COLLAÇO, "L'arbitrage ..." (*supra*, note 47), pp. 63-64; A. FERRER CORREIA, "O problema ..." (*supra*, note 47), p. 249 ss., critiquant cependant cette solution *de jure condendo*; nous laissons ici de côté la question de savoir si le droit le plus approprié au litige peut être la *lex mercatoria*: sur ce point, en sens affirmatif, cf. I. MAGALHÃES COLLAÇO, "L'arbitrage ..." (*supra*, note 47), p. 63; A. FERRER CORREIA, "O problema ..." (*supra*, note 47), pp. 251-252; voir encore A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas ...* (*supra*, note 16), vol. 1, p. 679, note 2231, et les autres références qui y sont citées.

⁵¹ Les modalités d'exécution des obligations étaient régies, d'après l'article 4, 2.º du Code de commerce portugais de 1888, par la loi du lieu d'exécution: voir, en ce sens, I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda em Direito Internacional Privado – Aspectos fundamentais*, vol. I, Lisbonne, 1954, p. 330; on peut cependant s'interroger sur le maintien en vigueur de cette disposition après l'entrée en vigueur du nouveau Code civil: voir, pour une réponse négative, I. de OLIVEIRA VAZ, "Da vigência das normas de conflitos contidas no Código Comercial após a entrada em vigor do Código Civil de 1966", in *As operações comerciais*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 153 ss., *maxime* p. 157.

qui en découlent, c'est-à-dire, la responsabilité contractuelle)⁵²; seuls sont exclus du domaine du statut des obligations contractuelles les effets réels, qui, comme on le verra par la suite, relèvent du statut réel⁵³.

Il va de soi que les règles d'application immédiate qui régissent impérativement certaines formes de vente (par exemple, les ventes aux enchères), quelle que soit, par ailleurs, la *lex contractus*, doivent s'appliquer à l'intérieur de la sphère spatiale qu'elles mêmes définissent, comme on le verra par la suite, à propos des règles d'application immédiate, qui sont nombreuses dans ce domaine des biens culturels⁵⁴.

Pour ce qui est de la validité formelle du contrat, le DIP portugais applique, en première ligne, la loi de la substance (article 36, 1, 1^{ère} partie, du Code civil) – soit, dans notre cas, la loi désignée selon les articles 41 ou 42 –, mais accepte, en principe, l'application de la *lex loci actus* (article 36, 1, seconde partie) en établissant un rattachement alternatif, au nom du *favor validitatis* et admet même une forme spécifique de renvoi (article 36, 2) dont le seul fondement est le même principe du *favor negotii (ut res magis valeant quam pereant)*⁵⁵; en effet, l'article 36 du Code civil portugais dispose que:

“Article 36 (*Forme de la déclaration*)

1. La forme de la déclaration de volonté est régie par la loi applicable à la substance de l'acte; il suffit cependant d'observer la loi en vigueur au lieu où la déclaration est faite, sauf si la loi réglant la substance de l'acte exige, sous peine de nullité ou d'inefficacité, l'observation d'une forme déterminée même si l'acte a été passé à l'étranger.

2. La déclaration de volonté est encore valable quant à la forme si, au lieu de la forme prescrite par la loi locale, on a observé la forme prescrite par l'Etat que désigne la règle de conflit de cette loi,

⁵² Voir, dans la doctrine portugaise, I. MAGALHÃES COLLAÇO *Da compra ... (supra, note 51)*, p. 255 ss.; A. FERRER CORREIA, “Conflitos de leis em matéria de direitos reais sobre as coisas corpóreas”, in *Temas... (supra, note 47)*, pp. 374-375.

⁵³ Cf. *infra*, (1), (A), b).

⁵⁴ Cf. *infra*, (1), (C).

⁵⁵ Cf. A. FERRER CORREIA, “Conflitos ...” (*supra*, note 52), p. 374, note 24.

sans préjudice de la disposition de la dernière partie de l'alinéa précédent”.

b) Statut réel

Pour ce qui est des biens culturels, le statut réel est pour l'essentiel régi par l'article 46, 1 du Code civil, qui prévoit l'application, en cette matière, de la *lex rei sitae*, comme il arrive, d'ailleurs, dans la plupart des ordres juridiques:

“Article 46 (*Droits réels*)

1. Le régime de la possession, de la propriété et des autres droits réels est défini par la loi de l'Etat sur le territoire duquel les choses se trouvent situées.

(...)”.

La *lex situs* définit le mode de transfert de la propriété et des autres droits réels, ainsi que le nombre et le contenu de ceux-ci et les limitations éventuelles auxquelles ces droits sont assujettis et règle, de même, la constitution *ex novo*, l'acquisition et l'extinction de ces droits⁵⁶, y compris au moyen de mesures de droit public et de caractère politique prises par l'autorité publique (adjudications, réquisitions, expropriations, nationalisations, confiscations), qui ont, en principe, une efficacité purement territoriale⁵⁷.

C'est à la loi de la situation du bien qu'il faut encore recourir pour le classer en tant que bien meuble ou immeuble, fongible ou non fongible, aliénable ou inaliénable (*res extra commercium*)⁵⁸; en outre, les formalités requises pour l'acquisition ou la publicité des droits réels, à cause de leur

⁵⁶ Cf. A. FERRER CORREIA, “Conflitos ...” (*supra*, note 52), pp. 363 ss., 369 ss.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições ...* (*supra*, note 44), p. 378 ss.

⁵⁷ Cf. A. FERRER CORREIA, “Conflitos ...” (*supra*, note 52), p. 398 ss. “A venda ...” (*supra*, note 15), pp. 38. 41 ss., et “La vente ...” (*supra*, note 15), pp. 163, 165 ss.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições ...* (*supra*, note 44), p. 379.

⁵⁸ Cf. A. FERRER CORREIA, “Conflitos ...” (*supra*, note 52), p. 371; I. MAGALHÃES COLLAÇO. *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisbonne, 1964, pp. 83, 212; en ce qui concerne ces notions en droit matériel portugais, cf. Code civil, articles 204-205 (biens immeubles et meubles), 207 (biens fongibles) et 202, 2 (*res extra commercium*).

caractère réel (par exemple, inscription dans un registre foncier ou autres formalités d'enregistrement), sont régies par le statut réel⁵⁹.

Par contre, en DIP portugais, la succession à cause de mort est soumise, de façon unitaire, à la loi personnelle de l'auteur de la succession au moment de son décès, qu'il s'agisse de succession immobilière ou mobilière (article 62 du Code civil), la loi personnelle de l'individu étant, en principe, celle de sa nationalité (article 31, 1 du Code civil).

De même, la capacité pour constituer des droits réels ou pour en disposer est régie par la loi personnelle (articles 25 et 31, 1 du Code civil), sauf s'il s'agit de biens immeubles et si la *lex situs* revendique sa compétence en cette matière; en effet, dans ce cas-là, l'article 47 prévoit l'application de cette loi⁶⁰ – cette compétence dérogatoire de la loi de la situation des choses immobilières constituant une manifestation, en DIP portugais, du principe de *la plus grande proximité* ou de *la plus forte compétence* (*Näherberechtigungsprinzip*), dont on trouve une autre manifestation, en matière de renvoi, à l'article 17, 3, *in fine*⁶¹.

En droit matériel portugais, la constitution ou le transfert de la propriété ou des autres droits réels sur des biens déterminés s'opère, en principe, par le seul effet du contrat, sans qu'il soit nécessaire, comme dans d'autres systèmes juridiques, de procéder à la tradition de la chose ou à un acte formel de transfert du droit réel [article 408, 1 du Code civil et, pour la vente, article 879, a)].

C'est la *lex rei sitae* qui est compétente en matière de prescription acquisitive (usucapion), considérée en tant que mode d'acquisition des droits réels fondé sur la possession et notamment pour ce qui touche à

⁵⁹ Cf. A. FERRER CORREIA, "Conflitos ..." (*supra*, note 52), p. 374, note 24; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições ...* (*supra*, note 44), p. 379.

⁶⁰ L'article 47 du Code civil portugais dispose:
"Article 47 (*Capacité de constituer des droits réels sur des biens immeubles ou d'en disposer*)

Est également définie par la loi de la situation de la chose la capacité de constituer des droits réels sur des choses immobilières ou d'en disposer, dès lors que cette loi le décide; dans le cas contraire, la loi applicable est la loi personnelle".

⁶¹ Cf. A. FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado – Alguns problemas*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1985, pp. 118-119, 255, et "Conflitos ..." (*supra*, note 52), p. 378; A. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado – Sumários*, Lisbonne, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1987, polycopié, p. 43.

l'influence de la bonne foi (ou de la mauvaise foi) sur les délais d'usucapion; le changement du lieu de situation des objets culturels meubles entraîne des *conflits mobiles* et suscite des problèmes éventuels d'*adaptation* des règles (matérielles ou de conflit) des ordres juridiques successivement compétents⁶².

De même, les droits éventuellement reconnus à l'acquéreur de bonne foi lorsqu'il est obligé de restituer le bien au *verus dominus* – comme le droit au remboursement (*Lösungsrecht*) des droits français (article 2280 du Code civil), suisse (article 934, 2 du Code civil), espagnol (article 464 du Code civil) et portugais (article 1301 du Code civil), entre autres – relèvent du statut réel⁶³.

Ce que l'on vient de dire en matière de statut des obligations contractuelles et de statut réel présuppose que l'on explicite quelle est la position du DIP portugais en matière de qualification; de même, faut-il ajouter quelques remarques supplémentaires sur les problèmes qui trouvent leur origine dans le déplacement des objets culturels meubles – c'est-à-dire, dans la succession des statuts (*conflit mobile*).

c) Autres questions pertinentes dans la méthode des conflits de lois

Sans vouloir entrer ici dans le détail de la discussion théorique sur les avantages et les inconvénients respectifs de la qualification *lege fori* ou de

⁶² Cf. A. FERRER CORREIA, "Conflitos ..." (*supra*, note 52), p. 390 ss.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições ...* (*supra*, note 44), pp. 380-381; L. de LIMA PINHEIRO, *A venda com reserva da propriedade em Direito Internacional Privado*, Lisbonne, McGraw-Hill, 1991, p. 192 ss.; A. MARQUES DOS SANTOS, "Breves considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado", in *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisbonne, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1989, p. 560 ss.

Quant aux règles du droit matériel portugais concernant l'usucapion des biens meubles, cf. *supra*, note 23 et le texte qui s'y rapporte.

⁶³ Sur le *Lösungsrecht* en matière de biens culturels, cf. G. REICHELDT, "La protection ..." (*supra*, note 19), p. 30, et "La protection des biens culturels", UNIDROIT 1988 – Etude LXX – Doc. 4, avril 1988, p. 24 ss.; A. FERRER CORREIA, "La vente ..." (*supra*, note 15), pp. 110 ss., 181 ss., et "A venda ..." (*supra*, note 15), pp. 46 ss. (*maxime* p. 47, note 3), 63 ss.

L'article 1301 du Code civil portugais, qui se situe systématiquement dans la section relative à l'usucapion de biens meubles, établit que celui qui exige d'un tiers un bien que celui-ci a acheté de bonne foi, à un commerçant qui vend des choses du même genre ou d'un genre similaire, est obligé de restituer le prix que l'acquéreur a payé, mais jouit du droit de se retourner contre celui qui, par sa faute, a causé le préjudice.

la qualification *lege causae*, nous rappellerons, néanmoins, que le Code civil portugais contient l'une des très rares dispositions codifiées portant sur cette difficile matière de la qualification en DIP: il s'agit de l'article 15, généralement très critiqué – parce que mal compris – à l'étranger.

L'article 15 du Code civil portugais dispose:

“Article 15 (*Qualifications*)

La compétence attribuée à une loi ne comprend que les règles qui, par le contenu et la fonction que leur confère cette loi, relèvent du régime de l'institution visée dans la règle de conflit”⁶⁴.

On peut résumer la doctrine inscrite à l'article 15 en ayant recours à l'image de Melchior, d'après laquelle la qualification consiste à ranger le matériel juridique étranger dans les tiroirs du système national, c'est-à-dire, c'est la *lex causae* (qui peut être la loi du for ou une loi étrangère dans un système de règles de conflit bilatérales, la méthode de qualification étant la même) qui fournit l'*objet* à qualifier, pendant que le critère de qualification est donné par la *lex fori* (par le *Rahmenbegriff* de la règle de conflit, c'est-à-dire par “l'institution visée dans la règle de conflit”, selon les termes mêmes de l'article 15); cette position constitue un dépassement des querelles entre tenants de la qualification *lege fori* et partisans de la qualification *lege causae*⁶⁵.

⁶⁴ L'article 15 du Code civil portugais représente l'aboutissement d'un travail théorique original développé par la doctrine portugaise de DIP: parmi les travaux doctrinaux des principaux auteurs portugais, on peut citer, à cet égard, A. FERRER CORREIA, “Das Problem der Qualifikation nach dem portugiesischen internationalen Privatrecht”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1970, pp. 114-135; I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação ...* (*supra*, note 58), *passim*; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições ...* (*supra*, note 44), p. 102 ss. (*maxime* p. 121 ss., pour une critique aux critiques étrangers de l'article 15 du Code civil portugais); à l'étranger, cf. I. GARCÍA VELASCO, *Concepción del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código Civil Portugués*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971, pp. 113-132; S. GRUNDMANN, *Qualifikation gegen die Sachnorm – Deutsch-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrechts*, Munich, C. H. Beck, 1985, *maxime* pp. 49 ss., 95 ss.

⁶⁵ Cf. A. FERRER CORREIA, “Conflitos ...” (*supra*, note 52), pp. 368-369, et *Direito ...* (*supra*, note 61), pp. 159-160; I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação ...* (*supra*, note 58), p. 215 ss.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições ...* (*supra*, note 44), p. 127.

En matière de droits réels, la doctrine de l'article 15 présuppose une attitude d'ouverture et de compréhension envers les systèmes juridiques étrangers et les institutions juridiques qui correspondent – *mutatis mutandis*, en tenant compte de leurs caractères et de leur fonction sociale dans le cadre de ces systèmes – à la catégorie normative visée par l'article 46 du Code civil portugais – “possession, propriété et autres droits réels” – ce qui implique la reconnaissance de toutes les institutions juridiques de droits réels admises par la loi désignée par l'article 46 (la *lex situs*)⁶⁶, mais exclut, du même coup, un renvoi à l'ensemble des règles substantielles de l'ordre juridique désigné par celui-ci (*offene Verweisung*), comme le veulent certains auteurs (par exemple, R. AGO)⁶⁷.

L'autre problème qui soulève des difficultés en ce qui concerne les droits réels sur les biens meubles c'est le *conflit mobile*; la doctrine portugaise, en matière de droits réels, dans la mesure où la règle de conflit se fonde essentiellement sur des intérêts généraux du trafic juridique (*Rechtsverkehr*), fait prévaloir, en principe, la *lex rei sitae* actuelle, mais sans négliger pour autant les droits réels valablement constitués (*droits acquis*) – ou en voie de l'être – sur la chose, selon la *lex rei sitae* précédente: c'est ainsi, par exemple, que l'on doit tenir compte du délai de possession pertinent pour la prescription acquisitive (usucapion) déjà écoulé sous l'empire du statut précédent, étant bien entendu que c'est la *lex situs* actuelle qui décide du moment où l'acquisition du droit réel par usucapion intervient⁶⁸.

C'est pourquoi, dans son rapport présenté à l'Institut de Droit International que nous avons déjà cité à plusieurs reprises, le Professeur A. FERRER CORREIA – actuel Président de l'Institut – a préconisé *de jure condendo* l'application de la *lex originis* pour régler, dans le cadre de la méthode des conflits de lois, le statut réel des biens culturels mobiliers, ce qui revient en principe à immobiliser (ou à “cristalliser”) dans le temps

⁶⁶ Cf. A. FERRER CORREIA, “Conflitos ...” (*supra*, note 52), pp. 369-373.

⁶⁷ Cf. A. FERRER CORREIA, “La vente ...” (*supra*, note 15), pp. 169-171, et “A venda ...” (*supra*, note 15), pp. 50-51; pour une critique serrée de la position de R. AGO, cf. I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação ...* (*supra*, note 58), p. 109 ss.

⁶⁸ Cf. A. FERRER CORREIA, “Conflitos ...” (*supra*, note 52), pp. 390 ss., *maxime* pp. 392-393, 395-396; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições ...* (*supra*, note 44), pp. 380-381; L. de LIMA PINHEIRO, *A venda ...* (*supra*, note 62), p. 201 ss.

une circonstance de rattachement qui est en soi mobile – la situation des biens mobiliers corporels –, la *lex originis* correspondant en général (mais pas dans tous les cas) à la loi du *primus situs* du bien culturel⁶⁹. Cette proposition a été reprise par la 12ème Commission de l’Institut de Droit International, lors de la session de Bâle de 1991, dans sa résolution sur la vente internationale d’objets d’art sous l’angle de la protection du patrimoine culturel, adoptée le 3 septembre 1991⁷⁰.

Après avoir analysé de façon très succincte les problèmes soulevés par la méthode des conflits de lois, dans le cadre du DIP portugais, pour ce qui a trait aux biens culturels, il est temps d’aborder la question de savoir s’il existe ou non des règles de DIP matériel dans ce domaine dans l’ordre juridique portugais.

(B) Règles de DIP matériel

Comme on l’a dit plus haut⁷¹, le Décret-Loi n.º 27.633, du 3 avril 1937, a joué un rôle précurseur en ce qui concerne la reconnaissance – ou, tout au moins, la *prise en considération* (*Berücksichtigung*) – des règles impératives étrangères qui visent à sauvegarder les biens culturels des pays qui les édictent.

En effet, l’article 1er de ce Décret-Loi dispose:

“Sont nulles et non avenues les transactions effectuées au Portugal ayant pour objet des choses de valeur artistique, archéologique, historique et bibliographique, originaires d’un pays étranger, si elles enfreignent les dispositions de la loi de ce pays régissant leur aliénation ou leur exportation”⁷².

⁶⁹ Cf. A. FERRER CORREIA, “La vente ...” (*supra*, note 15), pp. 174-176, 181-186. et “A venda ...” (*supra*, note 15). pp. 54-56.

⁷⁰ Publiée in *Revue critique de droit international privé*. 1992. pp. 203-204, et in A. FERRER CORREIA, “A venda ...” (*supra*, note 15). appendice, pp. 69-72.

⁷¹ Cf. *supra*, note 2, note 12 et le texte qui s’y rapporte.

⁷² Sur cette disposition, cf. R. M. MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, p. 718, note 728; A. FERRER CORREIA, “La vente ...” (*supra*, note 15), p. 172: “A venda ...” (*supra*, note 15), p. 52; nous utilisons ici la traduction de la version originale portugaise qui est donnée par le Professeur A. FERRER CORREIA, “La vente ...”, *ibidem*.

Le législateur portugais de 1937 s'affirme animé d'un "fort esprit de coopération", convaincu qu'il est de "contribuer à la défense et au progrès de la civilisation et à une solidarité effective entre les peuples" et d'"ouvrir un chemin, de façon désintéressée", pour répudier les "moyens illégitimes ou immoraux" d'augmenter son patrimoine culturel "aux dépens de celui d'autres nations"⁷³.

Dans l'actuelle Loi du Patrimoine Culturel Portugais (Loi n.º 13/85)⁷⁴, l'article 31.º, n.ºs 2 et 3, reprend l'essentiel de la disposition de 1937:

"Article 31
(...)

2. Sont nulles et non avenues les transactions effectuées en territoire portugais ayant pour objet des biens culturels mobiliers, originaires de pays étrangers, si elles enfreignent les dispositions de la loi de ce pays régissant leur aliénation ou leur exportation.

3. La disposition de l'alinéa précédent sera applicable, vis-à-vis d'autres pays, en termes de réciprocité"⁷⁵.

Selon le Professeur A. Ferrer Correia⁷⁶, il s'agirait, en ce cas, de "règles de DIP matériel", peut-être parce qu'il ne s'agit pas, clairement, de règles de conflit, c'est-à-dire, de règles de rattachement; avec tout le respect dû à l'opinion de l'éminent auteur portugais, nous estimons, pour notre part, qu'il ne s'agit pas là vraiment de règles de DIP matériel *stricto sensu*, mais plutôt de normes de reconnaissance de règles d'application immédiate étrangères⁷⁷, y compris de règles de droit public édictées par des pays étrangers.

⁷³ Cf. le préambule du Décret-Loi n.º 27.633 (*supra*, note 2) et R. M. MOURA RAMOS, *Da lei ...* (*supra*, note 72), *ibidem*, qui parle du "caractère innovateur et franchement progressiste de cette mesure": l'article 4 du Décret-Loi n.º 27.633 subordonnait l'application de cette disposition à la condition de réciprocité.

⁷⁴ Cf. *supra*, note 14.

⁷⁵ Cf. *supra*, note 14; A. FERRER CORREIA, "La vente ..." (*supra*, note 15), p. 173; "A venda ..." (*supra*, note 15), p. 52, note 2; R. M. MOURA RAMOS, *Da lei ...* (*supra*, note 72), p. 719, note 728; A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas ...* (*supra*, note 16), vol. II, pp. 911 ss., 1056.

⁷⁶ "La vente ..." (*supra*, note 15), p. 172; "A venda ..." (*supra*, note 15), p. 52; dans le même sens, cf. R. M. MOURA RAMOS, *Da lei ...* (*supra*, note 72), pp. 717-718.

⁷⁷ Sur cette notion, cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas ...* (*supra*, note 16), vol. II, p. 1041 ss., et *infra*, note 80 ss. et le texte qui s'y rapporte.

Ceci nous amène à passer, sans plus tarder, à la rubrique suivante de notre travail, où nous préférons ranger ces normes, tout en reconnaissant que nous sommes en présence d'un simple problème de qualification juridique, somme toute assez peu important dans ce contexte, car nul ne met en doute la portée pratique de ces règles.

(C) Règles d'application immédiate

À notre avis, beaucoup de dispositions de la Loi n.º 13/85 (Loi du Patrimoine Culturel Portugais) sont des règles d'application immédiate, pour autant qu'elles postulent leur application impérative dans un champ d'application qu'elles fixent elles-mêmes, par l'intermédiaire d'une règle de rattachement unilatérale explicite ou implicite, et qui est indépendant du domaine d'application tracé par les règles de conflit générales; ces normes affectent, d'une façon directe ou indirecte, le trafic international des biens culturels. On peut donner comme exemples, entre autres, la règle qui établit le devoir de communication de l'aliénation envisagée de biens classés mobiliers ou immobiliers (article 17, 1 de la Loi n.º 13/85), sous peine d'annulation des actes de disposition les concernant (article 55), celle qui soumet les propriétaires de biens culturels au droit de préemption conféré à l'État et aux collectivités locales, en cas de vente de biens culturels classés ou en voie de l'être (article 17,2), les normes qui établissent des interdictions d'exportation des biens culturels mobiliers classés ou en voie de l'être, sans autorisation du Ministère de la Culture (articles 18,3, 30 et 34)⁷⁸, sous peine de sanctions pénales ou autres (articles 34,3 et 51) et de la saisie des biens (article 35,4) ou celles qui prévoient la soumission à une réglementation spéciale de l'achat, de la

⁷⁸ Selon A. FERRER CORREIA, "La vente ..." (*supra*, note 15), p. 180, "A venda ..." (*supra*, note 15), p. 60, l'interdiction d'exportation appartient au statut réel, ce qui signifie que, en application de l'article 15 du Code civil portugais (cf. *supra*, note 64 et le texte qui s'y rapporte), les règles étrangères sur l'interdiction d'exportation des biens culturels doivent être appliquées par le juge portugais si elles appartiennent à la *lex rei sitae*; à notre avis, les règles d'application immédiate se situent en dehors de la méthode des conflits de lois et elles déterminent elles-mêmes leur domaine d'application dans l'espace, indépendamment des règles de conflit générales, leur reconnaissance par les juridictions étrangères ne devant pas dépendre, par conséquent, de la question de savoir si elles appartiennent à la *lex causae* ou à une loi tierce: pour plus de détails, cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas ...* (*supra*, note 16), vol. II, p. 815 ss. et *passim*.

vente et du commerce d'antiquités et d'autres biens culturels meubles (article 31,1).

Toutes ces règles substantielles visent la défense, le maintien et la préservation du patrimoine culturel portugais et elles sont applicables, à notre avis, à tout ce qui concerne les biens culturels qui se situent au Portugal ou alors – ce qui peut être légèrement différent – à tout ce qui a un rapport avec les biens culturels dont la *lex originis* est la loi portugaise⁷⁹, c'est-à-dire, tous ceux qui appartiennent au patrimoine culturel portugais.

Si la Loi n.º 13/85 consacre la protection du patrimoine culturel portugais en faisant appel aux règles d'application immédiate, elle tient compte également, de façon ouverte et universaliste, du fait que les ordres juridiques étrangers ont eux aussi recours à la technique des règles d'application immédiate pour protéger leur patrimoine culturel; l'article 31.º, n.ºs 2 et 3, de la Loi n.º 13/85⁸⁰, de même que l'article 1er du Décret-Loi n.º 27.633, du 3 avril 1937⁸¹, consacre la reconnaissance en DIP portugais des règles d'application immédiate étrangères – que ce soit des règles de droit privé ou des normes de droit public – ou, tout au moins, admet leur prise en considération par les organes portugais d'application du droit, notamment les organes juridictionnels⁸².

Les critiques – adressées par certains – selon lesquelles ces règles, d'une part, vont trop loin en se référant au pays de provenance des biens culturels (et non au pays d'origine, *stricto sensu*) et, d'autre part, ne vont

⁷⁹ Cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas ...* (*supra*, note 16), vol. II, p. 910 ss.

⁸⁰ Cf. *supra*, note 75, et le texte qui s'y rapporte.

⁸¹ Cf. *supra*, note 72, et le texte qui s'y rapporte.

⁸² Pour une interprétation équivalente à la nôtre, en plus d'A. Ferrer Correia, déjà longuement cité, cf. R. M. MOURA RAMOS, *Da lei ...* (*supra*, note 72), p. 717 ss., dans la mesure où il assimile ces règles du droit portugais à l'article 7 de la Convention de Rome ou à l'article VIII, 2, b) des Statuts du Fonds Monétaire International [sur cette dernière règle, cf. également A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas ...* (*supra*, note 16), vol. II, pp. 804, note 2598, et 1005, note 3074], même s'il parle ici de règles de DIP matériel (cf. *supra*, note 76): on pourrait même ajouter que le fait qu'il existe depuis 1937 dans l'ordre juridique portugais une règle assimilable à l'article 7, I de la Convention de Rome rend inexplicable et incompréhensible la réserve que le Portugal vient de formuler vis-à-vis de cette disposition (cf. le Décret du Président de la République n.º 1/94, *supra*, note 41).

pas assez loin, car elles exigent la réciprocité (article 31,3 de la Loi n.º 13/85 et article 4 du Décret-Loi n.º 27.633, du 3 avril 1937)⁸³ ne sont, à notre avis, guère convaincantes.

La référence au *pays de provenance* équivaut, *mutatis mutandis*, au *lien étroit* dont parle l'article 7, 1 de la Convention de Rome du 19.6.1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et n'exclut nullement, selon nous, une interprétation qui conduise à la véritable *lex originis* du bien en cause.

Quant à l'exigence de réciprocité, nous l'interprétons, pour notre part, de façon restrictive: selon nous, l'article 31, 2 doit être toujours appliqué en ce qui concerne les transactions de biens illégalement exportés ou aliénés vers le Portugal, en provenance du pays d'origine, tandis que l'article 31, 3 soumet à la condition de réciprocité la reconnaissance au Portugal de mesures du même type prises dans des ordres juridiques étrangers – si le pays X déclare la nullité de certaines opérations ou transactions concernant des biens culturels illégalement exportés ou aliénés du pays d'origine vers le pays X, cette décision sera reconnue au Portugal si, dans le cas inverse, le pays X devait reconnaître des mesures identiques prises par une juridiction portugaise⁸⁴.

Comme nous croyons l'avoir démontré, la méthode des règles d'application immédiate joue ainsi un rôle privilégié non seulement dans la protection du patrimoine culturel portugais mais aussi dans la coopération des juridictions portugaises en matière de protection des biens culturels étrangers, pour peu que les pays étrangers d'origine de ces biens culturels se chargent eux-mêmes de la protection de leur patrimoine culturel en édictant des règles d'application immédiate pour le défendre⁸⁵.

⁸³ Cf. E. JAYME, *apud* A. FERRER CORREIA, "La vente ... – Exposé préliminaire" (*supra*, note 19), pp. 123-124; cf. aussi A. FERRER CORREIA, "La vente ..." (*supra*, note 15), pp. 173-174; "A venda ..." (*supra*, note 15), pp. 53-54.

⁸⁴ Cf. A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas ...* (*supra*, note 16), vol. II, p. 911; cf. également la réponse de A. FERRER CORREIA aux critiques d'E. JAYME, *loc. cit. supra*, note 83.

⁸⁵ Cf. *supra*, note 73 et le texte qui s'y rapporte, pour ce qui touche aux considérations faites dans le préambule du Décret-Loi n.º 27.633, du 3 avril 1937, qui révèlent un esprit internationaliste ouvert à la coopération entre les Etats pour la défense du patrimoine culturel de chacun d'eux, qui est, à notre avis, vraiment remarquable pour l'époque.

Ayant passé rapidement en revue les différents procédés qui relèvent du DIP *stricto sensu* concernant la protection des biens culturels – nationaux ou étrangers – dans l’ordre juridique portugais, il est temps de passer maintenant au DIP *lato sensu*.

(2) DIP *lato sensu*

Le Portugal est Partie à la Convention de San Sebastián du 26 mai 1989, d’adhésion de l’Espagne et du Portugal à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, et à la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 sur la même matière⁸⁶, mais nous renonçons à nous occuper ici des dispositions de ces conventions qui peuvent être pertinentes pour notre sujet, car elles ne revêtent, à notre avis, aucune spécificité en ce qui concerne la protection internationale des biens culturels au Portugal.

Nous nous bornerons donc à une référence très sommaire aux règles de DIP *lato sensu* de source interne, en commençant par les règles de compétence juridictionnelle internationale des tribunaux portugais.

(A) Règles de compétence juridictionnelle internationale des tribunaux portugais

La compétence internationale des tribunaux portugais est régie essentiellement par les articles 65, 65-A, 99 et 100 du Code de Procédure civile (CPC) de 1961⁸⁷. Il n’y a pas de règles de compétence internationale spécialement conçues pour les actions en revendication ou en restitution de biens culturels ou pour les actions en responsabilité délictuelle relatives aux biens culturels. Il faut donc recourir, dans tous ces cas, aux règles de compétence générales et on ne peut évidemment, dans ce contexte, que se limiter à donner quelques exemples topiques en ce domaine.

⁸⁶ Cf. Décrets du Président de la République n.ºs 51/91 et 52/91, du 30 octobre 1991 [*Diário da República*, 1ère Série-A, n.º 250, du 30.10.1991, p. 5588-(1) ss.]: ces conventions sont entrées en vigueur pour le Portugal le 1er juillet 1992 [Avis n.ºs 94/92 (Convention de Lugano) et 95/92 (Convention de San Sebastián), *Diário da República*, 1ère Série-A, n.º 157, du 10.7.1992, p. 3269].

⁸⁷ Cf., en dernier, M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A competência declarativa dos tribunais comuns*, Lisbonne, LEX – Edições Jurídicas, 1994, p. 41 ss.

La compétence internationale des tribunaux portugais pour les actions relatives aux droits réels sur des biens culturels *immobiliers* sis au Portugal (v.g., action en revendication) est exclusive et indérogable [articles 65-A, a) et 99, 3, c) CPC]⁸⁸, non pas parce qu'il s'agit de biens culturels, mais tout simplement parce qu'il s'agit de biens immobiliers.

Les tribunaux portugais sont internationalement compétents pour les actions en responsabilité délictuelle relatives à des biens culturels si le fait dommageable d'où découle la responsabilité est survenu en territoire portugais [articles 65, 1, a) et 74, 2 CPC], mais ici cette compétence n'est ni exclusive ni indérogable⁸⁹.

Les tribunaux portugais sont, de même, internationalement compétents pour les actions en restitution d'un bien culturel mobilier si l'exécution de l'obligation dont ce bien est l'objet devait avoir lieu en territoire portugais [articles 65, 1, a) et 74, 1 CPC]; une juridiction portugaise aurait aussi compétence internationale en matière d'actions relatives aux biens culturels s'il n'y a aucune autre juridiction internationalement compétente et s'il existe un lien de connexité personnel ou réel avec le territoire portugais [article 65, 1, d) CPC] et cela pour éviter, en pareil cas, un déni de justice⁹⁰.

(B) Règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers

Le système portugais de reconnaissance des jugements étrangers figure à l'article 1094 et suivants du Code de Procédure civile et l'article 49, 1 du CPC exige l'*exequatur* pour les jugements de tribunaux étrangers ou pour les décisions arbitrales *rendues à l'étranger*⁹¹ comme condition de leur *exécution*.

⁸⁸ Cf. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A competência ... (supra, note 87)*, p. 49; la *lex causae* en matière de droits réels est, dans ce même cas, la loi portugaise (cf. article 46 du Code civil, *supra*, note 56 et le texte qui s'y rapporte) et il y a donc coïncidence entre *forum et jus (Gleichlauf*, selon la terminologie allemande): cf. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *ibidem*, p. 58.

⁸⁹ Cf. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A competência ... (supra, note 87)*, pp. 49-50.

⁹⁰ Cf. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A competência ... (supra, note 87)*, pp. 53-54.

⁹¹ Il n'est ainsi que si l'arbitrage n'a pas eu lieu au Portugal, car autrement il n'y a pas besoin d'*exequatur* (cf. *infra*, notes 97-98 et le texte qui s'y rapporte).

Le système d'*exequatur* du droit portugais est, en principe, purement formel et ce n'est qu'en de très rares circonstances qu'il y a une révision au fond des jugements étrangers: les seuls cas de révision au fond figurent à l'article 1096, g) CPC (si la partie défaillante au procès étranger est un Portugais, il faut que le jugement étranger ne porte pas atteinte aux dispositions du droit privé portugais si celui-ci est applicable d'après le DIP portugais) et aux articles 771, c) et 1100 CPC (lorsqu'une pièce décisive, susceptible à elle seule de faire modifier la décision et qui n'a pas été produite dans la procédure à l'étranger est ultérieurement retrouvée)⁹².

L'ordre public portugais ne doit pas être enfreint par la décision qui découle du jugement étranger [article 1096, f) CPC], mais on s'accorde, en général, pour assurer qu'il n'y a là qu'un simple contrôle formel du jugement étranger (et non une révision au fond)⁹³ et on ne voit pas comment l'ordre public portugais pourrait empêcher la reconnaissance et l'exécution au Portugal d'un jugement étranger relatif à un bien culturel étranger, étant donné la position de l'ordre juridique portugais en matière de reconnaissance des règles d'application immédiate étrangères dans ce domaine depuis 1937⁹⁴.

(C) Arbitrage privé international

On a déjà fait référence à la Loi portugaise sur l'arbitrage volontaire (Loi n.º 31/86, du 29.8.1986)⁹⁵; dans le présent contexte, nous souhaitons tout simplement attirer l'attention sur l'article 26,2 de cette loi, selon lequel la sentence arbitrale prononcée conformément à la Loi n.º 31/86 a la même force exécutoire que celle des jugements des tribunaux de première instance; comme l'article 37 de la Loi n.º 31/86 dispose que "[l]a

⁹² Cf. A. FERRER CORREIA, "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (Droit Comparé)", in *Estudos vários de Direito*, 2ème tirage, Coimbra, Almedina, 1982, p. 153; du même auteur, cf. *Lições de Direito Internacional privado – Aditamentos – Do reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1973, polycopié, pp. 96-101.

⁹³ Cf. A. FERRER CORREIA, "La reconnaissance..." (*supra*, note 92), pp. 190-191, et *Lições...* (*supra*, note 92), pp. 99-100.

⁹⁴ Cf. *supra*, note 72 ss. et le texte qui s'y rapporte.

⁹⁵ Cf. *supra*, note 46 ss. et le texte qui s'y rapporte.

présente loi s'applique à tous les arbitrages qui ont eu lieu sur le territoire national", on peut en déduire que, s'il s'agit d'un arbitrage *ayant eu lieu au Portugal* – qu'il soit interne ou international⁹⁶ –, la décision arbitrale est exécutoire au Portugal sans qu'il soit nécessaire de la soumettre à l'*exequatur*⁹⁷ (même si, par hasard, elle est *rendue* à l'étranger)⁹⁸, ce qui vaut évidemment aussi pour des sentences arbitrales relatives aux biens culturels.

Il reste à souligner, à ce propos, que, d'après l'article 30 de la Loi n.º 31/86, "l'exécution de la sentence arbitrale est faite sous l'égide du tribunal de première instance".

Après avoir effectué un rapide survol du droit portugais applicable en matière de protection internationale des biens culturels, il est temps de formuler quelques très brèves remarques pour conclure.

Conclusion

En tant que pays essentiellement exportateur de biens culturels, même s'il est, à l'occasion, également importateur de ces biens – sans toutefois participer très activement au commerce international des objets d'art⁹⁹ –, le Portugal participe activement aux diverses initiatives prises au niveau

⁹⁶ Sur la notion d'arbitrage international, cf. *supra*, note 47.

⁹⁷ Dans ce sens, cf. A. FERRER CORREIA, "Da arbitragem comercial internacional", in *Temas ...* (*supra*, note 47), p. 200 (implicitement); I. MAGALHÃES COLLAÇO, "L'arbitrage ..." (*supra*, note 47), p. 64 ss.; A. MARQUES DOS SANTOS, "Nota ..." (*supra*, note 47), p. 19 ss.; D. MOURA VICENTE, *Da arbitragem ...* (*supra*, note 47), p. 52, note 2, et "L'évolution récente du droit de l'arbitrage au Portugal", *Revue de l'arbitrage*, 1991, p. 441 ss.; *contra*, M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A competência e a incompetência nos tribunais comuns*, 3ème édition revue, Lisbonne, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 44, qui soutient que les décisions arbitrales qui relèvent de l'arbitrage *international* doivent être soumises à l'*exequatur*.

⁹⁸ C'est ainsi qu'il faut également interpréter l'article 48, 2 du CPC; cf. aussi *supra*, note 91 et le texte qui s'y rapporte.

⁹⁹ Il est assez significatif de constater qu'un quotidien portugais a publié il y a quelque temps une annonce d'un antiquaire portugais qui revendiquait ses rapports commerciaux suivis depuis plus de trente ans avec *Sotheby's*, à propos d'un écho de presse relatif à un accord d'association entre cette maison britannique et un autre antiquaire portugais pour l'organisation de ventes aux enchères au Portugal: cf. *Público*, 28.10.1993, p. 22.

international en matière de protection des biens culturels, telles que la Directive et le Règlement CEE¹⁰⁰ et les travaux de l'UNIDROIT¹⁰¹.

Par ailleurs, comme on l'a vu, il a édicté une Loi de protection du patrimoine culturel portugais¹⁰² et il tient compte, depuis plus d'un demi-siècle, d'une façon très ouverte et universaliste, de la protection du patrimoine culturel des autres pays, si tant est qu'ils prennent eux-mêmes des mesures législatives appropriées de défense de leur patrimoine¹⁰³.

Le Portugal considère qu'il a tout à gagner – comme d'ailleurs les autres pays – avec le développement de la coopération internationale en cette matière, pour contrecarrer l'offensive croissante de ceux qui se consacrent au commerce illicite ou au vol pur et simple des objets culturels.

Il suffit de citer deux exemples récents pour démontrer la réalité de cette affirmation.

En avril 1994, on a découvert, en exposition – et probablement en vente –, dans une foire d'antiquités à Lisbonne un retable maniériste, datant d'environ 1550, composé de neuf panneaux, appartenant à la Chapelle de Leão, à Alpedrinha (dans l'intérieur centre du Portugal), qui était classé (ensemble avec la chapelle) depuis 1943 et qui apparemment en avait été détaché depuis 1940; si la presse ne s'était pas emparée de cette affaire, il est très vraisemblable que le retable aurait déjà été vendu (et exporté) sans aucun contrôle de la part des autorités compétentes¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Directive 93/7/CEE, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre (JO n.º L 74, du 27.3.1993) et Règlement du Conseil n.º 3911/92/CEE, du 9 décembre 1992, concernant l'exportation des biens culturels (JO n.º L 395, du 31.12.1992); sur ces deux textes, cf., respectivement, J. DE CEUSTER, "Les règles communautaires en matière de restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre – Analyse de la directive 93/7/CEE du 15 mars 1993", in *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 2, 1993, p. 33 ss., et T.-L. MARGUE, "L'exportation des biens culturels dans le cadre du Grand Marché", *ibidem*, p. 89 ss.

¹⁰¹ Voir, en dernier, Comité d'Experts Gouvernementaux sur la Protection Internationale des Biens Culturels, Rapport sur la 4ème session (Rome, 29 septembre au 8 octobre 1993), préparé par le Secrétariat d'UNIDROIT, Rome, UNIDROIT, février 1994 (UNIDROIT 1993 – Étude LXX – Doc. 48).

¹⁰² Cf. *supra*, note 14 ss. et le texte qui s'y rapporte.

¹⁰³ Cf. *supra*, note 72 ss. et le texte qui s'y rapporte.

¹⁰⁴ Cf. I. COUTINHO, "Uma peça única do seu tempo em risco", *Público*, 15.4.1994, p. 30.

Plus grave encore est le vol, en 1992, dans la petite chapelle de Santo Antão, à Batalha (centre littoral du Portugal), d'un retable sculpté en bois du XIII^e ou du XIV^e siècle, composé de six groupes de sujets et représentant les stations de la passion du Christ qui a été retrouvé, par hasard, en Italie par les carabinieri italiens et a été rendu à la Police Judiciaire portugaise à Lisbonne. Les six groupes de sujets avaient été sciés et le détenteur s'apprêtait à les vendre séparément lorsqu'il a été intercepté lors d'un contrôle policier de routine à Bologne¹⁰⁵.

Ces deux exemples (avec tant d'autres) démontrent qu'il est grand temps que tous les États – qu'ils soient exportateurs ou importateurs de biens culturels – s'unissent dans un effort commun pour réprimer et prévenir le trafic illicite de biens culturels, tant au niveau national qu'à l'échelle internationale. C'est dans un tel contexte que se situent les travaux de la Section II.B. du XIV^e Congrès International de Droit Comparé et il faut souligner que la protection du patrimoine culturel de tous les peuples commence avant tout par la connaissance réciproque et par l'étude des mesures – notamment législatives – qui ont déjà été prises par les différents États, aussi bien au niveau interne qu'international.

Lisbonne, Juin 1994.

¹⁰⁵ Cf. J. BENTO AMARO, "Retábulo medieval furtado regressou a Portugal", *Público*, 17.11.1993, p. 47.

MÓNICA QUINTAS ROMA
*Member of the Comparative Law Office
of the Attorney General's Office*

III. A.2

**BANKING CONFIDENTIALITY AND STATE CONTROL
OF CURRENCY TRANSACTIONS
AND RELATED CRIMINAL ACTIVITIES**

1. Introduction

1.1. Portugal's legal system, with regard to criminal activities that relate to banking confidentiality and state control of currency transactions has experienced, much change recently. The majority of the legislation in this area was revoked and new legislation was implemented between 1991 and 1993.

Only in 1993, through the Decree-Law 15/93, of the 22nd January, was money laundering typified as a crime. The act against illicit drug trafficking previously in force, which was revoked by the aforementioned Decree-Law, did not punish money laundering merely adopting measures aimed at discouraging drug-related criminal activities.

1.2. Freedom of capital movement and freedom to supply financial services in the European market's integrated financial area are liable to be used to facilitate criminal activities. Portugal, as a Member State of the European Union, adopted and transposed the Council Directive of the European Union 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.

These acts imposed several conduct rules upon banks and financial institutions concerning burden of information and confidentiality. Pursuant to these changes and subsequent requirements, the legislation concerning banking confidentiality was revoked and the general regimen ruling the credit and financial institutions and their activities was approved by the Decree-Law 298/92, of the 31st December.

1.3. Sufficient data regarding the money laundering phenomenon, possible problems relating to the enforcement of the said legislation and

analysis of the extent of the problems is as yet unavailable. Therefore this report shall not cover the quantitative or the qualitative analysis of the money laundering phenomenon.

We hope that soon, or at least in time for the next International Congress of Comparative Law, such information shall be available for analysis.

2. Exchange transactions

2.1. The Decree-Law 13/90, of the 8th January – Approves the regime applicable to exchange transactions

2.1.1. The Decree-Law 13/90, of the 8th January regulates the activities of foreign exchange and of import and export of currency and gold, in Portuguese territory, as well as abroad when those proceedings are relative to property located within Portuguese territory.

2.1.2. Only legally constituted and licensed credit or financial institutions may provide the aforementioned services in Portuguese territory.

2.1.3. Authorised institutions are under obligation to furnish the Bank of Portugal with all information and documents that the latter requires or demands regarding exchange transactions, import and export of currency and gold. The Bank of Portugal may establish dead lines for the provision of the petitioned information.

2.1.4. This Decree-Law de-criminalized the violation of the provisions relating to the exchange transactions, determining that in any case of infringement the offender shall be punished with a fine, as well as, in the case of a major offence, with accessory sanctions.

The unauthorised provision of exchange transactions or import and export of currency and gold shall be punished with a fine of between 75% to 100% of the value of the property or the rights pertaining to the violation, to a maximum of 500.000.000\$00.

The violation of the requirement to furnish information or documents requested by the Bank of Portugal shall be punished with a fine amounting to 500.000\$00 if the offender is a natural person, or amounting to 5.000.000\$00 if the offender is a legal person. These sanctions are applicable regardless of any other punishment resulting from civil or criminal offence.

2.1.5. The Decree-Law *sub judice* determines that in the case of serious infringement of the rules providing for exchange transactions the author of the infraction is liable for punishment with accessory sanctions. The gravity of the infringement shall be determined in accordance with the particulars of each specific situation. The guilt, recklessness or intent of the author of the infringement, his motivation, his financial situation, as well as, the extent of the infraction shall be taken into consideration for the determination of the seriousness of the offence committed. Confiscation by the State, suspension or, partial or total, withdrawal of the necessary licence for the provision of transactions of foreign exchange, as well as, import and export of currency and of gold, total closing down of the bank or institution, in addition to, regarding natural persons, interdiction of the exercise of certain offices are examples of the accessory sanctions listed in this Decree-Law.

2.1.6. The Bank of Portugal is the competent entity to supervise the activity of the credit and financial institutions, as well as, their respect for the applicable laws and regulations. In the case of infraction of the relevant provisions the Bank of Portugal shall apply the required sanctions. Thus the Bank of Portugal, aided by police authorities, is competent to start proceedings in order to ascertain whether an infraction has been committed by a specific person or institution.

Upon conclusion of the aforementioned investigation proceedings the competent authority may charge the alleged author of the commission of an offence by putting in a plea specifying the facts of which he is accused, when and where they took place, as well as the law or regulation which prohibits and punishes them. The accused person shall be notified of the said accusa-

tion, so that, within a month, if he so wishes, he may submit his defence in writing, appoint defence witnesses and produce evidence supporting his defence arguments. The indicted person has the right to be heard upon a pre-determined time and place.

- 2.1.7. If the veracity of the accusation is proven, the proceedings shall be forwarded to the Minister of Finances, who is the competent authority to determine the fine as well as, where applicable, the accessory sanctions appropriate in any individual case.
- 2.1.8. The accused person, be it a legal or natural person, may appeal against the final decision of the Minister of Finances to a Court of Law. Pursuant to the paragraph 2 of the article 46, the Court of Law of the district of Lisbon is the competent judicial authority for the appeal of these cases. This judicial decision may be taken to a higher Court for rehearing. In accordance with Portuguese general law there are two appealing instances: the *Tribunal da Relação*, which is a court of appeal, and the *Supremo Tribunal de Justiça* (the Supreme Court of Justice).

3. Professional secrecy

3.1. The Decree-Law 298/92, of the 31st of December – Approves the general regimen ruling the credit and financial institutions

- 3.1.1. Banking confidentiality is considered to be a fundamental element of the financial system. Professional secrecy is one of the pillars of the present economic market and financial system.
- 3.1.2. Banking confidentiality is imposed and regulated by the Decree-Law 298/92, of the 31st of December, which approves the general regimen ruling the credit and financial institutions and their activity.
- 3.1.3. The article 78 of this Decree-Law, entitled professional secrecy, dictates that all staff members, senior officers, employees, legal representatives, mandataries, in addition to other persons who work or who have worked for credit or financial institutions, or

for competent supervisory authorities (typically, in Portugal, the Bank of Portugal), may not disclose or use information on facts or elements concerning the activities of an institution or the working and business relations of the institution and its clients which they may receive in the course of their duties.

Furthermore, the present Decree-Law establishes that, *inter alia*, the names of clients, bank accounts, transactions, as well as other banking transactions are subject to secrecy.

It is worth noting that all former bank staff and bank officials, as well as former employees and workers regardless of their category and career shall remain bound by professional secrecy, for this duty does not cease with the term of the mandate or employment contract.

3.1.4. The present Decree-Law regulates derogations to professional secrecy.

Facts or elements of client/institution relations may be disclosed with the express authorisation of the concerned client. If no such authorisation is given, the facts and elements subject to secrecy may only be disclosed in pursuance to requirements established in criminal law or criminal procedure law, or in compliance with limits laid down in other legal provisions which limit professional secrecy.

3.1.5. In accordance with this Decree-Law all facts that constitute violation of professional secrecy are punishable, regardless of the nationality of the offender. All acts perpetrated in Portuguese territory or on board of a Portuguese ship or aircraft, as well as those perpetrated in foreign territory by credit or financial institutions which have their main office in Portugal are punishable under the present Decree-Law.

3.1.6. Both natural and legal persons, even those not correctly constituted, are liable to be punished for the violation of the provisions of the Decree-Law *sub judice*.

3.1.7. Reckless behaviour and attempted violations are punishable under the terms of this act.

3.1.8. Also according to this law, the violation of professional secrecy is a civil offence punishable by fine, however first and foremost it is a criminal offence punishable under the terms of the Criminal Code.

3.2. The Criminal Code

3.2.1. Pursuant to the articles 184, 185 and 433 of the Criminal Code violation of professional secrecy is typified as a criminal offence.

3.2.2. It is thus determined that any person who, without due justification and without the agreement of the person concerned, discloses or takes advantage of a secret of which he received information during the course of his duties, and causes damage to the State or to third persons, shall be imprisoned for up to one year, as well as fined.

3.2.3. However, the violation of professional secrecy shall not be punishable if it was effected by the disclosure of a secret motivated by the fulfilment of a higher juridical duty, or by the need to protect a legitimate public or private interest, so long as when considering the conflicting interest and the burden of furnishing information which, according to the specific circumstances, is imposed upon the author, it may be considered to be an adequate means of achieving that end.

3.2.4. Under the chapter concerning the crimes committed upon the exercise of civil functions, the article 433 of the said Code punishes the violation of professional secrecy committed by a civil servant, who without being duly authorised discloses a secret of which he received information or which was entrusted to him in the course of his duties, with the intent of obtaining for him or for a third person an unlawful benefit, or of causing damage to the public interest of third persons. It is hereby established that this offence shall be punishable with a prison sentence of up to two years, as well as with a fine.

4. Illicit traffic in drugs and money laundering

4.1. The Decree-Law 15/93, of the 22nd of January – Act against illicit drugs.

4.1.1. The need felt to establish measures and principles of action against drug-related activities determined the enactment of new legislation ruling the usage, production, transport and other activities concerned with narcotic drugs.

The Decree-Law 15/93, of the 22nd of January, which entered into force upon February the 22nd, 1993, establishes the legal framework applicable to the fight against illicit drugs trafficking, production and usage. The legislation previously in force – the Decree-Law 430/83, of the 13th December – was revoked.

4.1.2. The present Decree-Law follows the United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances, which was adopted by the resolution no. 29/91 of the Assembly of the Republic of Portugal, ratified by the decree no. 45/91 of the President of the Republic of Portugal and published in the Law Journal of the 6th of September 1991.

4.1.3. Following the United Nations Convention against the unlawful traffic of illegal substances this Decree Law aims to:

- . eradicate the illicit traffic in drugs depriving those persons who engage in such traffic of the product of their activities and of their unlawful wealth;
- . take adequate measures in order to control and supervise the use of chemicals available on the market so that they shall not be used for the production of illicit substances, and
- . reinforce international co-operation in criminal matters.

4.1.4. Pursuant to this Act the production, trade, distribution, import, export, transport or use of any substances or plants referred to in the charts of the appendix to the present Decree Law¹ shall

¹ A copy of these charts may be found in the appendix I to this report.

be subject to licensing or authorisation by the competent authorities.

4.1.5. In accordance with the articles 21°, 22°, 24° and 25° of the present Act any person who, unlawfully, produces, extracts, prepares, offers, sells, distributes, buys, transports, imports or exports any substances or plants referred to in the charts of the appendix to this Decree Law, shall be liable to imprisonment in accordance with the particulars of the present Decree Law. Any person who uses or produces, acquires or possesses for his own consumption, any substances or plants referred to in the charts of the appendix to this Decree Law shall be punished with imprisonment of up to three months or a fine of up to thirty days.

4.1.6. The need to strike at the offenders at the base of their motivation was felt. Several measures were thus adopted by this Decree-Law in order to fight against illicit drugs trafficking and connected activities.

In accordance with the aforesaid Act money laundering is typified as an offence related to illicit drugs trafficking and production, being solely provided for under it.

4.1.7. With the scope of enabling an overall view of the legislation on these matters the regimen adopted under the revoked Decree-Law 430/83, of the 13th of December, is recounted:

Money laundering was not typified as a crime under the Decree-Law 430/83. Under the provision of the paragraph 2 of the article 35 of the Act *sub judice* it was established that all objects, rights and advantages resulting from the crime, such as furniture, buildings, aeroplanes, ships, vehicles, bank accounts or any other property would be confiscated and vested to the state, notwithstanding the rights acquired in good faith by third parties.

With the aim of depriving persons engaged in illicit traffic of the proceeds of their criminal activities and in order to eliminate their main incentive for so doing, the article 50 of the Decree-Law 430/83 determined that information may be gathered on the estate, bank deposits or any other belongings of individuals

suspected or accused of the practice of traffic of narcotic substances, in order to have these elements confiscated, if there was evidence that they were achieved with the product of criminal activities.

No financial institution, bank, registration office or fiscal departments could refuse to furnish such information if so ordered in writing by the competent investigating authority, with previous judicial authorisation.

4.1.8. Thus it is obvious that the Decree-Law 15/91 innovates the system that was in effect prior to its enactment. Previously the Decree-Law 430/83 did not punish money laundering, only aiming at discouraging launderers of money acquired by means of illicit drugs-related activities.

4.1.9. Money laundering is typified strictly as a crime under the provision of the article 23 of the Decree-Law 15/93:

“Article 23

Conversion, transfer or dissimulation of goods or products

1. Any person who, knowing such goods or products are derived from any offence or offences, under any form of participation, established in the articles 21º (traffic and other unlawful activities), 22º (precursors), 24º (aggravation) and 25º (minor traffic):

a) converts, transfers, aids or facilitates any transaction aiming to convert or transfer any such goods or products, wholly or partially, directly or indirectly, with the purpose of concealing or disguising their unlawful origin, or of aiding a person implicated in the commission of any of the aforementioned offences in escaping the legal consequences of his actions, shall be imprisoned for four up to twelve years;

b) conceals or disguises of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to or ownership of such goods or products, shall be imprisoned for two up to ten years;

- c) acquires or receives under any pretence, uses or possesses such goods or products, shall be imprisoned for one up to five years.
 - 2. The punishment for an offence established in accordance with the preceding paragraph shall not exceed that applicable to the corresponding offences of the articles 21°, 22°, 24° and 25°.
 - 3. The punishment for the commission of the crimes established in accordance to the paragraph 1 shall take place even if the facts referred to in the articles 21°, 22°, 24° and 25° have been committed outside the national territory.”
- 4.1.10. Money laundering is solely punishable as an illicit drugs-related offence.

5. Derogations to banking confidentiality

As was *supra* analysed, the Decree-Law 298/92 regulates derogations to professional secrecy. Thereby it is established that professional secrecy may be limited by law.

5.1. The Decree-Law 15/93, of the 22nd of January – Act against illicit drugs.

- 5.1.1. Under the provision of the article 60° of this Decree-Law it is determined that the competent judiciary authorities may request of banks, financial institutions, public or private companies or corporations to furnish information or documentation concerning property or deposits pertaining to suspects or persons accused of the offences provided for under the articles 21°, 22°, 24° and 25°.
- 5.1.2. The said institutions may not refuse to furnish the aforementioned information or documents insofar as the request is clear and specific regarding the petitioned elements.

5.2. The Decree-Law 313/93, of the 15th of September – Act on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering

5.2.1. Pursuant to the Council Directive of the European Union of the 10th of June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering (91/308/EEC) the Portuguese Government has undertaken to adopt the necessary measures to prohibit money laundering and prevent its practice. The Decree-Law 313/93, of the 15th of September, transposes it to the Portuguese legal order, providing for the regulation of money laundering.

5.2.2. The aforementioned Decree-Law regulates the activities of credit institutions, financial institutions, insurance companies and all other institutions which provide financial services.

5.2.3. As provided for by the article 3 of the act *sub judice*, with the purpose of ensuring the prevention of all actions which might be classified as money laundering activities, the aforementioned institutions shall require identification of their customers by means of supporting evidence when entering into business relations, particularly when opening an account or savings accounts, or when offering safe custody facilities (paragraph 1)).

The identification requirement shall also apply to any occasional transactions with customers other than those referred to in the preceding paragraph involving a sum amounting to 2.500.000\$00 or more (paragraph 2)).

All the said institutions are obliged to identify their clients, and, if necessary, their representatives and all persons who they know to be working for the former, as well as the recipients of any insurance policy or pension plan, whenever there is suspicion of the crime punishable under the aforementioned article 23 of the Decree-Law 15/93, of the 22nd of January.

5.2.4. In the event of doubt as to whether the customers are acting on their own behalf, or where it is certain that they are not acting on their own behalf, the concerned institution shall take reason-

able measures to obtain information from the customer as to the real identity of the persons on whose behalf those customers are acting. All institutions shall refuse to undertake any financial operation for any person who does not abide by the identification requirements.

- 5.2.5. A copy or reference of the identification documents shall be kept by the institutions for a period of at least five years after the relationship with their customer has ended.
- 5.2.6. The concerned institutions shall furnish all the necessary information to the competent judicial authority as soon as they know or suspect any amount of money registered on their books to be connected to the commission of a drug related crime; or as soon as there is suspicion of the commission of the crime punishable under the aforementioned article 23 of the Decree-Law 15/93. Whenever requested by the competent authorities the institutions shall co-operate with them.
- 5.2.7. As provided by the paragraph 4 of the article 10 of the act *sub judice*, institutions, their respective bodies, as well as all directors, managers and employees shall not disclose to the customer concerned nor to other third persons that information has been transmitted to the authorities, or that a criminal investigation is being carried out.
- 5.2.8. The aforementioned institutions shall refrain from carrying out financial transactions which they know or suspect to be related to the commission of the crime punishable under the aforementioned article 23 of the Decree-Law 15/93.
- 5.2.9. The disclosure, in good faith, to the competent authorities by an employee or director of an institution shall not constitute breach of professional secrecy and shall not involve the institution or person responsible for furnishing the information in liability of any kind.
- 5.2.10. Institutions shall ensure the establishment of adequate procedures of internal control and communication in order to fulfil their legal obligations.

They are also, legally required to take appropriate measures so that their employees are aware of the provisions of the act *sub judice* and able to identify transactions which may be connected to the commission of the offence punishable under the aforementioned article 23 of the Decree-Law 15/93.

5.2.11. Under the provision of the paragraph e) of the article 25 the non-fulfilment of the obligations imposed by this Act on the financial institutions determines their liability to be fined for 150.000\$00 up to 150.000.000\$00.

6. Legislation concerning criminal matters

6.1. Constitutional principles

6.1.1. The Portuguese Constitution gives the utmost protection to human life, awarding vast protection to rights of the inductees.

6.1.2. The fundamental right to freedom and security is established in it's article 27, and in accordance with it detention without judicial charge shall, within forty eight hours, be subject to the scrutiny of a court and it shall not be continued where it can be replaced by bail or by any other more favourable measure provided by law. Sentences or security measures involving deprivation or restriction of freedom for life or for an unlimited or indefinite term are prohibited under the provision of the article 30.

6.1.3. Following the provision of the article 29 of the Constitution of the Portuguese Republic of the principles *nulla poena sine lege* and *nullum crimen sine lege* are established.

6.1.4. The right to proper and comprehensive defence in penal proceedings is consecrated in the article 32 of the Fundamental Law.

6.1.5. Pursuant to the articles 205 to 216 of the Constitution the courts are the organs of supreme authority competent in the administration of Justice. They are completely independent of all other powers and authorities being only subject to the Law.

Any case ruled by a final sentence of a Court of Law may always be taken to a higher Court for rehearing. The Portuguese Judicial system is structured in order to permit two instances of appeal: the *Tribuna da Relação* (court of appeal), and the *Supremo Tribunal de Justiça* (the Supreme Court of Justice).

6.2. The Criminal Code

- 6.2.1. Pursuant to the general legal framework established in the Criminal Code criminal offences are punishable only when committed with intent. Reckless behaviour is punishable strictly in the cases provided by law.
- 6.2.2. The guilt of the offender is an important element that is always taken into consideration in order to determine the seriousness of the crime committed and the subsequently applicable punishment.
- 6.2.3. The attempted crime shall be punishable when expressly provided by law, as well as when the crime attempted is punishable by a prison sentence of more than two years.
- 6.2.4. In accordance with the Portuguese system of prosecution of criminal offences money laundering is a crime of public nature. Thus the *Ministério Público* is entitled to start autonomous criminal proceedings based on evidence of the commission of such a crime.

6.3. Jurisdiction

- 6.3.1. Portuguese Law recognises the principle *aut dedere aut judicare*.
- 6.3.2. Under article 4 of the Penal Code Portuguese Law applies, except if otherwise prescribed by an international treaty or convention to which Portugal is a party, to acts committed within the Portuguese territory or on board of a Portuguese ship or aircraft.
- 6.3.3. The place of the commission of the crime is the place where the offender perpetrated the acts either totally or partially and

through any kind of participation or where he should have acted in case of omission, as well as the place where the typical event was produced (article 7).

- 6.3.4.** Under article 5 of the said Code, Portuguese Law is also applicable, except if otherwise prescribed by an international convention or treaty to which Portugal is a party, to:
- . acts perpetrated for the commission of specific offences defined in articles such as those relative to terrorist activities;
 - . acts perpetrated outside the national territory by Portuguese people or by foreign people against Portuguese if:
 - i) the offenders are found in Portugal;
 - ii) the acts are also punishable by the law of the place where the act has been committed (unless that place has no repressive power);
 - iii) the acts constitute an extraditable offence and extradition can not be granted.
 - . any acts committed outside the national territory whenever the Portuguese State has assumed that obligation under an international convention or treaty.

7. International co-operation in criminal matters

7.1. International Conventions

- 7.1.1.** Portugal has ratified to the 1988's United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances. The instrument of ratification was deposited upon the 3rd of December 1991.
- 7.1.2.** The Council of Europe's Convention on laundering, search, seizure and confiscation of the proceeds from crime (1990) has been signed by Portugal, even though it has not yet been ratified by this country.
- 7.1.3.** Upon the 14th of July 1994, the European Convention on mutual judiciary co-operation in criminal matters was approved by the

Assembly of the Republic, by its Resolution 39/94, and ratified by Decree 56/94 of the President of the Republic.

7.1.4. The Agreement of the Member States of the European Community concerning the transmission of criminal procedures was also very recently approved and ratified. It was approved by the Resolution 38/94, of the 13th of July, of the Assembly of the Republic, and ratified by Decree 55/94, of the same date, of the President of the Republic.

7.1.5. Portugal has recently entered into several bilateral agreements with the scope of improving international co-operation in legal assistance and investigation for the detection and prosecution of the commission of crimes, including that of money laundering; these are:

- . the Agreement on legal co-operation between the Republic of Portugal and the Republic of Guinea-Bissau, which has been in force since the 10th of January 1994.

- . the Treaty between the Republic of Portugal and Australia on mutual assistance in criminal matters, which has been in force since the 17th of October 1993.

7.1.6. The following bilateral agreements have also been ratified by Portugal, even though the exchange of the respective ratification instruments has not yet been effected:

- . The Treaty for the mutual assistance in criminal matters and the Treaty on extradition between the Republic of Portugal and the Federal Republic of Brazil, were signed in Brasilia upon the 7th of May 1991 and approved by the Assembly of the Republic upon the 7th of February 1994.

- . The Agreement on legal co-operation between the Republic of Portugal and the People's Republic of Mozambique, which was signed in Lisbon upon the 12th of April 1990 and approved by the Assembly of the Republic upon the 14th of February 1991.

7.1.7. Furthermore, Portugal has concluded treaties on the transfer of sentenced persons with the Kingdom of Thailand and the Republic of Hungary.

7.1.8. In order to briefly describe the aforementioned conventions it suffices to say that in accordance with them the State parties shall grant bilateral assistance in investigations or proceedings in respect of offences within the jurisdiction of the judicial authorities of the Requesting Party at the time when assistance is requested.

7.1.9. Pursuant to the paragraph 2 of the article 8 of the Constitution of the Republic of Portugal, the provisions provided for in the aforementioned conventions, which have been duly ratified and published in the Official Journal (*Diário da República*) shall be applicable within the Portuguese legal order as long as they remain internationally binding with respect to the Portuguese State.

7.2. The Decree-Law 43/91, of the 22nd of January – Act on international judicial co-operation matters

7.2.1. It became necessary for Portugal to pass an internal law providing for the growing need for international co-operation in criminal matters in order to ensure an effective application of the law and to promote the rehabilitation of the offenders.

7.2.2. This law is the Decree-Law nº 43/91, of the 22nd of January, the International Judicial Co-operation in Criminal Matters Act. This Decree-Law takes inspiration from the principles and the rules provided for in the existing international and European Conventions, as well as in relevant instruments elaborated within the United Nations. It's aim is to facilitate the implementation of the international co-operation instruments in Portugal, as well as to facilitate their ratification by Portugal. Notwithstanding the purpose of facilitating broader international co-operation.

7.2.3. The present text is structured within seven parts that deal respectively with general provisions, provisions that are common to all the forms of co-operation, extradition, transfer of criminal proceedings, enforcement of judgements, supervision

of conditionally sentenced and conditionally released offenders and general mutual assistance.

7.2.4. Regarding general assistance in criminal matters the present Decree-Law provides that assistance shall include : the communication of information; the service of writs; communication of procedural steps or other public law acts admitted by Portuguese law if they are necessary for foreign criminal proceedings; and compliance with requests for seizure of proceeds from instrumentalities of an offence.

7.2.5. Assistance shall include in particular the following:

- a) the service of documents;
- b) the procuring of evidence;
- c) search and seizure of property;
- d) the service of writs to suspect or accused persons, to witnesses and experts, as well as record taking of statements;
- e) the transit of persons;
- f) the communication of information on the Portuguese law or the law of a foreign State, as well as the communication of information relating to the judicial record of suspect, accused or sentenced persons;

7.2.6. Within the framework of assistance in criminal matters, the Minister of Justice shall be empowered to authorise:

- a) the direct communication of information relating to criminal matters between Portuguese and foreign criminal police authorities, where the role of the latter is to assist the judicial authorities;
- b) the participation of foreign judicial, or criminal police, authorities in criminal procedures that ought to be carried out on Portuguese territory.

7.2.7. The foreign authorities shall be enabled to take part in procedures only for the purpose of assisting the competent Portuguese

authorities, in the presence of the latter, the provisions of the Portuguese law of criminal procedure being applied and on condition of reciprocity; a full record shall be kept.

7.2.8. The Portuguese judicial and criminal authorities also may, subject to an authorisation of the Minister of Justice, request to take part in procedures that ought to be carried out on the territory of a foreign State.

7.2.9. The Decree-Law under discussion has an innovative nature that emerges from the standing requirement for judicial involvement in all forms of co-operation, which thus strengthens the safeguards that already are embodied in the Portuguese legal system, with regard to criminal proceedings.

7.3. The Code of Criminal Procedure

7.3.1. The Portuguese Code of Criminal Procedure includes (articles 229 and following) a certain number of principles and rules in this field, notably on international rogatory letters and on the confirmation of foreign criminal judgements.

7.3.2. Thus rogatory letters, extradition, the taking effect of foreign court criminal sentences, as well as all the other relations with foreign authorities concerning criminal matters shall be regulated by the relevant provisions of international treaties and conventions and, solely in matters not provided for by these shall the general regimen established under the Code of Criminal Procedure be applicable.

7.4. General principles on international co-operation in criminal matters

7.4.1. International co-operation in criminal matters, as provided for in the Decree-Law, falls within the province of the principle of reciprocity.

Where circumstances so require, the Ministry of Justice shall demand an undertaking to the effect that reciprocity shall apply;

within the limits set out in the provisions of this law, it may provide other States with such an undertaking.

7.4.2. The absence of reciprocity shall not prevent compliance with a request for co-operation where such co-operation:

- a) Is seen to be advisable in view of the nature of the facts, or in view of the need to combat certain serious forms of criminality;
- b) may contribute to the betterment of the situation of the person concerned or to his social rehabilitation;
- c) may serve to substantiate the facts that provide the basis of an accusation against a Portuguese national.

7.4.3. Pursuant to the article 6 of the Decree-Law nº 43/91, a request for co-operation shall be refused:

- a) where the proceedings do not comply with the requirements laid down in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, or other relevant international instruments ratified by Portugal;
- b) where there are well-founded reasons for believing that co-operation is sought for the purpose of persecuting or punishing a person on account of that person's race, religion, sex, nationality, language, political or ideological beliefs, or his belonging to a given social group;
- c) where the risk exists that the procedural protection of the person might be undermined on account of any of the factors indicated in the preceding sub-paragraph;
- d) where the co-operation sought might lead to a trial by a court of exceptional jurisdiction or where it concerns the enforcement of a sentence passed by such a court;
- e) where any of the facts in question is punishable with the death penalty or with a life-long custodial sentence;
- f) where any of the offences in question may carry the sentence of a life-long detention order.

7.4.4. In the events referred to in the sub-paragraphs e) and f) co-operation shall not be precluded:

- a) should the requesting State have either commuted the sentence or withdrawn the life-long nature of the order as applicable;
- b) should the requesting State accept the conversion of the sentence or the detention order, by a Portuguese court and under the Portuguese law applicable to the offence or offences for which the person was sentenced;
- c) where co-operation is sought on the grounds that it will presumably be relevant for the purpose of preventing such sentences or orders to be rendered.

Where the principle of reciprocity is not ensured a request for co-operation shall be refused, without prejudice to the aforementioned in 7.4.2.

7.4.5. A request for co-operation shall also be refused where the criminal proceedings concern:

- a) any facts that, according to the concepts of Portuguese law, constitute a political offence, or constitute an offence connected with a political offence;
- b) any facts that constitute a military offence and do not constitute an offence under ordinary criminal law.

7.4.6. Concerning discontinuation of criminal proceedings the article 8 of the Decree-Law n° 43/91 determines that co-operation shall not be admissible where, either in Portugal or in another State in which criminal proceedings concerning the same facts have been initiated:

- a) either the proceedings ended with a final sentence of acquittal, or were otherwise definitively discontinued;
- b) either the sentence was carried out, or it cannot be carried out according to the law of the State in which it was passed;
- c) the criminal proceedings were discontinued for any other reason.

The provisions of sub-paragraphs a) and b) of the preceding paragraph shall have no effect where the request by the foreign authority is made with a view to judicial review or the sentence and the grounds for such review are identical to those that are provided for in Portuguese law.

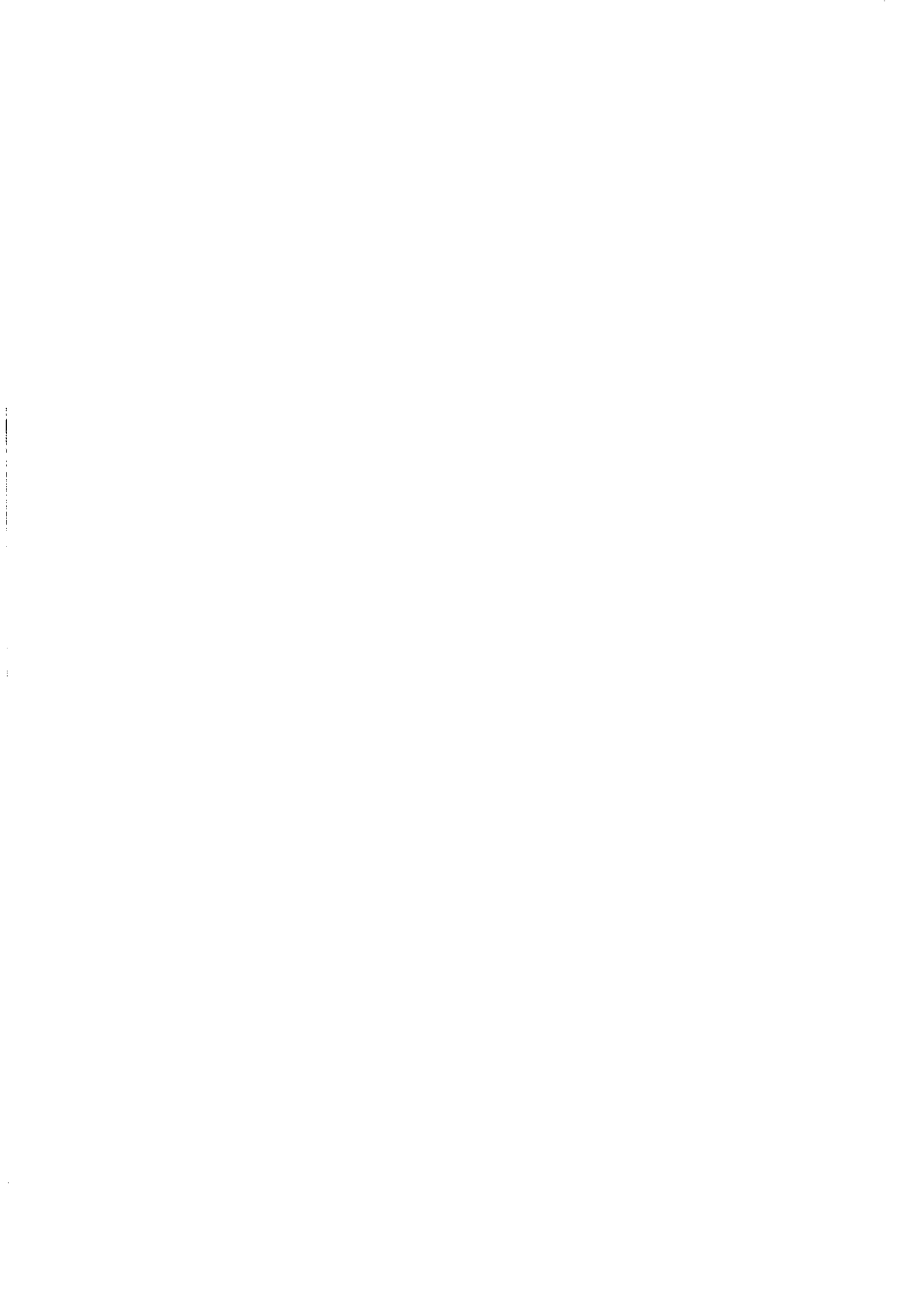
Where the proceedings ended with a final sentence of acquittal, or were otherwise definitively discontinued co-operation shall not be precluded when sought for the purpose of re-opening the proceedings in accordance with the law.

A. NUNES DE CARVALHO

Assistant de la Faculté de Droit de l'Université Catholique Portugaise

III. C.

**LES DROITS COLLECTIFS DES TRAVAILLEURS
DU SECTEUR PUBLIC**



1. La raison de l'ordre*

I. Dans le domaine du présent rapport, il convient de rendre compte des aspects fondamentaux de l'organisation portugaise en matière de droits collectifs des travailleurs du «secteur public».

Il s'agit d'une étude à entreprendre dans la perspective du cadre normatif en vigueur, de façon à permettre de discerner les lignes de base du système de relations collectives du travail dans ce secteur spécifique, soulignant les plus importants vecteurs de son évolution. De la sorte, l'aspect descriptif doit prédominer (au détriment de la construction dogmatique¹), sans toutefois manquer de soulever les problèmes des aspects les plus importants.

II. Dans cette mesure, l'intention de l'analyse est bien modeste. Tout de même, il conviendra d'énoncer quelques difficultés préliminaires qui augmentent.

La première tient de la propre délimitation du cadre de l'analyse. La détermination de ce qui doit être compris par «secteur public» est, en soi même, objet de discussion, non seulement sur le plan théorique que (et essentiellement) sur celui de l'application effective des règles. De ce fait,

* La présente synthèse fut élaboré pour être présentée au XIVème congrès International de Droit Comparé, visant représenter dans cette mesure une description brève et fatalement incomplète du cadre normatif en vigueur sur cette matière. Le choix pour une technique déterminée d'exposition et la sélection de la bibliographie présentée découlent de cette circonstance.

¹ Pour ce motif, les références bibliographiques se borneront aux éléments informatifs qui pourront avoir plus d'importance pour celui qui souhaiterait approfondir ces matières.

il est indispensable un effort préliminaire de démarcation pour ce qui doit être compris par «secteur public».

En second lieu, l'analyse qui va être initiée s'affronte avec une circonstance qui est, d'ailleurs, conformatrice de la propre évolution du système juridique de relations de travail dans le «secteur public». Nous nous rapportons à la pratique de l'inexistence d'études approfondies tout au moins sur cette matière. Autant la doctrine publiciste que celle étudiée par le droit de travail ont négligé ce secteur fondamental de relations de travail. Cette circonstance a, certainement, conditionné soit l'évolution du cadre normatif (qui révèle des discontinuités, des lacunes et de fréquentes ruptures de logique), soit l'application des normes en vigueur, nommément du côté des tribunaux.

Le fait que l'on vient de mentionner constitue un obstacle évident à la réforme du système de relations de travail dans le secteur public. Il manque des études et des synthèses qui rendent viable une organisation plus rationnelle du système et son adéquation complète au cadre constitutionnel de valeurs. En outre, ce manque de soutiens dogmatiques finit par donner lieu à une jurisprudence moins riche et plus encore, à une façon de vivre pratique et quotidienne qui repose, en partie substantielle, sur la répétition de schémas durables, atténuant et diluant les effets des réformes législatives qui peu à peu ont été entreprises à partir de la deuxième moitié des années 80.

III. Partant de ces prémisses, l'étude qui va être initiée devra partir, tel qu'on l'a mentionné, de la délimitation du cadre du «secteur public». Une fois délimité le cadre de l'analyse, il incombera, ensuite d'énoncer les coordonnées constitutionnelles qui donnent la forme au cadre normatif de ce secteur de relations de travail. Ce n'est qu'alors que nous irons aborder de façon systématique, les droits de représentation collective, de conclure des contrats de travail collectifs, de grève et de participation. Pour conclure ce parcours, on essaiera de faire une tentative de synthèse des traits fondamentaux du système, parallèlement à une indication des tendances de l'évolution qu'on est en train de se tracer peu à peu.

2. Délimitation du cadre de l'analyse: le «secteur public».

I. Le noyau fondamental du «secteur public», pour les effets de la présente étude comprend, en première ligne, les supports de l'administration

directe. Il concerne la personne morale de l'Etat, dans la pluralité d'organes et services qui soutiennent son activité².

Il y est aussi intégré l'administration des pouvoirs locaux (prise dans le sens subjectif ou organique), c'est-à-dire l'ensemble des pouvoirs locaux³.

En ce qui concerne l'administration indirecte de l'Etat, le noyau essentiel auquel nous nous rapportons contient encore les services publics personnalisés⁴, les fondations publiques⁵ et les établissements publics⁶.

II. Malgré que les entreprises publiques soient intégrées dans l'administration indirecte de l'Etat, elles doivent dans le cadre de cette étude être considérées de manière spécifique. En vérité, les relations de travail entre les entreprises publiques et leurs travailleurs sont sujettes, en principe, aux règles du Droit du travail⁷, en subissant ensuite les altérations indiquées dans les statuts en question.

² V., pour ceux qui suivent, FREITAS DO AMARAL, *Cours de Droit Administratif*, I, Coimbra, Almedina, 1986, p. 206-207.

³ FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 413.

Dans la définition du par. 2 de l'art. 237 de la Constitution, les pouvoirs locaux sont «des personnes morales territoriales dotées d'organes représentatifs, qui visent la poursuite d'intérêts propres aux respectives populations».

⁴ C'est-à-dire, «les services administratifs auxquels la loi attribue la nature d'instituts publics», – FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 320.

⁵ Pour la notion de fondation publique, v. FAUSTO DE QUADROS, *Fondation de droit publique*, POLIS, 2, Lisboa, Verbo, 1984, p. 1624-1625.

⁶ Il s'agit «d'instituts publics de caractère culturel ou social, ayant été organisés comme des services ouverts au public, et destinés à effectuer des prestations individuelles à la généralité des citoyens qu'y en manqueraient» FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 324. Un exemple typique est proportionné par les hôpitaux publics. Pour ce qui est des universités publiques, on registre une certaine diversité d'accords de la doctrine, quoique la loi semble les considérer, sans plus, comme des services personnalisés.

⁷ Selon ce qui est établi à l'art. 30 du Décret-loi n° 260/79, du 8 avril (bases générales des entreprises publiques):

«1. Le statut du personnel des entreprises publiques doit se baser sur le régime du contrat individuel du travail, sauf pour ce qui est du personnel des entreprises qui exploitent les services publics, par lequel (...) il doit être défini, pour certains aspects, un régime de droit administratif basé dans le Statut du Fonctionnarisme Public, avec les modifications exigées par la nature spécifique de l'activité de chaque entreprise.

2. La matière relative au droit de conclure des contrats de travail collectifs qui concerne les entreprises publiques sera réglemantée par la loi générale sur le droit de conclure des contrats de travail collectifs».

Cela veut dire que les relations de travail dans les entreprises publiques peuvent revêtir de matrices très différentes, en fonction des adaptations que les statuts introduisent au régime applicable en général au travail subordonné. La procédure de transformation des entreprises publiques dans des sociétés anonymes (associée ou non à son ultérieur privatisation), qui a connu dans les dernières années un accroissement significatif, a réduit la série de régimes de travail en vigueur, laquelle a même connu des expériences très diverses^{8,9}.

De cette façon, les relations de travail dans les entreprises publiques ne connaissent pas, en général, un régime de droit public ou approximatif du fonctionnarisme public. Dans celles-ci est, en principe, en vigueur, la discipline génériquement applicable au travail subordonné. Toutefois, il existe quelques écarts qui seront signalés plus loin.

III. A son tour, en ce qui concerne la modalité qui reste des sujets intégrés dans l'administration indirecte de l'Etat, les associations publiques (parmi lesquelles abondent les ordres professionnels) il faudra référer que, sauf disposition légale du contraire, y est appliqué le Droit du travail. Pour ce motif, les relations de travail qui y ont lieu ne seront pas objet de la présente étude.

IV. Dans un sens élargi du concept de secteur public (par exemple pertinent pour les effets d'application de certains aspects du régime financier de l'Etat), y seront aussi comprises les sociétés à capitaux publics¹⁰, catégorie qui a connu peu à peu une considérable expansion au travers de la transformation d'entreprises publiques dans des sociétés anonymes à capitaux (presque toujours ou en majorité exclusive) publics.

⁸ Sur cette matière, v. J. ACÁCIO LOURENÇO, *Les relations de travail dans les entreprises*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

⁹ D'autre part, cette procédure de privatisation a donné origine à des problèmes extrêmement complexes de transition de régimes. En effet, dans plusieurs entreprises publiques, il existait du personnel ayant un lien d'emploi public (ou avec de forts liens de droit public), vu qu'en première ligne la transformation de ces entreprises en personnes collectives de droit privé indiquait une complète «privatisation» des liens de travaux.

¹⁰ V., par ex. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 2^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 175 et ss.

Néanmoins, ce type d'entités se régit dans les relations avec leurs travailleurs, par la loi générale du travail¹¹.

V. Nous arrivons donc à une délimitation de l'univers régit par les normes relatives à l'emploi public. Tel qu'il résulte des textes où sont contenus les principes basiques sur la relation de l'emploi public, cet univers coïncide avec les services de l'administration directe de l'Etat et les instituts publics qui revêtent la nature de services personnalisés ou de fonds publics, tout ainsi comme à l'administration locale^{12, 13}.

Dans cet univers le législateur interdit la conclusion de contrats de travail¹⁴ (par. 2 de l'art. 11 du Décret-loi n° 41/84) rendant typique les modalités de lien de l'emploi public admises (arts. 5 à 9 du Décret-loi n°. 184/89)¹⁵.

Il faut ajouter que la relation de l'emploi public peut se constituer par nomination ou par contrat.

¹¹ Les éventuelles spécificités qui puissent exister représentent la survie du régime pratiqué lorsque ces entités assumaient une nature différente (v.g. celle de l'entreprise publique). Elles ont donc, une signification résiduelle et une application presque toujours transitoire.

¹² V. art. 1° du Décret-loi n° 41/84 du 3 février (création et réorganisation de services et contrôle d'effectifs et décongestionnement de la fonction publique). art. 2 du Décret-loi n° 248/85, du 15 juillet (texte qui structure les carrières de la fonction publique) art. 2 du Décret-loi n° 184/89 du 2 juin, (principes généraux en matière d'emploi public, rémunérations et gestion du personnel de l'administration publique) art. 2° du Décret-loi n° 353-A/89 du 16 octobre (statut de rétribution), et art. 2° du Décret-loi n° 427/89 du 7 décembre (régime de constitution, modification et extinction de la relation de l'emploi dans l'administration publique).

¹³ Pour une exacte détermination de ce que l'on doit comprendre par administration locale dans le cadre de la législation relative à la fonction publique, v. ALMENO DE SÁ, *Administração do Estado, administração local e princípio da igualdade no âmbito do estatuto do funcionário*, Etudes en Hommage au Prof. A. FERRER CORREIA, III, Coimbra, sep. BFDUC, 1991, p. 258 et ss..

En outre, il faut remarquer que la généralité des textes en matière de fonction publique prévoit son application aux pouvoirs locaux *avec des adaptations*. Cependant, on peut dire que les textes qui opèrent ces altérations ne s'éloignent pas du modèle fondamental qui est esquissé dans ce rapport.

¹⁴ Cela veut dire, de contrats de travail réglementés par la loi générale du travail.

¹⁵ Naturellement, nous nous référons à l'admission de travailleurs subordonnés. La loi admet, d'une façon élargie, le recours à des contrats de prestation de services (art. 17 du Décret-loi n° 41/84 et art. 10 du Décret-loi n° 184/89).

Aux termes de la loi, «la nomination est un acte unilatéral de l'Administration, dont l'efficacité est conditionnée par l'acceptation du nommé et par lequel on vise pourvoir un poste du cadre» en prétendant «assurer l'exercice professionnalisé de fonctions ayant trait au service public qui revêtiraient un caractère de permanence» (art. 6 du Décret-loi n° 184/89).

La relation de l'emploi public se constitue par contrat quand elle assume un caractère transitoire (art. 7 du même texte). Le contrat peut assumer les modalités de contrat administratif de nomination (lorsqu'il vise à assurer l'exercice de fonctions propres au service public que ne revêtiraient pas un caractère de permanence – art. 8 par. 1 du Décret-loi n° 184/89) ou de contrat de travail à durée déterminée (il assure, en termes exceptionnels et quand les présupposés indiqués à l'égard de chaque cas précis par la loi sont constatés, l'exercice transitoire de fonctions à caractère subordonné de durée prévisible qui ne puissent pas être remplies par des nommés ou des fonctionnaires sous contrat en régime de droit administratif – art. 9 du Décret-loi n° 184/89).

La loi se rapporte aux fonctionnaires à propos de ceux qui par nomination est constitué un lien. Et détermine que la conclusion d'un contrat administratif de nomination confère au travailleur la qualité d'agent (art. 14 par. 2 du Décret-loi n° 427/89). Le contrat de travail à durée déterminée, au contraire, ne confère même pas la qualité d'agent, vu que son régime malgré qu'il est décalqué sur les règles de la loi du travail sur les contrats à durée déterminée, a une particularité fondamentale: le législateur exclut la possibilité de conversion automatique en contrat de travail par un temps indéterminé¹⁶.

VI. Lorsque, tout au long de la présente étude, nous nous rapportons sans plus aux travailleurs du secteur public, nous serons néanmoins en train de faire allusion à ceux qui travaillent dans l'univers au-dessus délimité et dans le contexte d'un lien de l'emploi public¹⁷.

Toutefois, une fois déterminée la terminologie et les concepts de base, il est temps de prévenir du fait que ce schéma connaît de ponctuelles

¹⁶ Sur ce point, le régime semble être douteux à la constitutionnalité du régime en vigueur.

¹⁷ Cette expression n'est pas exempte d'incertitudes. Nous l'utilisons ici comme synonyme de «relation d'emploi dans l'Administration Publique», c'est-à-dire, pour désigner les différents types de lien admis par le Décret-loi n° 184/89 et par le Décret-loi n° 427/89.

entorses. Ainsi, nous trouvons des cas d'instituts publics où la conclusion de contrats de travail est admise pour temps indéterminé, dans les termes généraux. D'une autre part, le recours au contrat de prestation de service dans toutes ses multiples formes, surgit maintes fois pour masquer la prestation de travail subordonné, en fraude au cadre légal¹⁸. Il s'agit, en tout cas d'aspects marginaux du système et qui ne doivent pas être pris en considération dans une caractérisation sommaire.

3. Les coordonnées constitutionnelles.

L En général, on peut dire que l'organisation du droit du travail portugais se distingue par une intense constitutionnalité. Le texte constitutionnel est composé d'un titre consacré aux droits, libertés et garanties¹⁹ des travailleurs, en sus de, dans d'autres locaux et surtout à propos des droits et des devoirs économiques, sociaux et culturels, contenir beaucoup plus de prévisions consacrées aux droits des travailleurs.

Cette constitutionnalité comprend, presque en entier, la matière des droits collectifs des travailleurs. Les formes de représentation collective, la liberté syndicale, le droit de conclure des contrats collectifs de travail et le droit de grève font partie des dispositions (arts. 53 à 57) où leur contenu se régleme avec une certaine extension (surtout quant aux commissions des travailleurs et aux associations syndicales).

En ce qui concerne déjà la relation individuelle du travail, le législateur constituant n'a pas trop développé en incluant uniquement parmi les droits, libertés et garanties des travailleurs le droit à la sécurité de l'emploi (art. 53)²⁰.

¹⁸ D'ailleurs, ces dernières années, la dynamique de l'Administration publique a pris une prolifération de situations exceptionnelles qui surgissent comme conséquence perverse aux mesures de discipline budgétaire qui se traduisent par une restriction de l'admission de nouveaux fonctionnaires. L'importance de ces situations exceptionnelles est, d'ailleurs, bien éclaircie par les régimes transitoires (et à l'exception) qui accompagnent les textes qui prétendent dériver de la rationalisation du système (veuillez-voir par exemple ce que disposent les articles 37, 38 et 39 du Décret-loi n° 427/89).

¹⁹ Cette nature, pouvant être discutée dans la formulation d'origine de la Constitution, ne l'est plus depuis la première révision constitutionnelle. La révision constitutionnelle de 1982 créa, dans le titre II deuxième partie I de la Constitution (qui prend l'épigraphe «droits, libertés et garanties»), un Chapitre III, intitulé «droits, libertés et garanties des travailleurs».

²⁰ Cependant, d'autres positions fondamentales font partie du titre se rapportant aux droits, libertés et garanties personnelles, telle qu'est la liberté de choix de profession (art. 47).

II. Le cadre constitutionnel en matière de droits collectifs commence par l'affirmation du droit de créer des commissions de travailleurs «pour défendre leurs intérêts et intervenir démocratiquement dans la vie de l'entreprise» (art. 54 par. 1). Il est encore référé la manière «de constituer des commissions de travailleurs et d'approuver leurs statuts (par plénières des travailleurs et au scrutin direct et secret» – art. 54 par. 2), la faculté «de créer des commissions de coordination (comme organisation de deuxième degré» (art. 54 par. 3). Il est déterminé que «les membres des commissions des travailleurs jouissent de la même protection accordée aux délégués syndicaux» (art. 54 par. 4).

De l'énoncé des droits des commissions des travailleurs (art. 54 par. 5) doit ressortir le «contrôle de la gestion des entreprises» (alinéa *b*)), renforcé par un droit instrumental «de recevoir toutes les informations nécessaires à l'exercice de leur activité» (alinéa *a*). Aux commissions de travailleurs, il incombe encore «d'intervenir dans la réorganisation des unités de production», «de participer à l'élaboration de la législation du travail et des plans économiques et sociaux qui intéressent leur secteur» et «de gérer ou participer à la gestion des oeuvres sociales de l'entreprise» (alinéas *c*), *d*) et *e*)).

Finalement, la Constitution consacre expressément le droit des commissions de travailleurs «à promouvoir l'élection de représentants des travailleurs au sein des organes sociaux des entreprises appartenant à l'Etat ou à d'autres entités publiques aux termes de la loi».

III. La Constitution considère de manière aussi étendue dans ses divers vecteurs²¹ l'autonomie collective des travailleurs.

Ainsi, on commence par reconnaître aux travailleurs la liberté syndicale (art. 55 par. 1), dont le contenu contient, expressément, «la liberté de constituer des associations syndicales à tous les niveaux», «la liberté de s'y inscrire, aucun travailleur ne pouvant être contraint à payer des cotisations à un syndicat auquel il ne serait pas inscrit», «la liberté d'organiser les associations syndicales et de les pourvoir d'une réglementation interne», «le droit d'exercer une activité syndicale dans l'entreprise» et «le droit de

²¹ V. J. CAUPERS, «Droits des travailleurs en général et en spécial droit de conclure des contrats collectifs», in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986, p. 44.

constituer une tendance, dans les conditions déterminées par les statuts»²² (alinéa *a*) à *e*) du par. 2 de l'art. 57).

Dans les numéros qui suivent, il est assuré le principe de la démocratie dans l'organisation et la gestion des associations syndicales (par. 3) et de son indépendance du patronat, de l'Etat, des confessions religieuses, et des partis politiques (par. 4) aussi bien que la faculté d'intégration dans des organisations internationales (par. 5). Le par. 6 assure à l'égard de chaque cas précis «aux représentants élus des travailleurs la protection appropriée à l'exercice légitime de leurs fonctions sans aucune forme de condition, d'entrave ou de limitation».

Après le droit de constituer des syndicats et de libre organisation et gestion, la Constitution expose les droits des syndicats («de participer à l'élaboration de la législation du travail», «de participer à la gestion des institutions de sécurité sociale et à celle d'autres organisations visant à satisfaire les intérêts des travailleurs», «de participer au contrôle de l'exécution des plans économiques et sociaux» et «de se faire représenter dans les organismes de concertation sociale, conformément à la loi» par. 2 de l'art. 56). Un relief spécial est conféré au droit de négocier des contrats collectifs, dont l'exercice la Constitution réserve aux syndicats (art. 56 par. 3), appartenant à la loi l'établissement de règles «concernant la légitimité des signataires des conventions collectives du travail ainsi que l'efficacité de ces normes» (art. 56 par. 4).

Finalement, le droit de grève est garanti aux travailleurs, leur étant accordée la compétence pour «définir le champ des intérêts à défendre au moyen de la grève, la loi ne pouvant pas le limiter» (art. 57 par. 1 et 2).

La Constitution interdit expressément le *lock-out* (art. 56 par. 3).

IV. La description exhaustive que l'on vient de faire des droits collectifs des travailleurs garantis dans la Constitution est justifiée par deux motifs.

²² Cette garantie spécifique du droit de tendance, qui aujourd'hui se manifeste tant soit peu anachronique, ne peut être comprise que dans une perspective historique, en parcourant la voie qui amène de l'imposition légale de l'unicité syndicale à l'affirmation constitutionnelle du principe du pluralisme – v., pour ceux qui suivent, MÁRIO PINTO, «*Das concepções da liberdade sindical às concepções sobre o Homem e a sociedade*», *Direito et Justiça*, n° 1, p. 25 et ss..

En premier lieu, il s'agit, tel qu'il a été référé, de positions juridiques fondamentales **reconnues à tous les travailleurs subordonnés** et soumises au régime spécial des droits, libertés et garanties.

Ces droits sont attribués à tous les travailleurs subordonnés²³, comprenant, cependant, ceux qui rendent service dans le cadre d'un lien de l'emploi public²⁴. Et, même que la position spéciale de certains travailleurs puisse imposer certaines limitations dans la mesure où il y a application du régime des droits, libertés et garanties, ces restrictions seul pourront avoir lieu, par voie légale, «la loi ne peut restreindre les droits, les libertés et les garanties que dans certains cas expressément prévus par la Constitution, devant les restrictions se limiter à celles nécessaires à la sauvegarde d'autres droits ou intérêts protégés par la Constitution» (art. 18 par. 2) étant que «les lois qui restreignent les droits, les libertés et les garanties doivent revêtir un caractère général et abstrait et elles ne peuvent avoir d'effets rétroactifs, ni restreindre l'étendue et la portée de l'essence des préceptes constitutionnels» (art. 18 par. 3)²⁵.

En second lieu, en ce qui concerne les travailleurs de la fonction publique les préceptes constitutionnels ont un intérêt accru puisque relativement à quelques unes de ces positions juridiques fondamentales, il manque un développement normatif approprié dans la législation ordinaire. S'agissant, toutefois, de droits ayant le statut des droits, libertés et garanties ceux-ci sont directement applicables et s'imposent aux entités publiques (et privées), aux termes du par. 1 art. 18.

V. Le fondement constitutionnel pour des éventuelles restrictions aux droits collectifs des travailleurs de la fonction publique doivent être trouvés dans les préceptes que la Loi Fondamentale consacre au régime de la fonction publique.

²³ Et rien qu'à ceux-ci, tel qu'on l'a compris – J. CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, Almedina, 1985, p. 73 et ss..

V., pour la notion constitutionnelle de travailleur, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976, Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisbonne, 1978 p. 522.

²⁴ Veuillez-voir J. PEREIRA COUTINHO, *A relação de emprego público na Constituição. Algumas notas, in Estudos sobre a Constituição*, 3^o vol., Lisbonne, Petrony, 1979, p. 522 et ss..

²⁵ Sur la matière des restrictions aux droits, libertés et garanties v., pour ceux qui suivent, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 215 et ss..

Le par. 1 de l'art. 269 de la Constitution établit que «dans l'exercice de leurs fonctions, les travailleurs de l'Administration Publique et les autres agents de l'Etat et des entités publiques sont exclusivement au service de l'intérêt public, tel que celui-ci est défini conformément à la loi par les organes compétents de l'Administration». Et le par. 2 du même article libelle que «les travailleurs de l'Administration Publique et les autres agents de l'Etat et des autres entités publiques ne peuvent être défavorisés ni avantagés du fait de l'exercice de droits politiques prévus par la Constitution, notamment en raison du choix d'un parti».

Pour un corps spécifique, constitué par des militaires et des agents militarisés des cadres permanents en service effectif on admet que «la loi peut établir des restrictions quant à l'exercice de leurs droits d'expression, de réunion, de manifestation, d'association et de pétition collective et quant à leur éligibilité, dans la stricte mesure des exigences de leurs fonctions» (l'art. 270).

4. Représentation collective des travailleurs.

I. La représentation collective des travailleurs se fait dans le domaine de l'organisation du droit du travail portugais, par deux voies: commissions de travailleurs et syndicale.

D'une part, les travailleurs peuvent dans les respectives unités productives constituer des commissions de travailleurs. Aux termes de la loi (art. 3 par. 1 de la Loi n° 46/79, du 12 septembre – Loi des Commissions de Travailleurs²⁶), dans chaque entreprise seul peut être constituée une commission de travailleurs, élue par suffrage universel et par la méthode proportionnelle, à laquelle il incombe représenter les intérêts de tous les travailleurs de cette entreprise et exercer le contrôle de gestion parmi d'autres pouvoirs.

Cependant, il s'agit d'une forme de «représentation communautaire qui est directement retirée de la loi et qui a un caractère universel»²⁷. De

²⁶ Dorénavant en abrégé LComTrab.

²⁷ BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, 2ème, ed., Lisboa, Verbo, 1993, p. 226 ; MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, II, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1991, p. 69 et ss..

cette nature, découle l'attribution à ces entités de pouvoirs qui concernent la situation des travailleurs en tant que travailleurs de cette organisation productive. En particulier, les commissions de travailleurs ont le droit d'accéder à toute l'information nécessaire à l'exercice de son activité comprenant non seulement celle qui se rapporte à la gestion du personnel²⁸, mais aussi celle qui relève de la gestion de l'entreprise dans ses aspects les plus importants²⁹. Dans le domaine du droit à l'information, la loi sur les Commissions de Travailleurs (LComTrab.) soumet à un avis préalable obligatoire un ensemble assez étendu d'actes de gestion lesquels concernent des matières tels que les carrières et promotions, horaires et travail ou l'établissement des plans de congés, mais aussi les décisions du contenu essentiellement gestionnaire (conclusion de contrats de viabilité, dissolution de l'entreprise ou demande de déclaration de faillite, clôture d'établissements ou des lignes de production), comprenant même la nomination des gesteurs pour les entreprises du secteur des entreprises de l'Etat et l'approbation des statuts de ces entreprises (art. 24).

Et, il incombe fondamentalement aux commissions de travailleurs l'exercice du contrôle de la gestion.

Le contrôle de gestion « vise à proportionner et à promouvoir l'intervention démocratique et l'engagement responsable des travailleurs, en particulier dans la vie de l'entreprise, et en général dans la procédure productive » (art. 26 par. 1 de la LComTrab.)³⁰. Dans le contrôle de gestion, le droit de se prononcer sur les décisions plus importantes pour l'organisation

²⁸ La LComTrab prévoit, dans son art. 23 par. 1, que l'information comprenne les règlements internes, l'organisation de production et ses implications au niveau de l'utilisation de la main-d'oeuvre et de l'équipement, de la gestion du personnel et de l'établissement de ces critères de base, montant du volume de salaires etc.

²⁹ Le même art. 23 par. 1 de la LComTrab. mentionne encore l'information sur les plans généraux de l'activité et les budgets, sur la prévision, volume et l'administration des ventes, situation de l'approvisionnement, situation de la comptabilité de l'entreprise, projets d'altération de l'objet et du capital social, etc.

³⁰ Le sens exacte de l'expression « contrôle de gestion » n'est ni clair ni univoque. De la discussion qui a eu lieu à l'Assemblée Constituante il en ressort l'idée que l'accord des partis qui ont voté, le précepte était extrêmement variable, allant de l'approximation du concept de cogestion, à la manière allemande, à l'idée que le contrôle de gestion constitue un moyen de lutte révolutionnaire contre le capitalisme – v. pour ceux qui suivent. BRITO CORREIA, « *A lei sobre as Comissões de trabalhadores* », *Revista da Ordem dos Advogados*, année 40, p. 452 et ss..

productive est essentiellement reconnu, soit sur l'aspect de la gestion du personnel, soit en général dans celui de la conduite de l'entreprise, la faculté de présenter des propositions en matières relatives au personnel aux organes de l'entreprise et de veiller à l'accomplissement des lois et du Plan (art. 29). Il comprend encore la charge «de veiller à l'utilisation adéquate par l'entreprise des ressources techniques, humaines et financières» et celle «de défendre les intérêts légitimes des travailleurs d'entreprise et des travailleurs en général auprès des organes de gestion et de fiscalisation de l'entreprise et des autorités compétentes» (alinéas *b*) et *g*) de l'art. 29).

De pair avec les commissions de travailleurs, la représentation collective des travailleurs est encore pour l'action des associations syndicales. Il s'agit maintenant d'une forme de représentation de caractère essentiellement volontaire (aussi malgré l'enregistrement de certains traits de représentation institutionnelle³¹) et qui dépasse normalement la frontière de l'organisation productive: le domaine des intérêts à défendre correspond à la catégorie syndicale telle que définie dans les statuts du syndicat (arts. 2. alinéa *b*), et 14 alinéa *a*) du Décret-loi n° 215-B/75 du 30 avril – Loi Syndicale³²). C'est au syndicat que s'imputent les divers pouvoirs par lesquels l'autonomie collective s'analyse (conclusions des conventions collectives, décision du recours de grève). L'activité syndicale projette normalement ses effets uniquement dans la sphère juridique de ses associés (en principe les conventions collectives – sauf par extension de l'acte administratif – s'appliquent seulement aux travailleurs affiliés dans les associations syndicales parties contractantes³³).

II. Ces deux formes de représentation collective comprennent aussi les travailleurs qui sont partie d'une relation de l'emploi public. Cette

³¹ Tel que BERNARDO LOBO XAVIER l'écrit, «les syndicats revendiquent une représentation des intérêts collectifs d'une catégorie de travailleurs, *qu'ils soient ou non inscrits*, se proposant de parler au nom de cette catégorie et prenant des décisions relatives au groupe en cause (v.g. décidant d'une grève ou accordant une convention collective). Il s'agit donc d'une représentation pas simplement associative mais de caractère plus institutionnel ou de genre semblable à la représentation politique» – Curso ..., cit., p. 140.

³² Dorénavant en abrégé LS.

³³ Art. 7 du Décret-loi n° 519-C1/79 du 29 décembre – Loi des Relations Collectives du Travail (LRCT).

affirmation découlerait d'autre part, tel qu'il a été référé, du fait qu'il leur est reconnu constitutionnellement le statut des droits, libertés et garanties des travailleurs. Mais, aussi bien dans LComTrab. (art. 41) que dans la LS (art. 50), il est expressément prévu son application aux travailleurs du secteur public. Il faut voir dans quels termes.

III. En ce qui concerne les commissions de travailleurs, cette application aux travailleurs de la fonction publique ne manque pas de causer de la surprise. En effet, la plupart des compétences confiées aux commissions de travailleurs présuppose un contexte spécifique qui est celui d'une entreprise au sens propre, d'une organisation productive dirigée vers la production de biens pour le marché et ayant un but lucratif. La raison d'être des pouvoirs des commissions de travailleurs vise, justement, à assurer que la demande du profit ne soit pas réalisée aux dépens des intérêts des travailleurs. Et, pour cela même, la doctrine a estimé que ce cadre normatif (comprenant les paramètres constitutionnels) n'a pas d'application vis-à-vis des organisations n'étant pas considérées comme des entreprises (v.g. institutions de mérite, fondations d'intérêt social, etc).

Dans cette mesure, l'affirmation légale du droit de constitution des commissions de travailleurs dans le secteur public cause une certaine perplexité.

Il faut remarquer, en tout cas, que la LComTrab. a expressément exclu de l'assujettissement à l'exercice du contrôle de gestion les activités d'émission et production de la monnaie, de direction de politique monétaire, financière et de change, l'Imprimerie Nationale, la recherche scientifique et militaire, le service public de la poste et des télécommunications et les établissements d'ateliers militaires (art. 27 par. 1), bien comme «les activités ayant un intérêt pour la défense nationale ou qui englobent, par voie directe ou déléguée des prérogatives de la l'Assemblée de la République, des Assemblées Régionales, du Gouvernement de la République, des Gouvernements Régionaux et des autres organes de la souveraineté nationale» (art. 27 par. 2). D'une manière significative, il s'agit dans tous les cas d'activités intégrées dans le secteur public et d'où intervient de manière plus décisive l'intérêt public de façon à justifier, justement, l'exercice de ce droit fondamental.

On pourrait, sans plus, conclure à partir de l'argument *contrario sensu*, que dans toutes les autres activités de l'Administration Publique les

prérogatives inhérentes à l'institution des commissions de travailleurs auraient une application complète. Cependant, il s'agit d'une conclusion précipitée.

Le législateur s'est exprimé dans l'article 41 susmentionné de la LComTrab. d'une manière assez ambiguë. Après avoir proclamé que «la constitution des commissions de travailleurs de la fonction publique est permise», il ajoute que «les normes constantes de la présente loi s'appliquent à son élection». Or, cette seconde affirmation se présenterait non nécessaire si du premier principe, il en aurait découlé l'application intégrale du régime des commissions de travailleurs.

Ce même législateur aura eu la perception que ce régime est, par nature, inapplicable dans son intégrité au secteur public, devant être fait un effort d'adaptation aux règles et aux principes qui structurent la prestation de travail dans l'Administration Publique. Poursuivant ce chemin, il faudra même comprendre que l'art. 41 «n'est pas une *self-executing law*». S'il permet la constitution des commissions de travailleurs de la fonction publique et s'il résout le problème de son élection, alors il ne résout pas une série infinie d'autres problèmes, tel que, aussitôt, celui de savoir s'il existe seulement une commission de fonctionnaires pour chaque entité publique ou s'il peut en avoir plusieurs (par ministère, direction-générale, section, etc.). Et, sans la résolution de celui-ci et d'autres problèmes par voie de règle la loi est inapplicable»³⁴. D'ailleurs, il reste à résoudre le premier et crucial problème «d'évaluer jusqu'où est-ce que l'institut de la commission de travailleurs s'harmonise avec le principe de surintendance du Gouvernement sur toutes les entités publiques ou ayant le pouvoir de direction qui n'appartient qu'au Gouvernement relativement aux services publics et à l'activité de l'administration directe et indirecte de l'Etat», puisque «les pouvoirs de participation attribués aux travailleurs des organisations publiques peuvent restreindre, de façon inadmissible, cette compétence administrative constitutionnellement réservée au Gouvernement et pour cela non modifiable par le pouvoir législatif ou pour toute autre instance normative infra-constitutionnelle»³⁵. Cependant, cela veut dire que la disposition de la LComTrab. ne permet pas, en elle-même, de tracer les termes dans laquelle doit être exercée l'action des commissions de travailleurs

³⁴ BARBOSA DE MELO, «Les fondations ...», cit., p. 118.

³⁵ BARBOSA DE MELO, «Les fondations ...», cit., p. 97.

dans le domaine des organisations publiques. Il serait nécessaire un éclaircissement par voie législative qui ne s'est jamais produit.

Il est nécessaire d'avoir présent, afin que l'on comprenne le sens et la raison d'être des préceptes se rapportant aux commissions de travailleurs, que la position du législateur constituant et de celui qui a approuvé la LComTrab. a été essentiellement réactive, autrement dit, a visé la conformation d'un mouvement de réindication inorganique et multiforme, se produisant au sein des organisations productives et échappant au domaine des structures syndicales³⁶. C'est dans ce mouvement que se préfigure le cadre normatif des commissions de travailleurs et son ultérieure atténuation vint peu à peu à diminuer le degré de l'application pratique de ce tableau.

C'est dans ce contexte qu'il faut aussi comprendre l'art. 41 de la LComTrab. Celui-ci apparaît pour couvrir (et l'encadrement normatif) les structures apparues spontanément et en marge du régime en vigueur. Et, la cession de l'application de cette initiative, conjuguée avec le manque de développement normatif de la prérogative reconnue par l'art. 41 ont fini par retirer un sens à l'action des commissions de travailleurs de l'Administration Publique.

En effet, étant certain que les commissions de travailleurs fonctionnent encore dans quelques services publics, on ne peut pas dire que leur action ait une expression réelle. Pouvant bénéficier de la protection reconnue par la LComTrab. (droit à l'attribution d'installations, droit à la distribution de propagande relative aux intérêts des travailleurs, etc.), il ne paraît pas qu'elles puissent exercer les autres droits génériquement conférés aux commissions de travailleurs.

Tel qu'il a déjà été dit, dans la pratique son importance s'est réduite, d'une manière extraordinaire, n'ayant aucun impact ni même dans la gestion des unités publiques, ni dans la défense des droits des fonctionnaires. Le nombre de commissions de travailleurs existantes – et en activité – est, par ailleurs, extrêmement insuffisant³⁷.

³⁶ Sur toute cette matière, v. BERNARDO LOBO XAVIER, «Les récentes interventions des travailleurs dans les entreprises» *Revista da Ordem dos Advogados*, 1975, p. 417 et ss..

³⁷ Si nous considérons les données disponibles dans les services centraux, ce chiffre n'excède pas la dizaine. On admet, en tout cas qu'en fait (quoique sans activité significative) puissent exister plus de commissions de travailleurs.

IV. La LComTrab. contient un régime spécifique pour les entreprises intégrées dans le secteur d'entreprises de l'Etat. Tel qu'il en découlerait déjà de l'alinéa *f*) de l'art. 54 par. 5 de la Constitution, on prévoit dans les arts. 30 et 31 de cette loi la désignation, de la part des commissions de travailleurs, de représentants dans les organes sociaux des entreprises (art. 30) et, tout aussi, d'au moins un représentant pour le respectif organe de la gestion (art. 31). Dans les deux cas, on prévoit que les formes de l'exercice de ces droits se trouvent prévues dans les statuts de chaque entreprise, s'ouvrant également, la possibilité de développement par voie légale³⁸. Selon un certain accord, il s'agit, tout au moins dans le cas de l'art. 31 d'un exemple de véritable cogestion, cependant excédant le domaine d'un simple contrôle de gestion³⁹.

Toutefois, la LComTrab. a aussi été peu opérée dans cette matière.

Il faudra dire aussi qu'un autre droit reconnu aux commissions de travailleurs des entreprises du secteur d'entreprises de l'Etat, celui de se prononcer sur la nomination des respectifs gestionnaires (art. 24 par. 1, alinéa *j*)), n'a pas aujourd'hui un sens qui dépasse celui d'une formalité sans conséquence.

V. A son tour, l'art. 50 de la LS détermine «qu'une loi spéciale réglemeta l'exercice de l'activité syndicale des fonctionnaires de l'Etat, des pouvoirs locaux et des instituts publics qui ne soient pas des entreprises publiques ou établissements de nature commerciale ou industrielle». Vingt ans sont presque écoulés, depuis l'entrée en vigueur de ce precept, cependant, on attend toujours la publication d'une loi spéciale⁴⁰.

S'il est certain que la liberté syndicale dans ses différents vecteurs, constitue un droit de tous les travailleurs, tout aussi directement opposé aux entités publiques (arts. 55, 56, et 18 de la Constitution), alors, il reste à savoir comment il doit être exercé dans le domaine de l'Administration Publique.

³⁸ Sur cette matière, v. BRITO CORREIA, «La loi ...», cit., p. 465-466.

³⁹ V. avis n° 177/79 du 15 novembre 1979, du Conseil Consultatif de l'Office du Procureur-Général de la République, dans le *Boletim do Ministério da Justiça*, n° 295, p. 105 et ss..

⁴⁰ Le Gouvernement a approuvé en 1976, une Résolution du Conseil de Ministres (publiée au Journal officiel (*Diário da República*), I série, n° 146 du 24 juin 1976) se rapportant au droit d'association syndicale. Cependant, cette Résolution se borne à reconnaître expressément ce droit et à disposer sur l'enregistrement des associations syndicales des travailleurs de l'Administration Publique.

Considérant le libellé de l'art. 50 de la LS, nous sommes devant une lacune d'étatisation⁴¹, qui a été intégrée au moyen de l'application avec les adaptations à chaque cas considérées nécessaires, du régime générique établi pour les associations syndicales par la LS.

Cette loi commence par régler l'exercice du droit de constitution de syndicats et le régime d'organisation et de fonctionnement. Dans cette matière, l'application aux travailleurs de l'Administration Publique et aux associations syndicales instituées par eux ne semble pas originer de grandes difficultés.

Cependant, il pourra être dit que dans ce domaine les problèmes sont placés par le régime général des associations syndicales. D'une part, car ce régime conçu à partir de l'affirmation du principe de l'unicité syndicale⁴² contient, surtout en ce qui correspond à la création des syndicats⁴³, des règles qui aujourd'hui se montrent de constitutionnalité douteuse. C'est le cas de l'art. 8 de la LS, dans lequel il est prévu un régime de constitution d'associations syndicales qui se fonde à partir d'une catégorie de conception ontologique (qui d'ailleurs découle de l'alinéa de l'art. 2 de la même loi lequel se montre lui aussi de constitutionnalité douteuse).

D'autre part, l'inconstitutionnalité de l'art. 46 de la LS a été affirmée dans la mesure où celle-ci rend applicables aux syndicats les normes sur les associations qui figurent dans le Code Civil⁴⁴. Ceci, parce que certains

⁴¹ Pour la notion de lacune d'étatisation, cfr., pour ceux qui suivent, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução à Teoria Geral*, 5ème, ed., Coimbra, 1991, p. 410.

⁴² Dans sa formulation d'origine, la LS affirmait expressément le principe de l'unicité syndicale. Ce n'est qu'après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1976 que ce précepte a été abrogé, ainsi comme d'autres (par exemple, l'affirmation de l'existence d'une unique confédération syndicale) qui ont surgit comme en étant leurs corollaires manifestes.

⁴³ C'est ainsi qu'il a été compris par la doctrine tout comme par le Conseil Consultatif de l'Office du Procureur-Général de la République (cfr. avis du 19 avril 1979). Cependant, d'autres préceptes se montrent d'une très douteuse constitutionnalité, étant donné qu'ils sont de difficile compatibilité avec le pluralisme syndical. C'est ce qui arrive, notamment avec l'art. 16 par. 1 de la LS lequel affirme le droit du travailleur de s'affilier dans un syndicat représentant sa catégorie professionnelle.

⁴⁴ Au sujet de cette matière, v. JORGE MIRANDA, «Liberté d'associations et modifications aux statuts syndicaux», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XVIII (I de la 2ème série), n° 2, p. 161 et ss. ; VASCO DA GAMA LOBO XAVIER/BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, «Inapplicabilité du Code Civil aux associations syndicales», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XXX (III de la 2ème série), n° 3, p. 305 et ss..

segments du régime civiliste des associations se montrent de compatibilité difficile avec l'autonomie de gestion et d'organisation constitutionnellement reconnues aux syndicats.

Outre les normes concernant la création et l'organisation des syndicats, la LS contient des règles au sujet de l'activité syndicale de l'entreprise. Celle-ci prévoit la réalisation de réunions sur le lieu de travail, pendant ou en dehors de l'horaire de travail (art. 26 et 27)⁴⁵, le droit à des installations et le droit d'affichage et d'information syndicale. Elle prévoit encore, l'élection des délégués syndicaux et la création des commissions syndicales et des commissions intersyndicales. Ensuite, elle régleme la position spécifique des délégués syndicaux, leur attribuant le droit à un crédit d'heures (rémunéré) pour l'accomplissement de l'activité syndicale⁴⁶ et une protection spéciale en cas de transfert et de licenciement. Toutes ces règles doivent pouvoir être applicables (et, dans la pratique sont appliquées) dans l'Administration Publique, à l'exception, naturellement, de celles qui se rapportent au transfert et au licenciement.

VI. Tandis que, dans la pratique, l'importance des commissions de travailleurs vient peu à peu à décliner, par contre l'activité syndicale dans l'Administration Publique maintient sa puissance.

Selon les données disponibles, 33 syndicats spécifiquement représentatifs des travailleurs de la fonction publique sont enregistrés. La plupart de ces syndicats sont affiliés à une des deux confédérations syndicales existantes (*União Geral dos Trabalhadores – UGT* et *Confederação Geral de Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional – CGTP-IN* ou dans la *Confederação Sindical Independente*). En outre, beaucoup d'autres syndicats peuvent, en fonction de la catégorie syndicale, représenter des travailleurs de la fonction publique (c'est-à-dire, les travailleurs de la fonction publique apparaissent fréquemment, affiliés dans des syndicats dont le cadre de représentation comprend aussi bien l'Administration Publique que le secteur privé: c'est le cas, par exemple, des divers syndicats de professeurs).

⁴⁵ D'ailleurs, cette même possibilité est admise dans l'art. 21 de la LComTrab.

⁴⁶ Les membres de direction des syndicats disposent aussi d'un crédit d'heures et d'une justification spéciale d'absences (art. 22).

La taxe de syndicalisation vient à diminuer, tant dans la fonction publique que dans le secteur privé.

5. La négociation collective.

I. Tel qu'il a déjà été mentionné, le droit de conclure des contrats de travail collectifs est envisagé par le législateur constitutionnel dans la perspective de l'exercice de l'autonomie collective, constituant une prérogative des associations syndicales.

Le droit de conclure des contrats de travail collectifs est inclut encore, aux termes de la constitution, signalons-le, parmi les droits, libertés et garanties des travailleurs.

D'autre part, le Portugal a ratifié la Convention n° 98 de la OIT (bien comme, tel qu'il a été référé, la Convention n° 151) ses normes ayant, cependant, aux termes de l'article 8 de la Constitution, commencé à entrer en vigueur dans l'ordre juridique portugais et avec une puissance supérieure à celle des actes législatifs ordinaires.

L'exercice du droit de conclure des contrats de travail collectifs de la part des travailleurs privés est réglementé par la LRCT. Ce texte s'assume comme simple législation de soutien, disposant les instruments nécessaires pour mener au dialogue parmi les sujets collectifs, sans chercher à déterminer le sens de la négociation^{47,48}.

⁴⁷ Les points faibles de ce texte se manifestent par la rigidité qui est imposée aux modèles du droit de conclure des contrats collectifs et à son articulation avec la loi, bien que par la réduction de la possibilité de flexibilité des contenus de la négociation – sur cette matière, v. BERNARDO LOBO XAVIER, *Cours ...*, cit., p. 278 et ss..

⁴⁸ Le législateur fixe les types de conventions collectives admis et son régime formel de conclusion de contrats se bornant, en ce qui concerne le contenu, à esquisser, de manière très générique et avec une grande ampleur, les matières sur lesquelles peuvent se refléter (art. 5), mettant en avant, de suite, quelques limites spécifiques (art. 6). Successivement, la LRCT s'occupe du déroulement de la procédure négociable et des principes à observer par les parties pendant les négociations, ensuite établissant des règles formelles sur l'identification du domaine de l'application de la convention, son dépôt et son entrée en vigueur. Finalement, la LRCT énonce les formes (négociable et administrative) de l'étendue du domaine de l'application des conventions, bien comme des modes de résolution pacifique de conflits collectifs et de remplissement de vides de réglementation collective pour les cas où il ne soit pas possible l'étendue par la voie administrative.

II. L'encadrement normatif de l'exercice du droit de conclure des contrats collectifs dans la fonction publique diverge, en large mesure, de celui qui est en vigueur pour les travailleurs dont la relation de travail ne prend pas la forme des liens de l'emploi public.

La matière est réglementée par le Décret-loi n° 45-A/84 du 3 février, texte qui réglemente aussi les procédures de participation des associations syndicales dans la gestion des services publics. En ce qui concerne la définition négociable des conditions de travail ce sont les arts. 5 et suivants qui régissent cette matière.

L'art. 5 commence par reconnaître expressément aux travailleurs de l'Administration Publique le droit de négociation collective des conditions de travail (par. 1), définissant la négociation collective comme «l'appréciation et la discussion, entre les associations syndicales et l'Administration, des matières se rapportant aux conditions de travail, ayant en vue l'obtention d'une solution consensuelle» (par. 2). La négociation collective se reflète sur les traitements et d'autres prestations de caractère rémunérateur, les pensions de retraite et les bénéfices de l'action sociale et action sociale complémentaire (art. 6).

Toutefois, il est aussitôt ajouté que «l'accord obtenu vaut comme recommandation et n'a pas la nature de convention collective, contrat ou accord collectif, ni produit, à lui seul, aucun effet juridique» (art. 5 par. 3). Et afin d'éviter des doutes, le législateur éclaircit immédiatement que «l'accord entre les entités compétentes et les associations syndicales ne produira des effets que lois de son adoption par le Gouvernement et moyennant l'intégration de ses résultats dans les lois ou règlements respectifs» (art. 5 par. 4).

Du domaine de la négociation collective, on soustrait expressément dans l'art. 12, la matière de «la structure, les compétences, la politique de ressources humaines, la gestion et le fonctionnement de l'Administration Publique».

Donc, cela veut dire que la négociation collective se reflète uniquement sur les matières ayant un caractère de rétribution (*latu sensu*) et, qu'en plus il n'est pas constaté une auto réglementation d'intérêts. L'accord qu'on obtienne à la suite de cette négociation n'a pas des effets de liaison (et sa juridicité peut même être mise en question), n'est qu'une simple recommandation. Il s'ensuit que son éventuelle violation ne puisse être sanctionnée qu'en termes politiques ou au moyen des instruments d'autotutelle dans les termes qu'on verra ci-après.

Le législateur n'a pas manqué de délimiter la procédure de négociation (art. 7) et de consacrer quelques principes fondamentaux, comme celui de la bonne foi et de la poursuite de l'intérêt public (arts. 3 et 4). Toutefois, l'exiguité des effets associés à un éventuel accord affaiblissent décisivement le contenu du droit de négociation collective dans la fonction publique.

D'autre part, on doit encore considérer le fait que la loi place dans la dépendance de la volonté du Gouvernement tant l'effectivité de la procédure négociable que le recours à des moyens pacifiques de résolution de conflits collectifs. Dans l'art. 8, il est établi que la résolution de conflits collectifs suscités dans la dépendance de la procédure de négociation peut se faire, à la demande des associations syndicales, en négociation supplémentaire. Cependant, l'ouverture de cette négociation dépend du consentement du Gouvernement⁴⁹. Tel qu'il a été remarqué, la loi place, ainsi, dans les mains du Gouvernement la décision sur l'occurrence effective et réelle de l'ouverture de la négociation supplémentaire, c'est-à-dire, de l'unique procédure légalement permise afin d'annuler un conflit collectif de négociation dans la fonction publique⁵⁰.

Le cadre normatif qui vient d'être décrit ne peut évidemment pas, rendre propice un exercice efficace de l'autonomie collective.

III. Dans sa formulation initiale, la LRCT imposait au droit de conclure des contrats de travail collectifs dans les entreprises publiques quelques spécificités ayant une grande ampleur. Malgré que le régime qui était appliqué était celui en vigueur dans le secteur privé, le législateur s'occupait de façon minutieuse de la procédure de négociation collective dans les entreprises publiques, dérogeant à quelques principes généraux.

⁴⁹ Outre cela, dans la définition légale ce mécanisme n'est qu'une tentative d'obtention de l'accord (art. 8 par. 2) et l'éventuel consensus revêtera la nature de recommandation (art. 8 par. 4).

⁵⁰ NASCIMENTO RODRIGUES, «Fonction publique: quel droit de négociation collective?». *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, année XVIII (I de la 2ème série), n° 2. p. 286, continuant: «le Gouvernement n'est pas obligé à se soumettre à une négociation supplémentaire, quoique celle-ci n'advienne qu'entre le Gouvernement et les organisations syndicales; le Gouvernement n'est pas obligé de fonder un éventuel refus (non consentement) à la demande syndicale de l'ouverture de la négociation supplémentaire; enfin, le refus du Gouvernement à la réalisation de cette tentative de réconciliation ne semble pas être susceptible de contrôle judiciaire».

Cependant, ces règles spéciales ont été très limitées par la législation plus récente, étant dispensable une référence plus étendue.

6. La grève dans le secteur public.

I. Le droit de grève assume dans l'organisation du droit du travail portugais, la nature d'une position juridique fondamentale, avec le statut des droits, libertés et garanties.

L'optique des destinataires de ce précepte ne suscite pas aujourd'hui, tel qu'il a été vu, des doutes de grande importance. Le domaine personnel des deux premiers numéros de l'article 57 de la Constitution est constitué par tous ceux qui rendent leur travail de façon subordonnée, tous ceux qui sont parties d'une relation de travail subordonné.

Pour eux qui sont partie d'une relation de travail subordonné, vu que le concept de grève ici en cause est celui d'une grève de travail, autrement dit, comme un instrument d'auto tutelle des travailleurs, de droit qui trouve sa racine et son champ d'opération dans le domaine des conflits collectifs de travail (ou, si l'on préfère, dans le système de relations collectives de travail). Et de tous ceux, une fois que le législateur n'oppose aucune limitation, étant donné que l'assujettissement de cette position juridique au régime des droits, libertés et garanties impose que les restrictions que lui soient imposées s'encadrent dans le disposé de l'article 18 de la Constitution⁵¹.

Donc, le droit de grève, en tant que droit fondamental des travailleurs sujet au régime des droits, libertés et garanties, est lui aussi reconnu aux titulaires d'une relation de l'emploi public.

II. Cette conclusion est confirmée par la Loi de Grève⁵² aussi bien à l'art. 1 (qui répète la formulation constitutionnelle) comme surtout, dans l'art. 12, dont le par. 1 garantit expressément «l'exercice du droit de grève dans la fonction publique».

Cependant, s'il n'y a pas de doutes quant à la titularité du droit de grève par les travailleurs de la fonction publique⁵³, il n'est pas de même avec la détermination du régime applicable. En effet, l'art. 12 par. 2 de la

⁵¹ V., supra.

⁵² Loi n° 65/77 du 26 août, dorénavant abrégée LG.

⁵³ Remarquez que l'art. 13 de la LG exclut formellement l'applicabilité de ce régime aux forces militaires et militarisées. Quant au régime applicable à ces corps, v. infra., n° 8.

LG établit que «sans préjudice du disposé au numéro précédent, l'exercice du droit de grève dans la fonction publique sera réglementé dans le respectif statut ou texte spécial». Or, dans aucun des multiples textes où se développe le statut juridique des travailleurs de l'Administration Publique – même parmi ceux que plus récemment ont commencé à tracer les bases générales du régime juridique – nous trouvons des règles relatives à l'exercice du droit de grève par ceux qui sont partie dans une relation de l'emploi public.

L'impératif au législateur contenu dans le par. 2 de l'art. 12 de la LG reste à accomplir. De la sorte, en ce qui touche le régime juridique de l'exercice du droit de grève par les travailleurs de la fonction publique, nous trouvons, une fois de plus une lacune d'étatisation.

III. Afin de déterminer les règles applicables à l'exercice de grève par ces travailleurs, nous sommes, alors, menés à l'application du dispositif en vigueur pour l'intégration de lacunes.

Tel qu'on le sait, le premier processus d'intégration admis par notre ordre juridique est le recours à l'analogie. Et l'art. 10 du Code Civil dit qu'il y a analogie lorsque dans le cas omis procèdent les raisons justificatives de la réglementation du cas prévu par la loi⁵⁴. D'après OLIVEIRA ASCENSÃO, «ce que l'analogie suppose, c'est que les ressemblances soient plus fortes que les différences. Il y a un noyau fondamental dans les deux cas que exige une même réglementation. Lorsque ce noyau pèse plus que les diversités on peut affirmer qu'il y a analogie»⁵⁵.

Etant l'exercice du droit de grève du côté des travailleurs, qui sont régis par la loi générale du travail, réglementé dans l'organisation du droit du travail portugais, il serait légitime de pondérer la possibilité d'application analogique de ce régime aux grèves déclenchées par les fonctionnaires publics.

⁵⁴ Cfr., de nouveau, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Le Droit*, cit., p. 423-424 : BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Estudo do Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra 1983, p. 202 : DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1986, p. 221 et ss.; BIGOTTE CHORÃO, *Integração de lacunas*, Pólis, 3 p. 610 et ss..

⁵⁵ Ob. cit., p. 424.

IV. Sur cette matière, le Conseil Consultatif de l'Office du Procureur Général de la République s'est déjà prononcé par son avis n° 184/79 du 24 janvier 1980⁵⁶. Toutefois, la position adoptée n'y prime pas par la clarté, devenant difficile à suivre la ligne de raisonnement à laquelle obéit l'orientation proposée.

Dans cet avis, on commence prudemment par affirmer que «la nature spécifique et l'importance du service public pourront justifier l'observance de différentes normes étant pour cela même défendable l'inexistence et l'analogie avec les cas de grève hors de la fonction publique»⁵⁷; et on continue, «tel procédé (...) ne mérite pas, cependant, une spéciale censure, étant donné que ces normes ne se montrent manifestement pas inadéquates à la fonction publique, sont susceptibles d'application, éventuellement avec des adaptations, par le législateur, aux termes de l'art. 10 par. 3 du Code civil»⁵⁸. Toutefois et de façon non entièrement cohérente, on poursuit en référant «qu'il a déjà été dit que l'exercice du droit de grève dans la fonction publique n'est pas réglementé et que l'inexistence de l'analogie avec les cas de grève en général réglementée par la loi n° 65/77 est défendable. Dans cette mesure, il incombe à l'interprète de créer les normes adéquates, dans l'esprit du système (art. 10 par. 3 du Code civil)»⁵⁹. Une fois cette prémisse posée, il s'ensuit l'analyse de préceptes spécifiques de la LG, évaluant sa compatibilité avec la grève des agents de l'Etat, en concluant, après avoir proclamé la possibilité de l'application analogique de l'art. 7 que «l'unicité du système juridique est ainsi sauvegardée vu qu'on ne voit pas assez de raisons, dans cette partie, pour traiter différemment les grèves dans et hors de la fonction publique»⁶⁰. En complément à cette conclusion, on fait remarquer que «la nature spécifique du service public devra, cependant, être prise en considération dans la future loi régulatrice de l'exercice du droit de grève dans la fonction publique, v.g., dans la fixation de certaines conditions dans la procédure de déclaration et de l'exécution de grève»⁶¹.

⁵⁶ Publié dans le *BMJ (Boletim do Ministério da Justiça)* n° 298, p. 62 et ss.. Dans le même sens, j'ai vu l'avis n° 3/82 du 28 janvier 1982 (non publié).

⁵⁷ Loc. cit., p. 66.

⁵⁸ Loc. cit., p. 67.

⁵⁹ Id. *ibid.*

⁶⁰ Id. *ibid.*

⁶¹ Loc. cit., p. 67, note (11).

Il n'est pas facile de démêler la ligne de raisonnement. De la collaboration correcte du problème (est-il licite d'intégrer la lacune par le simple recours à l'application analogique de la LG? la nature du lien de l'emploi public consent-il ce procédé?) on poursuit aussitôt, sans qu'il nous soit proposée une justification suffisante, pour le recours au mécanisme d'intégration de lacunes contenu dans le par. 3 de l'art. 10 du Code civil, – mais en termes que suscitent les plus grandes doutes. En effet, il est suggéré une application avec des adaptations de ce qui est établi dans la LG, en procédant à cette transposition d'une manière ponctuelle, de précepte à précepte. Finalement, et dans la note révélatrice dont nous venons de nous rendre compte, il transparait l'accord sous-jacent à cette façon d'opérer: la nature spécifique du service public devra être «prise en compte» dans l'élaboration de la loi prévue par le par. 2 de l'art. de la LG, portant à refléter cette spécificité dans des aspects de nature essentiellement procédurale («conditions de la déclaration et de l'exécution de grève).

Toutefois, la réponse à la question énoncée se maintient: l'application analogique aux travailleurs du domaine juridique-public de la LG est-elle licite? Cette application est-elle congruente avec la nature du lien dont font partie ces travailleurs? Par quel procédé doit-on recourir pour intégrer cette lacune de l'organisation du droit du travail?

Toutes ces interrogations postulent la réalisation préliminaire d'une étude des spécificités de la relation de l'emploi public pour le moment susceptibles de se répercuter dans le régime du droit de grève des fonctionnaires publics. Cependant, il s'agit d'une investigation dogmatique qui est à faire au Portugal.

V. Néanmoins, par des avis ultérieurs⁶², le même Conseil Consultatif de l'Office du Procureur-Général de la République vint à adopter une différente posture face à ce problème. Ainsi, dans l'avis n° 100/89 du 5 avril 1990⁶³, il est référé que «étant encore inexistant (...) un régime propre, face à cette omission législative – lacune de réglementation – il a été entendu, qu'en principe, pour la grève de la fonction publique sont applicables les dispositions de la LG, avec les adaptations qui se figurent nécessaires, tant

⁶² Veuillez voir, aussi celui mentionné ci-après, l'avis n° 91/82 du 9 juin 1982 (*BMJ*, n° 327, p. 372 et ss.).

⁶³ *BMJ*, n° 399, p. 5 et ss..

que celles-ci s'ajustent au régime de la fonction publique». Ceci parce que «la norme de l'article 12 de la Loi n° 65/77, renvoyant la réglementation de grève de la fonction publique au texte ou au statut propre, n'a pas prétendu limiter ou conditionner l'exercice du droit de grève dans la fonction publique. En fait, de la discussion parlementaire du texte référé, il résulte indubitablement qu'on a immédiatement prétendu garantir l'exercice du droit de grève dans la fonction publique et la légitimité expresse de cet exercice même sans la publication d'un quelconque texte spécial. Cette consécration expresse (quoique même inutile) du droit de grève dans la fonction publique, n'empêche pas, mais plutôt implique la nécessité d'application provisoire des dispositions de la LG de la fonction publique avec les adaptations nécessaires tant que le texte spécial ne sera pas publié ou une réglementation spécifique insérée dans le respectif statut»⁶⁴.

Cette position suscite aussi des doutes. En fait, au lieu de résoudre le problème, elle le supprime presque, optant pour «l'application provisoire» (?) de la LG. De plus, elle concerne nécessairement le recours dans le stratagème de viabiliser l'application de cette loi «avec les adaptations nécessaires». Or, tout est dans la détermination de ces adaptations et avant même l'énonciation du critère à partir duquel elles seront entreprises.

VI. La discordance du disposé dans la LG avec les spécificités de la relation d'emploi public est mise en évidence, de façon particulièrement visible, à propos du problème des services minimums à assurer en cas de grève.

Par sa rédaction actuelle⁶⁵, la LG opte décidément de suivre l'exemple des législations européennes plus avancées par le chemin de l'auto-réglementation, prévoyant autant la détermination de ce qui soient des services minimums que la forme de sa satisfaction soient réalisés par les parties en confrontation dans le domaine du droit de conclure des contrats de travail collectifs. Une intervention subsidiaire est réservée à l'Etat, lui incombant de suppléer les lacunes qui résultent de l'impossibilité pratique d'une solution négociée.

Pour toute grève qui affecte des services publics, l'Etat surgit alors directement comme partie, dans un rôle qui dévalorise naturellement

⁶⁴ Loc. cit., p. 10-11.

⁶⁵ Introduite par la Loi n° 30/92 du 20 octobre.

l'intervention subsidiaire dont nous nous sommes référés ci-dessus. D'autre part, comme on l'a vu, il manque un véritable droit de conclure des contrats de travail collectifs dans l'Administration Publique.

Face à ce problème, une autre solution n'étant pas celle désignée par le Conseil Consultatif de l'Office du Procureur Général de la République ne semble pas rentrer dans le présent cadre normatif dans l'avis n° 109/89 déjà susmentionné: «étant en cause des intérêts fondamentaux de la collectivité, la détermination du niveau de services minimums à assurer au cours de la grève sera de la compétence du Gouvernement»⁶⁶, puisque «la défense et la protection des intérêts et des valeurs qualifiés à ce niveau est une tâche qui appartient au Gouvernement, auquel il incombe, dans les termes constitutionnels, défendre la légalité démocratique et pratiquer tous les actes, prendre toutes les mesures nécessaires à la satisfaction des besoins collectifs» – cependant, s'agissant du «Gouvernement en tant qu'entité, en principe, au-dessus de la dimension directement conflictuelle et, en conséquence, comme telle, distinct de l'administration-employeur»⁶⁷. Toutefois, cette solution pourra difficilement être présentée comme *adaptation* de l'actuel régime de la LG⁶⁸.

VII. La reconnaissance expresse du droit de grève des fonctionnaires publics fait encore surgir deux autres interrogations.

La référence de l'art. 12 de la LG à un texte spécial semble suggérer que l'exercice du droit de grève dans la fonction publique nécessite du moins, pour ce qui est de certains aspects, d'une réglementation spécifique. Ces spécificités pourront éventuellement entraîner «un accroissement d'exigences processuelles et une aggravation du régime disciplinaire applicable (compte tenu du caractère essentiel des services prêtés)»⁶⁹.

D'autre part, la forme spéciale que l'exercice de l'autonomie collective prend dans la fonction publique doit influencer dans la conceptualisation du droit de grève. Ce droit peut être vu par le Droit du Travail, dans une

⁶⁶ Loc. cit., p. 22.

⁶⁷ Loc. cit., p. 20-21.

⁶⁸ Malgré ne pas permettre de résoudre des questions telles que celle de la détermination des services minimums nécessaires au maintien de l'appui de l'emploi – art. 8 par. 3, de la LG.

⁶⁹ A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito de Greve*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 74.

perspective éminemment procédurale, liée à l'exercice des facultés comprises dans l'autonomie collective et, en particulier, au droit de conclure des contrats de travail collectifs⁷⁰.

7. Droits de participation.

I. Les pouvoirs reconnus aux structures de représentation collective des travailleurs englobent diverses facultés relationnées avec la participation dans la prise de décisions du côté des organes de l'Administration.

Avant d'avancer vers la description de ces facultés, deux aspects doivent être mis en relief.

Au cas où la structure du système serait ordonnée strictement à partir des coordonnées constitutionnelles, ces pouvoirs de participation devraient être, tout d'abord, attribués aux commissions de travailleurs. Cependant, il n'en est pas ainsi. Si, tel que nous l'avons vu, la LComTrab. trouve des difficultés (que le législateur n'a jamais considéré qu'il fallait résoudre) dans la transposition pour le secteur public, il est également certain que la loi, en ce qui concerne la matière de participation, seul d'adresse aux syndicats (voir le Décret-loi n° 45-A/84 étudié ci-dessous).

D'autre part, le fonctionnement du système a contribué pour l'approfondissement de cet écart. Sur le plan des faits, les compétences constitutionnelles déferées aux commissions des travailleurs finissent par être exercées par les syndicats. Les travailleurs sont élus comme délégués syndicaux qui, dans la pratique, accompagnent la gestion des services et se font entendre auprès des respectifs dirigeants.

Ainsi, il n'est pas surprenant que dans le récent Code de Procédure Administratif⁷¹ il ne soit pas prévu en aucune partie la possibilité d'intervention des commissions de travailleurs (voyez, spécialement l'art. 53).

II. Les droits de participation des associations syndicales sont réglés dans le Décret-loi n° 45-A/84.

⁷⁰ Il est fondamental, à ce propos, l'analyse de FERNANDO LOPES XAVIER, *Direito da Greve*, Lisboa, Verbo, 1984, p. 254 et ss..

⁷¹ Approuvé par le Décret-loi n° 442/91 du 15 novembre.

Aux termes de l'art. 9 de ce texte, ce droit de participation englobe l'intervention dans l'élaboration de législation à l'égard de la fonction publique, dans la gestion des institutions de sécurité sociale et d'autres organisations qui visent à satisfaire l'intérêt des travailleurs et, dans le contrôle de l'exécution des plans économiques et sociales.

En termes pratiques, de ces facultés c'est celle de la participation dans la procédure législative qui a eu un plus grand impact. En tout cas, on peut bien affirmer que le Décret-loi n° 45-A/84 s'est limité à réglementer un droit qui a une base constitutionnelle (et qui a été compris comme directement applicable, raison pour laquelle aussi les commissions de travailleurs peuvent et doivent l'exercer, une fois que la Constitution leur confère aussi cette faculté). En ce qui concerne ce droit de participation, le texte de 84 se limite à définir les termes dans lesquels il doit être exercé, soulignant cette intervention comme caractère de simple consulte⁷².

Le droit de participation dans la procédure législative a connu dans la jurisprudence une grande importance jurisprudentielle, puisque à plusieurs reprises le Tribunal Constitutionnel a été appelé à déclarer l'inconstitutionnalité des textes sur base de cette prétention d'audition. Cette jurisprudence a permis de délimiter les contours du droit de participation, quoique toujours pas de manière univoque et entièrement raisonnable⁷³. Nous croyons que cette jurisprudence a fait une lecture trop rigoureuse d'un texte qui strictement appliqué mène à des conséquences autant absurdes que pyrrhiques. En vérité, il ne semble pas raisonnable de dire qu'un texte est matériellement inconstitutionnel parce qu'une association syndicale concrète n'a pas été entendue (toutes les autres pouvant, l'avoir été), même si cette association ne représente, en fait, aucun des travailleurs concernés par la législation en cause. Et, en outre, la conséquence d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité finit par se réduire à une simple republication du texte, peut-être exactement dans les termes précédents, après une consultation aussi célèbre que formelle des associations en cause.

⁷² Très récemment il a été publié le Décret-loi n° 185/87 du 5 juillet qui élargit les manières de réaliser cette consulte.

⁷³ Pour une analyse exhaustive de cette jurisprudence, v. JOSÉ MANUEL MEIRIM, «La participation des organisations des travailleurs dans l'élaboration de la législation du travail – approximation à la jurisprudence constitutionnelle», in *Revista do Ministério Público*, 1992, année 13, n° 52, p. 9 et ss..

8. Exceptions

I. On a déjà mentionné la norme constitutionnelle, qui admet pour certains corps de fonctionnaires et d'agents, l'existence de restrictions spécifiques aux droits constitutionnellement garantis. C'est ce qui arrive ainsi, à l'égard de la liberté syndicale et au droit de grève, pour certaines catégories de travailleurs de l'Etat. La question a été posée en fonction de trois grands groupes: forces armées, sûreté publique et magistrats.

II. Il a été compris que «l'autonomie des forces armées en ce qui concerne l'Administration publique en général n'annule pas l'identité de statut juridique du travail établie entre les militaires et les autres travailleurs de l'Etat»^{74,75}. A partir de ce moment, il faudra comprendre que, comme les autres travailleurs ils jouissent à l'origine des facultés reconnues à tous les travailleurs de la fonction publique par l'organisation constitutionnelle sans préjudice, naturellement, des limitations imposées par la sauvegarde d'autres valeurs constitutionnellement sous tutelle. Toutefois, ces limitations devront se subordonner aux paramètres de l'art. 18 de la Constitution. D'autre part, cependant, il faudra considérer les impositions qui découlent des principes constitutionnels en ce qui concerne l'organisation des forces armées.

La question des droits collectifs des militaires n'a pas connu au Portugal l'approfondissement qui se manifeste dans d'autres ordres juridiques⁷⁶. Mais, quoique les directives qui émanent du texte constitutionnel ne soient pas claires, la question est essentiellement résolue sur le plan infraconstitutionnel.

⁷⁴ F. LIBERAL FERNANDES, «Les Forces Armées et la PSP (Police de Sûreté Publique) devant la liberté syndicale» in *Etudes en Hommage au Prof. A. FERRER CORREIA*, III, cit., p. 939.

⁷⁵ Dans son arrêt n° 103/87 *BMJ*, n° 365, p. 314-392 le Tribunal Constitutionnel s'est déjà prononcé, toutefois, dans le sens d'exclure les militaires et les agents militarisés du concept constitutionnel du travailleur.

⁷⁶ V. En effet, seul LIBERAL FERNANDES, dans l'étude déjà citée, a fait un abordage assez exhaustif sur ce thème. Toutefois, les conclusions obtenues ne coïncident pas avec les données législatives infraconstitutionnelles, avec la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel et, aussi avec ce qui semble être encore de manière assez diffuse la position d'une doctrine dominante.

L'art. 10 du Décret-loi n° 45-A/84 exclut les militaires des droits de négociation et de participation. A son tour, l'art. 13 de la LG semble retirer le droit de grève aux membres des forces armées et militarisées⁷⁷. Il en est de même pour la législation qui donne forme au statut juridique des militaires, en particulier, l'art. 31 de la Loi n° 29/82 (Loi de la Défense Nationale et des Forces Armées). Ce précepte exclut expressément de l'applicabilité des normes constitutionnelles se rapportant aux droits, libertés et garanties des travailleurs, les militaires et les agents militarisés des cadres permanents et sous contrats en service effectif (par. 11). En outre, le droit d'affiliation syndicale, (par. 6) est spécifiquement exclu, en affirmant un droit d'exemption syndicale (par. 12).

Néanmoins, il faut souligner l'existence d'associations professionnelles que, ni se présentent ni agissent comme syndicats.

En ce qui touche les forces de sûreté, le problème se pose de façon spécifique seulement à l'égard de la Police de la Sûreté Publique (PSP). En effet, la Garde Nationale Republicaine (GNR) est considérée comme force militarisée, ce qui mène à l'application d'un statut semblable à celui des militaires. Au contraire, la Police Judiciaire est considérée comme un service public intégré dans l'Administration, lui étant ainsi appliqué, en principe, le régime général de la fonction publique.

Cependant, la position de la PSP a été objet de discussion vu que dans les dernières années, il a surgit dans son sein un mouvement qui a créé de véritables structures syndicales (lequel a rencontré une véhémente résistance du Gouvernement). Tout en cherchant à résoudre ces doutes, la Loi n° 6/90 du 20 février a régleménté la procédure d'associations professionnelles dans la PSP⁷⁸.

Ce texte (art. 5) garantit pour le personnel ayant des fonctions policières en service effectif, le droit à constituer des associations professionnelles du domaine national, lesquelles sont sujettes au régime général de la liberté d'association. De telles associations, qui ne pourront être intégrées que par ce personnel, exercent des fonctions de représentation dans la défense des intérêts statutaires, sociaux et déontologiques de leurs

⁷⁷ V. MONTEIRO FERNANDES, *Direito de greve*, cit., p. 74 ; M. R. PALMA RAMALHO, *Lei da greve anotada*, Lisboa, LEX, 1994, p. 85-86.

⁷⁸ Les bases générales contenues dans ce texte ont fait objet de développement à travers le décret-loi n° 161 du 22 mai.

affiliés, étant en mesure de prendre part dans la définition du respectif statut professionnel et des conditions de l'exercice de l'activité policière. Toutefois, il est expressément défendu la possibilité de convoquer des réunions de caractère syndical, d'affiliation en associations syndicales et l'exercice du droit de grève (ou de toutes options substitutives susceptibles de porter préjudice à l'exercice normal et efficace des missions de police) (alinéas *c*), *e*) et *g*) de l'art. 6). L'application de cette loi a suscité de grandes discussions, ayant été constituée, en inobservance de ces préceptes, une commission pro-syndicale dans la PSP (ce qui, à son tour, a conduit l'hierarchie à s'emparer des instruments disciplinaires)⁷⁹.

III. A l'égard des magistrats (judiciaires et du Ministère Public), le problème de la garantie des droits collectifs se pose de manière très diverse. En particulier, en ce qui concerne les Magistrats judiciaires on discute si, le fait qu'ils soient titulaires d'organes de souveraineté, bien comme les obligations d'indépendance et d'autonomie qui leur sont inhérentes portent préjudice, dès lors, leur caractérisation en tant que travailleurs subordonnés ou, indépendamment de ce problème, si ces circonstances déterminent la limitation du droit de grève⁸⁰.

Il a été compris que les magistrats, aussi bien ceux du Ministère Public que les judiciaires, peuvent constituer ou s'affilier en associations syndicales⁸¹ et, qu'aussi peuvent recourir au droit de grève, même que, dans ce cas, avec les restrictions que la nature des fonctions qu'ils exercent détermine en termes de l'exercice concret (garantie d'assurer des services minimums).

9. Un aperçu de synthèse.

Une fois arrivés à ce point, il serait temps de formuler des conclusions. Néanmoins, il ne semble pas qu'une étude de nature essentiellement

⁷⁹ Sur cette matière, mais dans un sens différent, on peut voir J. LEITE, *Liberdade sindical dos profissionais da PSP. Notas a um acórdão*, Revue du ministère Public, année 10 n° 39, p. 9 et ss..

⁸⁰ V. M. R. PALMA RAMALHO, *Lei da greve*, cit., p. 83, avec bibliographie.

⁸¹ F. LIBERAL FERNANDES, *Gozam os magistrados do direito à greve?* Revue du Ministère Public, année 14, n° 54, p. 85 et ss., spécialement 87.

descriptive comme celle en question puisse justifier vraiment de telles conclusions. Il sera avant tout préférable souligner ceux qui semblent constituer les traits les plus importants pour la caractérisation du système, même dans la perspective de son évolution future.

De tout ce qui a été exposé, nous croyons que doit être attirée l'attention sur trois points fondamentaux.

D'autre part, la formulation extrêmement ouverte de l'énonciation des droits collectifs des travailleurs, qui semble rendre propice sa transposition directe pour l'Administration publique. Cette ouverture est, ensuite, tel qu'il a été vu, corrigée par la législation ordinaire, en termes que suscitent quelque perplexité.

En second lieu, il convient aussi de référer l'absence d'un système ayant trait au droit de conclure des contrats de travail collectifs. La discipline légale du droit de négociation collective mène à ce que le système pratiqué en matière de la définition des salaires s'éloigne suffisamment des cadres de conclusion de contrats de travail collectifs. Dans la pratique, le Gouvernement ajuste ses critères en fonction des objectifs macro-économiques (les dernières années le combat à l'inflation, dans les termes dictés par les impératifs communautaires de convergence), en les submettant après aux syndicats, en accord avec le schéma que nous avons vu, mais sans qu'une altération significative dans leurs intentions initiales puisse être considérée.

Il en résulte de cette procédure la formulation d'une décision (la fixation d'un pourcentage) qui est appliquée en bloc aux divers corps, carrières et catégories de la fonction publique⁸².

Cette situation subit uniquement des altérations sur un plan qui échappe déjà à la négociation collective dans le sens propre. En effet, il arrive qu'au cours des années, l'évolution salariale entre en jeu dans le domaine de la concertation sociale et en termes d'engagements signés par le Gouvernement dans ce cadre.

Enfin, il doit être aussi prise en considération l'évolution enregistrée sur le plan de la pratique quotidienne. Ici aussi (et tel qu'il a été référé,

⁸² Ceci mène à ce que l'insertion de chaque catégorie et carrière dans le schéma général du système de rétribution assume une importance décisive. C'est dans la discussion menée à but, quand il s'agit de restructurer ou de créer de nouveau des carrières et des catégories qu'il apparaît, dans la pratique, avec une puissance plus grande la substance de la négociation. Ainsi même, tout dépend du pouvoir réel du groupe professionnel et cause, ce qui à son tour, produit fatalement des asymétries et des injustices relatives.

en général pour tout le système de relations industrielles), la législation a, surtout, un rôle directif et non directement impératif. Autrement dit, dans la pratique, et bénéficiant de la complaisance du législateur, l'action des groupes organisés crée ses propres instruments et modèles. Il en est ainsi, par exemple, et en des termes particulièrement importants, avec l'action syndicale dans l'Administration Publique. Dans la pratique, ce sont les représentants syndicaux qui exercent les fonctions que, dans les termes de la Constitution et de la loi, devraient incomber aux commissions de travailleurs. Peut-être faudra-t-il même comprendre que ces mécanismes d'action consubstantiels dans la pratique quotidienne de certaine façon finissent par remplir ce vide qui est créé, tel qu'on l'a mentionné plus haut, entre les énoncés constitutionnels et la réglementation introduite par la législation ordinaire.

PAULO MARRECCAS FERREIRA
*Membre du Bureau de Documentation
et Droit Comparé*

IV. A.

DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROIT INTERNATIONAL

Sommaire

- Question I.** De l'existence d'entités investies de compétences externes susceptibles d'empiéter sur la compétence exclusive des organes d'Etat. Les compétences externes des organisations internationales d'intégration comme la Communauté européenne.
- Question II.** Compétences externes du pouvoir exécutif.
- Question III.** Pouvoirs de contrôle de l'organe législatif sur la politique étrangère.
- Question IV.** Position des Cours et des Tribunaux en matière de contrôle juridictionnel sur les relations extérieures (Traités, recours à la force armée). Existence d'un contrôle juridictionnel des Traités inconstitutionnels.
- Question V.** Le peuple est-il habilité à participer directement à des décisions de politique étrangère (par exemple, référendum autorisant la ratification d'un traité international)?

Question I. De l'existence d'entités investies de compétences externes susceptibles d'empiéter sur la compétence exclusive des organes d'Etat. Les compétences externes des organisations internationales d'intégration comme la Communauté européenne.

L'article 3 de la Constitution dispose que la souveraineté nationale est une et indivisible. La compétence internationale découle de la souveraineté, le Portugal jouissant du pouvoir d'auto organisation et apparaissant ainsi en pied d'égalité avec les autres sujets de Droit International.

A ce titre le Portugal a aussi la possibilité d'opérer un transfert de compétences, que ce soit à titre définitif, que ce soit à titre de délégation de compétences comme il semble que c'est le cas pour les pays européens vis à vis de la Communauté européenne¹.

Depuis la Troisième Révision Constitutionnelle, opérée en 1992 et destinée à adapter la Constitution au processus d'intégration orienté avec clarté, maintenant vers l'Union européenne, l'article 7 de la Constitution, relatif aux rapports internationaux de la République portugaise contient un numéro 6 qui semble, justement, permettre une répartition de compétences, sans qu'il y ait prise de position quant à la question de savoir si cette répartition est un transfert ou une délégation. Une chose est certaine, il y

¹ Il semble que le Traité d'Union, bien que potentiellement fédéraliste n'a pas changé cette donnée du problème, aucune disposition n'existant dans le Traité qui définit une souveraineté communautaire. Les compétences de la Communauté comme il est affirmé dans l'article 3-B du Traité institutif continuent à être des compétences d'attribution. Sur cette matière, bien que rapporté à une époque antérieure au Traité d'Union, cf. l'étude de Fausto de Quadros sur la propre nature de la Communauté, comme une entité dotée d'un pouvoir délégué.

a, du fait de la participation à l'intégration européenne, une répartition de compétences entre le Portugal et la Communauté².

Le numéro 6 de l'article 7 de la Constitution dispose que "le Portugal peut, en des conditions de réciprocité, dans le respect du principe de la subsidiarité et ayant en vue la réalisation de la cohésion économique et sociale, accorder l'exercice en commun des pouvoirs nécessaires à la construction européenne".

Cette norme délégative peut également signifier une délégation de pouvoirs sur le plan international. Il en était ainsi avant l'existence de cette disposition, bien que le problème ne semble pas avoir préoccupé le Portugal. En effet, selon l'article 75 du Traité institutif de la Communauté européenne (même avant la formulation de l'article 228 du Traité par le Traité d'Union européenne), le Conseil pouvait déjà adopter des règles internationales en matière de transports qui lient toute la Communauté et les Etats membres. Selon le n° 3 de l'article 113 du Traité CE, la Communauté a la compétence pour célébrer des accords internationaux en matière de politique commerciale.

Les Etats membres doivent également accepter les accords d'association entre certains pays membres et d'anciens territoires d'Outre Mer. Bien que ces accords ne lient que les parties et la Communauté, ils ont des effets sur l'ensemble, dans la mesure où leurs conséquences se produisent sur l'ensemble de la Communauté. Ces accords existaient déjà avant le Traité d'Union.

Bien que non mentionnée auparavant dans le Traité, la coopération pour le Développement, de l'article 130-U, existait dès avant l'Acte Unique. Que l'on se souvienne des Conventions de Lomé, destinées à aider les pays ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique), qui liaient tous les Etats membres. Il faut dire que la coopération pour le Développement maintient les Conventions de Lomé, ajoutant à celles-ci de nouveaux champs d'action en matière d'aide communautaire et élargissant ainsi le champ de compétences internationales de la Communauté.

Enfin, il faut mentionner l'article 228, qui établit le procès de décision communautaire en matière de célébration d'accords internationaux dans les domaines prévus dans le Traité. Les Etats membres n'ont pas d'intervention

² Cette répartition résulte de toute façon de la réception automatique du Droit international dans le Droit portugais, et de la réception du Droit dérivé communautaire par l'article 8 de la Constitution. Donc, même sans cet article 7, n° 6, nous pourrions parler d'une répartition de compétences. L'article 7, n° 6, cependant nous rend la tâche plus facile.

institutionnelle en tant que tels³, bien qu'ils interviennent en tant que membres du Conseil et contrôlent ainsi, d'une certaine façon, les négociations. Mais même avec ce contrôle relatif, les Etats n'ont pas le même pouvoir qu'agissant individuellement, puisqu'ils sont également sujets à la volonté des autres membres et dépendent de la majorité requise (en général la majorité qualifiée), ne pouvant pas exercer une opposition décisive au nouveau traité.

Ceci pose la question, qui sera examinée plus bas, d'un éventuel manque de correspondance entre la compétence, sur le plan national, pour célébrer ces accords, et la compétence qui, au niveau du Conseil de Ministres, est exercée par les exécutifs nationaux.

La réception des traités dans l'ordre communautaire ne dépend pas de transformation en un acte communautaire qui lie les Etats membres, tel un règlement, par exemple. Aux termes du n° 7 de l'article 228 du Traité instituant la Communauté européenne, le Traité lie les institutions communautaires et les Etats membres en tant que tels. Il nous semble pouvoir en déduire que le traité ainsi célébré vaut comme du Droit communautaire et, s'il n'est pas dépendant d'une réglementation par les institutions communautaires, ni en tant que Droit communautaire d'une réglementation nationale, il est directement applicable dans le sens que cette expression possède en Droit communautaire. La Communauté jouit ainsi d'un pouvoir traditionnellement réservé aux Etats, celui de conclure des traités internationaux qui lient également les Etats membres, en les substituant dans les domaines où il lui est possible de conclure des accords.

Dans l'ordre interne portugais, puisque ces accords ne sont pas directement célébrés par l'Etat, il nous semble qu'ils doivent être considérés comme le produit de l'activité communautaire et surgir dans les termes du n° 3 de l'article 8 de la Constitution, relatif à la réception dans l'ordre interne du droit produit par les organisations internationales dont le Portugal est partie.

Enfin, il faut mentionner les pouvoirs de la Communauté dans le cadre de la Politique Extérieure de Sécurité Commune (PESC) aux termes de l'article 228-A CE. Sans approfondir ce domaine délicat, si une action de la Communauté est prévue aux termes du Traité d'Union, qui se destine à interrompre ou à réduire, totalement ou partiellement, les rapports

³ Comme c'est le cas des accords mixtes où interviennent d'une part la Communauté et les Etats membres, mais comme institutions différentes, et l'autre partie dans les négociations. Dans ces cas ce sont les Etats qui négocient pour eux directement.

économiques avec un ou plusieurs pays tiers, le Conseil, délibérant à la majorité qualifiée, adopte sur proposition de la Commission, les mesures nécessaires. Il ne s'agit plus de conclure des traités, mais il s'agit encore d'une compétence internationale qui produit ses effets dans l'ordre interne des Etats membres.

Question II. Compétences externes du pouvoir exécutif.

Le "Treaty making power" appartient au Gouvernement et est soumis à deux interventions ultérieures: l'approbation du Traité par le Parlement et sa ratification par le Président de la République. Toute la préparation et la négociation d'un Traité revient au Gouvernement, qui a ainsi, d'une certaine façon, non seulement la compétence politique de conduire l'activité du pays, mais aussi, une intervention législative. Et c'est sur le plan de cette intervention législative que le Parlement détient un rôle d'une certaine importance. L'approbation du Traité, préparé et négocié par le Gouvernement, lui revient, consistant en une intervention de concession d'accord, par le Parlement, à la réception du Traité dans l'ordre interne. Cette activité est d'une importance extrême si le Gouvernement négocie un Traité dans un domaine de compétence législative interne du Parlement. Par le moyen de l'acte d'approbation, le Parlement exerce un contrôle sur l'exercice d'une compétence qui lui appartient sur le plan interne. Cela est important dans le cadre des rapports entre le Droit international et le Droit portugais. La réception n'a lieu, pour les Traités prévus dans le numéro 2 de l'article 8 de la Constitution que s'il y a approbation par le Parlement⁴. Celui exerce, donc, le contrôle de la conformité des actes du Gouvernement à son pouvoir législatif. Toutefois, le Traité approuvé, le Parlement n'a plus de contrôle et il peut arriver que le Droit dérivé du Traité, reçu dans l'ordre interne aux termes du numéro 3 de l'article 8, soit un Droit produit en détriment de la compétence législative du Parlement⁵.

La compétence du Gouvernement en matière de négociation et de conclusion de Traités est prévue dans l'article 200 de la Constitution, la compétence du Parlement pour l'approbation de Traités est prévue dans l'article 164, alinéa j) de la Constitution.

⁴ Cette affirmation est indépendante de la forme de réception, sans transformation en Droit interne du Droit international, qui lui donne primauté dans l'ordre interne, et que nous verrons à propos de la IVème question.

⁵ Cf. infra, réponse à la quatrième question.

Le Président de la République a un rôle important bien que limité dans le cadre de la conclusion et de l'approbation de Traités.

Le Président n'a pas la conduite de la politique extérieure du pays qui, en parallèle avec la conduite de la politique intérieure du pays, revient au Gouvernement.

Du Président de la République toutefois, dépend le compromis international de l'exécution de l'accord conclu et approuvé. La ratification est l'acte qui lie l'Etat portugais à un Traité et cet acte appartient au Président de la République.

La ratification constitue une condition de perfection des Traités solennels aux effets du Droit international, exprimant l'assomption du compromis d'exécuter le Traité, mais aussi face au Droit interne. C'est l'acte ultime de réception du Traité dans l'ordre interne (article 138 de la Constitution)⁶.

Question III. Pouvoirs de contrôle de l'organe législatif sur la politique étrangère

Par notre réponse à la seconde question nous sommes en mesure de répondre à cette troisième question. Le Parlement n'a pas, à proprement parler, un pouvoir de contrôle sur la politique étrangère, mais il peut empêcher la réception d'un Traité dans l'ordre interne par un refus d'approbation. C'est déjà une forme de contrôle. Il jouit ainsi plus d'un contrôle législatif que d'un contrôle politique, bien que la non approbation, essentiellement relative au contrôle, sur le plan des Traités, de l'exercice de compétences internes du Parlement par le Gouvernement, soit, sur le plan interne, certainement un important instrument politique.

Le Parlement possède tout le contrôle interne de l'activité du Gouvernement depuis les enquêtes parlementaires à la motion de censure du Gouvernement. Toutefois, un recours à de tels instruments peut ne pas être justifié. Entretemps le Droit dérivé d'une organisation internationale peut être formulé par le Gouvernement par sa participation aux organes de décision de l'organisation, dans une matière de la compétence du Parlement. La loi n° 111/88 a été adoptée pour faire face, justement à ce problème, donnant au Parlement des pouvoirs de contrôle sur l'activité européenne du Gouvernement.

⁶ Cf. Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 1993.

Aux termes de l'article 1 n° 2 de la loi, le Gouvernement doit transmettre au Parlement l'information disponible sur les matières en appréciation dans les diverses institutions communautaires, notamment sur les traités à conclure par la Communauté, les projets d'actes législatifs communautaires (droit dérivé), les décisions des représentants des gouvernements des Etats membres réunis en Conseil, les projets d'actes de Droit dérivé considérés importants mais ne liant pas le Portugal.

Le Parlement doit être consulté sur toute matière impliquant sa compétence, il doit intervenir aux termes de la législation sur le budget quant à la répartition des fonds structurels communautaires, la représentation permanente du Portugal auprès de la Communauté devant fournir au Parlement toute la documentation et toute l'information nécessaire.

Quant à une déclaration de guerre, celle-ci est faite par le Président de la République aux termes de l'article 138 de la Constitution, sur autorisation du Parlement (article 164, alinéa n).

Question IV. Position des Cours et des Tribunaux en matière de contrôle juridictionnel sur les relations extérieures (traités, recours à la force armée). Existence d'un contrôle juridictionnel des Traités inconstitutionnels.

En réponse à cette question, nous allons exclure le recours à la force armée, du ressort du Président de la République sur autorisation du Parlement. Nous nous concentrerons sur l'effectivité dans l'ordre interne des Traités et sur le contrôle de leur constitutionnalité, qui dépend de la position que l'ordre interne assume quant à la place des Traités.

Nous adopterons comme modèle de rapports, celui des rapports entre l'ordre portugais et l'ordre communautaire, bien que la plupart des arrêts que nous mentionnerons soient relatifs à la Convention de Genève établissant la Loi Uniforme sur les lettres de change et les obligations non causales.

La disposition essentielle pour la définition des rapports entre l'ordre national et l'ordre international est l'article 8 de la Constitution. Aux termes du numéro 1 de l'article, "Les normes et les principes de Droit international forment partie intégrante du Droit portugais". Cette disposition est relevante parce qu'elle définit la position de principe de l'ordre

portugais vis-à-vis de l'ordre international, que l'on considère comme une position de monisme (l'ordre international et l'ordre interne ne font qu'un ensemble) avec primauté de Droit international. Mais les dispositions les plus intéressantes du point de vue de l'interprète sont assurément celles qui sont contenues dans les numéros 2 et 3 de l'article.

Selon le numéro 2 "Les normes constantes de Conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées sont efficaces dans l'ordre interne après leur publication officielle et tant qu'elles lient internationalement l'Etat portugais". Cette disposition est considérée comme une clause de réception semi-pleine.

Son intérêt est de ne soumettre les Traités à aucune forme de transformation en Droit national, ce qui découle, du reste, de la position moniste assumée. Ce qui signifie aussi que les conventions entrent en vigueur en tant que Droit international et sont immédiatement invocables par les particuliers, ayant la même nature et la même force, sur le plan de l'application, que la loi. Il suffit pour cela qu'elles ne dépendent d'aucune mesure de concrétisation, par la teneur même de leur texte.

A ce niveau, la doctrine majoritaire considère, en les situant sur le plan des sources du Droit, que les normes constantes de Conventions internationales jouissent de la primauté sur les normes internes, mais ont une valeur infra-constitutionnelle. Cette position peut être discutée sur le plan, nommément, du contrôle de la validité des actes dérivés des organes institués par les Traités⁷, et du rôle de la Cour Constitutionnelle.

Une autre question se pose à ce niveau, qui n'est pas dépourvue de conséquences. On peut situer les normes constantes des Traités sur le plan de la loi, et la loi qui leur porte atteinte, les violant constituera essentiellement une atteinte à la norme en soi du Traité, non protégée constitutionnellement, ce qui est protégé étant la norme constitutionnelle (article 8 déjà cité). On considère alors que la Constitution n'est pas directement atteinte par cette violation, et qu'il n'y a qu'inconstitutionnalité indirecte. Dans ce cas, les dispositions de défense de la Constitution ne concèdent pas de protection

⁷ Cette matière touche cependant des points appartenant au domaine du numéro 3, que nous aborderons par la suite. Elle est toutefois d'une extrême importance dans l'analyse des rapports entre institutions internationales créées par Traité, et du droit qui en découle, avec l'ordre national et permet de poser la question de savoir quel ordre (l'ordre international ou l'ordre national) détient la primauté, quel type de normes détient la primauté, allant jusqu'au point de mettre en cause une hiérarchisation assise sur les sources du Droit.

à la disposition du Traité, la Cour Constitutionnelle se considérant incompétente pour connaître de cette infraction.

Mais cette position jurisprudentielle (de la seconde chambre de la Cour Constitutionnelle) n'est pas unanime. La première chambre de la Cour Constitutionnelle considère que, si le Traité est violé, il y a non pas illégalité (cette illégalité étant la traduction de l'inconstitutionnalité indirecte que nous venons de voir et qui, en tant qu'illégalité, ne peut être connue de la Cour Constitutionnelle), mais inconstitutionnalité parce que, en portant atteinte au Traité, la norme non conforme a du même coup, porté atteinte à la Constitution.

Nous allons maintenant confronter les positions des deux chambres de la Cour Constitutionnelle en opposition, puis nous aborderons le numéro 3 de l'article 8. A ce moment nous serons en mesure d'aborder les questions de constitutionnalité émergeant d'un Traité, et de considérer le problème de la justesse de l'emploi des sources du Droit et de leur hiérarchie dans l'appréciation de ces problèmes.

L'arrêt de la Cour Constitutionnelle, n° 47/84, du 23 mai⁸, a déclaré la Cour Constitutionnelle incompétente pour connaître de la non conformité de l'article 4 du Décret-loi n° 262/83, du 16 juin, aux numéros 2 des articles 48 et 49 de la Loi Uniforme relatives aux lettres de change et aux obligations non causales. Selon le requérant, la loi aurait procédé correctement, en actualisant l'intérêt des lettres et des obligations non causales. Selon la Cour d'instance, le Traité aurait primauté sur le Droit interne, aucune loi postérieure ne pouvant altérer son régime.

L'arrêt de la Cour Constitutionnelle a considéré l'existence d'illégalité par inconstitutionnalité indirecte et non d'inconstitutionnalité:

“l'infraction n'intègre pas l'inconstitutionnalité directe mais seulement l'inconstitutionnalité indirecte, la question ne s'encadrant pas, de la sorte, dans la compétence de la Cour Constitutionnelle”.

L'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 30 octobre 1985⁹ a abondé dans le même sens à propos de la même question.

“La non conformité de l'article 4 du Décret-loi n° 262/83, du 16 juin, avec le numéro 2 de la Loi Uniforme qui constitue l'annexe I de la Convention de Genève, signée le 7 juin 1930, et que le Portugal s'est obligé à appliquer en son territoire, ne peut se reconduire à une inconstitutionnalité

⁸ Publié in Acórdãos do Tribunal Constitucional (ATCO), 1984, 3, page 357.

⁹ ATCO. 1985, 6, pages 463.

que si le texte constitutionnel, maxime l'article 8 n° 2, consacre le principe de la primauté du Droit international conventionnel sur le Droit interne.

Mais alors, l'inconstitutionnalité éventuellement existante sera seulement indirecte. Directement et immédiatement, ce que cet article 4 contrarie est la Loi Uniforme, pas la Constitution".

Diversement, l'arrêt n° 24/85 du 6 février¹⁰, n'a pas jugé inconstitutionnelle la partie du numéro 4 du Décret-loi n° 262/83, du 16 juin, qui a augmenté le taux d'intérêt dans le cadre de la Loi Uniforme. Il a également rejeté la doctrine de l'inconstitutionnalité indirecte.

"Lorsqu'une norme est simultanément inconstitutionnelle et illégale, le vice considéré le plus important selon la Constitution est celui de l'inconstitutionnalité et la Cour Constitutionnelle est compétente pour le connaître.

...

La Cour Constitutionnelle est compétente pour connaître de l'inconstitutionnalité d'une norme dont l'inapplication (par la cour d'instance) se fonde d'une part, sur l'infraction de norme de Droit international conventionnel et, d'autre part, sur la violation du principe constitutionnel de la primauté de ce Droit, rien n'autorisant à ce que l'on traite cette situation hypothétique comme un cas d'exception à la règle de la précedence du vice le plus grave".

L'arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 115/85, du 10 juillet¹¹, a décidé dans le même sens à propos de la même question.

"L'on retire de l'article 8 numéro 2 de la Constitution, que les normes du Droit international détiennent la primauté dans l'échelle hiérarchique sur le Droit interne antérieur ou postérieur.

Une norme de Droit interne qui contrarie une Convention internationale en vigueur dans l'ordre interne, contrarie également le principe constitutionnel de la primauté du Droit international conventionnel, le vice d'inconstitutionnalité étant prévalent et absorbant, le consommant, le vice d'illégalité"

L'arrêt de la première chambre de la Cour Constitutionnelle, du 12 octobre 1988¹² a été dans le même sens. Il semble avoir clos la discussion relative à l'illégalité (non syndicable par la Cour Constitutionnelle) et

¹⁰ ATCO, 1985, 5, page 353.

¹¹ ATCO, 1985, 6, page 281.

¹² Bulletin du Ministère de la Justice (BMJ), 1988, 380, page 183.

l'inconstitutionnalité (syndicable par la Cour Constitutionnelle) résultante de l'offense à une disposition de la Convention internationale.

“On infère de l'article 8 n° 2 de la Constitution, que les normes de Droit Constitutionnel ont la primauté dans l'échelle hiérarchique sur le Droit interne antérieur et postérieur.

Une norme de Droit interne qui contrarie une Convention en vigueur dans l'ordre interne contrarie également le principe constitutionnel de la primauté du Droit international conventionnel, le vice de l'inconstitutionnalité primant et absorbant le vice de l'illégalité.

Il y a recours à la Cour Constitutionnelle des décisions des tribunaux qui appliquent une norme dont l'inconstitutionnalité a été suscitée pendant le procès avec le fondement de sa contrariété au Droit international conventionnel”.

Nous pouvons conclure de ce parcours que l'article 8 de la Constitution impose la primauté du Droit international conventionnel sur le Droit interne. La doctrine, affirmant qu'il en est ainsi, affirme également qu'il y a une subordination à la Constitution, puisque, aux termes des articles 277, n° 2, 278, n° 1 et 280, n° 3 de la Constitution, le Droit international conventionnel est soumis à un contrôle de la constitutionnalité¹³.

Selon l'article 277 n° 2, l'inconstitutionnalité doit être matérielle, pour que le Traité soit jugé inconstitutionnel, à moins qu'une inconstitutionnalité organique ou formelle résulte de l'infraction à une disposition fondamentale. Dans le cas d'une inconstitutionnalité organique ou formelle qui n'atteigne pas cette gravité, le Traité est appliqué, pourvu que ses dispositions soient appliquées dans l'ordre juridique de l'autre Partie. Cette disposition limitant l'effet d'une décision d'inconstitutionnalité à l'inconstitutionnalité matérielle suppose le contrôle du Traité par la Cour Constitutionnelle.

Avant la ratification, le Traité peut être contrôlé en termes de constitutionnalité par la Cour Constitutionnelle sur l'initiative du Président de la République (article 278 n° 1). Dans ce cas le Parlement devra être

¹³ L'article 277, n° 2 dispose que l'inconstitutionnalité organique ou formelle de Traités régulièrement ratifiés n'empêche pas l'application de leurs normes dans l'ordre juridique portugais ce qui, n'empêchant pas le contrôle de la constitutionnalité, peut être vu comme une marque de la supériorité des Traités sur la législation non constitutionnelle, les lois ne bénéficiant pas d'un tel régime. L'article 278 n° 1 est relatif au contrôle préventif de la constitutionnalité d'un traité par l'initiative du Président de la République, l'article 280 n° 3, prévoit la fiscalisation concrète, c'est-à-dire parce que le vice a été invoqué lors d'un litige, de la constitutionnalité du Traité.

favorable au traité par une majorité de deux tiers des députés, supérieure à la majorité absolue des députés en fonctions (article 279, n° 4). Suite à cette décision du Parlement, la ratification aura lieu.

Un tribunal peut refuser d'appliquer la disposition d'un traité qu'il juge inconstitutionnelle par infraction à la Constitution (article 280 n° 1 alinéa a) ex vi du numéro 3 du même article), le recours de cette décision étant obligatoire pour le Ministère Public.

La Constitution prévoit des moyens de contrôle des traités qui signifient, pour la doctrine, la subordination de ceux-ci à la Constitution. S'ils sont subordonnés, bien que supra légaux, ils sont infra constitutionnels.

Les Traités peuvent instituer des organisations internationales, comme c'est le cas du Traité (selon la nouvelle rédaction découlant du Traité d'Union européenne), instituant la Communauté européenne. La clause de réception de l'article 8 n° 2 trouve pleine application, le Traité en soi, et non l'acte législatif d'introduction du Traité dans l'ordre interne, comme il résulte de la position adoptée par la Constitution portugaise, pouvant être l'objet de l'appréciation de l'inconstitutionnalité.

Ce problème ne s'est pas posé au Portugal.

La réception d'un Traité tel que celui instituant la Communauté européenne, établissant un nouvel être doté de personnalité juridique, dont quelques organes (comme la Banque Centrale européenne) jouissent également de personnalité juridique, signifie naturellement une répartition de compétences sur le plan législatif, entre l'être international et le législateur national en des matières dont la réglementation aura nécessairement des effets internes.

L'article 8 numéro 2 de la Constitution n'a pas prévu de norme impliquant transfert, répartition ou délégation de compétences¹⁴. Mais le problème ne se pose pas moins et il se réfléchit naturellement sur le contrôle de la constitutionnalité des actes qui soient contraires aux actes législatifs dérivés, comme il se réfléchit sur la constitutionnalité des actes dérivés contraires à la Constitution.

L'article 8 n° 3 dispose que les normes produites par les organes compétents des organisations internationales dont le Portugal est partie, entrent en vigueur dans l'ordre interne de forme directe, pourvu que cela soit établi dans les Traités constitutifs.

¹⁴ Cette norme existe dans le n° 6 de l'article 7 de la Constitution, comme nous l'avons vu plus haut, mais de la réception du Droit dérivé résulte effectivement une répartition de compétences.

Cela vaut pour le Droit dérivé communautaire, incluant les directives. Il faut noter un point important de l'effet direct des directives: la déclaration d'effet direct n'a pas effet erga omnes, elle ne vaut que dans le cas concret où elle ait été suscitée si la directive est claire, précise et inconditionnelle, et si, naturellement, elle n'a pas été transposée à temps, ou si elle a été incorrectement transposée, c'est-à-dire dans le délai qu'elle établit, par le Gouvernement¹⁵.

Cela vaut aussi et surtout pour les règlements qui entrent en vigueur aux termes du Traité, et s'insèrent dans l'ordre interne avec force de loi et primauté, puisqu'ils ne peuvent être abrogés par la loi interne postérieure contraire.

La Cour Constitutionnelle a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'applicabilité directe des Règlements. A propos de l'inconstitutionnalité déclarée des normes d'exécution du Règlement du FEDER, adoptées par acte administratif alors que selon les matières dont elles traitaient, elles auraient dû être adoptées par acte législatif, la Cour a statué:

“Le Règlement CEE n° 1787/84 du Conseil, du 19 juin 1984, relatif au Fonds Européen de Développement Régional est obligatoire et directement applicable au Portugal” (arrêt n° 184/89, du 9 mars).

Ceci suggère une répartition des compétences entre le législateur national et le législateur communautaire, certains actes législatifs autrefois internes étant maintenant produits au niveau communautaire selon un procédé qui ne correspond plus au procédé interne, prévu dans la Constitution¹⁶.

¹⁵ Une généralisation du contenu des directives, différent de l'effet direct, est possible par le recours au principe, retiré de l'interprétation de la Cour de Justice, de l'interprétation conforme. Au cas d'existence d'une directive non transposée dans les délais, le juge national doit chercher à faire une interprétation de la loi nationale selon la directive, dans le but de la rendre effective, limitant toutefois cette interprétation à l'effectivité des Droits Fondamentaux. Un exemple de cette jurisprudence est la décision Kolpinghuis de 1987 (Recueil 1987-9, page 3969), mais on pourrait également indiquer d'autres arrêts postérieurs (comme Marleasing, *Recueil* 1990, page 4156 et Francovich, décision du 19 novembre 1991, non encore publiée).

¹⁶ Sans vouloir introduire simultanément tous les problèmes, la question se pose de la production de ces actes par le législateur communautaire, qui reste essentiellement le Conseil de Ministres. L'exercice de ces pouvoirs par le Gouvernement en Conseil de Ministres, dans une aire de compétence du Parlement national, ne va pas sans difficultés. La Révision Constitutionnelle de novembre 1992 a introduit dans l'article 7 un numéro 6 qui renforce cette idée de répartition de compétences en disposant que “Le Portugal peut, en des conditions de réciprocité, et ayant en vue le principe de la cohésion économique et sociale, accorder l'exercice en commun des pouvoirs nécessaires à la construction européenne”.

Le Droit dérivé communautaire vit ainsi avec le Droit infra constitutionnel national et a la primauté sur lui.

Il semble qu'il y a alors une double constitution. La Constitution nationale, et le Traité institutif de la Communauté européenne, qui apparaît comme la Constitution de la Communauté et qui revendique la non syndicalité du droit dérivé par une instance autre que l'instance communautaire¹⁷.

C'est ici qu'intervient la critique à la tentative d'hierarchiser les rapports entre Droit conventionnel et Droit national. Il n'est alors pas plus satisfaisant d'affirmer la primauté de la Constitution, que d'affirmer la primauté du Droit Communautaire. Deux ordres coexistent, se répartissant les compétences législatives à l'intérieur d'un même pays, l'un ayant une vocation internationale puisque s'étendant à une aire d'intégration multinationale, l'autre à vocation interne. Chacun possède son hiérarchie propre de sources de Droit, qui interfèrent avec l'ensemble d'actes législatifs et normatifs de l'autre, mais il est difficile de définir une hiérarchie de sources de Droit homogène d'où résulterait la prévalence de l'une ou de l'autre Constitution.

Il semble maintenant naturel de poser la question du contrôle de la constitutionnalité des Traités. Le problème semble être arrivé à un point de non résolution. Cependant, sans que cela implique de contradiction avec le refus de hierarchiser les sources du Droit, la compétence des compétences existe au niveau national mais pas encore sur le plan communautaire, vu que la Communauté est posée par un traité institutif. L'ordre national peut alors revendiquer la fiscalisation de la Constitutionnalité des Traités, que ce soit à titre préventif (article 278°), que ce soit à titre successif (article 280, concret, article 281, abstrait). Cette fiscalisation se fait en respectant la nature internationale des normes discutées.

Le domaine dans lequel un conflit entre le Droit communautaire avec la Constitution se pose est celui des Droits Fondamentaux. Sur ce plan on peut affirmer, d'une façon indiscutable, la "préférence de la Constitution"¹⁸.

¹⁷ Ce problème de répartition des compétences et de coexistence de la Constitution nationale avec la Constitution communautaire est posé par Nuno Piçarra, in "O tribunal de Justiça das Comunidades europeias como juiz legal e o processo do artigo 177.º do Tratado CEE", Lisbonne, 1991.

¹⁸ Le mot est de Nuno Piçarra. Le problème des Droits Fondamentaux existe depuis l'affaire "Internationale Handelsgesellschaft", dans laquelle à propos de la prestation d'une caution en exécution d'un Règlement communautaire en matière agricole le

Cette préférence est d'ailleurs affirmée dans l'article F du Traité d'Union, qui affirme que toute fois qu'un Droit Fondamental constant d'une Constitution nationale sera opposé à une disposition communautaire, le Droit Fondamental aura la priorité.

Si la question de l'inconstitutionnalité de l'acte national se pose, la solution sera celle, déjà vue, d'une appréciation de la constitutionnalité par la Cour Constitutionnelle. Si la question de l'inconstitutionnalité de l'acte législatif de Droit dérivé se pose, de par sa production communautaire, de par son insertion privilégiée dans l'ordre interne (l'acte ne peut nommément être révoqué par un acte national), il semble qu'à la place d'un recours en inconstitutionnalité, la question à titre préjudiciel de la validité de l'acte législatif communautaire devra être posée à la Cour de Justice de la Communauté européenne, aux termes de l'article 177 du Traité¹⁹.

Question V. Le peuple est-il habilité à participer directement à des décisions de politique étrangère (par exemple, référendum autorisant la ratification d'un traité international)?

Le référendum est possible au Portugal pour toute décision d'intérêt national qui doit être prise, par le Parlement ou par le Gouvernement, par le moyen d'un acte législatif ou de l'approbation d'une convention internationale (article 2 de la loi n° 45/91, du 3 août).

Il ne peut y avoir de référendum sur l'altération de la Constitution, le domaine de la compétence du Parlement (toutes les matières prévues dans l'article 164, qui définit la compétence politique et législative du Parlement, ainsi que toutes les matières de la compétence exclusive du Parlement, c'est-à-dire, qui ne peuvent être l'objet d'aucune autorisation législative au

principe de la proportionnalité a été invoqué. C'est un problème ancien puisqu'il remonte aux années 70, c'est un problème essentiel parce qu'il met en évidence une opposition possible et délicate entre le Droit communautaire et les Constitutions nationales.

¹⁹ C'est la solution défendue par Nuno Piçarra et qui nous semble correcte, s'il nous est permis de nous exprimer de la sorte, et qui nous mène à constater que, s'il y a conflit avec la disposition constitutionnelle contenant un Droit Fondamental, celle-ci prévaudra, et que s'il y a un problème d'inconstitutionnalité autre, étant donné l'origine internationale de l'acte, particulièrement son origine communautaire, il faudra opérer le renvoi de la question à titre préjudiciel, en appréciation de validité, à la Cour de Justice de la Communauté européenne.

Gouvernement)²⁰, les questions et les actes budgétaires, fiscaux ou financiers. Les matières relatives à l'organisation du Parlement, ainsi qu'à son fonctionnement, celles relatives à l'organisation du Gouvernement, des tribunaux, du Ministère public e de ses Magistrats, ne peuvent pas non plus, être l'objet d'un référendum.

Il ne peut y avoir de référendum entre la date de convocation et de réalisation d'élections législatives ou locales, ni d'élections au Parlement européen. Il ne peut y avoir de référendum dans les trois mois qui suivent un référendum.

L'initiative du référendum est du Parlement et du Gouvernement, il peut y avoir fiscalisation préventive de la constitutionnalité et de la légalité du référendum auprès de la Cour Constitutionnelle sur initiative du Président de la République.

Il y a lieu à une campagne pour le référendum et à un vote sur les matières sur lesquelles les citoyens sont appelés à se prononcer.

En termes de Traités, le référendum peut incider sur un Traité déjà négocié mais non encore approuvé par le Parlement. La décision populaire obligeant le Gouvernement et le Parlement, le Parlement devra approuver le Traité objet du référendum. En cas de résultat négatif, le Traité ne pourra pas être approuvé par le Parlement et il faudra recommencer les négociations du Traité, au cas où le Gouvernement se maintienne intéressé, à fin de le soumettre de nouveau à un référendum. Il semble, en effet qu'un Traité déjà objet d'un référendum négatif devra passer de nouveau par l'épreuve du référendum, bien que la loi ne dise rien à ce sujet²¹.

Une observation de quelque importance doit être faite ici. Un référendum sur le Traité d'Union européenne n'aurait pas été possible aux termes de

²⁰ L'autorisation législative est l'acte du Parlement, adopté sous forme de loi, qui permet au Gouvernement de légiférer sur des matières de la compétence du Parlement. Cependant cette compétence est exclusive, il est impossible de procéder à la concession d'une autorisation législative.

²¹ Que l'on se souvienne du cas du Danemark: il y a eu deux référendums sur le Traité d'Union européenne, le premier négatif et le second positif. La loi danoise impose peut-être le référendum et telle serait la raison d'un second référendum. Nous sommes toutefois enclins à penser qu'un premier référendum étant négatif, il serait difficile, même en appliquant correctement la loi, de ne pas soumettre la question à un nouveau référendum. Toute réponse est délicate. Ne pas re-soumettre la question poserait peut-être un problème de légitimité, la re-soumettre pourrait être vu comme un effort pour "forcer la main" à la population.

la loi, puisque le référendum ne peut retomber sur des matières de la compétence exclusive du Parlement (article 3 alinéa b) de la loi n° 45/91 du 3 août). Or le Traité d'Union européenne retombe presque exclusivement sur ce type de matière (article 164 alinéa j) de la Constitution).

Une question qui se pose est celle de savoir si le Président de la République peut faire obstacle, par refus de ratification, à l'entrée en vigueur dans l'ordre interne et à l'assomption du compromis international que représente le référendum. La réponse est donnée par la loi, qui, dans son article 234, établit que le Président ne pourra refuser la ratification de l'acte objet de référendum dont le résultat ait été favorable.

PAULO MARRECCAS FERREIRA
*Membre du Bureau de Documentation
et Droit Comparé*

IV. B.2.
**LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ COMME PRINCIPE
DE DROIT CONSTITUTIONNEL**

Sommaire

Remarques introductoires

Unité de l'Etat.

L'article 3-B du Traité instituant la Communauté européenne.

I. Dispositions constitutionnelles concernant le principe de la subsidiarité

Dispositions générales

Administration décentralisée

Administration

Autonomie locale

II. Critères de distribution du pouvoir de décision

A. Critère de répartition de pouvoir entre le Continent et les Régions
Autonomes

Statuts des Régions Autonomes

Statut des Açores

Statut de Madeira

Jurisprudence en matière de répartition de compétences entre les
Régions et le Continent

B. Répartition de compétences entre le Pouvoir Central et le Pouvoir Local
Pouvoir local

Aires Métropolitaines de Lisbonne et de Porto

Finances locales

Répartition de compétences entre les entités du pouvoir local et le
pouvoir central dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle

Tutelle des entités du pouvoir local

III. Plans de distribution du pouvoir de décision

IV. Contrôle non judiciaire de la subsidiarité

- A. Tutelle du pouvoir local
- B. Intervention de la population
- C. Consultation des populations au niveau local

V. Contrôle judiciaire de la subsidiarité

Remarques finales

Remarques introductoires

Il y a une référence expresse au principe de la subsidiarité dans la Constitution, ce mot étant employé au n° 6 de l'article 7 qui prévoyant l'exercice en commun, dans le cadre de la construction européenne de pouvoirs destinés à l'achèvement de l'Union européenne, établit que ces pouvoirs seront exercés en attention à la cohésion économique et sociale, et dans le respect du principe de la subsidiarité. Hormis cette disposition importante, la Constitution n'est pas explicite quant au principe de la subsidiarité qu'il faut chercher dans de multiples références possibles¹.

Les mots autonomie locale, régions autonomes, décentralisation et participation, surgissent fréquemment et posent la question de savoir s'il existe plusieurs niveaux de décision, suggérant qu'il n'existe peut être pas qu'une sorte de subsidiarité, assise sur l'échelonnement d'entités de base territoriale encastrées les unes dans les autres, exprimant des degrés de décentralisation à partir de l'Etat unitaire jusqu'à un certain degré d'autonomie.

¹ Nous nous permettons de rappeler la définition du principe de la subsidiarité donné dans le questionnaire: "la subsidiarité est le principe selon lequel les décisions, soit législatives ou administratives, doivent être prises au niveau politique le plus bas possible, c'est-à-dire le plus près possible de ceux qui sont concernés par ces décisions. La subsidiarité présuppose donc une distribution du pouvoir de prendre des décisions à l'intérieur d'un Etat selon certains critères. Ces critères vont permettre de vérifier que les décisions sont bien prises au niveau politique approprié. L'attribution du pouvoir de décision à un plus haut ou au plus haut niveau politique plutôt qu'à un plus bas ou au plus bas niveau politique peut, par exemple, être faite sur des critères tels que le domaine concerné ou la compétence ou l'efficacité pour atteindre le résultat recherché ou la nécessité ou une association de ces différents critères".

L'administration, elle-même est décentralisée, ceci signifiant peut-être une forme différente de subsidiarité qui vaut pour la participation des intéressés dans la décision des affaires qui les concernent, sans que cette participation soit assise sur un intérêt de nature géographique, vg., parce que les intéressés résident dans l'aire de la collectivité comme c'est le cas des entités qui partent de l'Etat unitaire, mais parce que cette participation est la participation à l'acte administratif qui concerne les citoyens.

Enfin, un troisième degré de participation, consiste en la distribution de tâches à des entités autres que les entités publiques dans des affaires traditionnellement considérées comme d'intérêt public. La subsidiarité étant certaine quant aux entités de base territoriale, elle reste à démontrer aux niveaux de l'Administration Publique et de la distribution de tâches à des entités autres que les entités publiques.

Dans toutes ces activités, il y a un contrôle de la subsidiarité, qui, parce qu'il s'exerce au moyen de pétitions, par exemple ne peut pas être considéré comme un prendre part à la décision, donc comme une forme de subsidiarité, mais vraiment comme un contrôle, un contrôle non juridictionnel de l'activité des entités qui jouissent des prérogatives de la subsidiarité, un contrôle populaire d'une décision qui, par sa nature, est populaire et dans laquelle tous sont intéressés. On peut dire que la subsidiarité, l'exercice des compétences qu'elle comporte et le contrôle populaire qui l'accompagne sont des traits très nets de la démocratie participative.

Le contrôle juridictionnel de la subsidiarité existe également. Au niveau de la Cour constitutionnelle qui fiscalise l'exercice de la subsidiarité par les régions autonomes en termes de fiscalisation de la légalité, et l'intromission dans la sphère des régions autonomes par d'autres pouvoirs, également en termes de fiscalisation de la légalité. Seules les régions autonomes, des entités dotées de pouvoirs dans le cadre de la subsidiarité, ont accès direct au prétoire de la Cour Constitutionnelle.

Le contrôle administratif de la subsidiarité se maintient. A tous les niveaux, depuis les régions autonomes, aux termes de la Constitution, jusqu'aux plus petites unités du pouvoir local. C'est la tutelle du pouvoir local, définie, soit en termes constitutionnels (régions autonomes), soit laissée par la Constitution à la loi (pouvoir local). Quant aux entités qui n'ont pas de base territoriale, cette tutelle est effectuée par l'Administration, dans le secteur duquel l'entité dépend.

Unité de l'Etat

Le Portugal malgré une reconnaissance très nette dans la Constitution, du pouvoir exercé en termes de subsidiarité est d'une part un Etat unitaire, les entités exerçant le pouvoir au niveau de décision le plus proche se retrouvant toutes dans l'Etat.

D'autre part, si l'unité de l'Etat n'empêche pas la décentralisation et la participation, le pouvoir local, reconnu et appuyé dans la Constitution essuie de graves difficultés dans son affirmation en tant que tel.

Les régions administratives destinées à substituer les districts n'ont toujours pas été créées, ce qui apporte des difficultés. Il y a une grande différence entre le pays du littoral et l'intérieur, des actions menées, nommément en exécution de programmes communautaires, le sont centralement, ne s'occupant pas des populations intéressées, ni des problèmes régionaux provoquant des déséquilibres industriels et des déséquilibres sur l'environnement et le patrimoine.

Le manque d'affirmation effective du pouvoir local permet l'existence de ces graves problèmes, que les populations concernées n'ont pas les moyens de régler.

La cohésion économique et sociale aussi bien nationale que communautaire passe ainsi par l'affirmation effective du principe de la subsidiarité. Les problèmes auxquels nous venons de faire référence l'attestent.

L'affirmation du principe de la subsidiarité peut cependant être questionnée. Si l'on affirme l'autonomie du centre de décision le plus proche du problème à résoudre, l'Etat sur le plan central cesse d'être concerné par ce problème. L'être proche de la décision à prendre peut être dénué de moyens économiques pour résoudre son problème, qui est définitivement le sien, par application du principe de la subsidiarité. On peut se demander alors si le principe de la subsidiarité ne joue pas contre le principe de la solidarité.

Nous pensons que l'effective connaissance et l'effective solution des problèmes passe nécessairement par les entités les plus proches des problèmes.

La solidarité pourrait jouer dans une solution de principe semblable à la solution allemande. Le Bundesfinanzausgleich est un mécanisme de péréquation financière, permettant aux Länder les plus démunis de percevoir

une partie du produit des régions les plus riches, et toutefois le fédéralisme allemand se maintient.

La solution de redistribution des revenus est préconisée dans la Charte européenne de l'Autonomie Locale qui parle d'un mécanisme de péréquation financière. Enfin cette solution est la solution communautaire.

L'aide communautaire existe sur la base des ressources propres de la Communauté qui sont perçues selon les niveaux de recettes des zones d'où elles proviennent, le Royaume Uni et l'Allemagne étant d'ailleurs les plus importants contribuables nets de la Communauté européenne.

Après cette petite référence, nous pouvons conclure que la subsidiarité ne joue pas contre la solidarité, subsidiarité et solidarité étant peut-être deux aspects fondamentaux du même aspect, la cohésion, la convergence d'une entité dotée d'une identité propre, cette cohésion impliquant la solidarité de l'ensemble et la décision de l'individualité la plus proche du problème à résoudre.

L'article 3-B du Traité instituant la Communauté européenne

C'est sur le plan communautaire que la subsidiarité est le plus fortement affirmée. Ainsi, l'article 3 B du Traité institutif de la Communauté européenne, contient trois prévisions normatives qui, toutes elles concernent le principe de la subsidiarité.

La Communauté agit selon le principe de la compétence d'attribution. En principe, aucune compétence autre que celle qui lui est attribuée par le Traité pour les finalités qui sont les siennes ne lui appartient².

Une zone de compétence partagée est prévue et la subsidiarité de l'action communautaire est affirmée. Si les objectifs poursuivis par l'action ne peuvent être atteints par une intervention nationale, la Communauté intervient.

² Il faut faire référence à l'article 235 du Traité qui permet aux Institutions de la Communauté, dans l'activité de réalisation de l'intégration, manquant de base légale pour un acte concret nécessaire à l'achèvement de l'un des buts du Traité, de prendre les mesures nécessaires à la concrétisation de cet objectif, cet objectif devant être inclus dans les objectifs du Traité. Il semble que le principe de la compétence d'attribution se maintient en quelque sorte, puisque l'attribution, l'objectif, qui fonde la compétence continue d'exister et permet le contrôle de la compétence qui se fonde sur cette attribution.

Enfin, l'action de la Communauté ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Traité.

Ces règles ont été interprétées par le Conseil Européen au sommet d'Edimbourg, tenu les 11 et 12 décembre 1992.

La première partie de l'article 3 enferme le principe selon lequel la Communauté ne peut intervenir que si des compétences à cet effet lui ont été attribuées.

Ceci signifie que la compétence nationale est la règle et la compétence communautaire, l'exception.

La deuxième partie enferme le principe selon lequel la Communauté n'interviendra que si un objectif peut être efficacement atteint sur le plan communautaire, ne pouvant pas l'être sur le plan national.

La troisième partie se rapporte à la proportionnalité. Les moyens employés par la communauté doivent être proportionnels au but envisagé.

L'expérience communautaire apporte des informations précieuses sur le mode de rendre effective la subsidiarité dans le pays concerné.

Les directives, obligations de résultat servant l'harmonisation de législations mais n'imposant pas les moyens, sont un instrument fondamental sur le plan de l'exercice de compétences selon le principe de la subsidiarité. En effet, imposant une finalité à l'Etat, elles lui laissent, dans leur conception traditionnelle³, une large marge d'action.

Cette marge d'action peut être l'expression de la subsidiarité. Et elle peut pénétrer dans les rapports entre la Communauté, l'Etat et les communautés locales. Dans les aires de réglementation qui concernent celles-ci, on pourrait leur laisser le soin de l'exécution de la directive. Si la réglementation est partagée entre l'Etat et la communauté locale, on pourrait procéder à une nouvelle répartition de compétences: l'Etat formulerait une loi cadre qui serait exécutée par chaque communauté locale. S'agissant d'un règlement, celui-ci, de par son applicabilité directe n'a pas à être réglementé. Mais s'il dépend de mesures concrètes d'exécution, cette exécution pourrait être laissée aux communautés locales.

L'exemple des actes législatifs communautaires vaut pour les actes législatifs nationaux. Pourquoi ne pas laisser une mesure de concrétisation des dispositions législatives aux communautés locales?

³ C'est-à-dire si elles ne sont pas trop minutieuses, envahissant les moyens par leur réglementation détaillée.

Et l'exemple communautaire vaut encore pour les rapports entre les communautés locales et le pouvoir législatif. De la même façon qu'il existe aujourd'hui, dans l'Europe d'après Maastricht, un comité des régions, un comité des entités de base territoriale représentant le pouvoir local pourrait exister auprès du Parlement, centralisant la connaissance des carences des collectivités locales et proposant leur solution par la voie législative au Parlement. Cette solution était préconisée en 1985 pour l'Espagne par le professeur Molina del Pozo⁴.

I. Dispositions constitutionnelles concernant le principe de la subsidiarité

Les dispositions constitutionnelles relatives au principe de la subsidiarité se retrouvent au niveau de la décentralisation administrative sur le plan territorial et de la participation des intéressés à l'activité de l'Administration. D'éventuelles références à la participation d'entités privées à l'activité administrative sont beaucoup plus rares. Du reste, on pourrait se demander si cette dernière forme est réellement participative ou si nous sommes déjà dans le domaine où il est utile de confier des activités aux entités privées parce qu'elles sont mieux à même, d'une perspective d'efficacité, d'atteindre des objectifs de service public, ces entités n'étant pas intéressées en tant que particuliers ou collectivités atteintes par des mesures qui les concernent, mais en tant qu'entreprises poursuivant des objectifs de nature industrielle ou commerciale.

Dispositions générales

L'article 2 de la Constitution fait référence à la démocratie participative comme objectif de l'organisation constitutionnelle portugaise. Dans cette référence est certainement contenue l'autonomie locale, qui est très certainement une forme de participation de la population à l'exercice de la démocratie.

Cette participation signifie aussi que tous les portugais sont égaux en droits et en devoirs, l'égalité réelle entre les portugais étant un des objectifs de l'Etat, cette égalité signifiant aussi l'effort fait ou à faire pour assurer la participation des intéressés à la gestion de la vie publique.

⁴ "La participación de las comunidades autonomas en la toma de decisiones comunitarias", *Revista de Estudios Políticos*, n° 43, Nueva Epoca, janvier-février 1985.

En effet sans que l'avis des intéressés quant à leurs affaires puisse être entendu, il sera impossible de promouvoir l'égalité, et il sera impossible de corriger les difficultés qui adviendront pour certains de leur éloignement du centre, par exemple.

L'article 6, sous le titre Etat unitaire, contient une importante référence à la subsidiarité. "L'Etat est unitaire et respecte dans son organisation les principes de l'autonomie des entités du pouvoir local et de la décentralisation de l'administration publique".

Et dans son numéro 2 l'article 6 définit les Régions autonomes des Açores et de Madeira.

L'article 9 de la Constitution, sous le titre "Tâches fondamentales de l'Etat", affirme dans son alinéa b) que la promotion de l'égalité réelle entre les portugais est l'un des objectifs fondamentaux de l'Etat, ainsi que la concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels, par la transformation des structures économiques et sociales.

La référence, faite dans le même article à la protection et à la valorisation du patrimoine culturel du peuple portugais, la défense de la nature et de l'environnement, la préservation des ressources naturelles et un agencement correct du territoire, ne vont pas sans la participation des intéressés. Une telle activité menée uniquement par le pouvoir central prend une dimension de contrariété à l'intérêt local, que la Constitution ne permet certainement pas.

L'article 13 de la Constitution, qui dispose dans son numéro 2 que personne ne peut être l'objet d'une discrimination signifie également que personne ne doit subir en fait un traitement moins favorable pour cause de la difficulté à accéder aux avantages que la société met à la disposition de tous. Dans ce sens, les disparités doivent être atténuées, il y a un devoir de l'Etat de les corriger, exprimé d'ailleurs dans l'article 9 mentionné, mais cette atténuation ne va pas sans la participation des intéressés. Une égalisation qui partirait du centre sans prendre en attention l'intérêt des populations serait formelle parce qu'elle ignorerait les besoins réels.

Administration décentralisée

C'est l'autonomie locale la forme de décentralisation la plus importante dans l'Etat portugais. De ce fait c'est aussi la forme la plus expressive de la démocratie participative au Portugal.

Avant de faire référence aux articles de la Constitution qui définissent l'autonomie locale, il nous semble utile de mentionner des références à la participation qui touchent aussi bien une participation à l'Administration décentralisée sans base territoriale, qu'une participation des populations intéressées exprimant une activité de l'Administration décentralisée de base territoriale à des activités administratives de base non territoriale. Ainsi l'alinéa b) du numéro 2 de l'article 65 de la Constitution, qui prévoit l'initiative des communautés locales et des populations destinée à résoudre les problèmes d'habitation qui se posent, est aussi bien destiné à l'initiative du pouvoir local qu'à celle des particuliers, dans une activité qui est dirigée par l'Administration et le pouvoir local, mais essentiellement, nous semble-t-il par l'Administration. Le pouvoir local intervient dans cet effort de promotion de l'habitation, mais la promotion de l'habitation n'est pas une de ses compétences exclusives, elle est partagée avec l'Administration, qui, admettant par imposition constitutionnelle une participation populaire, de base locale ou non, est elle-même décentralisée.

Cette compétence partagée avec la participation de la population dans les deux niveaux de décision, Central et Local, est mise en évidence dans le numéro 4 de l'article 65 de la Constitution.

L'article 66, à propos de l'environnement et de la qualité de vie, exprime également ce partage de compétences. Dans son numéro 2, il affirme, en effet, "qu'il incombe à l'Etat, au moyen d'organismes propres et par l'appel et l'appui à des initiatives populaires"...

L'article 73, exprime également ce partage de compétences et la participation des intéressés dans ces deux niveaux de décision (Central et Local), son numéro 3 étant particulièrement important "L'Etat est chargé de la démocratisation de la culture, donnant l'appui et assurant l'accès de tous les citoyens à la jouissance et à la création culturelle, en collaboration avec la communication sociale, les associations et les fondations à finalités culturelles, les collectivités de culture et de loisirs, les associations de défense du patrimoine culturel, les organisations d'habitants et d'autres agents culturels".

L'article 74, relatif à l'enseignement, dispose qu'il incombe à l'Etat, alinéa f), "d'insérer les écoles dans les communautés qu'elles servent et établir la liaison entre l'enseignement et les activités économiques, sociales et culturelles".

L'article 77, exprimant encore l'existence de cette compétence partagée quant à l'enseignement, concède l'accès à tous les intéressés aux deux niveaux d'administration⁵. Il en est de même pour l'article 78.

L'article 96 fournit également un exemple de compétences partagées et d'intervention des intéressés. Les agriculteurs participent à la politique agricole bien que cela, malheureusement, ne soit pas directement affirmé dans le texte. L'appui de l'Etat aux petits et moyens agriculteurs semble être l'illustration de cette affirmation. Enfin, l'article 101 consacre expressément ce qui semblait devoir découler des autres dispositions. "La participation des travailleurs ruraux et des agriculteurs dans la définition de la politique agricole par leurs organisations représentatives est assurée".

Administration

Les articles 266 et suivants de la Constitution ne se rapportent plus à une répartition de compétences, ils sont relatifs à l'administration centrale, qui, aux termes de l'article 267 est décentralisée et assure la participation des intéressés. Selon le numéro 1 de l'article, "l'Administration Publique aura une structure ordonnée en sorte à éviter la bureaucratism, a rapprocher les services des populations et à assurer la participation des intéressés dans sa gestion effective, nommément par le moyen d'associations publiques, d'organisations d'habitants et d'autres formes de représentation démocratique." Aux termes du numéro 2, "la loi établira des formes adéquates de décentralisation et de déconcentration administrative, sans que restent affectés l'efficacité nécessaire, l'unité d'action et les pouvoirs de direction et de superintendance du Gouvernement".

Que conclure de cette première approche à l'Administration décentralisée? Qu'il existe une aire partagée de compétences entre le pouvoir local et l'Administration, qu'il y a une participation effective des citoyens dans les affaires de leur intérêt, mais que tout ceci – décentralisation, selon le numéro 2 de l'article 267 – est soumis aux principes de l'efficacité, de l'unité d'action, et des pouvoirs de direction et de superintendance du

⁵ Ce qui permet de conclure que même ce que l'on désigne d'Administration Centrale par opposition au Pouvoir Local, obéit à un principe de décentralisation dans la mesure où elle rend possible l'accès des intéressés à la prise de décision. Ceci est d'ailleurs constitutionnellement affirmé dans le chapitre relatif à l'Administration que nous verrons infra, est exprès dans le Code de Procédure Administrative.

Gouvernement. Ce n'est pas ici, malgré l'importance de la participation, et peut-être par la nature même de l'Administration publique, que l'on peut trouver le principe de la subsidiarité.

Des émanations de ce principe dans la Constitution ont déjà été trouvées dans les articles qui permettent l'existence d'une compétence partagée de l'Administration et des organes du Pouvoir Local.

Autonomie locale

Sans entrer encore dans la définition structurelle par la Constitution du Pouvoir Local, nous pouvons faire référence à l'article 84 de la Constitution qui dans son numéro 2 laisse à la loi le soin de définir les biens du domaine public de l'Etat, du domaine public des Régions Autonomes et du domaine public des entités du Pouvoir Local.

Il faut encore mentionner l'article 109, relatif au budget, la proposition de budget présentée par le Gouvernement au Parlement devant inclure les transferts budgétaires aux Régions Autonomes (numéro 3, alinéa e).

Enfin il faut mentionner l'article 115 de la Constitution qui inclut parmi les sources du Droit les décrets législatifs régionaux (numéros 1 et 3), ces actes étant des actes législatifs. L'article 119, qui prévoit que les délibérations des organes collégiaux du Pouvoir Local sont publiques; l'article 122 qui dispose que les décrets législatifs régionaux sont publiés au Journal Officiel. Et les articles 164 et 167 qui prévoient que le régime de la création des Régions Autonomes est de l'exclusive compétence du Parlement et que le Parlement peut autoriser le Gouvernement à légiférer quant au régime du Pouvoir Local. Il faut encore faire mention de l'article 170, relatif à l'initiative de la loi et du référendum qui peut revenir aux Régions Autonomes en des matières les concernant.

Nous nous permettons de remettre les références aux articles relatifs à l'organisation du Pouvoir local et des Régions Autonomes à la réponse à la seconde partie du plan, relative à la distribution des pouvoirs entre le Pouvoir Central et le Pouvoir Local, et entre les divers éléments du Pouvoir Local.

Dans cette dernière phrase nous avons englobé dans l'expression Pouvoir Local, toute l'Administration décentralisée ou autonome. En fait, selon la terminologie portugaise, il faut distinguer. S'il est vrai que cet ensemble comporte, réunies dans un même critère, les entités autonomes,

on distingue les Régions Autonomes (Açores et Madeira) des entités du Pouvoir Local, entités semblables aux départements et aux communes de France, dotées de certains pouvoirs de décision en des matières les concernant, pouvoirs qui sont toutefois moins amples que ceux appartenant aux Régions Autonomes du fait peut-être de l'insularité et de l'isolement plus profond des Açores et de Madeira.

II. Critères de distribution du pouvoir de décision

Nous allons nous rapporter au départ aux rapports entre le Pouvoir Central et les Régions autonomes. Nous aborderons successivement les Régions autonomes dans la Constitution, leur statut politique-administratif, du reste, relativement récent, puis la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle qui lance une importante lumière sur la réalité de la répartition de pouvoirs entre le Continent et les Archipels des Açores et de Madeira. Ces rapports sont au Portugal, l'exemple le plus poussé de rapports de subsidiarité et de solidarité, d'où leur importance.

Par la suite nous aborderons le régime juridique du Pouvoir Local, son régime de finances et le régime de tutelle par le Gouvernement.

Dans chacune des deux perspectives (Régions Autonomes – Pouvoir Local), nous chercherons à mettre en évidence le critère qui préside à la répartition du pouvoir, et de ce fait la mesure de subsidiarité du Centre par rapport aux autonomies et au Pouvoir Local.

Ayant posé chacune des modalités du Pouvoir Local au Portugal, nous allons faire une brève référence à la Charte Européenne de l'Autonomie Locale. Cet important texte de Droit international pose l'image de ce que doit être le Pouvoir Local. De la vision de ce texte résultera une confrontation entre les principes formulés sur le plan international et ce qui existe au Portugal, en termes de Pouvoir Local.

L'article 3 de la Charte pose le concept de l'Autonomie Locale:

“n° 1 Par Autonomie Locale on entend le droit et la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leurs populations une part importante des affaires publiques.

n° 2 Ce droit est exercé par des conseils ou des assemblées composées de membres élus au suffrage libre, secret, égalitaire,

direct et universel et pouvant disposer d'organes exécutifs responsables devant eux. Cette disposition ne porte pas préjudice au recours aux assemblées de citoyens, au référendum ou à toute autre forme de participation directe des citoyens, là où elle est permise par la loi."

L'article 4 n° 3 contient un dispositif qui est l'image de la subsidiarité. "L'exercice des responsabilités publiques doit, de façon générale, incomber de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens. L'attribution d'une responsabilité à une autre autorité doit tenir compte de l'ampleur et de la nature de la tâche et des exigences d'efficacité et d'économie."

L'article 9 contient des dispositions importantes dans le domaine des ressources propres. Selon le n° 1 "Les collectivités locales ont droit, dans le cadre de la politique économique nationale, à des ressources propres suffisantes dont elles peuvent disposer librement dans l'exercice de leurs compétences.

"n° 2 Les ressources financières des collectivités locales doivent être proportionnées aux compétences prévues par la Constitution ou la Loi."

"n° 5 La protection des collectivités locales financièrement plus faibles appelle la mise en place de procédures de péréquation financières ou des mesures équivalentes destinées à corriger les effets de la répartition inégale des sources potentielles de financement ainsi que des charges qui leur incombent. De telles procédures ou mesures ne doivent pas réduire la liberté d'option des collectivités locales dans leur propre domaine de responsabilité.

Dans la mesure du possible, les subventions accordées aux collectivités locales ne doivent pas être destinées au financement de projets spécifiques. L'octroi de subventions ne doit pas porter atteinte à la liberté fondamentale de la politique des collectivités locales dans leur propre domaine de compétences".

La Charte Européenne de l'Autonomie Locale a été approuvée par la Résolution du Parlement n° 28/90 et ratifiée par le Décret du Président de la République n° 58/90, du 23 octobre 1990.

A. Critère de répartition de pouvoirs entre le Continent et les Régions Autonomes

Le régime des Régions Autonomes est tout d'abord prévu dans les articles 227 et suivants de la Constitution. La limite de tout critère de répartition de pouvoirs est contenu, précisément dans l'article 227 de la Loi Fondamentale: la justification du Pouvoir Autonome se trouve dans les caractéristiques géographiques, économiques, sociales et culturelles et dans les aspirations autonomistes historiques des populations insulaires. L'autonomie des Régions a pour but la participation démocratique des citoyens, le développement économique et social, la promotion et la défense de l'intérêt régional, ainsi que le renforcement de l'unité nationale et des liens de solidarité entre les portugais.

L'autonomie politique-administrative des Régions n'affecte pas l'intégrité de la souveraineté de l'Etat et s'exerce aux termes de la Constitution.

Une limite négative apparaît, l'intérêt régional, et une limite positive, l'intérêt national. Ce qui n'intéresse pas les Régions n'est pas inclu dans leurs compétences, ce qui touche à l'unité nationale et à l'exercice de la souveraineté, dépasse les compétences des Régions.

Ces limites à un critère de répartition, indiquent déjà celui-ci. Toutefois le thème est trop important pour que l'on s'en tienne à ce point et ne le développe pas.

L'article 229, relatif aux pouvoirs des Régions Autonomes rend plus explicite ce critère de répartition de compétences. Entre autres pouvoirs, les Régions Autonomes peuvent légiférer, dans le respect de la Constitution et des lois générales de la République, en toute matière d'intérêt spécifique des Régions non réservée à la compétence propre des organes du pouvoir (on dit au Portugal "Institutions Souveraines", en une traduction à la lettre: ces Institutions sont celles qui représentent les trois branches du Pouvoir, le législatif, l'exécutif et le judiciaire, le pouvoir autonome et le pouvoir local étant plus une forme d'administration au Portugal qu'une forme de pouvoir, étant ainsi exclus de l'ensemble de ces Institutions, qui exercent le pouvoir d'une façon assez centralisée).

Cet article 229, alinéa b), est le fondement de toute la législation relative aux Régions Autonomes, et des décisions de la Cour Constitutionnelle. Non parce qu'il permet aux Régions Autonomes de

légiférer mais parce qu'il exprime avec précision le critère de répartition des compétences et ses limites. Les situations les plus variées trouvent leur solution dans l'application de cet article.

Aux Régions Autonomes sont également imposés des limites concrètes, allant au delà de ce que l'on pourrait appeler la clause générale de l'intérêt de la Région non limité par l'exercice du pouvoir central.

Ces limites consistent en l'interdiction de restreindre les droits légalement reconnus aux travailleurs, d'établir des restrictions à la circulation de personnes et de biens entre les territoires insulaires et du Continent, de réserver l'exercice de toute profession ou l'accès à toute charge publique à ceux qui sont nés ou qui résident dans la Région⁶.

Il semble naturel d'inclure dans cette sorte de limites, par analogie avec le respect des droits des travailleurs et le principe de non discrimination que cet article contient, l'ensemble de Droits Fondamentaux contenus dans la Constitution.

L'article 231 de la Constitution contient une référence à la solidarité, établissant que le pouvoir central assure en collaboration avec les organes de gouvernement régional, le développement économique et social des Régions Autonomes, cette action visant la correction des inégalités dérivées de l'insularité.

Les organes de Gouvernement Régional seront entendus en toute matière de leur intérêt qui soit de la compétence du Gouvernement de la République ou du Parlement.

La souveraineté de la République est spécialement représentée dans chaque Région Autonome par un Ministre de la République, nommé et exonéré par le Président de la République, sur proposition du Gouvernement après audition du Conseil d'Etat (article 232).

⁶ Cette limite est importante. Bien qu'il ne s'agisse pas de charges publiques. le Décret du Parlement contenant le statut de Madeira. présenté au Président de la République à des fins de promulgation s'est vu opposer le contrôle préventif de la constitutionnalité parce qu'il contenait la définition d'un cercle électoral réservé aux portugais nés à Madeira, mais résidant hors Madeira: ces citoyens pouvaient voter à Madeira comme s'il ce fût agi de citoyens de Madeira plus que de ressortissants portugais. La question est complexe, la Cour Constitutionnelle a décidé de son inconstitutionnalité, non sur le fondement de l'article 230, mais sur celui des articles 115 et 233 de la Constitution. Nous aurons plus bas l'occasion d'examiner cet arrêt. Il faut noter que le statut des Açores contient une disposition semblable, qui après l'arrêt de la Cour doit être tenue pour nulle.

Le Ministre de la République a des fonctions administratives, nommément quant à l'Administration Centrale, et des fonctions de fiscalisation. Le pouvoir de signer et de faire publier les actes législatifs et exécutifs régionaux lui revient, le Ministre de la République pouvant quant à ces actes, poser la question de leur constitutionnalité à la Cour Constitutionnelle. Finalement, si les organes régionaux sont dissous, le gouvernement de la Région est assuré par le Ministre de la République.

La compétence de dissolution revient au Président de la République, le Parlement entendu.

Les organes des Régions sont l'Assemblée Régionale, qui si elle ressemble à un Parlement n'est pas le Parlement de la Région, celle-ci n'étant pas séparée de l'Etat, étant donc soumise au Parlement.

L'Assemblée Régionale a toutefois des compétences normatives, nommément, elle peut produire des actes législatifs sur toute matière de l'intérêt spécifique de la Région qui ne soit pas de la compétence du Parlement. Elle peut légiférer en toute matière de l'intérêt spécifique de la Région sur autorisation du Parlement, pourvu que cette matière n'appartienne pas à un autre organe du pouvoir⁷, elle peut développer les lois cadre en des matières non réservées aux organes du pouvoir central⁸, elle peut réglementer les lois générales et la législation régionale.

L'Assemblée Régionale peut exercer l'initiative statutaire, cette initiative consistant en la proposition devant le Parlement de changements au statut de la Région, ces altérations étant de la compétence du Parlement (article 164 alinéa b) de la Constitution). Elle peut encore exercer l'initiative législative en toute matière de l'intérêt de la Région qui soit de la compétence des organes du pouvoir.

Le Gouvernement de la Région exerce des compétences de direction politique et administrative de la Région. Il est désigné par le Ministre de la République en fonction des résultats de l'élection de l'Assemblée Régionale.

⁷ Ce serait le Gouvernement, en principe.

⁸ Cette compétence prévue dans l'article 229 de la Constitution n'était pas évidente avant la révision constitutionnelle de 1989: nous mentionnerons plus bas un arrêt de la Cour Constitutionnelle qui a considéré que les Régions Autonomes n'avaient pas de pouvoirs pour légiférer en exécution des lois-cadre.

Statuts des Régions Autonomes

Les statuts des Régions autonomes sont contenus dans les Lois n° 9/87 du 26 mars, et n° 13/91 du 5 juin.

L'une des premières affirmations de ces lois sont dans les articles 2, respectifs, que "l'autonomie politique, administrative et financière de la Région n'affecte pas l'intégrité de la souveraineté de l'Etat et s'exerce dans le cadre de la Constitution et du statut" et que "l'autonomie de la Région a pour but la participation démocratique des citoyens, le développement économique et social intégré de l'archipel et la promotion et la défense des valeurs et intérêts de son peuple ainsi que le renforcement de l'unité nationale et des liens de solidarité entre tous les portugais".

Statut des Açores

Les articles 11 et 12 du statut des Açores (loi n° 9/87) maintiennent la disposition jugée inconstitutionnelle quant au statut de Madeira. L'article 11, n° 3, prévoit qu'au-delà des cercles électoraux régionaux, destinés aux élections régionales, il y a encore deux cercles, l'un comprenant les personnes nées au Açores résidant en d'autres endroits du territoire portugais, et l'autre comprenant les personnes nées aux Açores résidant à l'étranger. Chaque cercle ainsi défini élit un député. L'article 12 n° 2 dispose que les électeurs de ces cercles sont ceux qui y résident (au Portugal, hors des Açores, à l'étranger) pourvu qu'ils soient nés en territoire des Açores.

Le moment est venu de faire référence à l'arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 1/91, publié au Journal Officiel, première série, du 28 février. Cet arrêt a décidé de la même question pour le statut de la Région de Madeira, le moyen ayant été la demande de fiscalisation préventive de la constitutionnalité par le Président de la République⁹.

Faire référence à cet arrêt implique faire référence à un arrêt antérieur, l'arrêt de la Cour n° 183/88, publié dans la première série du Journal

⁹ Il n'y a pas eu lieu en 1987 au même contrôle. Il semble évident parce que la norme est de la même teneur, que la disposition du statut des Açores est inconstitutionnelle. La déclaration d'inconstitutionnalité pourrait être provoquée par le moyen d'une invocation de l'inconstitutionnalité en un cas concret, obligeant le juge à remettre le procès à la Cour Constitutionnelle, ou le Ministère Public à recourir à la Cour Constitutionnelle (article 280 de la Constitution) ou par le moyen d'une demande de fiscalisation successive abstraite de la constitutionnalité (article 281).

Officiel du 18 août. Il y avait été question de l'inadmissibilité de cercles de députés uninominaux, parce que cela contrarie le principe de la proportionnalité dans la conversion de votes en mandats selon la méthode de la plus haute moyenne de Hondt. En fait, s'il n'y a qu'un mandat, deux députés par exemple ne peuvent être élus, la pluralité des partis finissant par ne pas avoir d'expression dans les résultats électoraux.

La règle du projet de statut de la Région de Madeira qui définissait certains cercles électoraux uninominaux avait été jugée à ce motif inconstitutionnelle, la méthode de la plus haute moyenne de Hondt étant une imposition constitutionnelle (articles 155, 233 n° 2).

Le statut a alors été modifié tout en gardant les mêmes cercles électoraux, avec deux mandats pour les anciens cercles uninominaux. Le Président a posé la question de savoir si cela n'affectait pas la proportionnalité dans la distribution des votes, des aires plus petites ayant un nombre de députés égal à des aires plus importantes en termes de population. Par la même occasion, le Président de la République a posé la question des résidents hors de la Région Autonome. Dans son arrêt n° 1/91, la Cour Constitutionnelle a jugé que la différence entre population couverte dans les cercles électoraux dont le nombre de députés avait changé était moindre: l'altération n'enfreignait pas la Constitution¹⁰.

Par contre la création d'un cercle électoral pour ceux qui sont nés à Madeira et n'y résidant pas a été fortement contestée par la Cour constitutionnelle: le problème n'est pas de conférer le vote à des citoyens portugais résidant à l'étranger, mais de conférer un vote régional à des personnes qui ne résident pas dans la Région, et qui y sont nées. Une telle disposition dans le statut crée des citoyens de Madeira et brise l'unité de la communauté politique portugaise. Cette disposition dépasse les limites de l'autonomie, dotant les Régions de caractéristiques de nationalité que la Constitution ne leur reconnaît pas. La disposition a été jugée inconstitutionnelle.

Revenant au statut des Açores, les pouvoirs de l'Assemblée Régionale sont d'initiative auprès du Parlement: l'Assemblée peut proposer des altérations du statut au Parlement, et proposer toute loi qui soit de l'intérêt spécifique de la Région au Parlement.

¹⁰ Cette décision de la Cour Constitutionnelle a permis l'actuelle rédaction de l'article 10 de la loi n° 13/91.

Elle a les pouvoirs que la Constitution lui reconnaît dans son article 229, qui vont de l'élaboration législative à la préparation de dispositions administratives.

L'article 33 a une certaine importance en ce qu'il définit les matières d'intérêt spécifique de la Région: entre autres, la politique démographique et le statut des résidents, la tutelle des organes du pouvoir local, l'orientation de l'Administration indirecte de l'Etat entre autres.

L'article 56 définit la compétence du gouvernement régional: conduire la politique de la Région et défendre la légalité démocratique, élaborer les règlements nécessaires à l'exécution des décrets législatifs régionaux et au bon fonctionnement de l'administration de la Région, exercer la tutelle sur le pouvoir local.

La souveraineté de la République dans la Région est représentée par le Ministre de la République pour la Région, aux termes des statuts qui reprennent les dispositions constitutionnelles.

Enfin, il y a lieu à des rapports spéciaux entre les organes du pouvoir et les organes des Régions Autonomes. Aux termes de l'article 72 du statut des Açores, l'Assemblée Régionale se prononce sur toute matière de l'intérêt de la Région. Cette fonction correspond à la fonction d'initiative de l'Assemblée Régionale en des matières d'intérêt de la Région pour lesquelles elle n'a pas de compétence législative.

Ces rapports deviennent particulièrement importants lorsqu'ils traduisent une coopération entre le Gouvernement et le Gouvernement Régional. Les protocoles de coopération permanente entre les deux organes sont prévus dans l'article 74 et se rapportent à des matières comme la définition de la politique économique nationale en des matières qui concernent les Régions sur lesquelles elles n'ont pas de compétence, la participation en des organisations internationales, la célébration de traités, les bénéfices qui découlent des Traités et qui touchent la Région, les emprunts internes, la prestation d'appui technique.

Importants pour les fins de la coopération sont les actes de Droit international général ou commun relatifs à la Région. Aux termes de l'article 75, ce sont des actes relatifs aux installations militaires étrangères dans la Région, à la participation du Portugal à l'OTAN, à l'adhésion à la Communauté européenne¹¹, au Droit de la mer, à la Zone Economique Exclusive.

¹¹ Et nous pouvons supposer, à tout acte de Droit originaire qui affecte l'intégration, par exemple le Traité d'Union.

La solidarité nationale est mentionnée dans l'article 99 du statut, l'Etat dotant la Région des fonds nécessaires aux investissements, qui devant être conduits par elle, excèdent sa capacité financière.

Statut de Madeira

Le statut de la Région autonome de Madeira est prévu dans la loi n° 13/91 du 5 juin. Cette loi contient des dispositions qui reprennent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, comme les dispositions relatives aux cercles électoraux, dont il a été question plus haut, et des dispositions qui contrarient certaine jurisprudence de la Cour Constitutionnelle, comme la possibilité de développer les lois cadre du Parlement, possibilité qui découle de la Loi Constitutionnelle n° 1/89, portant la seconde révision constitutionnelle.

Nous n'allons pas reprendre les dispositions communes aux statuts des Açores et de Madeira, nous nous en tiendrons à celles qui sont d'une certaine importance, soit parce qu'elles expriment des situations nouvelles comme la possibilité de réglementer législativement les lois cadre, ou parce qu'elles expriment le critère de répartition de compétences entre le pouvoir central et la Région.

L'article 29 est relatif aux pouvoirs de l'Assemblée Régionale. Elle a l'initiative devant le Parlement pour proposer des altérations au statut et pour proposer l'adoption de mesures législatives dont elle n'a pas la compétence mais qui sont de l'intérêt de la Région.

L'Assemblée Régionale peut légiférer en toute matière qui ne soit pas de la compétence du pouvoir central, dans le respect des lois générales de la République¹², et de la Constitution.

Les matières de l'intérêt spécifique des Régions sont la politique démographique, le statut des résidents et la politique d'émigration, la tutelle sur le pouvoir local, l'orientation de l'Administration indirecte de l'Etat, entre autres. Le législateur a eu conscience de ce que l'exercice de compétences sur ces matières par l'Assemblée Régionale pouvait entrer en conflit avec des dispositions communautaires. Il a ainsi, ajouté, dans le corps de l'article 30, l'expression "sans préjudice des obligations assumées par le Portugal dans le cadre de la Communauté européenne".

¹² Qui sont les lois d'intérêt général, qui imposent une réglementation applicable à l'ensemble du territoire national, et aussi, sans distinction aux Régions Autonomes.

Au Gouvernement Régional revient la conduite de la politique de la Région et la défense de la légalité démocratique.

Les protocoles de coopération permanente entre le Gouvernement de la République et le Gouvernement sont prévus dans l'article 56, la solidarité nationale est prévue dans l'article 65.

Il ne faut pas inférer de la solidarité nationale, telle qu'elle est prévue dans l'article 65, que les Régions n'ont pas d'autonomie financière. L'article 67 prévoit les recettes de la Région. Ce sont entre autres le produit des impôts perçus sur le territoire régional et le produit de la taxe sur la valeur ajoutée et des impôts sur les marchandises destinées à la Région, perçus hors de son territoire.

Jurisprudence en matière de répartition de compétences entre les Régions et le Continent

Les Régions ont souvent essayé d'accroître leurs pouvoirs et leur contrôle sur les affaires les concernant. Cette préoccupation est, du reste légitime surtout lorsque l'on compare le relativement faible degré d'autonomie des Régions par rapport à l'organisation existante en d'autres pays.

La Cour Constitutionnelle à son tour a cherché à préciser les limites de l'autonomie en fonction du texte constitutionnel. Cet effort, est lui aussi légitime puisque contenu dans les fonctions de la Cour¹³.

Dans l'arrêt n° 42/85 du 12 mars¹⁴, la Cour Constitutionnelle a déclaré l'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale de la résolution du Gouvernement régional n° 385/82, du 25 mai, qui a déterminé que le bénéficiaire de la concession d'une adjudication, doit avoir son siège social à Madeira.

La Cour est partie de l'intérêt spécifique de la Région qu'elle a contribué à spécifier:

¹³ Ces observations signifient que nous ne prenons pas parti pour les Régions ni pour la Cour Constitutionnelle, dans leurs rapports. La Cour Constitutionnelle a eu dans le contexte constitutionnel portugais, une importante fonction de clarification des rapports entre le pouvoir central et le pouvoir des Régions. Les critiques qui peuvent être faites ne doivent pas s'adresser à l'un ou l'autre des intervenants dans ces cas concrets, mais éventuellement au système portugais, au cas – à vérifier – de la possibilité d'une organisation différente, donnant plus de pouvoirs aux Régions.

¹⁴ Publié en *Acórdãos do Tribunal Constitucional* (ATCO), 1985, 5, page 181.

“On peut affirmer que sont d’intérêt spécifique des Régions, aux fins de la définition de leur compétence législative, les matières qui les concernent particulièrement ou qui exigent un traitement spécial dans les Régions, parce qu’elles y assument une configuration particulière.

Même si l’on admet la légitimité constitutionnelle de la fixation d’un siège social aux entreprises, on ne peut considérer telle imposition comme une matière d’intérêt spécifique pour les Régions Autonomes”.

L’arrêt n° 82/86 du 18 mars¹⁵ a déclaré, avec force obligatoire générale l’inconstitutionnalité des normes des articles 7 n° 2 et 30, n°s 2 et 3 du Décret-loi n° 90/84 du 29 mars, qui se rapportent à l’attribution et à la distribution entre les municipalités insulaires (pouvoir local) du montant global qui est transféré aux Régions à titre de transfert du fonds d’équilibre financier.

Cette matière, même si elle appartient à l’intérêt spécifique de la Région, est incluse dans la réserve de compétence législative du Parlement. En effet la distribution des ressources aux entités du pouvoir local, nécessaire à l’autonomie du pouvoir local, exige l’intervention du Parlement ou du Gouvernement, quant à celui-ci, moyennant autorisation du Parlement.

Il s’agit d’un Décret-loi du Gouvernement qui a attribué le pouvoir aux Régions de distribuer les montants du Fonds. Le Gouvernement ne peut déléguer dans les Assemblées Régionales sa compétence pour légiférer en la matière (distribution des ressources), parce qu’il s’agit d’une sous-délégation non consentie expressément dans l’acte de délégation (du Parlement au Gouvernement), et parce qu’il lui manque l’appui de la Constitution. En l’occurrence, c’est l’article 240, relatif aux finances du pouvoir local qui est enfreint.

L’arrêt n° 326/86 du 25 novembre¹⁶ a considéré que l’Assemblée Régionale des Açores ne pouvait développer la loi cadre de la sécurité sociale pour la Région, non parce que la matière appartient au Parlement, mais parce que la réglementation législative d’une loi cadre appartient au Gouvernement. Comme nous l’avons vu, la révision constitutionnelle de 1989 a altéré cette conception des pouvoirs des Régions en leur permettant de développer une loi cadre.

Il faut de toute façon, pour que ce développement soit possible que la matière soit incluse dans l’intérêt spécifique de la Région. En ceci l’arrêt

¹⁵ Publié in ATCO 1986, 7, page 127.

¹⁶ In ATCO 1986, 8, page 63.

doit être considéré, la révision constitutionnelle n'ayant pas touché la notion d'intérêt spécifique.

L'arrêt pose ainsi les limites à l'intérieur desquelles se meut le pouvoir législatif régional:

la matière objet de la réglementation doit être de l'intérêt spécifique de la Région (limite positive selon les mots de la Cour),

elle ne doit pas être réservée à la compétence propre des organes du pouvoir (limite négative),

en la réglementant, les organes législatifs régionaux doivent respecter la Constitution et ne peuvent pas contrarier les lois générales de la République.

Dans l'arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 152/87 du 5 août¹⁷, il a été question d'une réglementation régionale qui imposait un régime punitif plus sévère que celui du Code de la Route. Le juge d'une circonscription judiciaire de la Région a refusé d'appliquer cette disposition au prétexte de son inconstitutionnalité. De ce fait, il y a eu recours du Ministère Public à la Cour Constitutionnelle.

La Cour s'est encore tenue au critère de l'intérêt spécifique pour décider: il n'y a pas de raison que les infractions au Code de la route soient punies plus sévèrement dans les Régions que dans tout le territoire national, on peut considérer comme matière d'intérêt spécifique, toute matière qui se rapporte exclusivement à la Région ou qui y mérite, par une particulière configuration assumée dans la Région, un traitement spécial.

La reproduction même d'un texte législatif national est interdite. Elle transformerait le texte en un texte d'apparence régionale.

Bien que la question principale dans l'arrêt ne soit pas celle-ci, cette affirmation même est importante dans la concrétisation du critère de séparation des compétences entre Régions et Continent.

L'arrêt n° 92/92 publié au Journal Officiel, Ière série, du 7 avril 1992, a décidé que la réglementation du statut des députés ne peut être faite par les Régions car elle revient au Parlement dans sa compétence exclusive (articles 164 b) et 228 n°s 1 et 4 de la Constitution).

¹⁷ Publié au Journal Officiel, II série, du 5 août 1987.

Une partie du texte de l'arrêt est d'une importance extrême:

“S'il y a un intérêt spécifique qui légitime l'intervention de la Région – c'est-à-dire si l'on se trouve en présence de matières qui, n'étant pas réservées à la compétence propre des organes du pouvoir, appartiennent exclusivement aux Régions ou y exigent un traitement spécial, parce qu'elles y assument une configuration spéciale, le pouvoir normatif régional peut édicter des normes régionales.

Cette spécificité de la matière ne se vérifiant pas ou cette matière étant réservée à la compétence propre des organes du pouvoir, le pouvoir normatif régional ne peut intervenir, même pour reproduire la législation nationale éventuellement existante, la transformant en législation régionale.

En pareil cas, l'intérêt spécifique ne se vérifiant pas, l'article 229 n° 1 alinéa a) de la Constitution sera enfreint”.

Nous pensons avoir défini le critère de distribution de compétences entre le pouvoir central et les Régions. C'est la notion d'intérêt spécifique des Régions à laquelle s'ajoutent les limites résultantes de ce que la compétence ne doit pas appartenir au pouvoir central et ne peut être exercée en infraction à la Constitution, ni s'exercer dans le domaine couvert par une loi générale de la République.

B. Répartition de compétences entre le Pouvoir Central et le Pouvoir Local

La loi n° 79/77 établit le régime juridique du Pouvoir Local, développant les principes contenus dans la Constitution.

Les entités du Pouvoir Local sont des personnes morales de Droit Public, de base territoriale, dotées d'organes représentatifs, qui visent la réalisation d'intérêts propres des populations respectives.

Tout ce qui touche à l'intérêt des entités du Pouvoir Local est de la compétence de ces entités. Nous retrouvons un intérêt proche de la notion d'intérêt spécifique des Régions pour définir le critère de répartition de compétences entre le pouvoir central et le pouvoir local.

Tombent particulièrement dans le domaine des attributions des entités du pouvoir local, l'administration de leurs biens et de ceux qui sont sous

leur juridiction, de promotion du développement local, de fournissement public, de culture et d'assistance, de salubrité publique (article 2).

La plus petite entité du Pouvoir Local est la "Freguesia", qui a pour but la réalisation d'intérêts propres aux populations de l'aire qu'elle couvre.

La municipalité, qui correspond à la commune de France est une personne morale de la même nature, qui, couvrant une aire territoriale plus grande, a une plus grande extension de pouvoirs, et comprend plusieurs "freguesias".

Chacune de ces entités comprend un président et une assemblée, la "freguesia" comprend en plus une "junta", qui est un organe collégial ayant des fonctions exécutives.

Hormis les compétences exécutives du président qui sont importantes dans les municipalités couvrant de grands centres urbains comme Lisbonne, c'est l'assemblée qui détient la plus importante part du pouvoir de décision, même s'il est par la suite exécuté par le président. L'assemblée municipale a nommément le pouvoir d'entrer en rapport avec le Gouvernement, pour prendre position sur des affaires d'intérêt pour la municipalité (article 48).

La plus grande entité du Pouvoir Local défini par opposition au pouvoir central et aux Régions Autonomes est le District, qui subsistera tant que la Région Administrative ne sera pas créée. Nous pouvons mesurer le temps qui a découlé depuis la prévision des Régions Administratives et l'actualité où elles n'ont pas encore été créées. La loi est de 1977, la première version de la Constitution est de 1976, et elle contenait déjà la prévision de la création de Régions Administratives. Excès de centralisme dans les successives formations parlementaires et de gouvernement portugaises?

Le District est composé d'une assemblée de District qui réunit le Gouverneur Civil (qui correspond au préfet et qui exerce des fonctions de représentation du Gouvernement sur les entités du pouvoir local tout en en faisant partie), chaque président de chaque municipalité du District, et deux membres de chaque assemblée municipale. Le Gouverneur Civil est l'exécutif du District bien que, en termes de pouvoir local, les décisions les plus importantes soient prises par l'assemblée (articles 82 et suivants de la loi n° 79/77).

Aires Métropolitaines de Lisbonne et de Porto

Il nous faut mentionner ici les Aires Métropolitaines de Lisbonne et de Porto, créées par la Loi n° 44/91 du 2 août. Les aires métropolitaines sont une expression du pouvoir local. Leur création découle du besoin d'administrer localement les deux plus grandes villes du Portugal et leurs banlieues et zones limitrophes.

Ce sont des personnes morales de Droit Public d'aire territoriale, qui visent la poursuite de l'intérêt propre de la population de l'aire des municipalités qui les intègrent.

Elles sont composées des municipalités de Lisbonne et de Porto et des municipalités des banlieues et des zones limitrophes.

Elles ont pour attributions l'articulation des investissements de niveau supra-municipal, assurer l'articulation des services de niveau supra-municipal, notamment dans les secteurs des transports publics, urbains et de banlieue et des voies de communication de niveau métropolitain.

Elles ont encore pour mission, d'articuler l'activité des municipalités et de l'Etat dans les domaines des infra-structures, des services publics, de la protection de l'environnement et des ressources naturelles, des espaces verts et de la protection civile.

Elles doivent accompagner l'élaboration des plans d'agencement du territoire au niveau municipal ou métropolitain ainsi que leur exécution.

Elles formulent des avis sur les investissements de l'Administration Centrale de leur aire, ainsi que sur ceux qui sont financés par la Communauté européenne.

Elles organisent et maintiennent actifs des services techniques propres.

Elles exercent d'autres attributions transférées de l'Administration Centrale ou qui leur sont déléguées par les municipalités.

Leurs ressources proviennent de transferts du budget national, et des municipalités qui les composent.

Leurs organes sont une Assemblée Métropolitaine, un exécutif, et un conseil métropolitain. L'Assemblée a un important pouvoir délibératif, l'exécutif prend les mesures d'exécution nécessaires, le conseil métropolitain formule des avis sur les décisions à prendre.

La composition de ces organes consiste en un corps élu parmi les assemblées municipales des municipalités qui composent l'aire métro-

politaine, un corps élu parmi les présidents (les maires) des municipalités qui composent cette aire, et un corps composé par le président de la commission de coordination régionale de l'aire, et par les représentants des services et des organismes publics dont l'action interfère dans les attributions de l'aire métropolitaine.

Une possibilité importante, mais peut être non suffisante face aux conclusions que nous allons retirer de l'actuelle structure du pouvoir local au Portugal, est la possibilité que les entités du pouvoir local ont de s'associer. Les municipalités peuvent s'associer pour la poursuite de finalités d'intérêt spécifique commun et améliorer ainsi leurs résultats face à des ressources souvent faibles.

Cette possibilité est prévue dans le Décret-loi n° 412/89, du 29 novembre. Les associations de municipalités sont composées par une assemblée intermunicipale et un conseil d'administration. Il faut dire que bien que la personnalité morale leur soit attribuée, elles n'ont pas de base territoriale, ne constituant donc pas un nouveau type d'entité du pouvoir local, spontanément créée par celui-ci. Elles sont soumises à la tutelle aux mêmes termes que les entités du pouvoir local.

Le Décret-loi n° 161/80 a créé le Centre d'Études et de Formation Autarcique, destiné à la formation des cadres des entités du pouvoir local.

Finances locales

Les finances locales sont une matière importante dans le cadre du pouvoir local. Les recettes des entités du pouvoir local proviennent des impôts locaux (mais pas du produit des impôts perçus localement comme c'est le cas des Régions Autonomes), c'est-à-dire des impôts qui tirent leur raison d'être d'une transaction locale comme la contribution immobilière que le propriétaire doit payer du fait d'être titulaire du droit de propriété sur un bien immeuble.

Un principe important de la loi des finances locales est contenu dans l'article 4: chaque fois qu'une nouvelle attribution de compétences sera fixée par la loi, le moyen d'obtention des recettes correspondantes sera également prévu.

Le principe d'obtention de recettes sur la base d'impôts déjà existants est également prévu dans la loi : la municipalité peut pour certains impôts, déterminer une augmentation de l'assiette, allant jusqu'à 10%.

Alors que l'article 13 interdit la concession de subsides aux entités du pouvoir local, un fonds d'équilibre financier est prévu, à inscrire chaque année sur le budget national, qui consiste en un montant à attribuer aux municipalités (article 8).

Ce fonds contient plusieurs critères de répartition qui assurent une proportionnalité dans sa distribution (article 10). Ainsi 10%, du montant perçu par chaque municipalité est distribué sur un pied d'égalité à toutes les municipalités, 45%, de ce montant dépend du nombre d'habitants, 10%, de l'aire territoriale couverte, 10%, de la participation locale par habitant dans les impôts directs, 10%, en fonction du réseau routier municipal, 5%, du nombre de foyers, 5%, du nombre de "freguesias" comprises dans la municipalité, 5%, d'un index de développement économique.

L'article 14 prévoit la coopération technique et financière entre le Gouvernement et les entités du pouvoir local dans le domaine du développement régional et local.

Le système financier sera organisé de sorte à appuyer le développement régional, annuellement des dotations seront inscrites au budget national dans le cadre de plans d'investissement de l'Administration centrale, pour le financement de projets des entités du pouvoir local.

Ces projets seront inclus dans les plans intégrés de développement régional, seront l'objet de contrats-programme de développement, seront inclus dans les plans d'agencement du littoral, seront inclus dans tout autre type de programmes de développement de nature intégrée qui soient définis par la loi ou par un règlement de la Communauté européenne.

L'article 15 prévoit l'accès au crédit de la part des entités du pouvoir local.

Répartition de compétences entre les entités du pouvoir local et le pouvoir central dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle

Quelques exemples peuvent illustrer les rapports entre le pouvoir local et le pouvoir central. Les décisions de la Cour Constitutionnelle montrent bien la nature de ces rapports puisqu'elles décident des compétences du pouvoir local et du pouvoir central. Elles donnent la mesure de la répartition des compétences.

L'arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 74/84 du 10 juillet¹⁸, déclare avec force obligatoire générale l'inconstitutionnalité de l'article 2 du

¹⁸ Publié in ATCO, 1984, 4, page 49.

règlement de la municipalité de Vila do Conde sur la propagande de nature politique, partidaira. En l'espèce, ce règlement interdisait l'affichage de propagande politique sur les édifices qu'il considérait patrimoine, et déterminait la soumission de l'affichage à une autorisation municipale préalable.

La Cour Constitutionnelle a considéré qu'une telle autorisation ne pouvait être imposée. Elle contrariait la liberté d'expression se situant ainsi dans le domaine réservé de la compétence législative du Parlement.

Dans l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 25 juillet 1985¹⁹, la constitutionnalité d'une norme émanée du Gouvernement imposant le paiement d'un supplément d'impôt a été contestée. En ce qui concerne le pouvoir local, la disposition imposait que la recette revenait à l'Etat, ce qui posait le problème de savoir si les Régions Autonomes faisaient partie de l'Etat aux fins du bénéfice des recettes et de savoir si les prérogatives du pouvoir local n'étaient pas violées par le recouvrement centralisé de ces recettes fiscales.

Après avoir jugé que le type de rétroactivité imposé par la loi fiscale n'était pas inconstitutionnel en matière d'impôts, la Cour Constitutionnelle a jugé que les Régions Autonomes font partie de l'Etat et doivent ainsi bénéficier des recettes recouvrées sur leur territoire, et que le pouvoir local doit toucher la partie que la loi lui attribue. Pourvu que l'Administration respecte ces exigences, la loi n'est pas inconstitutionnelle. Les Régions doivent ainsi recevoir la partie des recettes perçue dans leur territoire et les municipalités doivent recevoir, par inscription dans le Budget national la part qui leur revient du recouvrement de ces recettes, la perception centralisée n'étant dans ces termes, pas inconstitutionnelle.

L'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 9 décembre 1987²⁰ a décidé qu'en matière de répartition de compétences, même lorsque la loi attribue les recettes de certains impôts aux entités du pouvoir local, et malgré le principe de la non consignation des recettes à certaines dépenses, le Gouvernement pouvait fixer la destination de certaines recettes des entités du pouvoir local. La loi qui procède à une telle réglementation envahi cependant le domaine de la compétence réservée du Parlement, parce

¹⁹ Arrêt n° 141/85, publié in ATCO, 1985, 6, page 39.

²⁰ Arrêt de la Cour n° 452/87, du 9 décembre, publié in ATCO, 1987, 10, page 169.

qu'elle réglemente les finances locales. De ce fait une telle loi est inconstitutionnelle.

En ce qui concerne le pouvoir local, celui-ci ne peut donc s'opposer à une telle réglementation, mais le Parlement est lésé dans ses rapports avec le Gouvernement.

L'arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 76/88 du 7 avril 1988²¹ a décidé que la municipalité de Lisbonne ne pouvait percevoir une taxe pour la prestation d'un service lorsque cette taxe revêt quant à certains débiteurs la nature d'un impôt, ces personnes ne bénéficiant pas de la taxe.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de consultations locales est également intéressante en ce qu'elle permet de montrer quelles compétences ne peuvent être exercées par les entités du pouvoir local, et à la fois, le désir de ces entités de prendre certaines décisions qui, effectivement les concernent.

Dans l'arrêt n° 242/91, du 12 juin²², "une freguesia" a posé à la population la question de savoir si elle désirait la création d'une nouvelle "freguesia" dans l'espace géographique qu'elle comprend. La Cour Constitutionnelle devant se prononcer par impératif de la législation sur les consultations locales que nous mentionnerons plus bas, a refusé cette possibilité à l'entité du pouvoir local qui désirait en créer une autre. La compétence de la création des entités du pouvoir local revient au Parlement.

Dans l'arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 238/91²³, l'Assemblée Municipale de Peniche a aussi proposé la création d'une nouvelle "freguesia". La requête d'appréciation de la constitutionnalité a été déboutée, la création d'une nouvelle entité du pouvoir local n'étant pas de la compétence des entités du pouvoir local.

Dans l'arrêt n° 432/91²⁴, il s'est également agi d'une consultation sur un centre de traitement de résidus. Une assemblée de municipalités avait été créée entre plusieurs municipalités qui avait pour compétence posée par les municipalités, la création du centre de traitement des résidus. Une seule

²¹ In Bulletin du Ministère de la Justice, 1988, n° 376, page 181.

²² BMJ, 1991, n° 408, page 111.

²³ Publié au journal officiel, II série, du 11 janvier 1992.

²⁴ Publié in BMJ, n° 411, 1991, page 126.

assemblée municipale ne pouvait prendre de décision sur la matière et par conséquent ne pouvait promouvoir de consultation locale en ce domaine.

Tutelle des entités du Pouvoir Local

La tutelle des entités du pouvoir local est prévue dans la loi n° 87/88, du 9 septembre.

Elle consiste en la vérification de l'exécution des lois et des règlements de la part des entités du pouvoir local et du fonctionnement des services des entités du pouvoir local et des associations de municipalités, ainsi qu'en l'application de mesures sanctionnatoires dans les cas prévus (article 2).

L'article 3 prévoit des inspections, des enquêtes et des procès contre les entités du pouvoir local. Les inspections ont lieu pour vérifier la conformité à la loi des actes et des contrats, les enquêtes ont lieu pour effectuer un contrôle de la légalité des actes sur la base de dénonciations ou du résultat d'enquêtes, les procès ont lieu lorsqu'il existe de sérieux indices d'éventuelles illégalités qui par leur gravité ne puissent pas être enquêtés au moyen d'une procédure plus simple.

La tutelle revient au Gouvernement, le Gouverneur Civil jouant un rôle de transmission entre le Gouvernement et l'entité du Pouvoir Local (articles 6 et 7).

Les titulaires des charges du pouvoir local perdent leur mandat en cas d'intervention en des actes ou des contrats dans lesquels ils aient un intérêt personnel (article 9 n° 2). Aux termes de l'article 10, la décision revient au Tribunal Administratif de cercle.

Le Décret-loi n° 252/92 du 19 novembre contient le statut du Gouverneur Civil. Tant que les Régions Administratives ne seront pas créées le Gouverneur Civil est le représentant du Gouvernement et l'organe chargé de l'exercice de la tutelle dans l'aire du District.

Aux termes de l'article 2, le Gouverneur Civil est l'organe qui représente le Gouvernement dans l'aire du district, sans préjudice des autres compétences que la loi lui attribue: ces compétences correspondent aux fonctions que le Gouverneur Civil en tant que membre d'une entité du pouvoir local, qui est également l'aire d'intervention de l'Administration Centrale, le District.

Le Gouverneur Civil est nommé et exonéré par le Gouvernement, en Conseil de Ministres, sur proposition du Ministre de l'Administration Intérieure, de qui il dépend organiquement et hiérarchiquement (article 3).

Comme fonctions de tutelle, le Gouverneur possède des compétences consistantes essentiellement en des actes d'enquête et de vérification des actes des entités du pouvoir local. Il veille à l'exécution des lois et des règlements, il ordonne la réalisation d'enquêtes, il fait part au Ministère Public des irrégularités qu'enferment les actes des organes et services des entités du pouvoir local, les associations de municipalités ou que leurs titulaires commettent (article 4 n° 2).

Le critère de distribution des compétences est encore ici l'intérêt des entités du Pouvoir Local, intérêt qui se subordonne au pouvoir central, les entités du Pouvoir Local n'ayant aucun pouvoir législatif. Cette distribution est donc essentiellement administrative et exprime ce que l'on désigne par décentralisation.

La structure du Pouvoir Local, né d'une tradition multi-séculaire au Portugal²⁵, est une structure qui correspond actuellement, aux formes républicaines classiques. Le Portugal est donc un Etat à faible décentralisation. Ceci est aggravé par la présence dans cette structure d'éléments advenus de l'Histoire au XXème siècle. Ainsi, on comprend difficilement que le Gouverneur Civil soit simultanément l'organe exécutif de la plus grande entité du pouvoir local, le District et le représentant du pouvoir central dans cette entité, et que le District soit aussi une répartition administrative²⁶.

²⁵ Une grande partie de l'oeuvre de l'écrivain et de l'historien Alexandre Herculano, du XIXème siècle est consacrée à l'étude du mouvement municipal portugais. Ces études démontrent l'existence d'une importante autonomie locale au Portugal.

²⁶ Que le District soit aussi la répartition administrative du territoire en termes de Pouvoir Central, n'est pas choquant si l'on peut dire, étant donné qu'il faut un support territorial à l'activité administrative. Le même nom pourrait être donné à l'entité du Pouvoir local et à la répartition administrative sur le même territoire, mais il nous semble que cela n'est plus admissible pour l'organe de tutelle administrative et l'exécutif de l'entité du Pouvoir Local. Il nous semble du reste que si deux entités peuvent avoir pour base le même territoire, elles doivent être nettement différenciées, aucune ingérence de l'une dans l'autre ne pouvant avoir lieu. L'existence de pouvoirs de tutelle doit nous sembler-t-il, pouvoir exprimer cette autonomie: La tutelle a lieu parce que les entités sont différentes, si elles ne l'étaient pas, il n'y aurait pas lieu à cette tutelle.

En France, suivant une revendication ancienne, le Préfet a cessé l'exécutif de la personne morale Département, pour être exclusivement voué à l'Administration Centrale, depuis 1982.

III. Plans de distribution du pouvoir de décision

Il est possible de classer les types de pouvoir de décision accordés dans le cadre de la consécration du principe de la subsidiarité en fonction des types d'entités avec lesquelles le pouvoir est distribué.

Le critère de la répartition de compétences est, nous l'avons vu, l'intérêt spécifique de la Région Autonome, et l'intérêt de l'entité du pouvoir local qui est, dans les deux cas, limité par l'intérêt général exprimé par des limitations de compétences jusque dans des aires d'intérêt spécifique, par la Constitution et la loi générale de la République, pour les Régions Autonomes qui possèdent une certaine mesure de pouvoir législatif, et par les compétences de l'Administration Centrale dans le cas du Pouvoir Local.

Est c'est précisément de la limitation de compétences dans les deux cas et de la vérification d'une disparité dans les degrés de pouvoirs des Régions Autonomes et des entités du Pouvoir Local que nous pouvons inférer l'existence au Portugal de deux plans de pouvoir de décision qui n'appartient pas au pouvoir central.

Un niveau où, malgré toutes les limites imposées, le pouvoir atteint la dimension législative, celui des Régions Autonomes, et un niveau où le pouvoir reste un pouvoir administratif, celui des entités du Pouvoir Local.

La façon dont cela est réalisé au Portugal consiste en la reconnaissance législative des deux niveaux de subsidiarité exprimés par deux sortes d'entités politiques et administratives différentes, ayant des pouvoirs différents.

Dans le cas des Régions Autonomes, sans nous prononcer sur l'extension satisfaisante pour les uns, insuffisante pour les autres, du pouvoir concédé, ou plutôt reconnu, il semble que l'organisation de la répartition de compétences depuis le critère de répartition jusqu'à la structure des Régions Autonomes, est arrivée à un certain niveau de perfectionnement, que ce soit par l'élaboration jurisprudentielle que ce soit par le travail législatif.

Dans le cas des entités du Pouvoir Local, les pouvoirs attribués pourraient correspondre aux intérêts réels, mais les fonds font défaut, et la structure du Pouvoir Local enferme de graves défauts qui l'empêchent de mener à bien ses attributions. Là est peut-être une cause du faible développement de l'intérieur par rapport au littoral, et d'un exode rural, qui tend à s'aggraver en même temps que croissent des problèmes d'environnement dûs à l'abandon des terres et que l'on vérifie une carence

de moyens industriels et commerciaux dans l'intérieur du pays. La situation du "pays réel" met en cause la subsidiarité et la solidarité nationales.

IV. Contrôle non judiciaire de la subsidiarité

A. Tutelle du pouvoir local

Aux termes de la loi n° 87/89 du 9 septembre, l'Administration Centrale a le pouvoir de vérifier si le pouvoir local exerce ses fonctions aux termes de la loi, ce qui n'empêche pas un recours contentieux.

La tutelle administrative consiste en la vérification de la conformité à la loi des actes du pouvoir local. Nous y avons fait mention plus haut. Dans chaque District, le Gouverneur Civil a compétence pour exercer ce contrôle sur l'aire de juridiction locale. Cette compétence n'exclut pas l'intervention du Gouvernement.

L'une des sanctions pour infraction aux lois obligeant le pouvoir local est la perte de mandat des titulaires des organes du pouvoir local à qui est imputée la responsabilité de l'acte non conforme à la loi.

La perte de mandat n'est pas décrétée par le Gouvernement. Elle l'est par le juge du tribunal administratif de cercle par impulsion du Ministère Public ou du Gouvernement. Le procès n'a pas lieu lorsque c'est l'entité du pouvoir local, elle même qui décide de la perte de mandat. La sanction la plus grave est la dissolution de l'organe du pouvoir local qui a commis l'infraction. Cette dissolution est décrétée par le Gouvernement après audition des intéressés et il peut y avoir recours de la décision de dissolution. Les membres de l'organe dissous ne peuvent être élus pour le mandat qui suit la dissolution de l'organe ni pour le mandat subséquent.

Il a été également déjà fait mention des Gouverneurs Civils. Leur statut et compétences sont régis par le Décret-loi n° 252/92 du 19 novembre.

Le Gouverneur Civil représente le Gouvernement dans le District, parallèlement à son activité d'exécutif du pouvoir local au niveau du District.

Son rôle est essentiellement un rôle d'information du Gouvernement ou du Ministère Public dans le District et de réception des pétitions et des communications adressées au Gouvernement dans la circonscription.

Il dirige les services de l'Administration dans le District et détient la direction des activités de police et de sécurité au niveau du District.

B. Intervention de la population

Une autre forme de contrôle non judiciaire est exercée par la population sur les entités du pouvoir local, au moyen de pétitions. Le droit de pétition s'exerce par rapport à tous les organes du pouvoir. On peut imaginer qu'un citoyen adresse des pétitions aux entités du pouvoir local, au Gouvernement, au Parlement et au Médiateur. Il y a donc là une importante forme de contrôle non juridictionnel exercé par les institutions saisies par les particuliers. Ce contrôle est, ainsi un contrôle par l'initiative populaire.

L'accès aux entités du pouvoir local par les particuliers n'est pas encore réglementé. L'accès au Médiateur est régi par une loi spéciale à laquelle nous ferons référence plus bas, la loi n° 43/90 régit l'exercice du droit de pétition devant le Parlement, entre autres entités.

En cas de pétition devant le Parlement, la pétition ne revêtant pas de forme spécifique et étant gratuite, la Commission des Pétitions examine la requête ou la plainte (l'article 2 définit les types de pétitions, des expositions exprimant une opinion contraire à celle de l'entité qui a pris la décision, des réclamations contre des actes administratifs, des plaintes en cas d'illégalité de l'acte) et la transmet au Gouvernement, qui peut, s'il l'entend procéder à l'une des formes de vérification de l'exercice du pouvoir local dans les termes mentionnés plus haut, au Procureur Général de la République en cas de commission d'un crime, ou en toute situation d'intervention du Ministère Public, au Médiateur qui pourra susciter l'appréciation de la constitutionnalité de l'acte en question auprès de la Cour Constitutionnelle, ou qui peut instaurer une enquête parlementaire. Ce contrôle non juridictionnel, non immédiatement administratif, est une forme importante de contrôle de l'activité des organes du pouvoir local.

La Loi n° 6/93 du 1 mars a complété la Loi régissant l'exercice du droit de pétition, elle détermine que soient adressées au Président du Parlement toutes les pétitions, et que celles qui seront souscrites par 2500 personnes ou plus seront obligatoirement publiées au Journal Officiel. Ceci renforce considérablement le poids d'une pétition comme influence sur l'entité dont l'acte est en cause indépendamment du résultat de la pétition. Si les pétitions sont souscrites par plus de 4000 personnes, elles seront appréciées par le Parlement en session plénière.

Le Médiateur a lui-même une importante activité en termes d'exercice du droit de pétition. Les pétitions sont transmises par le Parlement ou

émanant des particuliers, le Médiateur pouvant prendre lui-même l'initiative de l'enquête menant à la production d'un avis qui est transmis aux autorités compétentes, nommément la Cour Constitutionnelle quant à des actes de nature législative ou normative. Bien que n'ayant que des pouvoirs d'enquête, l'action du Médiateur est d'une extrême importance car le Médiateur fixe par son enquête les éléments qui peuvent servir de fondement à un contrôle du pouvoir local. Le statut du Médiateur est prévu dans la loi n° 9/91 du 9 avril et l'organisation de l'Office du Médiateur, dans le Décret-loi n° 279/93, du 11 août.

C. Consultation des populations au niveau local

Nous nous permettons d'inclure ici les consultations des populations au niveau local. Bien entendu ce n'est pas une forme de contrôle, mais elle s'en rapproche par la participation qu'elle implique, des populations à la décision au niveau local.

La loi n° 49/90 du 24 août régit les consultations directes aux citoyens électeurs au niveau local.

Les organes des entités du pouvoir local peuvent effectuer des consultations directes aux citoyens électeurs au niveau local, par suffrage secret.

Les consultations ne peuvent porter que sur des affaires de la compétence exclusive des entités du pouvoir local. En un problème qui surgisse nous sommes menés à penser que le critère sera celui de l'intérêt spécifique des entités du pouvoir local.

Aux termes de l'article 2 de la Loi, aucune question financière ou qui doive être résolue par les organes des entités du pouvoir local en obéissance stricte à des termes pré-fixés, ne peut faire l'objet de la consultation.

Les entités du pouvoir local qui peuvent effectuer des consultations sont la "freguesia", la municipalité ou la Région Administrative. Celle-ci n'étant pas encore créée, seules peuvent opérer la consultation la "freguesia" et la municipalité.

Les résidents dans l'aire territoriale du pouvoir local votent en réponse aux questions posées.

Les consultations ont une efficacité délibérative: ce sont de véritables décisions sur les matières qui ont fait leur objet.

L'assemblée de l'entité du pouvoir local décide de la consultation, celle-ci ne devant pas comporter plus de trois questions (articles 5, 6, et 9).

Aux termes de l'article 11, il y a lieu à un envoi du projet de questions à la Cour Constitutionnelle qui décide de leur conformité à la Constitution. Une campagne à l'image des campagnes électorales est lancée avec une limite de dépenses par parti politique.

Il peut y avoir lieu à un contentieux de la campagne. Celui-ci, en tout ce qui ne consiste pas matière criminelle est résolu par la Cour Constitutionnelle.

V. Contrôle judiciaire de la subsidiarité

Le contrôle judiciaire de la subsidiarité se fait par la Cour Constitutionnelle.

Pour les Régions autonomes et pour les entités du Pouvoir Local, le contrôle peut être exercé partant d'une violation de règle de Droit favorable aux entités autonomes par le pouvoir central, ou partant d'une violation de règle de Droit attributive d'une compétence au pouvoir central par les entités autonomes. Nous possédons des exemples des deux situations, nous avons déjà fait référence à quelques arrêts de la Cour Constitutionnelle à propos des Régions Autonomes.

La question de la constitutionnalité peut être suscitée à titre préventif par le Ministre de la République pour les Régions Autonomes, en un cas de production normative par les Régions Autonomes (article 278 de la Constitution). En cas de production normative par le Pouvoir Local, il ne semble pas avoir lieu à ce contrôle, sauf en cas de consultations directes à la population, où la fiscalisation préventive est obligatoire.

L'inconstitutionnalité d'un acte peut être appréciée successivement, à titre abstrait ou concret. Sur le plan des Régions Autonomes, ce sera généralement le Ministre de la République qui déclenchera cette fiscalisation, mais rien n'exclut la demande d'appréciation par des députés, par le Médiateur ou par le Procureur Général de la République.

Sur le plan du Pouvoir local, l'initiative de la fiscalisation revient généralement au Procureur Général de la République, au Médiateur ou à un groupe de députés²⁷.

²⁷ Les entités qui peuvent demander l'appréciation successive sont mentionnées dans le numéro 2 de l'article 281 de la Constitution. Dans notre exposé nous ne mentionnons que celles qui nous semblent le plus à même de demander le contrôle de l'acte.

La sanction de l'inconstitutionnalité est la nullité de la norme considérée inconstitutionnelle ou illégale, avec effets rétroactifs à fixer par la Cour Constitutionnelle²⁸.

Il nous semble qu'en cas de fiscalisation préventive, l'organe qui a émis la norme contestée puis jugée inconstitutionnelle ne peut la reformuler qu'en supprimant la partie jugée non conforme à la Constitution. Seul le Parlement, en effet, peut surpasser la décision d'inconstitutionnalité par la confirmation de la norme moyennant un vote favorable de deux tiers des députés présents, supérieur à la majorité absolue des députés en fonctions (article 279 de la Constitution, n° 2).

En cas de fiscalisation abstraite, rien ne semble empêcher l'organe de produire à nouveau un acte normatif, mais l'inconstitutionnalité devra être expurgée. Le nouvel acte, ne peut naturellement être rétroactif, les situations couvertes par la norme jugée inconstitutionnelle, étant réglées par un autre ensemble normatif en vigueur non déclaré inconstitutionnel.

Le contrôle, enfin, peut être concret, aux termes de l'article 280 de la Constitution. Dans ce cas la norme est considérée inconstitutionnelle par une partie au procès, elle est considérée inconstitutionnelle par un juge d'instance qui en refuse l'application. Dans le premier cas, c'est la partie qui a suscité l'inconstitutionnalité qui recourt (article 280, n° 4 de la Constitution), dans le second cas le recours est obligatoire pour le Ministère Public (article 280, n° 3 de la Constitution).

Les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité dans ces cas, sont celles qui ont été mentionnées plus haut.

L'inconstitutionnalité peut incider sur un droit des Régions Autonomes ou d'une entité du Pouvoir Local. Dans ce cas, au niveau des Régions Autonomes, la légitimité pour intervenir auprès de la Cour Constitutionnelle revient au Président de la République, au Premier Ministre, ou à un cinquième des députés au Parlement en effectivité de fonctions (article 278 de la Constitution). Les Régions n'ont à ce moment de l'appréciation de la Constitutionnalité aucune possibilité d'intervention. Il nous semble que, comme il arrive avec la fiscalisation successive, la violation peut être une

²⁸ La déclaration d'inconstitutionnalité produit ses effets *ex tunc*, sauf lorsque la Cour entend que de tels effets sont susceptibles d'affecter la stabilité de situations juridiques existantes. Dans ce cas elle peut limiter l'efficacité de la décision au moment où celle-ci est publiée.

violation de la Constitution, une violation de Statut de la Région, ou de Loi Générale de la République.

S'agissant d'un droit appartenant à une entité du pouvoir local, la violation peut consister en une violation de la Constitution, de la Loi du Pouvoir Local, mentionnée supra, de la Loi des Finances Locales également mentionnée, de la Loi instituant les Aires Métropolitaines de Lisbonne et de Porto, de toute Loi Générale de la République. Mais l'initiative de la fiscalisation préventive ne revient pas aux entités du Pouvoir Local, seules les entités mentionnées dans les numéros 1 à 4 de l'article 278 pouvant intervenir.

La fiscalisation successive abstraite de la Constitutionnalité a lieu dans les cas des violations déjà mentionnées, l'initiative revenant aux entités mentionnées dans le numéro 2 de l'article 281, et, en particulier aux Assemblées Législatives Régionales, aux Présidents des Assemblées Législatives Régionales, aux Présidents des Gouvernements Régionaux, à un dixième des députés à l'Assemblée Législative Régionale.

S'agissant de la fiscalisation abstraite successive, en cas de violation d'un droit des entités du pouvoir local, seuls peuvent intervenir le Président de la République, le Président du Parlement, le Premier Ministre, le Médiateur, le Procureur Général de la République, et un dixième des députés au Parlement.

Généralement ce sont le Médiateur et le Procureur Général de la République qui interviennent dans ces cas.

La fiscalisation concrète opère dans les termes qui ont été décrits plus haut.

Enfin, la Cour Constitutionnelle peut juger avec force obligatoire générale l'inconstitutionnalité ou l'illégalité de toute norme qui ait été jugée par elle inconstitutionnelle en trois cas concrets (article 281 n° 3).

Remarques finales

La Constitution portugaise contient des références importantes au principe de la subsidiarité. Ces références sont, l'une d'elles contenue dans l'article 7, n° 6 expresse mais non définie, les autres, qui le définissent véritablement, sont implicites, consistant en des références au pouvoir local et en des références aux Régions Autonomes, que la Constitution réglemente.

La décentralisation que la reconnaissance du pouvoir local implique, et qui est certainement plus que décentralisation dans le cas des Régions autonomes, semble faire partie d'une idée relativement ample de participation que la Constitution enferme. Cette participation, n'empêche pas, d'une part la nature représentative de la démocratie portugaise, et lorsqu'elle s'affirme sur le plan de l'autonomie régionale et locale, elle n'empêche pas le caractère unitaire de l'Etat.

Le critère de distribution du pouvoir de décision est l'intérêt spécifique des Régions ou l'intérêt des entités du pouvoir local, cet intérêt n'étant pas défini, mais se retrouvant dans les limites que les compétences du Gouvernement et du Parlement lui posent. La jurisprudence de la cour constitutionnelle a réussi à définir les limites de cet intérêt avec une certaine précision.

Au niveau de la coexistence de plusieurs niveaux de décision, nous pouvons regretter que les Régions Administratives comme entités du pouvoir local ne soient pas créées, et que les ressources des entités du pouvoir local soient faibles. Sans avancer de suggestions nous nous permettons de voir dans ces faits et dans une réglementation relativement précise de la tutelle du pouvoir local, ainsi que dans l'existence du gouverneur civil, un excès de centralisme. Si la démocratie existe effectivement au Portugal, si le Parlement a d'importants pouvoirs vis à vis du Gouvernement, s'il existe une structure d'administration centrale relativement contrôlée et un pouvoir judiciaire certain, l'une des lacunes de la démocratie portugaise se trouve certainement ici. La relative faiblesse de l'affirmation du pouvoir local et des moyens à sa disposition sont certainement une cause des graves problèmes sociaux, économiques et écologiques dont souffre l'intérieur du pays.

Le pouvoir de décision est distribué en plusieurs niveaux, trois dans les Régions Autonomes: pouvoir central, pouvoir de la Région, pouvoir local dans la Région, et deux dans le continent: pouvoir central et pouvoir local. Ces différents niveaux ont différents types de pouvoir que l'on peut classer dans les catégories qui y correspondent.

Il y a un contrôle non judiciaire de la subsidiarité très fort. Sur le plan de la tutelle exercée par le pouvoir central, d'une part, sur le plan de l'intervention des particuliers, d'autre part.

Le contrôle judiciaire revient à la Cour Constitutionnelle, les entités du pouvoir local n'ayant pas accès au prétoire de la Cour de façon directe, les organes des Régions Autonomes pouvant intervenir dans le cadre du contrôle successif, abstrait de la constitutionnalité.

PAULO MARRECCAS FERREIRA
*Membre du Bureau de Documentation
et Droit Comparé*

IV. B.3.

**LES DEVELOPPEMENTS RECENTS
DU PARLEMENTARISME**

Sommaire

Introduction

Equilibre institutionnel et système de gouvernement

Régions Autonomes, Pouvoir Local et Décentralisation

Démocratie participative

Etat de Droit

Conclusions

Introduction

Nous allons débiter par une brève analyse de l'équilibre institutionnel dans la Constitution portugaise. Cela donnera une idée préliminaire, que nous concrétiserons par la tentative de répondre de notre mieux aux questions posées. Cette idée préliminaire correspond à la notion de système de Gouvernement.

Nous continuerons par une référence à la décentralisation, qui nous donnera la mesure de l'intervention du Pouvoir Local dans les décisions publiques et par là, de ses rapports avec les autres organes, nommément le Parlement. Parallèle à cette référence doit être la référence aux Régions Autonomes, qui est aussi une forme de pouvoir local, cependant autonomisée par ses caractéristiques propres, qui donnent un poids particulier aux rapports des Açores et de Madeira avec les autres Institutions liées à l'exercice du pouvoir, nommément le Parlement.

Nous aborderons par la suite les questions liées à la participation des citoyens dans la vie politique, sous le titre "Démocratie participative". Cette référence comprend un ensemble de droits fondamentaux, nous nous limiterons à ceux qui expriment les rapports des citoyens avec le pouvoir.

Nous concluons en disant comment cet équilibre institutionnel est caractéristique de l'Etat de Droit, chaque Constitution imposant son système de gouvernement et son équilibre institutionnel, toute Constitution d'un Etat démocratique correspondant à l'idée d'Etat de Droit.

Au moment de conclure nous ferons un bref résumé des réponses aux questions qui auront découlé du texte. Au long du texte nous nous permettrons de ne pas répondre par ordre aux questions posées. Les

réponses seront données selon chaque division de notre exposé. Dans les conclusions, toutefois, nous ordonnerons les réponses.

Equilibre institutionnel et système de gouvernement

Les expressions équilibre institutionnel et système de gouvernement semblent se répéter. En Droit Constitutionnel on parle de système de gouvernement pour désigner l'équilibre, la répartition de pouvoirs entre les différentes institutions qui détiennent le pouvoir. Ajouter l'expression équilibre institutionnel nous sert à chercher à préciser les rapports entre ces institutions et leur poids respectif dans la décision politique, l'employant dans le sens du Droit Communautaire, en maintes situations semblables au Droit Constitutionnel et où l'expression est connue. C'est donc une répétition qui a pour but de mieux cerner l'articulation entre ce qu'au Portugal on désigne par Institutions Souveraines et de mieux répondre au questionnaire.

Le système de gouvernement portugais¹ ne ressemble pas au gouvernement parlementaire, de cabinet ou d'assemblée, parce que, au-delà du Parlement et du Gouvernement, intervient le Président de la République, élu au suffrage universel direct, étant un centre autonome de décision et pas uniquement représentatif. Le système n'est pas non plus un système présidentiel, car il existe un Gouvernement qui conduit la politique générale du pays et ce n'est pas un système de concentration de pouvoirs, parce que le Parlement jouit de la compétence législative et possède un rôle exercé en de multiples pouvoirs de fiscalisation de la Constitution.

La double responsabilité du Gouvernement, à la fois face au Parlement et face au Président de la République, qui est typique du système semi-présidentiel, est consacrée dans la Constitution. Le Gouvernement répond devant le Président et devant le Parlement. Bien que le Gouvernement soit issu du Parlement élu, le Premier Ministre est nommé par le Président de la République.

Nous sommes en mesure d'aborder la première question, première partie, du questionnaire². Selon l'article 111 de la Constitution, le pouvoir

¹ Cf. la thèse de Doctorat du professeur Jorge Miranda, "A Constituição de 1976, formação, estrutura, princípios fundamentais", Lisbonne, 1978, page 418.

² 1. a) Rôle formel ou matériel, propre du Parlement dans le choix des Gouvernants.

politique appartient au peuple et est exercé aux termes de la Constitution; selon l'article 113, les Institutions Souveraines sont le Président de la République, le Parlement, le Gouvernement et les Tribunaux, qui détiennent: les pouvoirs de contrôle³ (le Président de la République), le pouvoir législatif (le Parlement), le pouvoir exécutif (le Gouvernement) et le pouvoir judiciaire (les tribunaux). Ces Institutions sont indépendantes (article 114), malgré la responsabilité du Gouvernement face au Président et au Parlement et le pouvoir présidentiel de dissoudre le Parlement. Les responsabilités que ces pouvoirs traduisent sont naturellement politiques, la responsabilité juridique, au cas où elle aurait lieu, ne s'exerçant que sur des personnes.

Aux termes de l'article 185, le Gouvernement détient le pouvoir exécutif et dépend, quant à l'exercice de son mandat, du Parlement: aux termes de l'article 189, avant la présentation de son programme au Parlement, le Gouvernement se limite aux actes nécessaires à assurer la gestion des affaires publiques courantes. Aux termes de l'article 190, le Premier Ministre est nommé par le Président de la République, les partis politiques représentés dans le Parlement ayant été entendus au préalable, selon les résultats électoraux. On peut en déduire que le Parlement a une influence prépondérante dans la détermination du Gouvernement.

Cette déduction est renforcée par le fait que le programme du Gouvernement est présenté au Parlement après la nomination du Premier Ministre, et que le Parlement peut voter des motions de rejet du programme ou, inversement, un voeu de confiance qui permet au Gouvernement l'exercice de son pouvoir. Si le programme est rejeté, le Gouvernement doit se démettre. Entretemps, même si c'est le Président de la République qui désigne le Premier Ministre, il ne peut menacer le Parlement de dissolution pour le forcer à choisir un Premier Ministre de son agrément. Il y a donc là, nous insistons, une influence décisive du Parlement. Le Président ne peut dissoudre le Parlement, dans cette phase initiale, qu'après trois rejets du programme du Gouvernement par le Parlement.

Le poids du Président même prend, face à ces pouvoirs du Parlement une tournure plus relative. En cas de dissolution du Parlement ayant une majorité solide, de nouvelles élections auront lieu. Et si cette majorité est

³ Et qui joue actuellement, jouissant pratiquement de l'unanimité, un rôle de balance, de réalisation et de maintien de l'équilibre entre les différents pouvoirs.

reconduite, il y a peu de doutes que le Président de la République n'aura d'autre chose à faire que d'entrer en accord avec cette majorité et d'accepter ses décisions ou de renoncer au mandat⁴.

Ce rapport entre le Gouvernement et le Parlement ébauché, nous pouvons nous pencher sur la caractérisation du système de Gouvernement portugais, en ayant à l'esprit que les références à l'équilibre institutionnel que nous ferons se limiteront aux rapports entre le Parlement et le Gouvernement et aux rapports entre le Parlement et le Pouvoir Local et les Régions Autonomes.

Le système semi-présidentiel portugais s'appuie dans l'indépendance relative des deux élections, l'élection présidentielle et l'élection parlementaire, l'indication des candidats à la présidence opposée à l'indication des députés par les partis politiques, la différence temporelle des deux élections et le fait que l'élection, selon la méthode de la représentation proportionnelle, rend difficile l'obtention de la majorité absolue par un parti. Il faut toutefois noter ce phénomène inespéré d'une majorité absolue dans les deux derniers actes électoraux, qui ont permis une période de stabilité politique pendant les deux dernières périodes de mandat parlementaire, c'est-à-dire, pendant les huit dernières années.

Une autre question posée (1,b) est celle de l'influence réelle exercée par les membres du Parlement en ce qui concerne les actes législatifs.

L'article 115 de la Constitution prévoit l'ensemble d'actes normatifs. Comme tel, il est souvent considéré comme contenant les sources internes du Droit. D'après l'ensemble des dispositions législatives que nous allons mentionner, restent au Gouvernement les Décrets-loi et les règlements qui, ayant une portée normative, se situent aux confins de l'activité législative et de l'activité administrative.

Aux termes de l'article 164, le Parlement peut procéder à la révision de la Constitution, légiférer en toute matière sauf celles réservées par la Constitution au Gouvernement qui, comme compétence exclusive, se limitent à la législation d'organisation du Gouvernement (article 201, n° 2 de la Constitution), conférer au Gouvernement des autorisations législatives, concéder des amnisties et des pardons généraux, approuver les grandes options du plan et le budget, permettre au Gouvernement la contraction d'emprunts, approuver les conventions qui se rapportent à des matières de

⁴ Cf. Jorge Miranda. cit., page 425.

compétence réservée, les traités de participation du Portugal aux organisations internationales, les traités d'amitié, de paix et de défense, de rectification de frontières, ceux relatifs aux affaires militaires et tous ceux que le Gouvernement juge bon de lui soumettre, proposer le référendum, autoriser et confirmer la déclaration de l'Etat de siège et d'urgence, autoriser le Président de la République à déclarer la guerre et faire la paix.

L'article que nous venons de mentionner est relatif aux compétences du Parlement, l'article 167 définit les matières qui sont de la compétence exclusive, c'est-à-dire insusceptibles de partage avec le Gouvernement, du Parlement, l'article 168 prévoit la compétence non exclusive du Parlement, c'est-à-dire la compétence qui peut être partagée, moyennant une loi d'autorisation législative; faisant la confrontation entre les pouvoirs législatifs du Parlement et ceux du Gouvernement, il est clair que le Parlement possède effectivement l'ensemble du Pouvoir Législatif, même si ce pouvoir, par la concession d'autorisations législatives et par l'existence de matières non prévues qui peuvent aussi bien être exercées par le Gouvernement que par le Parlement, est quantitativement plus fréquemment exercé par le Gouvernement que par le Parlement.

Le Parlement partage avec le Gouvernement l'initiative du référendum et de la loi (article 170).

Enfin une influence décisive à nos yeux est celle contenue dans l'article 172 de la Constitution. Le Parlement a, en toutes circonstances et en toutes matières le contrôle des Décrets-loi élaborés par le Gouvernement. Même en des cas d'autorisation législative, le Parlement, sur demande de dix députés, peut suspendre l'efficacité d'un acte législatif du Gouvernement et légiférer de nouveau, le nouvel acte législatif révoquant l'antérieur.

La troisième question est relative à l'influence réelle exercée par les procédures parlementaires de contrôle sur l'activité du Gouvernement et de l'Administration (point I, alinéa c).

La compétence de fiscalisation est prévue dans l'article 165 de la Constitution, il s'agit du pouvoir de veiller à l'exécution de la Constitution et des lois, d'apprécier les actes du Gouvernement et de l'Administration. L'appréciation des Décrets-loi du Gouvernement va jusqu'à la ratification mentionnée à propos de la question précédente.

Le Parlement, toujours sur le plan de l'article 165 de la Constitution, apprécie les comptes de l'Etat avec l'avis de la Cour des Comptes et apprécie les rapports d'exécution annuels et finaux des plans.

Le Parlement peut nommer en son sein des commissions, spécialisées selon les affaires qu'elles auront à discuter, et des commissions éventuelles, celles-ci destinées justement à des enquêtes du Parlement à propos de n'importe quel sujet, sur l'action du Gouvernement, de l'Administration, centrale, déconcentrée (comprenant les entités publiques dotées de personnalité juridique), et décentralisée (pouvoir local), s'étendant jusqu'au contrôle des actes des Régions Autonomes. Les enquêtes du reste ne sont pas limitées à l'activité du Gouvernement ou de l'Administration, elles peuvent toucher n'importe quel thème, atteindre n'importe quelle entité.

Les sanctions concrètes résultantes de ces enquêtes ne sont parfois pas évidentes, mais si l'on pense à la ratification des Décrets-loi qui consiste en une véritable reprise d'un pouvoir législatif exercé par le Gouvernement, on se rend compte du poids que le Parlement peut posséder.

Les commissions reçoivent aussi les pétitions des citoyens exercées dans leur droit de pétition (article 181 n° 3, le n° 4 prévoit justement les commissions d'enquête).

La Commission Permanente du Parlement accompagne en temps normal (elle a d'autres compétences pour des situations d'exception) l'activité du Gouvernement et de l'Administration. Des conclusions quelle retire peut naître une commission éventuelle, chargée d'une enquête.

Finalement, les groupes parlementaires, différents des commissions en ce qu'ils sont formés dans les partis politiques alors que les commissions comprennent des personnes (députés) originaires de tous les partis politiques en fonction de leur représentativité dans le Parlement, ont de très nets pouvoirs de fiscalisation.

Entre autres pouvoirs, ils peuvent provoquer l'interpellation du Gouvernement, ce qui implique l'ouverture de deux débats en chaque session législative (correspondant à un an, le Parlement étant élu pour quatre ans), sur des thèmes de politique générale ou de secteur, demander la constitution de commissions parlementaires d'enquête, présenter des motions de rejet du programme du Gouvernement, présenter des motions de censure au Gouvernement, être informés régulièrement et directement par le Gouvernement sur le déroulement des principales affaires d'intérêt public (article 183).

Il y a donc un véritable contrôle qui comprend encore l'appréciation du programme du Gouvernement (article 195), le vote de confiance (arti-

cle 196), la motion de censure (article 197), l'échec du Gouvernement dans ces actes impliquant sa démission.

Enfin, il ne faut pas oublier le droit d'opposition des partis politiques (article 117) ni le droit d'information de l'opposition.

La Résolution du Parlement n° 13-A/88 porte le Règlement du Parlement, et spécifie les règles que nous venons de voir, relatives à l'organisation par le Parlement de son activité de contrôle, la loi n° 59/77, du 5 août porte le Statut du Droit d'Opposition.

La II^{de} partie du questionnaire est relative au poids politique concret du Parlement dans le système constitutionnel, au-delà des compétences qui lui sont propres, considéré dans son ensemble. Il nous semble qu'une référence générale à ce problème a été faite lors de la caractérisation du système de gouvernement du Portugal. Nous nous permettons de chercher à répondre aux questions en concret.

La première est celle du degré d'autonomie du Parlement dans l'évaluation des titres d'admission de ses membres.

Les députés sont indiqués par les partis politiques (article 154), aux termes de la loi électorale pour le Parlement (Loi n° 14/79, du 16 mai). Aux termes de la Constitution, le contrôle semble tenu: le fait de ne pas siéger au Parlement, de s'inscrire en un parti divers de celui pour lequel la candidature a eu lieu, de renoncer à la charge sont les motifs de perte du mandat par le député (article 163). Cependant, le Parlement procède à une vérification du mandat aux termes de l'article 2 du Règlement, le mandat pouvant être contesté par un autre député pourvu qu'il n'ait pas été l'objet d'une décision judiciaire ayant force de chose jugée.

La vérification du mandat se fait par avis de la Commission de Règlements et de Mandats, et consiste en l'appréciation de la régularité formelle du mandat ou des conditions d'éligibilité des députés, dont le mandat ait été contesté pour un fait qui n'ait pas fait l'objet d'une décision judiciaire avec force de chose jugée.

L'avis de la Commission des Mandats est discuté, et c'est pendant la discussion qu'a lieu la contestation du mandat du député.

Le député a le droit de défense.

Il y a ainsi, nous semble-t-il, une véritable vérification des titres d'admission au Parlement de ses membres par le Parlement lui-même.

A propos de l'alinéa b) de la seconde partie du questionnaire, nous dirons que l'unique compétence exclusive du Gouvernement touche, en termes législatifs, à sa propre organisation. Tout le reste est soit du domaine exclusif du Parlement, soit du domaine partagé moyennant autorisation législative, qui marque ici encore la suprématie du Parlement, soit de domaines non prévus dans lesquels, comme il arrive aussi pour les actes législatifs pratiqués moyennant autorisation, il peut y avoir ratification de l'acte du Gouvernement par le Parlement. Le contrôle législatif du Parlement est ainsi total. Est cela reste vrai même lorsque l'on pense que c'est le Gouvernement qui, par sa structure même (diriger l'Administration) produit le plus d'actes législatifs.

Il reste cependant au Gouvernement toute la compétence administrative et beaucoup d'actes administratifs sont normatifs. Le Parlement ayant un rôle essentiellement politique ne semble pas pouvoir intervenir dans ces domaines, si ce n'est par le retrait dans l'une des formes prévues, de l'acte législatif qui sert de base à l'acte d'exécution. Mais l'acte législatif peut être correctement formulé, et en conformité aux vœux du Parlement et il n'y a alors aucun moyen pour le Parlement de contrôler l'acte administratif de dimension normative. Il lui restera toujours le recours à la Cour Constitutionnelle si l'acte a véritablement une dimension normative, aux termes de l'article 281 n° 1 alinéa a) de la Constitution (article 281 n° 2, alinéas b et f).

Nous nous permettons d'inclure ici les réponses aux alinéas e, f, g, h, i, l, m, n et o de la II^{ème} partie du questionnaire.

L'alinéa e) de la seconde partie du questionnaire est relative à l'éventualité d'une délégation de pouvoirs du Parlement à des commissions parlementaires.

L'article 171 de la Constitution est relatif à la discussion et au vote des projets de loi des députés et des propositions de loi du Gouvernement.

Il y a lieu à une discussion du texte législatif dans la généralité en session plénière du Parlement et dans la spécialité (disposition par disposition) en commission spécialisée désignée à cet effet. Le vote se fait généralement pour les deux modalités en session plénière, mais le Parlement peut décider que la commission spécialisée votera le texte dans la spécialité. Cela toutefois, sans préjudice de la possibilité pour le Parlement de reprendre le texte et de le voter dans la spécialité, même si le vote dans la spécialité avait été confié à la commission.

Bien qu'il y ait ces limitations, et encore qu'il soit difficile d'affirmer la nature juridique de cette faculté du Parlement, il semble qu'il y a là un pouvoir de délégation du Parlement à la commission spécialisée, limité à l'approbation dans la spécialité du texte de l'acte législatif.

Certaines matières toutefois, considérées plus délicates par la Constitution, ne font jamais l'objet d'une discussion dans la spécialité par les commissions spécialisées. Ce sont les matières constantes des alinéas a à f, h, n et p de l'article 167, ainsi que celle de l'alinéa s du n° 1 de l'article 168⁵.

Cherchant à répondre à la question posée dans l'alinéa f du questionnaire, il faut faire référence au Règlement du Parlement, approuvé par la Résolution du Parlement n° 13-A/88, du 22 juillet. Aux termes de l'article 12, le président du Parlement dirige et coordonne le travail du Parlement et exerce des pouvoirs d'autorité sur tous les fonctionnaires et agents au service du Parlement.

Le président du Parlement substitue par intérim le Président de la République selon l'article 135 de la Constitution.

Quant au travail du Parlement, le président représente le Parlement et préside à la table, il fixe la date des sessions plénières et l'ordre du jour des sessions, il admet ou rejette les projets et les propositions de loi ou de résolution, selon leur régularité face au règlement. Il y a recours de cette décision au Parlement. Il soumet aux commissions compétentes le texte des projets ou des propositions de loi ainsi que ceux des traités, il veille à la constitution des commissions et à l'exécution des délais qui leur ont été assignés par le Parlement, il reçoit et adresse aux commissions compétentes les pétitions faites au Parlement, il propose des suspensions du fonctionnement effectif du Parlement, il préside à la Commission Permanente, il préside à la conférence des représentants des groupes parlementaires, il fait publier au Journal Officiel les résolutions du Parlement, aux termes de l'article 169 numéro 5 de la Constitution, il maintient l'ordre et la discipline, ainsi que la sécurité du Parlement, il apprécie la régularité des candidatures présentées par les députés à des charges électives, il annonce les résultats de l'élection et proclame les candidats élus (article 16 du Règlement).

⁵ Elections, référendum, Cour Constitutionnelle, défense nationale, état de siège et d'urgence, nationalité, crimes militaires, et pouvoir local.

Quant aux sessions plénières du Parlement, le président préside aux sessions, déclare leur ouverture, suspension et clôture, et en dirige les travaux, il donne la parole aux députés et aux membres du Gouvernement, il transmet au Parlement les messages, les informations, les explications et les invitations qui lui sont adressés, il ouvre la discussion et le vote des propositions et des requêtes admises (article 17).

Aux termes de l'article 18, le président juge la justification des absences des députés, reçoit les demandes de substitution temporaire, reçoit et rend publiques les renonciations au mandat, dirige la vérification des pouvoirs des députés, donne suite aux requêtes présentées par les députés.

Relativement aux Institutions représentatives du pouvoir, le président transmet au Président de la République les décrets du Parlement aux fins de leur promulgation et de leur publication ou du contrôle préventif de la constitutionnalité. Il transmet au Président de la République les traités approuvés par le Parlement, pour que le Président les ratifie. Il communique au Président de la République et au Gouvernement le résultat des votes relatifs aux motions de censure et de confiance au Gouvernement. Il fixe, en accord avec le Gouvernement, les sessions plénières auxquelles les membres du Gouvernement seront présents pour répondre aux questions des députés, il signe les documents expédiés au nom du Parlement, il dirige les missions de députés desquelles il fait partie (article 19).

Enfin, il se réunit avec les présidents des groupes parlementaires, à fin d'apprécier les affaires relatives au travail du Parlement, le Gouvernement pouvant intervenir pour des affaires qui ne soient pas exclusives du fonctionnement du Parlement (article 20).

Répondant à l'alinéa g) de la II^e partie du questionnaire, les groupes parlementaires, aux termes de l'article 183 de la Constitution, ont nommé le pouvoir, de provoquer des interpellations au Gouvernement, et l'ouverture de deux débats par session législative (les sessions législatives durent un an, le Parlement étant constitué pour quatre ans), sur des matières d'intérêt général ou d'un secteur (alinéa c) de l'article 183).

Ils peuvent encore demander la constitution de groupes parlementaires d'enquête (alinéa e), présenter des motions de rejet du programme du Gouvernement (alinéa g), présenter des motions de censure au Gouvernement (alinéa h), être informés, régulièrement et directement, par le Gouvernement, sur l'avancement des principales affaires d'intérêt public.

L'alinéa h) de la seconde partie du questionnaire est relative à l'existence d'un statut de l'opposition.

L'article 117 numéro 3 de la Constitution prévoit le droit d'opposition, la loi n° 59/77, du 5 août est relative au droit d'opposition démocratique des partis représentés au Parlement, ne participant pas au Gouvernement.

Est définie comme opposition toute l'activité démocratique de critique et de fiscalisation politique de l'action du Gouvernement et la formation d'alternatives constitutionnellement légitimes au Gouvernement (article 1 n° 2).

Les partis politiques ont le droit d'être informés directement par le Gouvernement, d'une façon régulière sur la marche des principales affaires d'intérêt public et d'informer le Président de la République et le Gouvernement de leurs points de vue sur ces sujets.

Aux termes de l'article 4, les partis politiques représentés dans le Parlement et qui ne font pas partie du Gouvernement ont le droit de se prononcer et d'intervenir publiquement par les moyens constitutionnels sur toute question d'intérêt public importante, ainsi que de participer à tout acte et activité officiels qui, par leur nature, justifient leur présence.

Les partis politiques doivent être consultés quant à la fixation de la date d'élections pour le pouvoir local, quant à l'orientation de la politique extérieure, de la Défense nationale, et des grandes options du plan, ainsi que du budget national.

Ils ont un droit de collaboration législative, le droit de déposer devant les commissions nommées hors du cadre parlementaire et qui ont pour mission l'élaboration de livres blancs ou d'enquêtes sur des affaires d'intérêt politique national.

Ils jouissent du droit d'antenne, qui consiste en la présentation de leurs points de vue au public sur toutes les questions, au moyen de la télévision et du droit de réplique politique, également en public.

Dans les Régions autonomes (Açores, Madeira), ils jouissent des mêmes droits face aux organes régionaux.

A propos du droit d'opposition démocratique, il faut mentionner la loi n.º 20/94, du 15 juin, qui régit l'accompagnement par le Parlement de l'intervention du Gouvernement dans les instances communautaires. La raison d'être de cette loi réside dans le fait que le Gouvernement est l'unique

instance nationale qui participe dans le processus législatif communautaire, exerçant souvent sur le plan communautaire des compétences qui appartiennent au Parlement et qui, du fait de l'intégration, valent au Portugal comme Droit interne.

Aux termes de l'article 2, n.º 1 de la loi, le Gouvernement transmet au Parlement les propositions qu'il soumettra au Conseil, notamment les projets d'accords et de conventions à conclure entre les Etats membres ou par la Communauté européenne dans le cadre de ses rapports extérieurs; les projets d'actes de droit dérivé, sauf ceux de gestion courante, les projets d'actes de droit complémentaire, notamment les décisions des représentants des Gouvernements des Etats membres réunis en Conseil; les projets d'actes de droit dérivé non obligatoires considérés importants pour le Portugal; les documents relatifs aux grandes lignes d'orientation économique et sociale, ainsi que les orientations sectorielles.

Le Gouvernement doit présenter en temps utile pour appréciation du Parlement les affaires et les positions à débattre dans les institutions européennes lorsque leur objet appartient à la réserve de compétence du Parlement.

Le Parlement apprécie les projets de législation et d'orientation des politiques et des actions de l'Union européenne. Il apprécie également la participation du Portugal dans le processus de construction de l'Union européenne et réalise à cet effet un débat avec la présence du Gouvernement lors de chaque présidence du Conseil européen.

Le Parlement évalue encore la programmation financière de la construction de l'Union européenne notamment en ce qui concerne les fonds structurels et le fond de cohésion, aux termes de la Loi d'Encadrement du Budget, des Grandes Options du Plan, du Plan de Développement Régional ou d'autres programmes nationaux où est prévu l'emploi de ces fonds.

Enfin, une Commission d'Affaires Européennes est créée au sein du Parlement qui prépare le dialogue entre le Parlement et le Gouvernement et le Parlement et les Institutions européennes sur les affaires européennes.

L'alinéa i) de la deuxième partie du questionnaire, est relative au contrôle des nominations des membres du Gouvernement par le Parlement. Les principaux partis entendus, le Président de la République désigne le Premier Ministre, cette désignation, bien qu'étant un acte du Président, est faite après consultation des partis en fonction des résultats électoraux. C'est donc le Parlement qui joue un rôle décisif dans cette nomination. Mais c'est

le Premier Ministre qui forme son Gouvernement. Même s'il subit l'influence de la majorité qui l'a conduit au pouvoir, cette influence n'a pas de poids juridique, en ce sens qu'il n'y a aucun mécanisme juridique qui permette au Parlement d'imposer telle ou telle nomination.

C'est seulement en cas de responsabilité criminelle d'un membre du Gouvernement que le Parlement intervient pour décider s'il y a lieu à la suspension du mandat de ce membre aux fins de continuation de la procédure (article 199).

L'alinéa l) de la seconde partie du questionnaire est relative au pouvoir du Parlement d'effectuer des enquêtes.

L'article 181 de la Constitution est relatif à la création de commissions, dans le numéro 4 sont prévues les commissions d'enquête, dans le numéro 5, l'extension de leurs pouvoirs qui, aux fins de l'enquête, correspondent à ceux des autorités judiciaires.

La loi n° 5/93 établit le régime juridique des enquêtes parlementaires. Les enquêtes parlementaires ont pour fonction la fiscalisation de l'exécution de la Constitution et des lois et l'appréciation des actes du Gouvernement et de l'Administration.

La responsabilité que les conclusions de ces enquêtes détermine est une responsabilité politique, qui doit encore être sanctionnée par le vote au sein du Parlement. Cette responsabilité a toutefois un point de communication avec la responsabilité juridique, dans la mesure où le résultat est transmis au Procureur Général de la République et, naturellement, si la loi impose, en fonction de la connaissance d'un fait, l'ouverture d'une procédure de nature publique impliquant la responsabilité en Droit, la connaissance de ce fait par le Procureur Général de la République déterminera l'engagement de cette procédure.

L'initiative des enquêtes parlementaires appartient aux députés en session plénière, ou à un cinquième des députés. La raison de ce régime est que, lorsque les députés interviennent en session plénière, ils le font sur l'impulsion d'un groupe parlementaire, d'une commission spécialisée, d'un dixième des députés ou du Gouvernement, ce qui élargit les champ de possibilités de réalisation d'une enquête parlementaire (article 2 de la même loi).

Les commissions d'enquête parlementaires jouissent des pouvoirs des autorités judiciaires dans la réalisation des investigations qui leur incombent.

Une question importante doit être mentionnée ici. C'est celle de la délimitation entre la fonction législative et le pouvoir judiciaire, qui peut se poser lors d'une enquête parlementaire. Nous avons connaissance à ce propos de l'arrêt de la Cour Constitutionnelle publié dans la II^{nde} série du Journal Officiel, du 12 mai 1994, dans l'affaire n° 195/94.

Le président de la Vème commission parlementaire d'enquête à l'accident de Camarate, du 4 décembre 1980⁶, a demandé au juge d'instruction criminelle la remise de rapports d'experts sur l'accident.

Le juge d'instruction criminelle a toutefois refusé la requête, par inconstitutionnalité alléguée de la loi n° 5/93 sur les enquêtes parlementaires.

Selon le juge, la Commission d'Enquête a pour objectif l'investigation d'un fait criminel et la découverte de ses responsables, usurpant de ce fait des "fonctions que l'ordre constitutionnel réserve aux tribunaux", ce qui impliquerait une offense au "principe de la séparation des pouvoirs entre les Institutions Souveraines".

Le juge a ainsi déclaré inconstitutionnelle la loi n° 5/93 et la résolution du Parlement instituant cette Commission Parlementaire d'Enquête.

Le Ministère Public a recouru à la Cour Constitutionnelle aux termes de la Constitution (article 280, n° 3). Le Procureur Général adjoint en fonction auprès de la Cour Constitutionnelle a repris la requête et formulé les conclusions suivantes:

la décision du Parlement ordonnant l'enquête est un acte politique insusceptible de permettre aux tribunaux le contrôle de la création de la Commission d'Enquête,

la loi n° 5/93, du 1er mars, qui permet que soient effectuées des enquêtes sur une procédure criminelle déjà close ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

⁶ Dans lequel, quelques jours avant la réalisation d'élections législative et présidentielle, le secrétaire général de l'une des principales formations politiques de l'époque et Premier Ministre d'alors, est mort. Vu la proximité de l'acte électoral, il y a eu suspicion de crime et des enquêtes ont été ouvertes. Des enquêtes judiciaires dans le cadre de l'investigation criminelle, d'une part, et des enquêtes parlementaires, d'autre part. Sans qu'aucune conclusion officielle ait été retirée de ces enquêtes, les enquêtes parlementaires ont continué jusqu'à l'actualité et c'est dans ce cadre qu'intervient la Vème Commission Parlementaire d'Enquête.

Selon la Cour Constitutionnelle, la Résolution du Parlement ordonnant l'enquête n'a aucune dimension normative, c'est donc un acte politique permettant l'enquête qui ne peut être syndiqué par la Cour Constitutionnelle.

Parvenue à cette conclusion, la Cour Constitutionnelle apprécie la loi n° 5/93, du 1er mars, dans ses articles 1, 5 et 13 dont l'inconstitutionnalité a été alléguée.

Selon ces articles, les enquêtes parlementaires ont pour fonction la fiscalisation du respect de la Constitution et l'appréciation des actes du Gouvernement et de l'Administration. Elles peuvent avoir pour objet toute matière d'intérêt public relevant pour l'exercice des attributions du Parlement.

Le Procureur Général de la République est informé de l'enquête et informe le Parlement de l'existence sur l'objet de l'enquête d'un procès pénal dont la phase d'instruction est terminée. Si cette information est positive, le Parlement ne peut pas enquêter, tant qu'il n'y a pas de décision judiciaire avec force de chose jugée.

Les commissions d'enquête, finalement, ont le droit d'être aidées par les organes de police criminelle et par les autorités administratives dans les mêmes termes que les tribunaux.

Les commissions d'enquête peuvent, sur requête de leurs membres, demander au Gouvernement et à l'Administration les informations jugées utiles à la réalisation de l'enquête.

La Cour Constitutionnelle a jugé que les dispositions attaquées de la loi n'enferment pas d'inconstitutionnalité. Le rapport des experts a été remis à la Commission parlementaire d'enquête (alinéa c) de la décision, concédant le recours et ordonnant la réformation de la décision du tribunal d'instruction criminelle, en ce qui concerne le refus de remettre le rapport des experts).

Il nous semble utile d'avancer un peu plus sur le régime des commissions parlementaires d'enquête. Selon la Cour Constitutionnelle, les commissions parlementaires d'enquête:

- a) peuvent avoir comme objet tout fait ou question d'intérêt public. Elles ne peuvent pas retomber sur des questions touchant des intérêts exclusivement privés, dépassant la compétence du Parlement, ou incluses dans la compétence exclusive d'autres organes constitutionnels.

b) elles jouissent des pouvoirs d'investigation propres des autorités judiciaires. De la conjugaison de cette règle constitutionnelle avec le principe de la réserve de la fonction juridictionnelle aux tribunaux, il résulte que, dans le domaine pénal, les tribunaux ont le monopole de l'application de la loi pénale, traduit par le jugement et la condamnation ou l'absolution pour la pratique de crimes; mais les tribunaux n'ont pas le monopole de l'investigation des faits qui révèlent un crime, ni le monopole du recueil des moyens de preuve correspondants, cette investigation et ce recueil pouvant revenir aux commissions parlementaires d'enquête.

c) les dispositions relatives aux droits, libertés et garanties sont, aux termes de l'article 18 de la Constitution, directement applicables et lient les entités publiques et privées. Les commissions parlementaires d'enquête doivent respecter ces droits.

Ainsi, elles ne peuvent ignorer que l'intégrité morale et physique des citoyens est inviolable (article 25 n° 1), qu'à tous les citoyens est reconnu le droit au bon nom, à la réputation et à la réserve de l'intimité de la vie privée et familiale (article 26 n° 1); que le domicile et le secret de la correspondance et des autres moyens de communication sont inviolables (article 34 n° 1); que dans les conclusions à publier ou des éléments susceptibles d'être consultés, il ne pourra y avoir de références susceptibles de porter offense à l'intégrité morale des personnes, notamment l'imputation de crimes, ayant en vue l'article 32, n° 2, selon lequel toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que la décision judiciaire condamnatrice ait force de chose jugée.

En plus de cela les pouvoirs des commissions d'enquête ont une limite dans les droits fondamentaux des citoyens qui, même en cas d'investigation pénale, ne peuvent être affectés sinon par décision judiciaire.

d) Du fait que l'article 181 n° 5 de la Constitution détermine l'attribution aux commissions parlementaires d'enquête de pouvoirs d'investigation propres des autorités judiciaires, ainsi que du fait de l'interdépendance entre les Institutions qui détiennent le pouvoir, fixé dans l'article 114 n° 1 de la Loi Fondamentale, il faut déduire que les commissions parlementaires d'enquête ont le droit, dans

l'exercice de leurs fonctions, à l'aide des autorités judiciaires et administratives dans les mêmes termes que les tribunaux.

- e) L'activité des commissions parlementaires d'enquête se situant sur le terrain exclusivement politique, en vue à habiliter l'institution maximale de représentation démocratique à adopter les mesures adéquates, dans le cadre de sa compétence politique ou législative, et les conclusions des commissions d'enquête ne liant pas les tribunaux, la Constitution n'interdit pas l'enquête dite "parallèle", c'est-à-dire la possibilité qu'un même fait ou situation soit simultanément l'objet d'une enquête parlementaire et d'un procès judiciaire. Le n° 2 de l'article 5 de la loi n° 5/93 établit, cependant une limite à l'admissibilité de l'"enquête" parallèle, déterminant qu'en cas d'existence d'une procédure criminelle sur l'objet de l'enquête parlementaire, la procédure criminelle étant arrivée au point de l'accusation publique, l'enquête doit être suspendue jusqu'au moment où la décision définitive ayant force de chose jugée ait été formulée.

L'alinéa m) du questionnaire, relatif au pouvoir de garantie du Parlement par rapport aux autres institutions constitutionnelles, pose, il nous semble, la question du rôle du Parlement dans le cadre de ce que nous avons désigné plus haut par équilibre institutionnel.

Ce pouvoir de garantie se traduit par un rôle du Parlement qui n'a de parallèle que dans le rôle de la Cour Constitutionnelle vis-à-vis de la constitutionnalité des actes normatifs.

Le Parlement, si l'on peut dire, est l'ultime instance de défense du système de Gouvernement institué, même si le Président de la République a des pouvoirs qui peuvent limiter son action, comme la dissolution. De cette dernière observation, il nous semble résulter que ce rôle de garantie est, malgré tout, partagé avec le Président de la République.

L'alinéa n) est relatif aux rapports entre Parlement, Cour Constitutionnelle et juges.

Il nous semble qu'une ébauche de ces rapports résulte déjà de la référence faite plus haut au rapport entre le pouvoir d'investigation du Parlement dans le cadre d'enquêtes parlementaires et sa non conflictualité avec le pouvoir de décision des juges en procédure criminelle, selon l'arrêt de la Cour Constitutionnelle mentionné.

Les Cours sont indépendantes, aux termes de l'article 206 de la Constitution.

Toutefois, la nomination, le placement, le transfert et la promotion des juges des tribunaux judiciaires et l'exercice de l'action disciplinaire appartiennent au Conseil Supérieur de la Magistrature (article 219 n° 1) et quelques membres en sont désignés par le Parlement (article 220, article 166, alinéa i).

Il en est de même pour le Ministère Public. Aux termes de l'article 222 n° 2 de la Constitution, l'Office du Procureur Général de la République comprend le Conseil Supérieur du Ministère Public qui inclu des membres désignés par le Parlement (article 166 alinéa h).

Quant à l'alinéa o) du questionnaire, il nous semble qu'il découle de la réponse à l'alinéa l) que le Parlement peut se secourir des autorités judiciaires pour réaliser sa fonction d'inspection et de garantie.

Ces questions traitées dans la mesure du possible, nous pouvons passer à l'analyse des rapports entre le Parlement et l'ordre international, puis à la seconde partie de notre exposé relative aux rapports entre le Pouvoir Local et le Parlement.

Une question a été posée dans le questionnaire, celle des rapports entre le Parlement et l'ordre international. On a l'habitude de penser aux rapports entre l'ordre international et l'ordre interne, ici il s'agit de l'intervention du Parlement vis-à-vis du Droit international. La question consiste à savoir quel est le rapport entre la fonction législative du Parlement et la fonction des sujets de Droit international (à commencer, pour ce qui concerne les pays européens, par les fonctions normatives de la Communauté européenne)⁷.

Le Portugal est souverain, et est un véritable Etat en ce qui touche à la compétence des compétences, ou la capacité originaire d'auto-organisation et de plein accès aux rapports de Droit entre les divers sujets du Droit international, en pied d'égalité.

C'est au Parlement, en tant qu'Assemblée Constituante qu'est revenu le rôle de définir la position souveraine du Portugal par rapport aux autres

⁷ De toute façon ce problème est abordé également à propos du droit d'opposition et du droit du Parlement d'accompagner le travail du Gouvernement dans le cadre des instances communautaires.

sujets de Droit International. C'est une expression forte de la compétence des compétences qui met entre les mains du Parlement, originairement, la définition de la position internationale. Mais une fois que la Constitution est formulée, le rôle du Parlement semble s'arrêter là.

Mais dans le cas extrême des rapports internationaux, il revient encore au Parlement d'autoriser la guerre que déclare le Président de la République. Le Parlement a, donc, encore maintenant un rôle à jouer.

Mais l'ordre portugais s'inscrit dans l'ordre international et le Portugal est un pays souverain, certes, et démocratique, en tant que tel il reçoit dans son ordre interne le Droit international qui s'occupe des Droits de l'Homme. Les Droits Fondamentaux doivent être interprétés en accord avec la Déclaration Universelle des Droits de L'Homme, ce qui donne à l'idée de Nation un sens plus que positif, d'identité culturelle et d'affinité de sentiments d'un peuple. Le Parlement, donc, comme toute Institution Souveraine, agissant législativement en matière de Droits Fondamentaux, doit le faire en accord avec les règles et les principes du Droit international (Constitution, article 16).

Le Parlement a également un rôle à jouer dans la réception du Droit international. Cette réception n'est pas une réception au sens de rapports dualistes entre le Droit international et l'ordre national, comme ordres étanches, mais il y a la nécessité, pour qu'un accord international entre en vigueur dans l'ordre interne, de sa signature par le Gouvernement, de son approbation par le Parlement et de sa ratification par le Président de la République⁸.

A ce propos, l'article 8 de la Constitution affirme dans son n° 1 que "Les normes et les principes de Droit international sont part intégrante du Droit portugais", nous avons eu l'occasion d'en voir un exemple à propos de l'article 16.

Dans son n° 2, que "Les normes constantes de Conventions Internationales régulièrement ratifiées ou approuvées ont pleine vigueur dans l'ordre interne après leur publication officielle et tant qu'elles lieront

⁸ "Il est extrêmement difficile (...) de contester que le Droit constitutionnel portugais consacre le monisme avec primauté du Droit international - et il consacre le procès technique qui s'adapte le mieux à ce principe, celui de la réception générale pleine des normes internationales - c'est-à-dire la vigueur automatique des normes internationales (...) dans l'ordre interne, pourvu qu'elles lient l'Etat dans l'ordre international". Jorge Miranda, cit., pages 297, 298.

internationalement l'Etat portugais." C'est ici que se situe le besoin d'approbation des traités par le Parlement, cette approbation leur conférant force de loi, c'est-à-dire, applicabilité directe au sens du Droit international. C'est ainsi que les Traités et les actes de Droit originaire (par opposition à dérivé) communautaire ont une applicabilité directe au Portugal, faisant partie intégrante de l'ordre juridique.

Une question communément posée dans les rapports entre le Droit communautaire et le Droit national, qui n'a été l'objet d'aucun jugement au Portugal, est celle de savoir si la primauté du Droit communautaire, affirmée par l'article 8 de la Constitution par la concession d'applicabilité directe au Droit originaire, vaut aussi pour le Droit constitutionnel. La question est connue, il y a eu des arrêts célèbres sur cette question rendus par la Cour de Justice de la Communauté Européenne, et par les Cours Constitutionnelles allemande et italienne, ces hautes Cours étant arrivées à un compromis vers la fin des années 80.

Le Traité d'Union européenne affirme la primauté du Droit communautaire sur les Constitutions nationales, mais dans l'aire des conflits, c'est-à-dire, en ce qui concerne les Droits Fondamentaux, il affirme le recul des normes communautaires contraires à un Droit Fondamental reconnu dans une Constitution nationale.

Le Portugal a pour position traditionnelle que les Traités ont une force supra-législative mais infra constitutionnelle. La question finira certainement par être tranchée ne serait-ce que par une décision judiciaire de compromis, à l'image des Cours Constitutionnelles allemande et italienne.

Le n° 3 de l'article 8 prévoit l'applicabilité directe du Droit dérivé communautaire. C'est le domaine de la plus grande production législative communautaire, le domaine où les organes de la Communauté apparaissent comme législateurs sur un pied d'égalité avec le Parlement, aux termes de l'article 8 de la Constitution. Et c'est le domaine le plus sensible parce que, dans une structure sui-generis d'équilibre institutionnel indiscutablement démocratique⁹, c'est le Conseil de Ministres, composé de représentants des

⁹ Les références au quadripartisme institutionnel de la Communauté sont anciennes et connues. La conclusion de la démocratie de la Communauté est pacifique, cette question toutefois émergeant souvent et en des circonstances qui se répètent, servant l'élargissement des pouvoirs du Parlement européen, qui n'est pas le pouvoir législatif, et le contrôle, dont la légitimité est indiscutable des actes des autres institutions communautaires, notamment du Conseil de Ministres, qui détient le pouvoir législatif dans la Communauté.

Gouvernements nationaux qui détient le pouvoir législatif, pouvoir exercé par les ministres nationaux, souvent dans des aires de compétences des Parlements nationaux.

L'unique moyen de contrôle est alors la production d'une loi interne par le Parlement qui lui permette de contrôler l'activité du Gouvernement dans les instances communautaires. Ceci a été fait en 1988, avec l'adoption de la loi n° 111/88, du 15 décembre, puis avec la loi n.º 20/94, du 15 juin, à laquelle nous nous sommes rapportés à propos du droit d'opposition.

Le Portugal ne se manifeste pas encore, et peut-être ne le fera-t-il jamais, contre cette situation, malgré quelques voix et un sentiment populaire, souvent de perplexité, face aux réglementations communautaires. Les deux principaux partis portugais ont de fortes convictions européennes et se sont même mis d'accord, en 1992, pour qu'il n'y ait pas lieu à un référendum relatif à l'approbation du Traité d'Union européenne.

Il nous semble donc avoir répondu à la question ...

Régions autonomes, pouvoir local et décentralisation

La démocratie décentralisée est celle qui reconnaît des entités de base territoriale et de population plus petites que l'Etat. Cette démocratie comprend les Régions autonomes, selon le Droit constitutionnel portugais, et le pouvoir local. Elle consiste à associer les populations dans une aire déterminée à la conduite des affaires qui les concernent, tout en les faisant participer par les mécanismes représentatifs traditionnels à la vie de l'ensemble de la population, corporisée par l'activité du Parlement, du Gouvernement et du Président de la République.

C'est à ce niveau que se pose l'articulation entre le Parlement et le Pouvoir Local.

Avant d'aborder les rapports concrets entre ces niveaux de décision, il faut peut-être expliquer la justification du phénomène.

L'égalité sociale comprend l'égalité régionale, c'est-à-dire, l'égalité effective entre les citoyens, indépendamment de la région et du lieu de résidence. Ceci exige l'élimination ou l'atténuation des distorsions principales entre les différentes régions du pays, la valorisation de leurs ressources et de leur potentiel propre, la rénovation équilibrée de toutes les régions sans perte des caractéristiques de chacune, l'effort dans ce sens

venu de l'intérieur et non du dehors, la création d'identiques chances pour tous¹⁰.

La Constitution est favorable à l'autonomie, elle la proclame dans l'article 6, dans l'article 227 (Régions Autonomes), le régime politique et administratif propre des archipels des Açores et de Madeira se fondant sur leurs caractéristiques géographiques, économiques, sociales et culturelles et sur les aspirations autonomistes des populations insulaires. L'autonomie des régions vise la participation démocratique des citoyens, le développement économique et social et la promotion et la défense des intérêts régionaux, ainsi que le renforcement de l'unité nationale et des liens de solidarité entre tous les portugais.

Dans l'article 237 est proclamée l'autonomie du Pouvoir Local, réparti entre districts, municipalités et "freguesias" (plus petite unité du pouvoir local)¹¹. Le principe de l'autonomie locale est réaffirmé dans l'article 239, qui dispose que les attributions des organes du Pouvoir Local sont établies par la loi, en accord avec le principe de la décentralisation administrative.

L'Etat portugais est cependant unitaire, réussissant à combiner l'unité avec la décentralisation, d'ailleurs traditionnelle.

Les pouvoirs propres de l'autonomie sont, pour les Régions Autonomes, de légiférer, dans le cadre de la Constitution et des lois générales de la République en des matières d'intérêt spécifique pour les Régions, non réservées à la compétence propre des Institutions Souveraines, d'élaborer le plan économique régional, d'exécuter au moyen de règlements la législation régionale et les lois générales produites par les Institutions Souveraines, exercer un pouvoir exécutif propre, ce qui a pour conséquence la soustraction de l'administration régionale à la direction du Gouvernement central, exercer un pouvoir d'orientation et de tutelle sur le Pouvoir Local à l'intérieur des archipels, fiscaliser l'action des services, des instituts publics et des entreprises publiques qui exercent leur activité uniquement dans la Région, disposer de recettes propres sans pouvoir de créer des impôts, administrer et disposer de leur patrimoine.

Elles ont des pouvoirs de participation en des fonctions et des actes de l'Etat.

¹⁰ Cf. Jorge Miranda, cit., page 436.

¹¹ Le mot "freguesia" vient de l'expression latine "fili de l'Eglise", elle a désigné progressivement cette petite unité du pouvoir local par le fait que les fidèles se groupaient, pour vivre, dans les lieux où existait au moins une chapelle.

Tout d'abord elles peuvent intervenir dans l'élaboration des statuts politiques et administratifs qui les concernent, ayant quant à eux la possibilité d'en prendre l'initiative, et le pouvoir d'émettre un avis, au cas où le Parlement rejette la proposition ou lui introduise des altérations.

Le statut n'est pas une constitution, la région n'étant pas un Etat. Il assume la forme d'une loi ordinaire qui s'impose aussi bien aux lois régionales, qu'aux lois générales de la République.

Elles peuvent encore exercer l'initiative législative sur des matières relatives aux Régions devant le Parlement, pourvu qu'il s'agisse de matières régionales et non nationales, et de lois ordinaires et non de lois de révision constitutionnelle, dont l'initiative revient aux députés.

Elles participent dans l'élaboration du plan, dans la définition et l'exécution de la politique fiscale, monétaire, financière et des changes, en sorte à assurer le contrôle régional des moyens de paiement en circulation et le financement des investissements nécessaires à leur développement économique et social.

Elles participent dans les négociations des traités qui les concernent directement, ainsi que dans les bénéfices qui en résultent pour elles.

Elles sont entendues par le Gouvernement et le Parlement quant aux questions, relatives à la compétence de ceux-ci, qui concernent les Régions Autonomes.

Elles ont des pouvoirs de garantie¹², qui consistent au recours à la Cour Constitutionnelle, en termes de fiscalisation successive abstraite de la constitutionnalité d'une norme qui viole les droits des Régions autonomes, leur statut, ou une loi générale de la République (article 281 de la Constitution).

Les organes de gouvernement des Régions Autonomes sont le Gouvernement régional et le Parlement régional désigné par Assemblée Législative Régionale. Ils dirigent l'activité législative et politique de la Région, le Gouvernement régional étant responsable devant l'Assemblée Législative Régionale.

Le contrôle du pouvoir local dans les Régions se fait, aux termes de la Constitution, par le Ministre de la République pour chaque Région. Le Ministre de la République peut susciter la question de la constitutionnalité d'un acte législatif régional, il doit signer et faire publier les actes législatifs qui lui sont présentés et peut, quant à ces actes, exercer le droit

¹² Cette expression est employée par le Professeur Jorge Miranda, cit., page 445.

de veto, s'opposant ainsi à l'entrée en vigueur d'un acte législatif. Cet acte législatif doit cependant être signé et publié si l'Assemblée Législative Régionale le confirme par la majorité absolue de ses membres. Ce régime est contenu dans l'article 235 de la Constitution.

C'est maintenant que se pose la question de savoir quels sont les rapports entre le Parlement et les Régions autonomes quant à la production d'actes législatifs¹³.

Le Parlement peut produire une loi d'intérêt national qui ne se destine pas spécifiquement à la Région autonome. C'est une loi générale de la République à laquelle la Région autonome doit se soumettre. Il a le pouvoir général, sur initiative d'un groupe parlementaire, par exemple, de soumettre l'activité d'une Région sur un point spécifique à une enquête parlementaire, il peut proposer la dissolution d'une Région autonome et émettre un avis sur cette dissolution, qui est faite par le Président de la République. Enfin, puisque l'autonomie n'est pas plus qu'autonomie, l'élaboration du statut des Régions autonomes revient au Parlement.

Ceci répond, nous semble-t-il, également, à l'alinéa p) de la seconde partie du questionnaire.

Pouvoir local

Parti de l'alinéa d) du questionnaire, arrivé à l'alinéa p) du questionnaire, ce fragment de l'exposé - et la réponse aux questions, resterait incomplet s'il n'était pas fait mention du Pouvoir Local, non inclus dans les Régions Autonomes.

Aux termes de la Constitution, l'organisation démocratique de l'Etat comprend l'existence du Pouvoir Local. Celui-ci est composé de personnes morales de base territoriale, dotées d'organes représentatifs, qui ont pour but la satisfaction d'intérêts propres des populations qu'ils incluent.

Selon l'article 238 de la Constitution, il existe trois sortes de personnes morales représentatives du Pouvoir Local. Les "Freguesias", qui correspondent à l'unité territoriale la plus petite, les Municipalités (qui correspondent aux Communes en France) et les Régions Administratives, prévues dans le texte constitutionnel mais non encore créées. A leur place

¹³ Alinéa d) du questionnaire.

existent les Districts, qui sont les unités les plus grandes du Pouvoir Local et simultanément les lieux d'arrivée du Pouvoir Central, représenté dans les Districts par le Gouverneur Civil.

C'est le Parlement qui définit les compétences du Pouvoir Local, selon le principe de la décentralisation administrative qui, s'il exprime l'indépendance du Pouvoir Local, signifie également une forte unité nationale.

Le Parlement joue donc ici un rôle très important, puisque c'est lui qui pose les règles qui régiront le Pouvoir Local et ses rapports avec lui. Mais hormis la Région Administrative, qui participe à l'élaboration du Plan et peut avoir un contact, bien que limité, avec le Parlement, les autres entités du Pouvoir Local n'ont que des pouvoirs d'ordre administratif, et bien que leur conduite puisse être syndiquée sur tout motif par une enquête parlementaire, ces entités sont soumises à la tutelle du Pouvoir Central, du Gouvernement¹⁴.

Démocratie participative

La démocratie ne s'épuise pas dans la participation politique des citoyens à la formation des organes qui détiennent le pouvoir que ce soit par l'élection du Président de la République, ou par l'élection du Parlement et la désignation du Gouvernement qui en résulte. Elle comprend aussi, comme l'existence du Pouvoir Local le suggère¹⁵, une participation à forme multiple dans la vie politique.

Le droit de pétition adressé à toute instance d'exercice de pouvoir, ou de contrôle du pouvoir, depuis le Médiateur, au Parlement et aux organes de l'Administration, le droit d'action populaire en cas d'Habeas Corpus¹⁶,

¹⁴ Les entités qui représentent le Pouvoir Local n'ont pas d'intervention législative, bien qu'elles puissent entrer en contact avec le Parlement par une enquête parlementaire ou par une pétition adressée par elles au Parlement. Leurs attributions sont définies dans la loi n° 79/77, du 25 octobre, nommément dans l'article 2: les entités du Pouvoir Local administrent leurs biens propres et ceux qui sont placés sous leur juridiction, elles ont une compétence de promotion et d'amélioration des conditions de vie dans leur aire, de fournissement de biens publics dont l'administration leur soit confiée, de culture et d'assistance, et de salubrité publique.

¹⁵ Mais non limitée au Pouvoir Local.

¹⁶ La pétition d'habeas corpus est destinée à éviter que quelqu'un soit détenu sans décision judiciaire. L'action populaire intervient dans la mesure où la légitimité pour cette pétition n'appartient pas seulement au détenu, mais à toute personne, selon le n° 2 de l'article 31 de la Constitution.

le droit d'action populaire en cas, notamment de crimes contre l'environnement (article 52, n° 3 de la Constitution, qui par sa formulation ne semble pas dépendre de la loi qui réglera cette action populaire), le droit à la participation à la vie publique dans ses niveaux divers et le droit à l'information sur toute matière par l'Administration, en sont des exemples.

Selon Jorge Miranda¹⁷, ces droits ont une véritable nature de droits politiques, mais ils ne font pas partie d'un droit générique de participation, parce qu'ils sont limités, ne définissant pas le "status activae civilis".

Le sens de ces droits est alors celui de s'intégrer dans la démocratie représentative, qui est l'essence de la démocratie portugaise, sans qu'il y ait de contradiction entre la participation et la démocratie représentative. Leur rôle est d'affirmer l'authenticité de la démocratie. Selon les mots de Jorge Miranda, l'Etat ne se dissout pas dans la société, ce qui existe est une meilleure communication entre l'Etat et la société.

Etat de Droit

L'organisation du pouvoir politique et l'ordre constitutionnel doivent être orientés vers la protection des Droits Fondamentaux. La compatibilité entre l'invocation par les particuliers, de leurs droits subjectifs et l'ordre objectif posé par La Constitution constitue l'Etat de Droit¹⁸.

L'expression Etat de Droit n'équivaut pas seulement à l'idée d'Etat sujet au Droit, mais essentiellement à celle d'Etat qui agit selon des procédés juridiques définis par des institutions différentes, selon un principe de séparation de pouvoirs.

Encore selon Jorge Miranda, il y a Etat de Droit quand les conditions suivantes sont remplies¹⁹:

Il existe une définition rigoureuse des droits à la vie, à l'intégrité personnelle, à la liberté physique, à la sécurité des personnes et à la liberté de pensée (articles 24, 25, 27 et 37 de la Constitution);

La pluralité des institutions de gouvernement, indépendantes ou interdépendantes, ayant des fonctions distinctes, le Parlement jouissant de

¹⁷ Op. cit., page 463.

¹⁸ Cf. Jorge Miranda, cit., page 473.

¹⁹ Op. cit., page 476.

la primauté dans l'exercice de la fonction législative (séparation et interdépendance, article 114 de la Constitution);

La réserve de la fonction judiciaire aux tribunaux, indépendants, des garanties d'indépendance des juges étant prévues (article 206 de la Constitution);

Le principe de la constitutionnalité, avec un contrôle, de préférence judiciaire, de la conformité des lois avec la Constitution (article 277 de la Constitution);

Le principe de la légalité de l'Administration, avec la possibilité d'annulation contentieuse des règlements et actes administratifs illégaux, et l'exécution des décisions judiciaires d'annulation (article 266);

La responsabilité de l'Etat pour le préjudice causé par ses organes et agents (article 271).

Conclusions

Dans nos conclusions, nous pensons être en mesure de donner une réponse synthétique aux questions formulées.

A. a) C'est au Parlement que revient la désignation du Gouvernement, nommé par le Président de la République quant au Premier Ministre, après audition du Parlement. Ce pouvoir matériel du Parlement ne signifie toutefois pas qu'il puisse aller au point de contrôler les nominations des membres du Gouvernement, mais assurément que le Gouvernement est issu de la ou des, formations politiques en majorité au Parlement.

b) Il y a une importance réelle du Parlement qui détient le monopole du pouvoir législatif. Le Gouvernement n'a de compétence exclusive que quant à sa propre organisation, le reste de son intervention se situant dans une aire non réservée, mais dans laquelle le Parlement peut toujours intervenir, et dans le domaine des autorisations législatives concédées par le Parlement. L'institut de la ratification des Décrets-loi permet au Parlement d'exercer un contrôle de la production normative du Gouvernement et confirme l'affirmation faite quant au monopole de la production législative par le premier de ces organes.

- c) Les procédures parlementaires de contrôle existent et peuvent s'exercer sur tout domaine, revêtant plusieurs formes, depuis les interpellations du Gouvernement dans le Parlement jusqu'à la motion de censure, sans oublier les enquêtes parlementaires.
 - d) Le vote de confiance du Parlement a un rôle politique. Il est concédé à un Gouvernement sans appui majoritaire, il peut conduire à sa démission en cas de non concession.
- B. Le Parlement a un poids politique spécifique dans le système de Gouvernement qui, par la présence du Président de la République dans l'effectivité de la responsabilité du Gouvernement, assume une dimension de semi-présidentialisme.
- a) Le Parlement procède à la vérification des mandats des députés qui peuvent, nommément, être contestés par d'autres députés. Il contrôle, donc, les titres d'admission de ses membres.
 - b) La compétence exclusive du Gouvernement est limitée à sa propre organisation. Exécutif, il a toutefois un rôle important dans la production normative. Non seulement par la direction de l'Administration, qui peut produire des actes administratifs à contenu normatif, mais surtout parce que, numériquement, c'est l'organe qui produit le plus grand nombre d'actes législatifs. Ceci n'empêche pas le Parlement de contrôler la production législative du Gouvernement par les moyens dont il dispose, dont les principaux ont été mentionnés.
 - c) Les rapports entre le Parlement et les sujets de Droit international, en particulier les institutions communautaires, se font dans le cadre de la position du Droit international dans l'ordre interne: monisme avec primauté du Droit international, celui-ci étant toutefois soumis à la Constitution. Cette affirmation n'est pas incontestable. Les institutions communautaires affirment la primauté jusque sur la Constitution, question qui se résout par une entente sur le plan pratique entre les Cours Constitutionnelles nationales et la Cour de Justice de la Communauté européenne, ainsi que par l'affirmation, faite dans le Traité d'Union, de la primauté du Droit Fondamental inclus dans la Constitution nationale. Dans ce cadre, le processus

de décision communautaire, sans être non démocratique, accentue le rôle des Gouvernements, parfois au détriment des compétences des Parlements nationaux sur le plan interne. Pour y remédier le plus possible, une loi a été adoptée qui permet au Parlement le contrôle du Gouvernement dans son action communautaire.

- d) Les Régions Autonomes sont soumises à un contrôle du Parlement qui peut aller jusqu'à la dissolution des organes de gouvernement de ces Régions, le gouvernement régional et l'assemblée régionale.

Les entités représentatives du Pouvoir Local, en leur qualité d'Administration décentralisée, sont sujettes à la tutelle du Gouvernement, des mécanismes spécifiques d'intervention du Parlement n'étant pas prévus.

- e) La délégation de pouvoirs du Parlement, encore que l'emploi de ce qualificatif soit peut-être incorrect, en des commissions parlementaires spécialisées est possible quant au vote d'un texte législatif dans la spécialité. Mais cette délégation n'est pas absolue, le Parlement pouvant, en session plénière, à tout moment, reprendre le texte et le voter.
- f) Le rôle du président du Parlement est de substituer par intérim le Président de la République, de diriger les travaux du Parlement et de promouvoir les contacts du Parlement avec d'autres Institutions.
- g) Le rôle des groupes parlementaires est de produire des interpellations au Gouvernement, qui déterminent l'ouverture de deux débats par session législative, de proposer la constitution de commissions parlementaires d'enquête, de présenter des motions de rejet du programme du Gouvernement ainsi que des motions de censure, et de demander des informations au Gouvernement sur toute matière d'intérêt.
- h) Il existe au Portugal une loi prévoyant le droit d'opposition démocratique. De cette sorte, il y a un véritable statut de l'opposition. Cette loi est complétée par la loi sur l'accompagnement, par le Parlement, de l'activité du Gouvernement dans les instances communautaires, encore que cette dernière loi ne se destine pas exclusivement à l'opposition.

- i) Il n'y a aucun mécanisme juridique qui permette au Parlement d'imposer au Gouvernement telle ou telle nomination de l'un de ses membres. L'Administration est dirigée par le Gouvernement et il semble que, hormis les pouvoirs de contrôle que possède le Parlement, notamment sur l'action du Gouvernement (motions de confiance, motions de censure, interpellations, enquêtes parlementaires) et qui s'étendent aussi à celle-ci, le Parlement ne peut contrôler les nominations aux charges de l'Administration.
- l) Les enquêtes parlementaires sont possibles sur tous les domaines, sauf celui de la procédure pénale en cours après accusation publique et elles ont pour limites le respect des Droits Fondamentaux.
- m) Le rôle de garantie du Parlement, dans le sens de défendre la légalité démocratique et le bon fonctionnement des institutions, est partagé sur le plan politique, avec le Président de la République. Le contrôle normatif est exercé par la Cour Constitutionnelle.
- n) Le Parlement a un contact avec les institutions judiciaires. Il peut susciter la question de la constitutionnalité d'une norme à la Cour Constitutionnelle, quelques membres de celle-ci sont désignés par le Parlement. Le Parlement a également une influence dans la nomination d'une petite partie des membres des organes de contrôle de la Magistrature du Siège et du Parquet (sept membres sur seize dans le cas de la magistrature du Siège, et cinq membres dans le cas de la magistrature du Parquet).
Les actes internes du Parlement ne sont pas syndicables en des termes autres que ceux du Règlement du Parlement. Ne produisant pas d'effets sur des tiers (les actes relatifs aux fonctionnaires sont naturellement syndicables en tant qu'actes administratifs, les actes à dimension politique peuvent être contestés par les députés, mais n'ont pas de projection extérieure), ils ne sont pas syndicables "de l'extérieur".
- o) Le Parlement jouit des pouvoirs des autorités judiciaires dans la réalisation d'enquêtes.
- p) Le Parlement a le pouvoir de dissoudre les organes de gouvernement des Régions Autonomes, la tutelle du pouvoir local revenant au Gouvernement.

MIGUEL ALMEIDA ANDRADE
*Membre du Bureau de Documentation
et Droit Comparé*

IV. C. 2.
LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

I. L'article 41 de la Constitution

1. La liberté de religion est consacrée dans la Constitution portugaise, à son article 41, sous l'épigraphe «liberté de conscience, de religion et de culte». Sont ainsi mentionnés trois droits distincts, bien qu'intimement liés: la liberté de culte présuppose la liberté de religion, qui à son tour présuppose la liberté de conscience.

La liberté de conscience se situe, évidemment, dans un domaine qui dépasse le phénomène religieux. Elle implique la liberté de chacun de se déterminer conformément à son propre cadre de valeurs morales, éthiques ou philosophiques, qui pourront être dépourvues de toute connotation religieuse.

Une des concrétisations de la liberté de conscience est la liberté de religion, autrement dit, la liberté qu'a toute personne «d'adopter ou ne pas adopter une religion, de choisir une religion donnée, de faire du prosélytisme dans l'un ou l'autre sens, de ne pas être défavorisée en raison d'une position ou attitude religieuse ou antireligieuse»¹.

A tous est reconnu, également, le droit de professer et de pratiquer la religion de leur choix. La liberté de culte consiste, précisément, dans le droit qu'ont les croyants, individuellement ou collectivement, d'accomplir les actes de vénération extérieure propres à leur religion, c'est-à-dire, ceux qui s'extériorisent, ne se limitant pas au domaine privé de chacun.

L'importance que le législateur constitutionnel accorde à la liberté de conscience, de religion et de culte trouve son expression dans le fait que

¹ Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 423/87, publié au *Diário da República*, I série, n° 273, du 26 novembre 1987.

cette liberté est considérée inviolable (article 41, par. 1) et que la liberté de conscience et de religion ne peut pas faire l'objet de suspension par la déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence (article 19, par. 6 de la Constitution).

2. L'article 41, par. 2 affirme que nul ne peut être poursuivi, privé de ses droits ou exempté d'obligations ou de devoirs civiques en raison de ses convictions ou pratiques religieuses. Il s'agit là d'une concrétisation du principe de l'égalité, qui est l'un des principes de base du système juridico-constitutionnel, se trouvant défini d'une manière globale dans l'article 13. Etant reconnue à tous la même dignité sociale, la Constitution détermine que nul ne peut être privilégié, bénéficié, défavorisé, privé d'un droit ou exempté d'un devoir en raison de son ascendance, de son sexe, de sa race, de sa langue, de son lieu d'origine, de sa religion, de ses convictions politiques ou idéologiques, de son instruction, de sa situation économique ou de sa condition sociale (article 13, par. 2).

Il existe toutefois une exception au principe selon lequel les convictions ou pratiques religieuses ne peuvent justifier le non accomplissement de devoirs juridiques ou civiques. Il s'agit de l'objection de conscience, prévue à l'article 41, par. 6.

Différemment de la première version de ce précepte, aujourd'hui l'objection de conscience ne se borne plus au domaine militaire. Il est donc possible, par exemple, pour un médecin de refuser de faire un avortement, du moment qu'il ne l'accepte pas. C'est pourtant dans le domaine des devoirs militaires que l'objection de conscience continue d'avoir une pertinence assez particulière, tout au moins eu égard à la fréquence de son invocation.

La Loi 7/92 considère comme objecteurs de conscience les citoyens qui, pour des motifs d'ordre religieux, moral, humanistique ou philosophique, croient qu'ils ne peuvent légitimement utiliser de moyens violents, quelle que soit leur nature, contre leur prochain, quoique ceux-là visent la défense nationale, collective ou personnelle. Celui qui se trouve dans cette situation jouit du droit d'être exempté du service militaire, soit en temps de paix, soit en temps de guerre.

Le processus d'acquisition du statut d'objecteur de conscience est de nature administrative, débutant par une déclaration d'objection de conscience déposée en tout temps par l'intéressé; cette déclaration doit contenir un

exposé des motifs d'ordre religieux, moral, humanistique ou philosophique étayant l'objection, ainsi que la référence à des comportements de l'intéressé démontrant sa cohérence face aux motifs invoqués. Il faut que la déclaration soit accompagnée, entre autres, de déclarations émises par trois citoyens jouissant pleinement de leurs droits civils et politiques, apportant une confirmation des comportements susmentionnés.

La reconnaissance du statut d'objecteur de conscience, qui appartient à la Commission Nationale d'Objection de Conscience, ne peut être refusée que lorsque la déclaration contient de fausses données ou dans le cas des incapacités prévues par la loi. Cependant, la reconnaissance de ce statut ne peut pas être niée sans que l'intéressé ait eu l'opportunité d'être entendu par ladite Commission Nationale. La décision de la Commission peut être attaquée devant le tribunal administratif de cercle compétent.

L'exemption du service militaire du fait de l'acquisition de la qualité d'objecteur de conscience emporte l'accomplissement d'un service civique aussi long et aussi dur que le service militaire armé (article 276, par. 4 de la Constitution et article 1er de la Loi 7/92). Ce service civique est défini par la loi comme celui qui, bien que de nature civile, ne soit pas lié ou subordonné à des institutions militaires ou militarisées, constitue une participation utile aux tâches nécessaires à la communauté et rende possible une application adéquate des qualifications et intérêts professionnels des objecteurs.

3. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 41, nul ne peut être interrogé par aucune autorité au sujet de ses convictions ou pratiques religieuses, sauf aux fins d'obtenir des renseignements statistiques non individuellement identifiables, ni subir de préjudice pour avoir refusé de répondre. Il s'agit d'une matière qui relève du for intérieur de chacun, aucune interrogation n'étant dès lors admise de la part d'une autorité, quelle soit publique ou privée.

Il convient de mentionner ici une autre disposition constitutionnelle – l'article 35, par. 3 – qui interdit l'utilisation de l'informatique pour le traitement de données concernant la foi religieuse, à moins qu'il ne s'agisse du traitement à des fins statistiques de données non identifiables individuellement.

4. Le paragraphe 4 de l'article 41 prévoit que les églises et les autres communautés religieuses soient séparées de l'Etat; le législateur

constitutionnel a établi que ce principe constitue une limite matérielle de la révision (alinéa c) de l'article 288), c'est-à-dire, ce principe ne pourra aucunement être mis en cause dans des révisions futures de la Constitution.

La non-confessionnalité de l'Etat portugais découlant de cette disposition constitutionnelle est à la base de l'interdiction imposée à l'Etat de déterminer l'éducation et la culture selon des lignes directrices, notamment religieuses (article 43, par. 2) et de la garantie d'un enseignement public non confessionnel (par. 3 du même article). Il y aura lieu à examiner ces dispositions plus loin.

Egalement justifiée par la séparation des églises et de l'Etat est l'interdiction faite aux partis politiques d'user d'une appellation contenant des expressions qui évoquent directement une religion ou une église, ou d'emblèmes pouvant être confondus avec des symboles religieux (article 51, par. 3).

Un corollaire de ce principe de la séparation des églises et de l'Etat est la liberté reconnue aux églises en ce qui concerne leur organisation, l'exercice de leurs fonctions et la pratique de leur culte (article 41, par. 4, 2ème partie). Aussi les pouvoirs publics n'ont-ils pas à s'ingérer dans ces domaines, sauf indirectement, par voie de réglementation de certains droits instrumentaux relatifs à l'organisation des églises et à leur culte, à savoir, par exemple, le droit d'association, le droit de manifestation et le droit de réunion.

En un mot, on peut résumer le paragraphe 4 de l'article 41 ayant pour base l'idée que, d'un côté, toute ingérence religieuse est interdite, soit dans l'organisation de l'Etat, soit dans l'action des pouvoirs publics et, de l'autre, toute ingérence de l'Etat est défendue à l'égard de tous les domaines ayant trait à la structure et au fonctionnement interne des églises, aussi bien que de leurs actes de culte.

La séparation ainsi établie entre les églises et l'Etat ne signifie toutefois pas que l'action de celles-là se doive de limiter aux lieux réservés au culte. La liberté de religion et la liberté de culte impliquent leur présence dans des lieux et institutions publics, comme c'est le cas des écoles, des hôpitaux, des quartiers ou des prisons, comme nous le verrons plus loin.

5. Finalement, le paragraphe 5 de l'article 41 consacre la liberté d'enseignement de toute religion pratiquée dans le cadre de la confession concernée, ainsi que l'utilisation de ses propres moyens de communication de masse pour la poursuite de ses activités.

La liberté d'enseignement, reconnue dans cette disposition, comporte la transmission de la doctrine et des enseignements d'une religion, dans des réunions d'adeptes de la confession respectivo, notamment la catéchèse ou les prédications, et la formation des ministres des églises dans des séminaires et d'autres institutions assimilées.

Du fait de la séparation des églises et de l'Etat, aussi bien que de la liberté qu'ont celles-là de s'organiser, cet enseignement ne peut être soumis au même contrôle, appartenant à l'Etat, que celui auquel est assujéti l'enseignement privé et coopératif en application de l'article 75, par. 2 de la Constitution.

En ce qui concerne les mass media, que cette disposition prétend englober, il s'agit là d'un thème polémique dans la doctrine, partiellement justifié eu égard à la formulation de cette disposition qui ne s'avère pas assez claire. Les uns soutiennent que ce sont des mass media *propres* aux confessions religieuses². Pour les autres, le paragraphe 5 de l'article 41 ne fait plus que garantir l'utilisation de tels moyens par les confessions religieuses, n'impliquant pas qu'ils leur soient propres. Le mot «propres» aurait le sens d'adéquats ou aptes au but visé³.

Il nous semble que cette dernière interprétation est celle qui cadre le mieux avec la lettre et l'esprit de la Constitution. D'ailleurs, la Loi 58/90, qui établit le régime de l'activité de télévision, réserve aux confessions religieuses, en vue de l'exécution de leurs activités, du temps d'antenne, qui n'excédera pas deux heures par jour, dans le cadre du service public de télévision. A l'heure actuelle, un groupe de travail intégrant des représentants de différentes confessions religieuses a pour mandat de trouver la formule adéquate qui permettra l'accès de ces confessions à la télévision de l'Etat en vue de l'émission de programmes de divulgation en matière de religion.

L'accès aux media, prévu par cette disposition constitutionnelle, a pour seul but la réalisation des activités propres aux confessions religieuses, ce qui n'empêche pas que ces dernières puissent accéder aux mass media, dans les mêmes conditions que tout autre particulier, à des fins ne se renfermant pas dans ces limites.

² Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3e édition, 1993, note à l'article 41.

³ António Leite, *A Religião no Direito Constitucional Português* in *Estudos Sobre a Constituição*, vol. II, p. 308.

II. La liberté de religion et l'enseignement

1. La première cellule où s'opère l'éducation des enfants est la famille. L'article 36, par. 5 de la Constitution énonce clairement le droit et le devoir qui incombent aux parents dans l'éducation et l'entretien de leurs enfants. Corollaire logique de la liberté de religion est le droit qu'a la famille, notamment les parents, de transmettre à leurs enfants leurs propres convictions religieuses et de les élever dans le cadre des principes de la confession religieuse qu'ils professent. En tant qu'élément fondamental de la société, on reconnaît à la famille le 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 de la Constitution).

En particulier et dans le domaine qui nous occupe, il appartient à l'Etat de collaborer avec les parents à l'éducation des enfants (alinéa c) du par. 2 de l'article 67). L'article 68 prévoit, en plus, que les pères et mères ont le droit à la protection de la société et de l'Etat pour réaliser leur action irremplaçable auprès de leurs enfants, notamment en matière d'éducation, et pour leur garantir de se réaliser professionnellement et de participer à la vie civique du pays.

La coopération et protection, c'est-à-dire, l'assistance que les parents ont le droit d'attendre de la société et de l'Etat s'apprécie suivant la création de conditions qui contribuent à améliorer et à faciliter leur action en tant qu'éducateurs des enfants. Dès lors, il s'agit ici de la réalisation de toutes les conditions propres à permettre aux parents d'accomplir leur action éducative sans préjudice de leur activité professionnelle ou de leur participation à la vie civique de la communauté, notamment la création d'écoles, de crèches, etc. et la concrétisation même du droit à l'enseignement.

A cet égard, il faut dire que l'Etat ne peut, en raison de la séparation des églises et de l'Etat et, par voie de conséquence, de sa non-confessionnalité, ni programmer l'éducation et la culture selon des lignes directrices d'ordre religieux, ni attribuer à l'enseignement public un caractère confessionnel (article 43 de la Constitution). Donc, l'enseignement public ne pourra pas se fonder sur des principes ou orientations de nature religieuse, philosophique ou idéologique. Eu égard au respect dû à la liberté de religion, garantie par la Constitution, l'Etat ne pourra imposer aucune religion, norme éthique ou morale, philosophie ou idéologie. Toutefois, de

même au nom de la liberté de religion et de la coopération qui, on l'a vu, est due aux parents dans l'éducation des enfants, notamment en matière de religion, l'Etat ne peut pas éliminer du système d'enseignement les religions et l'éducation axée sur les règles et principes qu'elles véhiculent.

Remarquons tout d'abord que la Constitution assure seulement la non-confessionnalité de l'enseignement public. Ainsi, compte tenu du droit de création d'écoles privées et coopératives, lui aussi consacré dans la Constitution (article 43, par. 4), il est possible de créer des écoles où l'on dispensera un enseignement orienté par des valeurs propres d'une religion donnée.

D'autre part, même si les principes constitutionnels susmentionnés sont appliqués aux écoles publiques, cela ne signifie pas que l'enseignement de la religion en soit absent. Ce que l'on a cherché à garantir, ce fut la non imposition aux étudiants d'une orientation religieuse déterminée, ce qui ne signifie pas que l'enseignement de la religion ne soit pas présent à l'école. N'étant pas confessionnel, l'Etat n'accueille ni ne s'identifie à aucune religion et, de ce fait, n'impose pas de religion; néanmoins, du moment qu'il respecte la liberté de religion de chacun, l'Etat doit, dans des conditions d'égalité entre toutes les confessions religieuses, permettre la présence de ces confessions aux écoles publiques pour que les étudiants puissent recevoir une instruction religieuse, dans le cas où leurs parents, ou les intéressés eux-mêmes dans des conditions précises, le souhaiteraient. Ce sera donc l'une des formes de matérialisation de la coopération que l'Etat doit assurer aux parents dans l'éducation de leurs enfants.

2. L'enseignement de la religion dans les écoles publiques, lequel s'étend, sur cette base juridique⁴, à toute confession religieuse, découle également, par rapport à la religion catholique, du Concordat entre le Portugal et le Saint-Siège (voir l'article 21 de cet instrument).

Le statut ainsi accordé à l'Eglise Catholique trouve sa justification dans l'implantation de cette église au Portugal, comme d'ailleurs le reconnaît

⁴ En plus des dispositions constitutionnelles mentionnées, l'enseignement de la religion dans les écoles publiques découle des préceptes du Droit International pertinents. C'est le cas des articles 18 et 26, par. 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, instrument qui acquiert une importance spéciale dans le système juridique portugais, une fois que l'article 16, par. 2 de la Constitution détermine que les préceptes constitutionnels relatifs aux droits fondamentaux seront interprétés et intégrés à sa lumière, des articles 13, par. 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et de l'article 18, par. 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

le Décret-loi 323/83, du 5 juillet, qui régleme l'enseignement de la discipline de Religion et Morale Catholiques dans les écoles primaires, préparatoires et secondaires publiques.

D'après ce décret-loi, la discipline susmentionnée est intégrée dans le programme scolaire ordinaire de ces écoles, étant soumise, sous réserve de son caractère spécifique, au régime applicable aux autres matières du programme d'études, notamment en ce qui concerne les conditions générales d'inscription et le soutien pédagogique dû aux élèves et enseignants. Le régime général est aussi applicable à l'évaluation, celle-ci ne pouvant toutefois pas entraîner un échec pour l'élève.

Corollaire de la non-confessionnalité de l'Etat portugais est le fait que l'orientation de l'enseignement de la Religion et Morale Catholiques relève exclusivement de la responsabilité de l'Eglise Catholique, à qui incombe notamment de définir et d'aménager les programmes en la matière, aussi bien que d'élaborer et de promouvoir la publication et la diffusion tant des manuels scolaires de la discipline que d'autre matériel éducatif destiné aux étudiants et enseignants.

Les professeurs chargés de cette discipline sont agréés ou nommés sur proposition des structures de l'Eglise Catholique.

Le Concordat prévoyait, en outre, que les cours de Religion et Morale Catholiques seraient dispensés à tous les étudiants dont les parents ou tuteurs n'auraient pas fait de déclaration expresse en sens contraire. L'étudiant ayant atteint 16 ans, c'était à lui de faire pareille déclaration.

Ces principes ont été repris par l'Arrêté 333/86, du 2 juillet, qui régleme l'enseignement de cette matière dans les écoles élémentaires.

Le système d'enseignement de la religion et morale catholiques ainsi établi ne saurait être considéré, tel que l'a estimé la Cour Constitutionnelle dans son arrêt 423/87⁵ ayant trait à la constitutionnalité du Décret-loi 323/83, comme enfreignant le principe de la séparation des églises et de l'Etat et celui de la non-confessionnalité de l'Etat.

Ainsi qu'il est dit dans l'arrêt précité, il s'agit ici d'un enseignement dispensé *dans* l'école par une confession religieuse, et non pas d'un enseignement *propre* à l'école et *dispensé par* l'école. Effectivement, une attention particulière doit être accordée au fait que le texte examiné par la

⁵ Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 423/87, publié au *Diário da República*, I série, n° 273, du 26 novembre 1987.

Cour Constitutionnelle ne portait création d'un enseignement religieux que l'on puisse considérer comme tâche publique, une tâche de l'Etat, une fonction de l'école elle-même. Ce texte prévoit, plutôt, un enseignement confessionnel dispensé par l'Eglise et dont celle-ci est la seule responsable.

Déjà en ce qui concerne le respect dû au principe de la liberté de religion, le texte qui a fait l'objet d'appréciation dans cet arrêt (et, de même, l'Arrêté 333/86, puisqu'il consacre la même règle) a mérité des reproches. En cause était, concrètement, la règle qui impose l'enseignement de la religion et morale catholiques aux étudiants à l'égard desquels aucune déclaration n'aurait été produite, soit par les étudiants ayant atteint 16 ans, soit par les parents ou tuteurs des mineurs de 16 ans, en ce sens qu'ils ne souhaiteraient pas recevoir de telle instruction.

Comme la Cour a eu l'opportunité de l'affirmer, toute la liberté de ne pas faire – en l'espèce, la liberté négative de religion – est violée, lorsqu'est imposé et exigé un *facere* comme condition indispensable et nécessaire à son plein exercice. L'exercice des libertés, en concret une liberté de ne pas faire, qui consiste justement à ne pas agir, rend inacceptable toute exigence matérielle conditionnant sa pratique et son exercice. Le principe de la liberté de religion, dans les versants de laquelle s'inscrit soit le droit de chacun à choisir librement la confession que l'on désire professer, ou à s'abstenir de toute confession, soit le droit de se taire au sujet d'un tel choix, le gardant inviolable en son for intérieur, n'est pas compatible avec la règle mise en cause. Celle-ci, de ce fait, a été déclarée inconstitutionnelle.

Suite à cet arrêt de la Cour Constitutionnelle, le législateur ordinaire a adopté l'Arrêté 344-A/88, du 31 mai, procédant à la substitution du système d'inscription au cours de Religion et Morale Catholiques. Aujourd'hui, il faut que le désir de suivre cette discipline soit explicitement déclaré dans l'acte d'inscription par les parents ou quiconque les remplace. La règle demeure selon laquelle il revient aux étudiants, à condition d'être âgés de 16 ans, la décision au sujet de la fréquentation de ces cours et la manifestation de volonté respective.

3. De l'exposé des règles que nous venons de faire, il ressort que l'Etat a assuré à l'Eglise Catholique la possibilité d'enseigner sa religion aux étudiants des écoles publiques qui y soient intéressés. L'attention spéciale apportée à cette confession religieuse trouve son explication dans le fait que la grande majorité des portugais qui déclarent avoir des convictions

religieuses se disent catholiques, justification mentionnée d'ailleurs dans la loi.

A l'Etat incombe, cependant, le devoir de garantir la même possibilité à toutes les confessions. Dans ce domaine, la Constitution impose le respect du principe de l'égalité, d'où tout traitement bénéficiant une église et ses croyants sera inconstitutionnel, vu qu'il est discriminatoire. Nous aurons l'occasion de voir dans quels termes il y a inconstitutionnalité.

C'est pourquoi le législateur s'est soucié de garantir aux autres confessions religieuses les conditions qui leur permettent de bénéficier de l'égalité d'opportunités d'enseigner les préceptes fondamentaux de leur religion dans les heures de cours des étudiants, mettant toutes les confessions religieuses sur le même plan d'égalité en ce qui concerne leurs chances et leur traitement devant la loi.

L'Arrêté ministériel 104/89, du 16 novembre, vient ainsi permettre que soient dispensés, dans l'enseignement primaire et secondaire, en régime de fréquentation facultative, des cours de formation religieuse concernant les diverses confessions religieuses ayant de l'implantation au Portugal. A cet effet, chaque confession doit demander l'autorisation du Ministère de l'Education pour que ses cours puissent avoir lieu dans une école officielle déterminée. Le fonctionnement des classes, qui sont à la charge de professeurs nommés sur proposition de l'autorité religieuse concernée, est subordonné, par rapport à chaque confession religieuse, à la condition qu'un nombre minimal de 15 étudiants aient manifesté, au moment de leur inscription, la volonté de recevoir cet enseignement.

Les classes, en ce qui concerne leur organisation, auront du moins 15 étudiants qui pourront appartenir à plusieurs classes du même cycle ou à des classes de plusieurs cycles d'études, pourvu qu'il s'agisse d'étudiants de trois âges consécutifs.

Ce régime exclut seulement les confessions religieuses, dont les enseignements moraux ou religieux qu'elles transmettent ou désirent transmettre soient contraires aux principes fondamentaux de la société portugaise et de son ordre juridique, en particulier les valeurs protégées par la loi pénale.

A noter, finalement, que la possibilité est prévue d'étendre le régime reconnu par cet arrêté-là aux écoles privées et coopératives, pourvu qu'un accord préalable soit intervenu entre l'autorité religieuse de la confession intéressée et la direction de l'établissement d'enseignement concerné.

III. La liberté de religion en d'autres domaines

1. Un autre domaine où la liberté de religion se trouve tout à fait assurée est l'assistance religieuse aux détenus. Le Décret-loi n° 265/79 leur reconnaît le droit de professer leur croyance religieuse, de s'y instruire et de pratiquer leur culte.

Par ailleurs, le détenu ne peut être contraint de concourir à un acte ou cérémonie religieuse quelconque ou de recevoir la visite d'un ministre de culte. Le droit lui est en plus garanti de participer librement au culte et à d'autres actes religieux de sa confession ou de toute autre communauté spirituelle, autant que le ministre concerné l'autorise. Cette participation ne peut être exclue que dans le cas où il s'avèrerait indispensable à la protection de l'ordre et de la sécurité de l'établissement, après consultation du ministre de la communauté religieuse à laquelle le détenu appartient. Il lui est également permis d'avoir en sa possession des livres religieux et des objets de culte; l'exposition, dans sa chambre ou place au dortoir, d'images ou symboles de sa confession religieuse lui est aussi autorisée.

Les autorités pénitentiaires doivent veiller à ce que le détenu puisse satisfaire aux exigences de sa vie religieuse, spirituelle et morale, lui procurant les facilités nécessaires à cette fin. Aussi est-il établi que l'aide et soins spirituels d'un responsable de la communauté religieuse à laquelle le détenu appartient ne peuvent pas, autant que possible, lui être niés. Dès lors, il faut que le détenu soit aidé afin qu'il puisse aisément établir des contacts avec un ministre de la communauté religieuse de son choix.

Il existe un autre texte portant réglementation de l'assistance religieuse aux détenus de foi catholique – Décret-loi 79/83, du 9 février –, y étant prévu que celle-là sera assurée par des prêtres de l'église catholique nommés par le Ministre de la Justice sur proposition de l'évêque du diocèse local. Pareille réglementation spéciale est, aussi à cet égard, justifiée du fait que la très grande majorité de la population est catholique.

2. Mais, si dans le domaine de l'enseignement religieux dans les écoles publiques ou à l'égard de l'assistance religieuse dans des établissements pénitentiaires il y a eu la préoccupation d'assurer l'égalité de chances et la non-discrimination de confessions religieuses et, par conséquent, de fidèles appartenant à diverses religions, on ne peut pas en dire autant par rapport à d'autres domaines.

Voici quelques exemples:

- l'assistance religieuse au sein des établissements tutélaires de mineurs est limitée, en vertu du Décret-loi n° 345/85, du 23 août, à celle qui est assurée par des prêtres de Eglise Catholique, nommés par le Ministre de la Justice, sur proposition de l'évêque du diocèse local, aucune assistance religieuse n'étant explicitement prévue dans le cadre d'autres confessions;
- l'assistance religieuse aux malades hospitalisés n'est prévu être apportée que par des prêtres catholiques, nommés par le Ministre des Affaires Sociales, sur proposition de l'évêque du diocèse concerné, conformément au Décret réglementaire 58/80, du 10 octobre. L'assistance en matière de religion peut, le cas échéant, être assurée par des laïcs préparés spécifiquement à cet effet (voir Décret réglementaire 22/90);
- le Décret-loi 93/91, du 26 février, concernant l'assistance religieuse aux Forces Armées est, lui aussi, pour l'essentiel, conçu pour le catholicisme. Il est néanmoins prévu qu'une telle assistance soit assurée dans l'esprit de liberté de conscience reconnu par la loi et que le service d'assistance religieuse aux Forces Armées pourra être étendu, à travers des ministres propres et dans des conditions à établir, aux militaires fidèles à des confessions religieuses autres que la catholique. A ce jour, toutefois, lesdites conditions n'ont pas encore été établies et, par voie de conséquence, aucune extension dudit service n'a eu lieu à l'égard des militaires appartenant à d'autres credos.

Il y a lieu d'ajouter qu'en vertu du Concordat avec le Saint-Siège, le Portugal s'était déjà engagé à garantir l'assistance spirituelle, dans le cadre de la foi catholique, aux hôpitaux, collèges, hospices, prisons et à d'autres établissements assimilés, ainsi qu'aux Forces Armées.

3. Le régime que nous venons de décrire est clairement inégal, puisqu'il accorde à l'Eglise Catholique et aux catholiques en général des droits dont l'exercice par les autres confessions religieuses et leurs adeptes n'est pas prévu. La question se pose alors au trait de la constitutionnalité des normes contenant pareil régime, nommément leur compatibilité soit

avec le principe de la liberté de religion, énoncée à l'article 41, soit avec le principe de l'égalité, consacré par l'article 13 de la Constitution. Ce dernier article, comme nous l'avons déjà vu, après avoir déclaré que tous les citoyens ont la même dignité sociale et, par conséquent, qu'ils sont égaux devant la loi, affirme explicitement que nul ne peut être privilégié, avantagé, défavorisé, privé d'un droit ou exempté d'un devoir en raison notamment de sa religion.

Il est manifeste que des situations comme celles qui ont été exposées plus haut ne se concilient pas avec les principes constitutionnels que nous venons de mentionner. Cependant, il ne faut pas en déduire que les normes figurant dans les textes susvisés soient inconstitutionnelles par action. A vrai dire, en les adoptant, le législateur n'a fait plus qu'accomplir un devoir qui lui incombe: celui de garantir la formation et le libre développement des consciences, particulièrement au niveau de leurs vies religieuses, en assurant l'assistance religieuse dans les circonstances susmentionnées. Ce qui juridiquement n'est pas exempt de tout reproche, c'est que l'on ait limité cette faculté à une confession religieuse, toutes les autres étant laissées en marge. Par rapport à celles-ci, l'État ne saurait manquer de leur garantir le même traitement sous peine de violer, par voie d'omission, le texte constitutionnel. Ainsi, la loi qui limite à une religion un régime qu'elle devrait généraliser à toutes n'est pas inconstitutionnelle. Inconstitutionnel est, assurément, le mutisme de la loi à l'égard de toutes les autres, d'où l'inconstitutionnalité ne sera, dans ces cas, par action mais plutôt par omission^{6, 7}.

⁶ Dans ce sens s'est prononcée la Cour Constitutionnelle dans l'arrêt n° 423/87, lorsqu'elle a examiné la constitutionnalité du Décret-loi 323/83 (qui établit la réglementation de l'enseignement de la discipline de Religion et Morale Catholiques), à une époque où l'enseignement de la religion aux écoles publiques n'était pas encore possible par rapport à des confessions autres que la catholique. En ce même sens, voir Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tome IV, 1988, p. 365.

⁷ Le système juridico-constitutionnel portugais prévoit, de pair avec le contrôle de l'inconstitutionnalité par action, le contrôle des inactions enfreignant la Constitution. L'article 283 de la Constitution confère à la Cour Constitutionnelle la compétence pour se prononcer, à la demande du Président de la République, du Médiateur ou, en invoquant la violation des droits des régions autonomes, des présidents des assemblées législatives régionales, sur la non conformité avec la Constitution, par omission, des mesures législatives nécessaires à l'application des normes constitutionnelles.

IV. Le traitement différentiel de l'Eglise Catholique

1. Un autre problème qui en quelque sorte se rattache à ce que nous venons d'analyser est le traitement différentiel dont bénéficie l'Eglise Catholique, à maintes égards, au Portugal, se traduisant par un statut spécial qui lui est reconnu. Cette situation découle de l'importance historique de cette église au Portugal et du fait que, comme déjà souligné, l'immense majorité des portugais sont catholiques. D'après le dernier recensement de 1991, 97% des personnes qui disent avoir une religion se déclarent catholiques, les protestants représentant un peu plus de 2% et les non chrétiens 1% environ de la population.

Cette réalité ne peut pas, évidemment, être ignorée, elle se reflète aux niveaux social, culturel et, aussi, juridique en des aspects qui passent quelquefois presque inaperçus. Voyons, à titre d'exemple, la liste des jours fériés, lesquels correspondent dans une large mesure aux fêtes du calendrier catholique, ou le dimanche même, le jour destiné par les chrétiens au repos et au culte. A cet égard, il convient pourtant de souligner qu'en vertu de l'Arrêté 947/87, du 18 décembre, des congés sont accordés aux étudiants des établissements de l'enseignement supérieur, qui professent une religion, pour leur permettre d'observer les jours de semaine que leurs confessions religieuses consacrent au repos et au culte. Ce texte admet, en plus, la réalisation d'examens et d'autres actes ayant trait à l'évaluation à une date qui ne coïncide pas avec ces jours-là. Il s'agit, cependant, du seul cas où soit donnée de l'importance à l'observation des fêtes religieuses autres que celles de l'Eglise Catholique.

Mais le statut spécial accordé à l'Eglise Catholique s'apprécie, en particulier, d'après un ensemble de dispositions qui lui sont exclusivement adressées, desquelles ressort, du fait de son importance, le Concordat avec le Saint-Siège, conclu en 1940 et déjà mentionné à plusieurs reprises, qui contient le statut juridique de l'Eglise Catholique au Portugal, et le Protocole Additionnel de 1975 s'y rapportant.

La coexistence de cet instrument, spécifiquement destiné à l'Eglise Catholique, et de la Loi 4/71, du 21 août, portant promulgation des bases relatives à la liberté de religion, aussi bien que réglementation de toutes les autres confessions, sera-t-elle loisible vis-à-vis du principe constitutionnel de l'égalité et du fait que la Constitution portugaise, au contraire de ce qui arrive dans les Constitutions d'autres pays, ne contient aucune référence

particulière à l'église catholique? Les règles qui se rapportent exclusivement à une confession religieuse, ne tenant aucun compte des autres, seront-elles, pour l'essentiel, constitutionnelles?

La Cour Constitutionnelle, dans l'arrêt mentionné plus haut, a estimé qu'un traitement différent établi envers l'Eglise Catholique est justifié, eu égard à la réalité historique et sociologique où elle s'inscrit, et que cette sorte de traitement ne se heurte pas aux principes constitutionnels en vigueur. Ce qui n'est pas du tout admissible, du moment qu'ils portent atteinte au principe de l'égalité, ce sont des traitements discriminatoires. Aussi l'Etat doit-il accorder aux autres confessions un traitement identique, tenant, certes, dûment compte des circonstances qui leur sont propres, à savoir la dimension quantitative, l'espace géographique occupé et leur dissémination parmi la population.

Il va sans dire qu'il est parfois difficile, comme le dit Jorge Miranda⁸, de tracer avec précision les bornes du traitement différencié et du traitement de privilège, soit du constitutionnel et de l'inconstitutionnel. Toutefois, cet auteur y ajoute qu'il s'agit de situations qui ne se confondent pas: un traitement de privilège octroie à une personne ou entité des droits que d'autres ne possèdent pas, tandis qu'un traitement spécial ne méconnaît pas la qualité des droits et devoirs reconnus, ils ne seront accordés que dans une mesure différente, dans des conditions d'exercice ou selon des structures d'organisation différentes, conformément aux différentes situations ou entités.

Le critère sera, donc, celui de l'octroi des mêmes droits à toutes les confessions religieuses et c'est à cette lumière qu'il faudra apprécier la constitutionnalité des normes (ou le défaut de celles-ci). Nous avons examiné plus haut, d'après ce critère, la constitutionnalité de certains aspects du régime juridique de l'assistance en matière religieuse. Nous allons maintenant en faire autant à propos du Concordat et de la Loi 4/71.

2. La loi 4/71 consacre les principes de la liberté de religion, de la séparation des églises et de l'Etat, ainsi que celui de l'égalité de traitement des confessions religieuses, exception faite aux différences imposées par leur diverse représentativité.

Quant à la liberté de religion individuelle, cette loi prévoit que chacun a le droit d'avoir ou ne pas avoir de religion, de changer de confession ou

⁸ Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 360.

quitter sa confession, d'agir ou ne pas agir en conformité avec ce qui est prescrit par la confession à laquelle on appartient, d'exprimer ses convictions, de divulguer verbalement, par écrit ou par d'autres moyens de communication, la doctrine de l'église suivie et pratiquer les actes de culte propres de sa confession religieuse. Le droit de réunion est assuré pour l'accomplissement de ces actes, aucune autorisation officielle ou participation aux autorités civiles n'étant nécessaire, à condition qu'ils aient lieu dans des temples ou lieux assimilés.

Tel qu'il est établi dans la Constitution, de même la Loi 4/71 proclame que nul ne peut être poursuivi, privé d'un droit ou exempté d'un devoir en raison de ses convictions religieuses. Il y est également prévu que nul ne peut être tenu de déclarer s'il a ou n'a pas de religion et quelle religion il a choisie, sauf dans le cas d'une enquête statistique menée en conformité avec la loi et sous réserve du caractère confidentiel des données recueillies.

Inconstitutionnelle, pour les raisons que nous avons signalées plus haut, est la règle suivant laquelle l'enseignement dispensé par l'Etat est orienté par des principes de la doctrine et morale chrétiennes, ainsi que celle qui établit que l'enseignement de la religion et morale dans les établissements scolaires est dispensé aux étudiants dont les parents ou tuteurs n'en ont pas demandé l'exemption.

Contraire au principe de la liberté de religion, consacré dans la Constitution, est l'exception à la règle qui stipule que la participation aux actes d'un culte religieux demeure facultative. En effet, ce texte prévoit que les actes d'un culte religieux peuvent être prescrits, assortis d'un caractère obligatoire, dans des établissements d'éducation ou de formation ou dans des institutions pénitentiaires ou de rééducation, pour les mineurs dont les parents ou tuteurs n'en aient pas demandé l'exemption.

3. Le Concordat avec le Saint-Siège établit l'encadrement juridique de l'Eglise Catholique. Le Portugal reconnaît à l'Eglise Catholique de la personnalité juridique (article 1er). Reflet du principe de la séparation des églises et de l'Etat est la garantie de la liberté d'exercice de l'autorité de l'Eglise Catholique, dans la sphère de sa compétence (article 2) et le droit qui lui est accordé de s'organiser librement conformément aux normes du Droit Canonique (article 3, par. 1). L'Eglise peut créer des associations ou organisations, auxquelles l'Etat reconnaît la personnalité juridique (article 3), leur action se régissant par les normes applicables aux autres entités

de la même nature (article 4). L'Eglise peut librement recevoir des contributions de ses fidèles (article 5). La propriété de ses biens, notamment de ceux qui se trouvent en possession de l'Etat, lui est reconnue (article 6) et elle jouit de garanties sur les bâtiments et objets de culte qui lui appartiennent (article 7).

Il y est prévu un ensemble de règles concernant le clergé (articles 9 à 15). L'article 16 garantit le libre exercice des actes de culte, assorti d'une seule limitation ayant trait aux exigences de sécurité routière. L'assistance spirituelle est assurée dans un nombre d'institutions, telles que des hôpitaux, des prisons, etc. (article 17) et aux forces armées en campagne (article 18). L'Etat s'engage à veiller à ce que les catholiques se trouvant à son service puissent accomplir leurs devoirs religieux, les dimanches et jours de fête (article 19). L'Eglise se voit accorder le droit de fonder et de maintenir des écoles privées et des séminaires (article 20). Il y est établi que l'enseignement public sera orienté par les principes de la doctrine et morale chrétiennes, étant prévu l'enseignement de la religion et morale catholiques dans les écoles publiques, orphelinats, établissements et instituts officiels d'éducation pour mineurs ou de redressement ou rééducation, matière qui ne sera pas donnée seulement aux étudiants dont les parents ou tuteurs aient demandé la dispense de fréquentation de ces cours (article 21). L'Etat attribue des effets civils aux mariages catholiques (articles 22 à 25). L'article 24 prévoyait l'interdiction du divorce à l'égard de ceux dont le mariage avait été célébré en la forme canonique, cette disposition ayant été abrogée par le Protocole Additionnel de 1975 se rapportant au Concordat.

4. Dans le régime concordataire que nous venons d'examiner dans ses traits essentiels, il est clair qu'il y a des aspects s'avérant manifestement inconstitutionnels. Tout d'abord, la règle qui détermine l'orientation de l'enseignement public suivant les principes de la doctrine et de la morale chrétiennes et la règle qui n'exempte des cours de religion et morale catholiques que les étudiants à l'égard desquels une déclaration ait été produite en ce sens.

D'autre part, il est de sérieux doutes touchant la compatibilité de certaines règles concernant le clergé avec le principe de la séparation des églises et de l'Etat, du fait qu'elles impliquent une intervention de l'Etat dans l'organisation et la vie privée de l'Eglise Catholique, à savoir la règle qui interdit les ressortissants étrangers d'accéder à des postes déterminés

dans l'hierarchie de l'Eglise (article 9), celle qui détermine la notification au gouvernement portugais, de la part du Saint-Siège, du nom de celui qui a été choisi pour exercer des fonctions données, ayant pour but de savoir si des objections à caractère politique général existent à l'encontre de la personne choisie (article 10), celle qui accorde aux ecclésiastiques, dans l'exercice de leur sacerdoce, la protection de l'Etat, à l'instar de celle qui est assurée aux autorités publiques (article 11) ou celle qui prévoit la punition de celui qui aura porté abusivement l'habit ecclésiastique ou religieux, de la même façon qu'est puni celui qui abusivement aura porté l'uniforme propre à un emploi publique, ou, de même, qui aura exercé abusivement la juridiction et des fonctions ecclésiastiques (article 15).

5. Par rapport aux autres dispositions du Concordat, il s'impose de vérifier si les autres confessions religieuses jouissent des mêmes droits.

Commençons par la reconnaissance de la personnalité juridique, que le Concordat octroie à l'Eglise Catholique en même temps qu'à ses associations et organisations.

Comment est-ce que l'on procède par rapport à la reconnaissance des autres confessions religieuses et à l'octroi de la personnalité juridique à leur égard ? Comment les croyants d'une religion donnée peuvent-ils se grouper en vue de réaliser leurs objectifs et de pratiquer leur culte ?

La Constitution garantit, en des termes suffisamment clairs et souples, le droit d'association, ce qui permet la constitution d'associations de nature religieuse. L'article 46 établit le droit qu'ont tous les citoyens de former des associations, librement et sans qu'il soit nécessaire de demander l'autorisation, pour autant que celles-là ne se proposent pas d'inciter à la violence et que leurs buts ne soient pas contraires à la loi pénale.

L'un des principes se trouvant primordialement à la base de cette disposition est celui de la libre réalisation des individus en société, qui impose l'autonomie privée vis-à-vis de l'Etat emportant la non-ingérence de celui-ci dans la constitution des associations et dans la poursuite de leurs buts. Le même principe justifie que les associations ne peuvent ni être dissoutes ni voir leurs activités suspendues, sauf dans les cas prévus par la loi et en vertu d'une décision judiciaire.

Cependant, la garantie constitutionnelle du droit d'association ne s'étend pas à l'acquisition de la personnalité juridique, les conditions de l'octroi de celle-ci étant prévues par la loi ordinaire.

A l'égard de cette matière, le Décret-loi 594/74 portant sur le droit d'association est venu introduire, dans le système juridique portugais, une profonde modification par rapport au régime en vigueur à cette époque-là, lequel reposait largement sur des autorisations administratives qui conditionnaient la constitution d'associations et leur développement régulier. C'était du reste ce qui se passait par rapport aux confessions religieuses dont la reconnaissance, y compris l'octroi de la personnalité juridique, relevait du gouvernement, qui pouvait refuser d'y procéder en deux sortes de situations (voir Loi 4/71):

- lorsque la doctrine, les normes ou le culte de la confession concernée étaient contraires à la vie, à l'intégrité physique ou dignité des personnes, aux bonnes moeurs, aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel ou aux intérêts de la souveraineté nationale;
- lorsque il y avait méconnaissance de certaines conditions de forme ayant trait à la demande en reconnaissance ou que les éléments y figurant n'étaient pas vrais.

Dans le cadre de la Loi 4/71, les confessions religieuses se voyaient accorder, après leur reconnaissance, le droit de former des associations ou instituts destinés à assurer l'exercice du culte ou la réalisation d'autres buts propres à la vie religieuse. Ces associations étaient reconnues, acquérant la personnalité juridique au moyen de l'acte d'inscription de la communication, par écrit, de leur constitution. La reconnaissance des confessions religieuses était, de la sorte, la condition *sine qua non* de la formation de ces associations et instituts.

Conformément au Décret-loi 594/74, il est devenu possible de constituer des associations librement, une seule limitation y étant apportée: le fait qu'à travers ces associations l'on prétende poursuivre des buts contraires à la loi ou à la morale publique, renverser les institutions ou faire l'apologie de la haine ou de la violence.

Ce texte contenait également des dispositions concernant l'octroi de la personnalité juridique, entre-temps ayant fait l'objet d'abrogation par le Décret 486/77, du 25 novembre, qui a introduit des modifications au Code Civil. Aujourd'hui, ce texte consacre un régime de reconnaissance d'associations, par voie normative, c'est-à-dire, un régime qui se caractérise par l'acquisition de la personnalité juridique, de la part de ces entités, aux

termes de la loi et non pas en raison d'un acte discrétionnaire de la puissance publique, pourvu que soient réunies certaines conditions essentielles, prévues par la loi de façon abstraite et générale. De ce fait, en conformité avec l'article 158 du Code Civil, «les associations (y compris les religieuses) constituées par acte notarié, aux particularités mentionnées au paragraphe 1 de l'article 167, jouissent de la personnalité juridique». L'article 167 prévoit le contenu de l'acte constitutif et des statuts.

A son tour, l'article 168 stipule que l'acte constitutif de l'association, les statuts et ses altérations doivent figurer dans un acte notarié. Il incombera au notaire de notifier, d'office et aux frais de l'association, la constitution et les statuts, ainsi que les amendements respectifs, à l'autorité administrative et au Ministère Public. L'autorité administrative, pour ce qui concerne les associations religieuses, est le Ministère de la Justice, qui, d'après les dispositions du Décret 216/72, doit organiser l'enregistrement des associations religieuses⁹.

A noter aussi que les «associations» que l'on peut créer, en application du principe de la liberté d'association, et qui peuvent acquérir la personnalité juridique conformément aux dispositions du Code Civil que nous venons de citer, comprennent, en matière de religion, aussi bien ce que la Loi 4/71 appelle de «confessions religieuses» que ce qu'elle désigne par «associations». A vrai dire, il ne faut pas entendre la première réalité seulement comme un ensemble de principes doctrinaux, de fondements de foi et de règles de religion, mais aussi comme l'ensemble de fidèles qui se groupe et s'organise autour de ceux-là. D'autre part, la libre constitution d'associations, dont parlait la loi susvisée, ne reste pas subordonnée à la reconnaissance de la «confession religieuse» où elles s'intègrent. Diversément de ce qui se produisait, l'octroi de la personnalité juridique est, dans les deux cas, normatif.

D'où nous pouvons conclure que les associations religieuses autres que l'Eglise Catholique jouissent également de la personnalité juridique,

⁹ Ce texte doit être considéré abrogé, en ce qui concerne la partie ayant trait à la reconnaissance des confessions religieuses, une tâche qui appartenait au Ministre de la Justice. Toutefois, aucun motif n'existe pour que les dispositions s'y référant à l'organisation, au Ministère de la Justice, de l'enregistrement des associations religieuses ne demeurent pas en vigueur. Cet enregistrement est justifié notamment en tant que moyen d'assurer la publicité aussi bien des actes constitutifs que des actes modificatifs et extinctifs les concernant.

aucune violation ne se vérifiant, en cette matière, au trait du principe constitutionnel de l'égalité.

6. Le Concordat contient toutefois une référence à un éventail d'autres droits, qui sont reconnus à l'Eglise Catholique et qui ne trouvent pas de correspondance dans des actes adressés à d'autres confessions.

Sans que l'on prétende épuiser ce sujet, voyons certains cas: le droit de recevoir des contributions (article 5 du Concordat), la reconnaissance de la propriété des biens qui, lui appartenant, se trouvent en la possession de l'Etat (article 6), la garantie qu'aucun temple, lieu ou objet de culte catholique ne sera démoli ou destiné à une autre fin de la part de l'Etat, à moins qu'un accord préalable avec l'Autorité ecclésiastique compétente n'intervienne ou qu'il ne s'agisse d'un besoin public urgent, aussi bien que le droit à ce que l'autorité ecclésiastique concernée, en cas d'expropriation par la puissance publique, soit toujours entendue (article 7), les exemptions fiscales (article 8), certaines prérogatives dont jouit le clergé catholique, telles que la garantie du secret religieux (article 12) ou l'exemption de l'exercice de fonctions déterminées, considérées par le Droit Canonique incompatibles avec l'état ecclésiastique (article 13), la possibilité d'apporter de l'aide spirituelle à divers types d'institutions (articles 17 et 18), l'engagement de l'Etat de faire en sorte que les catholiques se trouvant à son service accomplissent avec régularité leurs devoirs religieux les jours de fêtes (article 19), la reconnaissance d'effets civils au mariage canonique (article 22 et ss.).

Le régime prévu dans toutes ces dispositions devrait être étendu à d'autres confessions religieuses présentes au Portugal, éventuellement aux adaptations nécessaires, compte tenu des différentes circonstances qui les entourent, notamment leur différente représentativité.

Mais ce n'est pas ce qui se passe dans la plupart des situations. Soit que, purement et simplement, le législateur n'ait pas agi dans le sens de rendre effectif le principe de l'égalité, soit que, souvent, le premier pas soit franchi ne parvenant pas à atteindre le but poursuivi (voyons les cas, mentionnés plus haut, de l'assistance religieuse aux forces armées ou celui de l'importance qu'assument les jours consacrés au repos par des religions autres que la catholique, importance qui se limite au domaine de l'enseignement supérieur). Il est aussi des cas où le législateur s'occupe à nouveau de quelques-unes des matières susmentionnées, sans pour autant

en profiter pour étendre le régime à d'autres confessions (voir le cas de l'assistance dans les hôpitaux, également susmentionnée, ou, en matière fiscale, le Décret-loi 20/90, qui prévoit la dévolution de la TVA, dans des conditions déterminées, à l'Eglise Catholique, sans qu'un tel régime soit applicable aux autres confessions)¹⁰.

Il existe aussi, comme l'on s'y attendrait, des agissements législatifs guidés par le souci de ne pas blesser le principe de l'égalité, les mêmes droits étant accordés à toutes les confessions religieuses (voir le cas du Décret réglementaire 5/83, qui établit le régime général de sécurité sociale applicable au clergé de l'Eglise Catholique et aux ministres d'autres confessions religieuses, ou le cas de l'assistance religieuse dans des établissements pénitentiaires, mentionné plus haut).

Il est, enfin, d'autres préceptes du Concordat qui accordent à l'Eglise Catholique certaines prérogatives que les autres églises pourront puiser directement dans la Constitution. Ce sera le cas pour l'article 16, qui prévoit le droit de librement célébrer tous les actes de culte. Pour toutes les confessions religieuses, cette liberté résulte de l'article 41, par. 1, de la Constitution, dont l'application ne dépend pas de la création de conditions par le législateur ordinaire.

Dans tous les cas où soient accordés à l'Eglise Catholique des droits que d'autres religions ne se voient pas accorder, nous répétons ce que nous avons dit plus haut: on ne peut pas affirmer que les normes où ils s'insèrent portent atteinte à la Constitution par action. Il pourra y avoir, plutôt, une inconstitutionnalité par voie d'omission. En reprenant ce que dit Jorge

¹⁰ Ce texte prévoit que le Service d'Administration de la TVA doit procéder à la dévolution de la TVA correspondant aux acquisitions et importations effectuées par des institutions de l'Eglise Catholique, destinées uniquement et exclusivement à la préparation de prêtres et religieux, aux fabriques de l'église, ordres, congrégations et instituts missionnaires, aussi bien qu'aux associations de fidèles, et ayant trait:

- à des objets se destinant uniquement et exclusivement au culte religieux, qui figurent dans des déclarations d'importation, factures ou documents assimilables et dont la valeur ne soit pas inférieure à 50 000\$00, TVA non compris, cette valeur-là devant concerner, dans son intégralité, ce type de biens;
- à des biens et services relatifs à la construction, entretien et maintien de bâtiments destinés exclusivement au culte, au logement et formation de prêtres et religieux, à l'apostolat et à l'exercice de la charité, qui figurent dans des factures ou documents assimilables et dont la valeur ne soit pas inférieure à 200 000\$00, TVA non compris.

Miranda¹¹, le renforcement de la liberté de religion ne se produit pas en réduisant le statut juridique de l'Eglise Catholique, mais à travers l'intégration et l'enrichissement des autres confessions.

V. Limites de la liberté de religion

A la différence du Droit Constitutionnel antérieur, aujourd'hui la Constitution portugaise ne soumet explicitement la liberté de religion à aucune limitation.

Cela ne signifie pourtant pas que l'on ne puisse trouver de restrictions à l'exercice de cette liberté, qui découleront en particulier de l'existence d'autres droits fondamentaux consacrés également dans la Constitution. La liberté de religion et de culte ne pourra mettre en cause la jouissance et l'exercice d'autres droits fondamentaux, ni porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Ainsi, par exemple, le droit à la vie et à la sécurité ne pourra en aucun cas être mis en cause. De même, il n'y aura pas de mariages polygames, que certaines confessions religieuses admettent.

En des termes généraux, on pourra dire qu'en cette matière sont applicables les restrictions prévues au paragraphe 2 de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Outre ces restrictions, il faut relever que, si les libertés de conscience et de religion ne peuvent pas faire l'objet de dérogation, même dans le cas où l'état de siège ou d'urgence serait déclaré, toujours est-il que cela ne s'applique pas à la liberté de culte.

VI. La liberté de religion et le droit pénal

La protection pénale est l'une des garanties du respect de la liberté de religion. Le code pénal punit un nombre de comportements contre les sentiments religieux.

Les types pénaux prévus sont ci-après énoncés:

- outrage pour motif de croyance ou fonction religieuse (article 220).
Cet article prévoit la punition de celui qui publiquement aura outragé

¹¹ Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 366.

- et ridiculisé autrui, en raison de sa croyance et de ses fonctions religieuses, et celui qui aura publiquement profané un lieu ou objet de culte ou vénération religieuse;
- contrainte religieuse (article 221). Commet le crime prévu dans cet article celui qui, usant de violence ou de la menace d'un grave dommage, détermine autrui à participer ou ne pas participer à un culte religieux;
 - empêchement ou trouble à un culte (article 222). Encourt la peine prévue dans cet article celui qui, usant de violence ou de la menace d'un dommage grave, empêche ou trouble l'exercice légitime du culte d'une religion;
 - outrage à un culte religieux (article 223). Commet le crime prévu dans cet article celui qui publiquement outrage ou ridiculise un acte de culte religieux;
 - injure ou outrage envers le ministre d'une religion (article 224). Cette disposition prévoit que l'injure ou outrage au ministre d'une religion dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice légitime du sacerdoce emporte la peine prévue pour l'injure ou l'outrage, aggravée d'un tiers dans ses limites maximum et minimum.

JOSÉ LOBO MOUTINHO
*Assistant de la Faculté de Droit de l'Université
Catholique Portugaise*

HENRIQUE SALINAS MONTEIRO
*Assistant stagiaire de la Faculté de Droit de l'Université
Catholique Portugaise*

V. A. 1.

**LA RESPONSABILITÉ PÉNALE
DES PERSONNES MORALES ET ENTITÉS ASSIMILÉES
DANS LE DROIT PORTUGAIS**

Remarques introductives

I. En vue de répondre d'une façon autant complète que possible au but de la présente étude – donner un aperçu le mieux structuré et le plus précis de l'évolution et situation actuelle de la question relative à la responsabilité pénale des personnes morales dans le Droit pénal portugais – on essayera d'abord une approche générale de la question dans ses aspects fondamentaux, pour essayer ensuite une description synthétique du régime établi par des dispositions pénales diverses, parmi celles les plus significatives en la matière parues jusqu'à ce jour dans la législation ordinaire.

Celle-ci la raison d'être de l'ordre suivi dans l'exposé.

II. Une autre remarque préliminaire s'impose. Bien que n'étant pas strictement indispensable au but visé, il nous a paru toutefois utile d'attirer l'attention sur la documentation, notamment bibliographique, du présent rapport.

Et ceci du fait que, en plus d'en résulter affirmées les possibilités pratiques et effectives d'un dialogue international, qui s'est révélé jusqu'ici si important en la matière, il nous semble être celui-là le moyen adéquat à contrebalancer le danger d'une relative imprécision, résultat inévitable de la généralisation et synthèse imposées par le but de la présente étude.

I

Evolution et situation actuelle des aspects fondamentaux de la question

1. La situation antérieure au Code pénal de 1886

On peut dire que le rejet de la responsabilisation des personnes morales correspond chez nous à une tradition qui, s'affirmant certes d'une extrême netteté dans la réaction libérale à l'*ancien régime*, en aucun cas saurait être considérée étrange à l'ancien Droit portugais¹.

Ce fut toutefois pendant la période libérale que le principe réussit à une affirmation plus complète et rigoureuse. Accepté par la doctrine², il serait

¹ En vérité, on ne peut refuser une signification à la position assumée par J. J. C. PEREIRA E SOUSA dans la période antécédant le libéralisme. Dans son livre *Classes dos crimes* il écrivait que «les crimes sont très personnels et on ne peut imputer à certains les actions illicites des autres» (sect. I, chap. I, art. IX). En guise de note à la première affirmation il ajoutait: «les *Collegios*, comme la personne physique, peuvent contrevenir, mais seulement si tous les membres y sont d'accord. Les voix de la majorité n'ont pas l'effet d'être réputées comme celles de tout le *Collegio* dans les crimes (...) et de ce fait seul peuvent être punis les membres qui voteront» (note (9), cfr. de la 2^e éd., Lisboa: Officina de J. F. M. de Campos, 1816, pp. 5 et ss.). Diverse semble l'orientation de PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE qui, citant GUNDLING, LEYSER ET GROCIO, admettait l'imputation à *universitas* de faits seul perpétrés par ses représentants (sur la base qu'elle aussi était une personne physique et était assujettie aux lois de la ville). En tous cas, il faut avoir présent que ce même Auteur concluait le traitement de la question par l'affirmation: «*quod ex Ulpiano dicitur in l. 160. § 1, de reg. jur.: Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem, in causis tantum civilibus locum habet*» (*Institutionum Juris Criminalis Lusitani*, Tit. I, § VIII. Cfr., de la 5^e éd., Coimbra: *Imprensa da Universidade*, 1860, p. 18).

² Cfr., par exemple, BASILIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, *Lições de Direito Criminal Portuguez*, Coimbra: *Imprensa da Universidade*, 1861, pp. 79 et ss., qui critiquait la doctrine de Mello Freire au motif qu'il serait seul d'admettre comme crime le fait commis «avec moralité» et qui, en conséquence, pouvait être imputé à l'agent, en plus de la considérer «absurde» et de mettre en cause son origine dans le Droit roman.

consacré tant dans le Code pénal de 1852³, que dans le Code pénal de 1886^{4,5}, bien qu'en des termes moins expressifs de ce qui était initialement prévu⁶.

2. L'évolution de la question sous l'empire du Code pénal de 1886

Pendant la période de vie presque séculaire du Code pénal de 1886, la doctrine portugaise se prononça quasi unanimement pour le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales⁷. Une seule voix,

³ Art. 22: «Seul peuvent être criminels les individus qui ont l'intelligence et liberté nécessaires».

⁴ Art. 26: «Seul peuvent être criminels les individus qui ont l'intelligence et liberté nécessaires».

⁵ En vue de justifier l'exclusion de la responsabilité pénale des personnes morales, la doctrine viendrait aussi à invoquer le principe de la personnalité des peines consacré soit par les successives Constitutions (Constitution de 1822, art. 11; Charte Constitutionnelle de 1826, art. 145 § 19; Constitution de 1838, art. 22; Constitution de 1911, art. 3, par. 23; Constitution de 1933, art. 8, par. 12; Constitution de 1976, art. 30, par. 3), soit par les articles 102 du Code de 1852 et 123 (art. 113 après la réforme de 1972) du Code de 1886, libellé comme suit: «Les peines ne passeront en aucun cas de la personne du délinquant».

⁶ Plus précisément, par la main de LEVI MARIA JORDÃO, dans le projet de Code pénal de 1861, dont l'art. 26 disait le suivant: «Seul l'homme peut être un agent responsable; la responsabilité de toute infraction est individuelle; et sur celle où prennent part des membres de n'importe quelle corporation, société ou association, elle tombe exclusivement sur chacun de ceux ayant pris part au fait, sauf le droit de dissolution qui incombe au gouvernement aux termes de la loi» (cfr. *Código Penal Portuguez*, Tome II – *Projecto da Comissão*, Lisboa: *Imprensa Nacional*, 1861, p. 9).

⁷ En ce sens, cfr. CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal Português*, vol. I, Coimbra: F. França Amado, Editeur, 1911, pp. 218 et ss.; BELEZA DOS SANTOS, *Elementos de Direito Penal*, col. par A. Marques et M. Moutinho, Coimbra: Livraria Neves, 1926, p. 22; IDEM, *Direito Criminal*, col. par H. Marques, Coimbra: Coimbra Ed., 1936, pp. 325 et ss.; IDEM, «Dúvidas de processo e de direito criminal a que dá lugar o Decreto nº 29:034» in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, année 73 (1940-1941), p. 292; IDEM, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, Coimbra: Atlântida Editora, 1968, pp. 106 et ss.; MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito Penal*, Lisboa, 1939, p. 176; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, Lisboa: FDUL, 1940-1941, p. 152; IDEM, *Direito Penal Português. Parte Geral*, 1, 2^e éd., Lisboa/S. Paulo: Verbo, 1982, p. 261; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, col. par P. Coelho et R. Coutinho, Coimbra: Atlântida, 1949, pp. 222 et ss.; IDEM (avec la collaboration de FIGUEIREDO DIAS) *Direito Criminal*, 1, Coimbra: Almedina, 1963, pp. 234 et 235; IDEM, «Introdução ao Direito Penal Económico» in *Revista de Direito e Economia*, 3 (1977), pp. 19 et ss.; GOMES DA SILVA, *Direito Penal*, col. par F. Rocha, Lisboa: AAFDL, 1959, p. 47; CORREIA AREZ, «Da responsabilidade penal das pessoas colectivas», in *Scientia Iuridica*, XI (1962), nº 60, pp. 529 et ss.; RUI VIEIRA MILLER, *Infracções antieconómicas*, Coimbra, Almedina, 1965, p. 16; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Coimbra, 1976, p. 141; LOPES ROCHA, «Irresponsabilidade pénale des personnes morales. Responsabilité pénale du fait d'autrui», in *Boletim do Ministério da Justiça*, (BMJ), nº 276 (1978), pp. 5 et ss.; TERESA BELEZA, *Direito Penal*, II, Lisboa, AAFDL, 1979-80, p. 123; CASTRO E SOUSA, *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, Coimbra Editora, pp. 111 et ss.

fondée sur la théorie organiciste ou la volonté réelle des personnes morales, se fit entendre en sens contraire et seulement *de jure constituendo*⁸.

En plus d'autres fondements (gravité du crime par rapport aux fins – licites – en raison desquelles la personne morale est reconnue⁹, l'impossibilité d'individualisation de la peine, dans le sens de l'ajuster à la personnalité de l'agent¹⁰, le fait que, si l'on n'ajoutait pas à la responsabilité des collectivités la responsabilité individuelle des vrais agents coupables, il pourrait arriver que ce serait précisément les coupables¹¹ ceux qui demeureraient impunis et que, si l'on punissait les agents et la personne morale, ceux-là seraient punis deux fois, en violation du principe *ne bis in idem*¹²), cette position était ancrée sur le principe de la culpabilité ou sur l'incapacité de culpabilité¹³ ou, dès lors, d'agir¹⁴ de la personne morale, considérée en elle-même ou mise en corrélation avec les finalités reconnues

⁸ SIMÕES DE CARVALHO, «*A responsabilidade penal das pessoas colectivas*», in *Justiça Portuguesa*, année 4 (1937), pp. 97 et ss.. Le fondement dont il est parti l'a mené à écarter cohérentement la responsabilité personnelle de ceux agissant en la qualité d'organes ou représentants de la personne morale (nº 45, p. 132 et nº 71, p. 174).

⁹ CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, pp. 217 et 218.

¹⁰ BELEZA DOS SANTOS, *Direito criminal, cit.*, p. 326.

¹¹ BELEZA DOS SANTOS, «*Dívidas ...*», *cit.*, p. 212, note (1).

¹² CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 121 et ss.

¹³ En ce sens, cfr. CAEIRO DA MATTA, *op. cit.*, p. 218 (ceci semble être le sens des mots de l'Auteur dans le cadre de sa conception); BELEZA DOS SANTOS, *Direito Criminal, cit.*, pp. 324 et 326; IDEM, «*Dívidas ...*» *cit.*, p. 291 et note (1); CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições ... (1940-41) cit.*, p. 152; VIEIRA MILLER, *op. cit.*, p. 16; EDUARDO CORREIA, «*Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*», in *Boletim da Faculdade de Direito (BFDC)*, Coimbra: Université de Coimbra, vol. XLIX (1973), p. 262; FARIA COSTA, «*Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no Direito Penal Português*», in AA. VV., *Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro*, (BFDC), 1963, p. 391, note (47).

¹⁴ EDUARDO CORREIA, en dernier in *Direito Criminal* (1963), I, *cit.*, p. 234 et note (1); CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 112 et ss., en admettant toutefois que bien aussi du côté de la culpabilité la responsabilité criminelle des personnes morales serait exclue (p. 114, note (7)). La divergence entre fonder l'irresponsabilité sur l'incapacité pour agir ou, au contraire, sur l'incapacité de culpabilité est surtout tributaire des options prises, nommément des options prises dans le cadre de l'examen de l'infraction et système de Droit pénal.

aux peines¹⁵, et bien aussi sur l'injustice (voire l'absurde¹⁶) qu'une telle responsabilité traduirait puisque atteignant à la fois innocents et coupables¹⁷. Moins fréquemment, il est aussi invoqué le caractère personnel de la responsabilité pénale¹⁸. À l'objection que même en ce qui concerne la responsabilité pénale individuelle, plusieurs personnes (famille, créanciers, employés, héritiers, etc.) subiraient elles aussi les effets de la peine appliquée à une personne morale, on répond qu'il ne s'agit-là que des effets *indirects* et inévitables de la condamnation pénale appliquée à une personne, tandis que dans l'application d'une peine à une personne morale l'effet *direct, immédiat*, tomberait sur tous ses membres et non seulement sur ceux ayant commis l'infraction, ce à quoi précisément s'opposait le principe de la personnalité des peines¹⁹.

On ne pourrait dire autant de l'applicabilité de mesures de sûreté ou, *in genere*, de caractère préventif qui était admise par une grande partie de la doctrine²⁰, malgré que, çà et là, lorsqu'on essayait un approche plus développé de la question, des difficultés se posaient en résultat de l'exigence,

¹⁵ On nie que la punition des personnes morales puisse atteindre une finalité (éthico-) rétributive ou une finalité de prévention spéciale (EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* (1963), I, *cit.*, p. 235; dans le même sens, mais niant en outre la fonction de prévention générale en vertu d'être exclue la condition de la pratique d'un fait important tant du point de vue éthique que juridique, CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 115 et ss.). Même ceux qui reconnaissent aux peines une fonction simplement préventive (générale et spéciale), nient une justification à l'application de peines sous le point de vue de la prévention spéciale; BELEZA DOS SANTOS, *Elementos ...*, *cit.*, p. 22; *IDEM*, *Direito Criminal*, *cit.*, p. 325).

¹⁶ BELEZA DOS SANTOS, *Elementos ...*, *cit.*, *loc. cit.*

¹⁷ BELEZA DOS SANTOS, *Elementos ...*, *cit.*, p. 22; *IDEM*, *Direito Criminal*, *cit.*, p. 325; *IDEM*, «*Dívidas ...*», *cit.*, p. 292; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* (1949), *cit.*, p. 223; CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 116 et ss.

¹⁸ GOMES DA SILVA, *op. cit.*, p. 47; EDUARDO CORREIA, *apud* CORREAAREZ, *op. cit.*, pp. 524 et ss.; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, II, Lisboa, 1961, p. 143; CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 118 et ss.

¹⁹ CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 118 et 119. Dans le même sens, à propos de la portée exacte du principe de la personnalité des peines, tout en faisant la distinction entre effets juridiques et conséquences de fait, cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, II, Lisboa/S. Paulo, 1982, p. 315.

²⁰ En ce sens, BELEZA DOS SANTOS, *Direito Criminal*, *cit.*, p. 326; *IDEM*, *Ensaio ...*, *cit.*, p. 107 et note (1); MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, p. 176; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições ...* (1941) *cit.*, p. 152; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* (1963), I, *cit.*, p. 235; *IDEM*, «*Introdução ao Direito Penal Económico*», *cit.*, p. 20 et note (70); CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 122 et ss.

soit du caractère personnel des mesures en cause²¹, soit d'une action comme condition de leur application²².

Ce qu'on vient de dire ne signifie pourtant pas que la doctrine tendait à refuser, d'emblée, de la légitimité aux dispositions qui ont surgi dans la législation pénale diverse, surtout en matière d'infractions économiques, financières et fiscales, depuis le deuxième quart de ce siècle, en vue de rendre les personnes morales solidairement ou subsidiairement responsables du paiement d'amendes appliquées à leurs organes, représentants ou employés, mais aussi, dans certains cas, de leur appliquer des amendes ou mesures telles que l'interdiction de l'exercice de la profession (et, par voie de conséquence, la de l'établissement commercial)²³.

A vrai dire, l'accueil de ces réformes par la doctrine n'a pas été homogène. Au-delà des critiques qui ont été faites à certaines dispositions de cette dernière espèce²⁴, on peut identifier deux formes fondamentales de corrélation entre les principes généralement reconnus et ces réformes législatives.

Part de la doctrine a maintenu le caractère absolue à l'affirmation du principe, position permise dès lors par la nature civile reconnue à la responsabilité pour le paiement de l'amende appliquée aux représentants et employés²⁵, mais encore par la non reconnaissance de la nature de peine,

²¹ Ainsi, CAVALEIRO DE FERREIRA critique l'applicabilité de la mesure de sûreté qui interdit l'exercice de la profession aux personnes morales, dans la mesure où elle entraînait, en face de la loi sur les infractions anti-économiques et contre la santé publique, la fermeture de l'établissement (*Direito Penal*, II (1961), *cit.*, pp. 142 et 143).

²² Cfr., par exemple, CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 125 et ss.

²³ CORREA AREZ, présente une énumération (*op. cit.*, pp. 511 et ss.) qui doit toutefois être soigneusement analysée une fois que ni tous les cas mentionnés concernent la punition de personnes morales mais tout seulement la punition personnelle des représentants ou employés. On peut trouver une liste plus détaillée et accompagnée d'une analyse critique chez CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, p. 166 (concernant la période antérieure à 1972) et pp. 221 et ss. (pour la période ultérieure).

²⁴ Cfr., par exemple, BELEZA DOS SANTOS, «*Dívidas ...*», *cit.*, p. 292; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, II (1961), *cit.*, p. 143; CASTRO E SOUSA va plus loin lorsqu'il considère inconstitutionnels, puisque portant atteinte au principe constitutionnel de l'intransmissibilité des peines, tous les cas prévus par la loi ordinaire qui ne concernaient ni des mesures de sûreté, ni des «*contra-ordenações*» (ou illicite de «*mera ordenação social*»), ni étaient des cas de pure responsabilité civile, CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 163 et ss. et tout particulièrement p. 166, note (8), et pp. 178 et 179.

²⁵ En ce sens, cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, II (1961), *cit.*, pp. 143 et 144; CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 166 et ss.

soit aux amendes non convertibles en prison²⁶ (ou, corrélativement, par la non reconnaissance de nature pénale aux infractions en cause²⁷), soit à d'autres mesures légalement prévues²⁸.

Cependant, une autre partie viendrait à admettre la possibilité pour le législateur, lorsque l'établissement et la punition des agents s'avérait trop difficile et, en tout cas, que le besoin de punir se faisait sentir, de sacrifier la justice à l'utilité et de responsabiliser la personne morale²⁹. En dehors de ces cas, il s'agissait en général d'une responsabilité pour le paiement de l'amende appliquée à autrui, orientée par ce qui fut qualifié de «critère fiscal» de garantie de paiement effectif de peines pécuniaires³⁰.

Cette question subirait encore une autre évolution sous l'empire du Code de 1886, lors de la diffusion, sous l'influence de la doctrine allemande relative à l'autonomie des *Ordnungswidrigkeiten*³¹, de l'opinion selon laquelle une partie des infractions qualifiées de pénales au regard du système de l'antérieure législation pénale portugaise, ne constitueraient pas de véritables infractions pénales et, par conséquent, les sanctions s'ensuivant n'auraient pas non plus la nature de véritables peines. De pair avec l'admission du jugement de ce type d'infractions, non pas par des tribunaux, mais par des autorités administratives – «véritable point de départ»³² de la doctrine en cause – une conséquence importante de cette autonomisation serait précisément l'admission de la responsabilité des personnes morales,

²⁶ En ce sens, cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições ...* (1940-41), cit., p. 152. Par contre, in *Direito Penal Português* la position de l'Auteur n'est pas aussi claire. Quand il aborde directement la question il ne réfère aucune restriction (col. I, cit., p. 261), à ce qu'il faut ajouter en outre la qualification des contraventions et «*contra-ordenações*» comme des infractions pénales (*ibidem*, pp. 15 et ss. et 213 et ss.). Cfr., cependant, la doctrine exposée à propos de la peine d'amende in vol. II, cit., pp. 330 et ss.

²⁷ En ce sens, CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 170 et ss.

²⁸ En ce sens, CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, p. 161.

²⁹ BELEZA DOS SANTOS, *Direito Criminal*, cit., p. 326; IDEM, «*Dividas ...*», cit., p. 222; IDEM, *Ensaio ...*, cit., pp. 106 et 107; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* (1949), cit., p. 223; CORREA AREZ, *op. cit.*, pp. 529 et ss.

³⁰ LOPES ROCHA, «*Irresponsabilité ...*», cit., p. 7.

³¹ A propos de l'évolution de la matière dans la législation et doctrine nationales, cfr. MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações*, Lisboa, UCP, 1984, *passim* (=, mais complété par une clause additionnelle, in SJ, XXXVI (1986), pp. 59 et ss. qui, du fait d'être ultérieure, on citera dorénavant).

³² EDUARDO CORREIA, «*Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*», cit., p. 270.

rendue possible par la neutralité ou relative indifférence éthico-juridique tant du fait illicite, que de la sanction qui lui correspondait³³.

3. De la réforme pénale de 1982 à nos jours

I. Telle était la situation à l'époque de la réforme pénale de 1982 (année de publication non seulement du Code pénal en vigueur, mais aussi du Décret-loi n° 433/82, du 27 octobre, contenant le régime général de ce qu'on appelle de «*contra-ordenações*»³⁴), raison pour laquelle ses termes ne sont pas surprenants.

D'une part, les travaux préparatoires sont venus réaffirmer, soit le principe de la responsabilité individuelle ou personnelle de la responsabilité pénale, soit son caractère non absolu, intangible ou illimité³⁵. De là que, tout en reconnaissant que la prévision par le Code pénal de la responsabilisation de celui qui agit au nom d'autrui (art. 12)³⁶, plaçait déjà

³³ En ce sens, cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I (1963), *cit.*, pp. 28 et ss. et 235; *IDEM*, «*Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*», *cit.*, *passim* et en particulier pp. 272 et ss. (cfr., toutefois, MIGUEL PEDROSA MACHADO, «*Elementos ...*», *cit.*, p. 75); *IDEM*, «*Introdução ao Direito Penal Económico*», *cit.*, p. 20; FARIA COSTA, «*Breves Reflexões sobre o Decreto-Lei n° 207-B/75 e o direito penal económico*», in RDE, 2 (1976), p. 42 (si l'on a bien compris les mots de l'Auteur); *IDEM*, «*Aspectos ...*», *cit.*, pp. 394 et ss., CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 136 et ss.

³⁴ Terme choisi pour désigner ce type différencié de faits illicites. CAVALEIRO DE FERREIRA lui préfère, toutefois, l'expression «*transgressions de l'ordre*» (*Lições de Direito Penal. Parte Geral. I, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 1992, p. 107).

³⁵ Cfr. EDUARDO CORREIA, *Código Penal. Projecto da Parte Geral* (art. 8 et 104), in BMJ, n° 127 (1963), p. 73; *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, in BMJ, n° 142 (1965), pp. 151 et ss. et n° 150, pp. 80 et ss.; Avis de la Chambre Corporative n° 54/X, in *Actas da Câmara Corporativa*, X (1973), n° 174, pp. 2667 et ss. (cfr., cependant, le vote des dissidents, p. 2709, d'où ressort celui de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ). Il faut aussi noter que le Projet de Code Pénal est interprété par FREDERICO ISASCA comme seul admettant l'application aux personnes morales de mesures de sûreté (*A responsabilidade civil e criminal das pessoas colectivas (conteúdo da ilicitude)*, Lisboa, AAFDL, 1988, pp. 20 et 21).

³⁶ Libellé comme suit: «*Action au nom d'autrui. 1. Est punissable celui qui agit volontairement comme titulaire des organes d'une personne morale, d'une société ou simple association de fait, ou bien comme représentant légal ou volontaire d'un tiers, même si le type respectif d'infraction exige: a) des éléments personnels spécifiques et qu'ils ne se présentent que chez le représenté; b) que l'auteur ait commis l'acte dans son propre intérêt et que le représentant ait agi dans l'intérêt du représenté. 2. L'inefficacité de l'acte qui est le fondement de la représentation ne porte pas atteinte à l'application des dispositions du paragraphe précédent.*»

«sous la tutelle du droit pénal» «une large partie de la criminalité qui se loge chez les personnes morales et s'en sert³⁷, et tout en déclarant que la règle de la responsabilité criminelle des personnes physiques est un «corollaire du principe de la culpabilité»³⁸ – dont le niveau constitutionnel est, d'autre part, accepté³⁹ – on n'a pas laissé de prévoir «la possibilité pour la loi d'ouvrir des exceptions, en des cas justifiés, touchant à la responsabilité criminelle des personnes morales»⁴⁰.

Ainsi, sous le titre *responsabilité personnelle*, dispose aujourd'hui l'article 11 du Code pénal: «sauf disposition contraire, seul les personnes physiques sont susceptibles de responsabilité criminelle».

D'autre part, le régime général des «*contra-ordenações*», établirait, sous le titre *de la responsabilité des personnes morales ou assimilées*, que les «*coimas*»⁴¹ peuvent être appliquées tant aux personnes physiques, qu'aux personnes morales, ainsi qu'aux associations sans la personnalité juridique (art. 7, par. 1 du Décret-loi n° 433/82), et ajoutait au par. 2 que «les personnes morales ou assimilées seront responsables des «*contra-ordenações*» commises par leurs organes dans l'exercice de leurs fonctions»⁴².

Pour terminer ce bref exposé sur l'évolution de la situation ordinaire en la matière, il y a lieu de dire que la réforme de la législation extravagante qui peu à peu vient à s'opérer (dictée, dans une large mesure, par le besoin de procéder à la dénommée «conversion» des contraventions en «*contra-*

³⁷ Préambule du Code pénal, II, n° 15.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ En ce sens, cfr. FIGUEIREDO DIAS, «*Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente*», in RDE, 4 (1978), p. 17 et note (33); *IDEM*, «*Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*», in RLJ, année 117 (1984-1985), p. 49 et note (107) (= in *Direito e Justiça*, IV (1989-1990) – qui, du fait d'être ultérieur, on citera dorénavant), p. 45 et note (107) et, finalement, in *Direito Penal Português. Parte Geral. II. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Æquitas, Editorial Notícias, 1993, p. 73; SOUSA BRITO, «*A lei penal na Constituição*», in AA. VV., *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa: Petrony, 1978, pp. 199 et ss.; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, I, *cit.*, p. 94.

⁴⁰ Préambule du Code pénal, II, n° 15.

⁴¹ Terme choisi pour désigner les sanctions pécuniaires applicables en raison de la perpétration de «*contra-ordenações*».

⁴² Il faut dire encore que l'art. 17 du même texte établit les limites maximales différentes pour les «*coimas*» appliquées aux personnes physiques et aux personnes morales.

-ordenações») donne lieu à des dispositions qui, à quelques variations près, tendent à obéir à un modèle plus ou moins uniforme qui, entre autres, passe par la distinction (et éventuellement le cumul) entre responsabilité de la personne ou entité morale pour l'infraction et la responsabilité pour le paiement de l'amende ou «coima» appliquée aux personnes de leurs organes, représentants ou agents.

II. La clarification et étendue de la responsabilité pénale des personnes morales qui se sont ainsi produites jusqu'à présent dans la législation ordinaire ne signifie aucunement que le problème puisse être considéré comme doctrinairement résolu.

Part de la doctrine a adopté une position contraire au sens de la réforme ou, du moins, l'a interprétée d'une façon restrictive, excluant l'applicabilité de peines⁴³.

De cette orientation ressort la position de Cavaleiro de Ferreira, lorsqu'il adresse une critique sévère à l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales.

Le point de départ est la position assumée par rapport à la culpabilité, aspect où il importe de signaler que l'Auteur attire l'attention sur les dangers que la conception normative de la culpabilité a traîné avec soi: c'est

⁴³ Au-delà de CAVALEIRO DE FERREIRA, dont la position on exposera ci-après plus en détail, cfr. SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 390, qui qualifie cette solution «d'aberrante»; FREDERICO ISASCA, à son tour, interprète le Code Pénal en ce sens qu'aux personnes morales ne peuvent s'appliquer que des mesures de sûreté, en justifiant cette interprétation non seulement par un argument historique retiré des travaux préparatoires (op. cit., pp. 20 et 21) mais aussi de la non applicabilité de peines aux personnes morales, résultat, tant de l'impossibilité d'ordre pratique, que de son inefficacité, eu égard aux buts préventifs visés (*ibidem*, pp. 59 et ss.); MIGUEL PEDROSA MACHADO, qui qualifie de solution «formaliste» «l'avis selon lequel il y a responsabilité pénale (et, par conséquent, fait illicite et, par conséquent, culpabilité, dans les formes typiques auxquelles se rapporte le Code pénal, art. 13 et ss.) des personnes morales» («*Alguns aspectos do processo legislativo em matéria de infracções contra o ambiente*», finalement in *Temas de legislação penal especial*, Lisboa, Ed. Cosmos, 1992, p. 125. Il est aussi à signaler que, en ce qui concerne les «contra-ordenações», ce même Auteur fait remarquer qu'il s'agit d'une responsabilité de toute personne morale en raison d'une culpabilité qui est, et seul peut être, individuelle et attire l'attention sur la question qui se pose de savoir comment fait-on la distinction entre le dol et la négligence lorsqu'il s'agit de personnes morales (cfr. «*Elementos ...*», cit., p. 125 et «*Anteprojecto de revisão do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (lei quadro do ilícito de mera ordenação social), nos limites da Lei n.º 4/89, de 3 de Março*» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2 (1992), p. 305).

que – écrit-il – «en soulignant le jugement de réprobation ou de blâme, comme élément essentiel ou déterminant de la culpabilité, la conception normative a fréquemment tombé dans une oblitération d'une culpabilité réelle, reconnue par le droit – du fait de méconnaître son soustrait justificatif – en vue de permettre, en tant que jugement législatif, la définition de culpabilité en fonction de la responsabilité. Or, ce n'est pas la responsabilité qui sert de fondement à la culpabilité, mais la culpabilité qui sert de fondement à la responsabilité. Et ce n'est pas le législateur qui peut remplir, à son gré, le contenu de la culpabilité matérielle, car il doit reconnaître une réalité ontologique qui le dépasse. Il en est de même, d'ailleurs, des droits fondamentaux de l'homme, lesquels le droit ne peut ni octroyer ni refuser à son gré, mais plutôt reconnaître ou «déclarer»⁴⁴.

On croit que cette base explique la position assumée à l'égard de la question en analyse: «l'extension du concept de personnalité à des sociétés, associations, fondations, etc., est le remplacement d'un concept de substance par un simple concept de qualification aux fins de l'imputation par la loi de droits et devoirs; ce n'est pas la création d'une personne qui ontologiquement seul l'homme l'est. La responsabilité pénale de personnes morales est une responsabilité sans culpabilité – sans imputabilité, sans dol ou négligence – sans conscience de l'illélicité. Les intérêts de la prévention générale de la criminalité ne peuvent sous-estimer la validité du principe de la culpabilité»⁴⁵.

Il faut souligner que sa pensée ne se modifie pas substantiellement différent au regard des «*contra-ordenações*» ou transgressions de l'ordre (comme il résulte d'ailleurs du fait qu'il nie une distinction essentielle entre crimes et «*contra-ordenações*» ainsi qu'entre les sanctions leur correspondant⁴⁶), par rapport auxquelles il seul admet la responsabilité civile pour le montant des «*coimas*» applicables⁴⁷.

⁴⁴ *Lições ...*, I (1992), *cit.*, pp. 267 et 268. Cfr. aussi p. 114.

⁴⁵ *Lições ...*, I (1992) *cit.*, pp. 267-268.

⁴⁶ *Lições ...*, I (1992) *cit.*, pp. 107 et ss.. Raison pour laquelle il questionne la légitimité constitutionnelle de l'application des sanctions pécuniaires par l'administration, en vertu du principe, tenu pour la «seule garantie réelle de l'Etat de Droit», de la réserve de juridiction aux tribunaux (pp. 114 et ss. et 58 et ss.). En ce sens, cfr. aussi MIGUEL PEDROSA MACHADO, «*Elementos ...*», *cit.*, pp. 113 et ss.

⁴⁷ *Lições ...*, I (1992), *cit.*, p. 122.

III. Même parmi les Auteurs qui ont bien accueilli ces réformes législatives⁴⁸, on ne saurait considérer surmontés les doutes et difficultés que l'admission de la responsabilité des personnes morales soulève.

En fait, l'admission pure et simple du besoin pratique de la responsabilité pénale de la personne morale (pour des motifs d'où ressortent les difficultés de preuve) n'a pas été considéré jusqu'ici, même selon cette orientation, suffisante à l'admettre ou justifier⁴⁹, étant par contre reconnu le besoin d'un effort théorique dans le sens de parvenir à une thèse dogmatique propre à légitimer ou fonder matériellement cette responsabilité⁵⁰ ou, tout au moins, dans le sens de déterminer dans quelle mesure peuvent s'écarter les objections soulevées au mépris du principe *societas delinquere non potest*⁵¹. En d'autres mots, il s'agit, du point de vue dogmatique, d'essayer d'ouvrir à l'admission de la responsabilité des personnes morales une voie jugée indispensable, une fois qu'il est certain que dans le droit portugais en

⁴⁸ Cfr. EDUARDO CORREIA, «*As grandes linhas da reforma penal*», in AA. VV., *Para uma nova Justiça Penal*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 17; IDEM, «*As grandes linhas da reforma penal*», in AA. VV., *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Phase I, Lisboa: Centre d'Etudes Judiciaires, 1983, p. 25; IDEM, «*Notas críticas à penalização de actividades económicas*», in RLJ, année 117 (1984-1985), p. 362; FIGUEIREDO DIAS, «*Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa*», in AA. VV., *Jornadas ...*, cit., pp. 50 et ss.; IDEM, «*Para uma dogmática ...*», cit., p. 50, note (125); COSTA ANDRADE, «*O novo Código Penal e a Moderna Criminologia*», in AA. VV., *Jornadas ...*, cit., p. 218; LOPES ROCHA, «*O novo Código Penal Português. Algumas questões de política criminal*», in BMJ, n° 322 (1983), pp. 43 et ss.; IDEM, «*A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas*», in AA. VV., *Direito Penal Económico*, Lisboa: Centre d'Etudes Judiciaires, 1985, pp. 109 et ss., *passim* et en particulier pp. 110 et ss. et 174 et ss.; FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 450 et 451.

⁴⁹ En ce sens, cfr. FARIA COSTA, «*A responsabilidade juridico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)*», in RPCC, 2 (1992); IDEM, «*Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuridiche*», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, année XXXVI (1993), pp. 1252 et ss.; PAULO DE SOUSA MENDES, «*Responsabilidade criminal das sociedades comerciais*», in *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, 2 (1993), p. 162. Dans un sens contraire, si bien que, comme le signale FARIA COSTA, en inversant subtilement, par la forme interrogative, la signification de l'argumentation en sens contraire («*Contributo ...*»), cit., p. 1254, note (56), cfr. LOPES ROCHA, «*A responsabilidade das pessoas colectivas ...*», cit., pp. 174 et ss. et, en particulier, 182.

⁵⁰ FARIA COSTA, et «*Contributo ...*», cit., pp. 1254 et ss..

⁵¹ PAULO DE SOUSA MENDES, *op. cit.*, p. 162.

vigueur sont consacrées des hypothèses de responsabilisation pénale de personnes morales⁵².

IV. Dans cet effort, on relève la doctrine de FIGUEIREDO DIAS qui part, de prime abord, de la distinction entre Droit pénal classique ou de justice (dont les biens juridiques rattacherait au développement de la personnalité de chaque homme en tant que tel, étant des concrétisations des droits, libertés et garanties) et le Droit pénal secondaire ou administratif (dont les biens juridiques rapporteraient aux agissements de la personnalité de l'homme en tant que phénomène social, étant des concrétisations des valeurs liées aux droits sociaux et à l'organisation économique)⁵³.

Cette racine du Droit pénal secondaire dans la justice sociale⁵⁴, dans le versant social (en contraposition au libéral) de l'Etat de Droit justifierait des détours plus ou moins importants du régime général du Droit pénal classique, dont serait précisément l'exemple l'admission de la responsabilité des personnes morales⁵⁵, étant donc convenable, non seulement de la tenir en dehors du Code pénal⁵⁶, mais aussi de réunir les dits détours dans un texte (loi-cadre) autre que le Code pénal en soi⁵⁷.

Et c'est partant exclusivement au domaine du Droit pénal secondaire que la question se pose, car au Droit pénal classique la maxime de la responsabilité individuelle doit prévaloir sans limitations⁵⁸.

Le point de départ de l'Auteur est le caractère indispensable politico-criminel de la punition des personnes morales⁵⁹ et bien aussi la mise en

⁵² FIGUEIREDO DIAS, «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, p. 50, note (125).

⁵³ FIGUEIREDO DIAS, «*Os novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do futuro*», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 43 (1983), pp. 17 et ss. et, pour plus de détail, *IDEM*, «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, pp. 36 à 40.

⁵⁴ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, p. 35.

⁵⁵ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, pp. 48 et ss. et 57.

⁵⁶ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, p. 55.

⁵⁷ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, pp. 55 et ss.

⁵⁸ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, p. 50.

⁵⁹ La responsabilité de celui qui agit au nom d'autrui (donc, de celui qui agit comme titulaire des organes d'une personne morale) ne rendrait pas dispensable la responsabilité directe de la personne morale, pour un double ordre de raisons. L'une, «lorsque les atteintes les plus graves et fréquentes aux valeurs protégées par le droit pénal secondaire proviennent, dans beaucoup de domaines, non pas de personnes individuelles, mais collectifs, l'irresponsabilité

considération du principe du caractère individuel de la responsabilité pénale, non pas comme un principe ontique, inscrit dans la nature des choses et préalablement imposé au législateur – cas où la réserve prévue par l'article 11 du Code pénal ne saurait se comprendre –, mais plutôt comme une simple option normative du même législateur⁶⁰.

Or, écrit l'Auteur, «*si dans le cadre politico-criminel, on conclut par un fort intérêt, voire même un besoin impérieux de responsabilisation des personnes morales en droit pénal secondaire, je ne vois donc aucune raison dogmatique de principe pour qu'elles ne soient pas considérées des agents possibles des types-d'illicite respectifs*»⁶¹.

Et de la sorte l'Auteur, par le biais d'un processus de pensée (philosophique⁶²) d'analogie à l'égard des principes du Droit pénal classique⁶³, admet comme viable et adéquat la considération des personnes morales comme capables d'action et de culpabilité juridico-pénales⁶⁴.

À cet effet, et en ce qui touche à l'action, il rejette la thèse contraire, comme seul pouvant se fonder dans une «ontologification et autonomisation inadmissibles» du concept, en rappelant que «peuvent lui être faites par le type-d'illicite des exigences normatives le conformant comme une unité de sens social».

Mais également par rapport à la culpabilité il affirme que non plus lui paraît impensable de voir que les personnes morales soient destinataires du jugement de blâme que la *culpabilité* traduit⁶⁵. Et il explique: «Certes, à l'égard de l'action et de la culpabilité, on vise un «être libre» en tant que

directe de celles-ci signifierait toujours leur accorder un inexplicable traitement privilégié vis-à-vis des premières»; l'autre, «le «transfert» de la responsabilité, appartenant en fait à la personne morale *qua tale*, vers le nom individuel de celui agissant comme un organe ou un représentant à elle, mènerait dans bien des cas – notamment dans les délits économiques des grandes entreprises, v. g. multinationales, à des sphères d'administration très diversifiées d'en résultant une forte répartition de tâches et de compétences – à l'impunité totale, du fait qu'il serait impossible de prouver le lien de causalité entre l'action d'une ou plusieurs personnes individuelles et le préjudice du bien juridique produit au niveau de la personne morale» («*Para uma dogmática ...*», *cit.*, pp. 50-51).

⁶⁰ «*Pressupostos da punição ...*», *cit.*, p. 50.

⁶¹ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, p. 49.

⁶² «*Pressupostos da punição ...*», *cit.*, p. 51.

⁶³ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, p. 50.

⁶⁴ «*Pressupostos da punição ...*», *cit.*, p. 51.

⁶⁵ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, p. 49.

centre éthico-social d'imputation juridico-criminelle qui est celui de l'homme individuel. Mais il ne faut pas oublier que les organisations humaines et sociales sont, comme d'ailleurs l'homme individuel lui-même, «des oeuvres de la liberté» ou des «réalisations de l'être libre»; d'où il paraît acceptable qu'en certains domaines spéciaux bien délimités – d'après ce qu'on pourra appeler, selon MAX MULLER, de *principe de l'identité de la liberté* – à l'homme individuel puissent se substituer, en tant que centres éthico-sociaux d'imputation juridico-pénale, ses oeuvres ou réalisations collectives et, par la suite, les personnes morales, associations, groupements ou corporations où l'être libre s'exprime»⁶⁶.

Et l'Auteur conclut en affirmant que «il reste toujours le problème plus difficile et important: celui de la définition de la capacité des collectivités pour subir des peines et mesures de sûreté et des particularités dont elles doivent se revêtir», par rapport auquel il se borne à attirer l'attention sur l'effort d'imagination et créativité, tel que de ré pondération dogmatique d'importantes questions de la théorie des peines et des mesures de sûreté⁶⁷.

V. Cet effort de motivation dogmatique de la responsabilité pénale des personnes morales ne saurait passer sans répercussion.

Ainsi, FARIA COSTA, toujours dans le domaine du droit pénal secondaire – dont la distinction face au Droit pénal classique et caractérisation respective il accepte, en soulignant l'importance formelle de la décision d'inclure certaines matières dans le Code pénal ou, par contre, en législation extravagante⁶⁸ –, tout en qualifiant la doctrine de Figueiredo Dias comme «l'une des plus accréditées propositions présentées au débat théorique ayant pour but de légitimer la responsabilité pénale des personnes morales»⁶⁹, il remarque que, si «dans l'étude et dans la compréhension juridico-pénale des éléments fondant la dogmatique pénale il est évident que l'on (re)construit

⁶⁶ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, pp. 49-50.

⁶⁷ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, p. 51.

⁶⁸ *O perigo ...*, *cit.*, pp. 450 et ss., où il est affirmé et expliqué «qu'en des termes d'hierarchie évaluative, l'introduction dans le code pénal d'un ou plusieurs types légaux de crime – correspondant à une zone unitaire de matière interdite et d'interdiction – traîne avec soi une valeur accrue non seulement au niveau du symbole, mais fondamentalement dans la correspondance de son traitement dogmatique» (p. 450).

⁶⁹ «*Contributo ...*», *cit.*, p. 1254.

des notions», «tout réside dans la détermination des limites dans lesquelles cette réadaptation est possible», une question qu'il laisse en ouvert⁷⁰.

Il ne laisse toutefois pas de soutenir que la légitimité de la responsabilité pénale des personnes morales doit, en dernière analyse, se fonder sur la rationalité matérielle des positions contraires⁷¹, à partir de la responsabilité du mineur pour les faits commis par son représentant légal.

L'Auteur assume comme point de départ insurmontable l'impossibilité pour le mineur d'être responsabilisé pour les actes commis par son représentant, bien qu'à son nom et profit⁷².

Cette impossibilité n'est toutefois pas assumée comme argument (de position parallèle ou analogue) contre la responsabilité de la personne morale⁷³, mais plutôt comme un argument (de position contraire) en sa faveur puisque, si le représentant du mineur n'ajoutait rigoureusement rien à la structure (réelle, véritable) du mineur de et pour agir de façon juridiquement relevante, en des termes de centre d'imputation pénalement pertinente, il se produirait le contraire par rapport à la personne morale. Celle-ci se baserait et puiserait sa raison d'être dans une relation interne avec «l'autre»: seulement à travers l'autre (l'organe ou représentant), qui est aussi un élément structurel de sa nature «construite», la personne morale entrerait dans le discours pénal⁷⁴.

Tandis que là on aurait des relations *ad alterum*, ici on aurait des relations *in altero* et serait précisément cette «symétrie du détour, déterminée et justifiée par les relations *ad alterum* des personnes physiques et par les relations *in altero* des personnes morales» qui justifierait les solutions opposées en matière de responsabilité.

Ainsi: «si les personnes morales risquent de vivre à travers leurs organes et représentants, il a du sens de les faire répondre solidairement des amendes et «*coimas*» auxquels ceux-ci soient éventuellement condamnés», et il semble ainsi «légitimé le détour des principes généraux

⁷⁰ *Ibidem*, p. 1256.

⁷¹ *Ibidem*, p. 1257.

⁷² *Ibidem*, p. 1262.

⁷³ D'après le sens donné par CORTES ROSA, «*O problema da aplicabilidade de multas às pessoas colectivas por violação de deveres fiscais*», in *Memoria*, 1967. *II Jornadas Hispano-Luso-Americanas de Estudios Tributarios*, II, Madrid: Asociación Española de Derecho Financiero, 1968, p. 566, *apud*, Faria Costa, «*Contributo ...*», *cit.*, pp. 1261 et ss. et 1252, note (25).

⁷⁴ «*Contributo ...*», *cit.*, pp. 1262-1263.

qu'une telle responsabilité comporte et détermine»⁷⁵. Par contre, rien ne justifierait une pareille solution à l'égard des faits commis par le représentant du mineur, d'où l'Auteur conclut à l'exclusion de ces cas du régime de responsabilité solidaire pour le paiement des amendes, «*coimas*» et indemnités établi par l'article 2 par. 3 du Décret-loi n° 28/84, du 20 janvier⁷⁶.

VI. Cette doctrine a mérité toutefois une critique sévère de la part de PAULO DE SOUSA MENDES qui analyse le problème se bornant, une fois de plus, au domaine du Droit pénal secondaire⁷⁷.

L'Auteur rejette la thèse de Faria Costa lui critiquant le «volontarisme intellectuel». Ce qu'on pourrait réfuter «à juste titre, qu'au moins dans le domaine du droit pénal, si c'est «l'autre» qui sert d'inévitable *persona* à la personne juridique en toutes ses expressions, c'est lui aussi qui doit constituer le centre exclusif d'imputation pénale. En effet, si la personne juridique est dépourvue d'action propre et, par conséquent, est dépourvue aussi de volonté et culpabilité propres, quels attributs de la capacité pour agir qui ne lui appartient pas, alors, à lui reconnaître fictivement cette capacité et ses attributs, l'ordre juridique seul lui permet de développer son activité (objet social) suivant les strictes règles de la légalité. Jamais peut-on dire que les actions délictueuses de «l'autre» sont réalisées dans l'intérêt, également fictif, de la personne juridique. C'est pourquoi ladite «symétrie du détour» ne peut être ancrée sur des raisons éthiques»⁷⁸.

Cette critique reflète dès lors l'attitude tout à fait diverse que l'Auteur assume face à la question de la responsabilité de la personne morale qui est, à vrai dire, plus directe par rapport aux buts visés. De là qu'il ajoute à cette critique: «dans l'hypothèse de l'ordre juridique se décider pour la responsabilité des personnes morales, une telle décision ne saura être compréhensible qu'en fonction d'une rationalité diverse, fondée sur des

⁷⁵ «*Contributo ...*», *cit.*, p. 1263. Il est à noter que l'Auteur borne son analyse à l'art. 2 § 3 du dit Décret-loi, lequel établit la responsabilité solidaire pour le paiement des amendes, «*coimas*» et indemnités, laissant donc de côté la responsabilité de l'entité morale pour le fait qu'établit l'art. 3 du même texte.

⁷⁶ «*Contributo ...*», *cit.*, pp. 1263 et 1264.

⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 154 et 155.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 163-164, note (29).

motifs d'efficacité dissuasive et d'utilité sociale. C'est parce qu'on reconnaît et craint le risque que la personne juridique puisse, dans la pratique, demeurer en soi même un *focus* radiateur de lésions sur des biens juridiques pénalement protégés. Cas contraire, dans l'éventualité d'une punition exclusive de ses représentants, la fongibilité de ceux-ci permettrait que d'autres poursuivent, à sa place, d'identiques stratégies délictueuses»⁷⁹.

Et, sur cette base, sont naturels, soit la manière de poser les questions, soit encore les résultats auxquels il parvient et dont les argumentations traditionnelles en la matière se font toujours écho.

D'un côté, l'Auteur accepte la position parallèle du représentant d'une personne physique démontrant qu'il ne serait jamais possible de fonder ni la capacité d'agir, ni la capacité de culpabilité de la personne morale⁸⁰. Il admettrait ainsi, quant à la première, «le caractère raisonnable de la subversion de la conception traditionnelle de l'infraction, en assumant que la personne morale peut être prise pour une simple cible passive d'un régime punitif pénal, lui étant seul applicable du fait qu'elle peut donner lieu à des lésions insupportables sur des biens juridiques essentiels qui autrement seraient imparables»⁸¹, et quant à la deuxième, lorsque la culpabilité n'est pas un fondement, mais une limite à la punition imposée par la transcendante dignité humaine, et que la personne morale n'est pas un dépositaire de cette dignité, «rien n'empêche sa punition aux buts exclusifs de prévention (générale et spéciale), pourvu que fondée sur un besoin de tutelle de biens juridiques»⁸². Très justement, il finit par formuler la question soulevée par ces observations et qui est celle de savoir «si l'abandon du principe de la culpabilité ne configure-t-il plutôt, au lieu du système de peines, un système de mesures de sûreté applicables à la personne morale»⁸³.

Cependant, le fait qu'il laisse cette question expressément en ouvert ne l'empêche pas d'analyser ensuite la question de savoir si l'application de peines aux personnes morales n'entraînerait-elle un «châtiment des

⁷⁹ *Ibidem*, p. 164, note (29).

⁸⁰ *Ibidem*, p. 64.

⁸¹ *Ibidem*, p. 65.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

innocents»⁸⁴, question à laquelle, de son avis, ne serait pas légitime de répondre par l'affirmative⁸⁵, non parce qu'il assimile la situation aux effets immérités qui, aussi en cas d'application de peines à des personnes morales, en résulteraient pour des tiers⁸⁶, mais sur la base de la *culpa in eligendo* ou de l'assomption volontaire du risque inhérent de ne pas contrôler le comportement des organes sociétaires, moyennant l'acquisition de la qualité d'associé, surtout étant conscient de sa condition d'associé minoritaire⁸⁷.

II

Exposé sommaire du régime établi dans la législation portugaise

1. Note préliminaire

I. Conformément au plan initialement tracé, nous essayerons ensuite un exposé sommaire du régime établi par les dispositions qui, d'intérêt pour la question, sont parues dans la législation ordinaire de relief pour le problème au cours des dernières années.

On débutera l'exposé par le traitement de quelques questions générales et seulement ensuite on se concentrera spécifiquement sur chacun des types de responsabilités prévus dans la loi.

II. L'insuffisance relative de la doctrine sur ces questions – il ne faut pas oublier, outre la nouveauté de la réglementation légale, le mouvement de réforme globale de la législation pénale (générale et spéciale, substantive et procédurale) en cours – nous mène, si l'on veut faire le point de la situation du Droit portugais, à avancer parfois munis uniquement de nos forces limitées. De là le soin qu'il faut avoir dans l'analyse de cette partie du présent rapport qui, en plus de son caractère provisoire, est de nature globalement interrogative.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 165 et ss.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 168.

⁸⁶ «De tels arguments ne doivent pas être accueillis, soit parcequ'ils détachent le système des peines de l'idée de justice, soit parcequ'ils sont fallacieux de par les raisons mêmes de la prétendue analogie. En toute rigueur, les tiers qui subissent les effets de la peine appliquée à la personne physique sont atteints, *accidentellement*, en raison de liens de famille, de travail ou d'autres; mais, les associés subissent les effets de la peine appliquée à la société commerciale du fait d'être associés, soit, *précisément* pour cette raison» (*ibidem*, p. 167).

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 167-168.

2. Aspects généraux

2.1. Les infractions en cause

I. De la législation pénale – ou pour ceux qui acceptent l'autonomie conceptuelle entre crimes et «*contra-ordenações*», dite aussi de *Ordnungswidrigkeiten* – parue au cours des deux dernières décennies et revêtant de l'intérêt pour la question qui nous occupe, on peut relever:

- Le Décret-loi n° 85-C/75, du 26 février, portant approbation de la Loi sur la presse, et qui prévoit: à l'article 34, la responsabilité des «entreprises propriétaires» pour le paiement de «l'amende et de la réparation» auxquelles soient condamnés les auteurs des crimes d'abus de liberté de la presse; aux articles 29 par. 1 et 4, 31 par. 3 et 66 par. 3, la responsabilité des «entreprises journalistiques» pour les faits décrits, punis d'une amende;
- Le Décret-loi n° 28/84, du 20 janvier, portant approbation du régime juridique des infractions antiéconomiques et contre la santé publique, et qui prévoit: à l'article 2 par. 3, la responsabilité solidaire pour le paiement des amendes, «*coimas*», indemnités et autres prestations auxquelles soient condamnés les auteurs des infractions prévues; à l'article 3 par. 1, la responsabilité des «personnes morales, sociétés et simples associations de fait» pour les infractions prévues par ce décret et qui sont des crimes (art. 22 et ss.) et «*contra-ordenações*» (art. 57 et ss.);
- Le Décret-loi n° 376-A/89, du 25 octobre, portant approbation du régime juridique des infractions fiscales douanières, et qui prévoit: à l'article 7, la responsabilité des «personnes morales et entités assimilées» pour les infractions prévues par ce décret et qui sont des crimes (art. 21 ss.) et «*contra-ordenações*» (art. 35 et ss.); à l'article 8 par. 5, la responsabilité solidaire des «personnes morales et entités assimilées» pour le paiement des «amendes, «*coimas*», droits et autres impositions douanières» pour des infractions commises par leurs représentants;
- Le Décret-loi n° 20-A/90, du 15 janvier, portant approbation du régime juridique des infractions fiscales non douanières, et qui prévoit: à l'article 6 par. 3, la responsabilité solidaire des «personnes

morales, sociétés civiles et commerciales, bien qu'irrégulièrement constituées, ou des simples associations de fait» «pour le paiement des amendes ou *«coimas»* auxquelles soient condamnés les auteurs des infractions prévues» par ce décret et qui sont des crimes (art. 23 et ss.) et *«contra-ordenações»* (art. 28 et ss.); à l'article 7, la responsabilité des «personnes morales ou assimilées» pour les crimes prévus;

- La Loi n° 109/91, du 17 août, relative à la criminalité informatique et qu'établit: à l'article 3 par. 4, la responsabilité solidaire des «personnes morales, sociétés et simples associations de fait» pour le paiement des amendes, indemnités et autres prestations auxquelles soient condamnés les auteurs des infractions prévues; à l'article 3 par. 1, la responsabilité des «personnes morales, sociétés et simples associations de fait» pour les crimes prévus dans la loi;
- Le Décret-loi n° 142-A/91, du 10 avril, portant approbation du Code du marché des valeurs mobilières, et lequel établit: à l'article 679, la responsabilité solidaire des «sociétés, d'autres personnes morales et associations sans la personnalité juridique» pour le paiement des *«coimas»* et des frais de justice appliqués aux auteurs; à l'article 677, la responsabilité des «sociétés, d'autres personnes morales et associations sans la personnalité juridique» pour les *«contra-ordenações»* prévues.
- Le Décret-loi n° 454/91, du 28 décembre, portant approbation du régime juridique des chèques sans provision, et lequel établit: à l'article 11 par. 4, la responsabilité civile et solidaire des «personnes morales, sociétés ou simples associations de fait», pour le paiement «d'amendes et indemnités» auxquelles soient condamnés leurs représentants;
- Le Décret-loi n° 298/92, du 31 décembre, portant approbation du régime général des institutions de crédit et sociétés financières, et lequel établit: à l'article 226, la responsabilité solidaire des «personnes morales, bien qu'irrégulièrement constituées, et des associations sans la personnalité juridique» pour le paiement de la *«coima»* à laquelle soient condamnés leurs dirigeants, employés ou représentants; à l'article 203, la responsabilité de ces entités pour les

infractions commises par leurs représentants à leur nom et dans leur intérêt.

II. Cette brève énumération, qui ne s'arroe pas un caractère exhaustif, nous permet dès maintenant de retenir quelques aspects importants.

Tout d'abord, on constate que la législation ordinaire diverse prévoit la responsabilisation des personnes morales et entités assimilées, soit en raison du fait, soit de l'exécution de la sanction appliquée aux auteurs des infractions, aussi bien par rapport aux «*contra-ordenações*» que, dans la plupart des cas, à celles des crimes.

La signification de cette prévision pour ce qui est des «*contra-ordenações*» ou transgressions de l'ordre est contestable, une fois que le régime général des «*contra-ordenações*» semble établir la responsabilité des personnes morales et entités assimilées⁸⁸. De là, quoique, tel qu'on l'a déjà dit, au sens et portée discutables, il faille tenir compte de cette disposition dont il résulte directement une responsabilité des personnes morales et entités assimilées, quelle qu'en soit son espèce.

III. Quant aux infractions expressément qualifiées de crimes, on constate qu'il s'agit de législation dispersée se bornant au domaine délimité jusqu'à présent, bien qu'avec une certaine fluidité, comme Droit pénal secondaire dont, à côté du Droit pénal économique, il faut souligner le Droit pénal tributaire ou fiscal.

IV. Finalement, on vérifie qu'à partir de la réforme pénale de 1982, la définition légale de la responsabilité des personnes morales tend à suivre un modèle basiquement uniforme, ce qui ressort déjà des termes littéraux des dispositions en cause et transparaît clairement de la loi sur les infractions antiéconomiques et contre la santé publique⁸⁹.

⁸⁸ Art. 7 et 17 du Décret-loi n° 433/82. Il est à noter que dans la législation diverse tantôt surgissent des cas de responsabilité pour le fait (comme c'est le cas de l'art. 677 du Code du marché des valeurs mobilières), que de responsabilité pour l'exécution de la sanction à laquelle soient condamnés les auteurs de l'infraction (art. 678 du même décret).

⁸⁹ Décret-loi n° 28/84, dont les termes il convient de reproduire ici: article 2 «*Responsabilité en raison de l'action au nom d'autrui*: Celui qui agit volontairement, comme organe, membre ou représentant d'une personne morale, société, quoiqu'irrégulièrement constituée, ou simple association de fait, ou bien comme représentant légal ou volontaire d'autrui, sera puni même si le type légal du crime ou de la «*contra-ordenação*» exigent: a) Des éléments

2.2. Entités responsables

I. Responsables, d'après les dispositions ci-avant énumérées, sont tout d'abord les personnes morales, où il y a lieu de noter que, dans le cadre du droit privé, sont souvent considérées comme tel non seulement les associations et fondations (article 158 du Code civil), mais aussi les sociétés commerciales, tant de personnes que de capitaux (article 5 du Code des sociétés commerciales), les coopératives (article 2 du Code coopératif), les groupements complémentaires d'entreprises (Loi n° 4/73, du 4 juin, base IV), les associations syndicales (article 10 du Décret-loi 215-B/75, du 30 avril) et les associations patronales (article 7 du Décret-loi 215-B/75, du 30 avril). La doctrine débat, toutefois, la personnalité collective des sociétés civiles (art. 980 et ss. du Code civil).

II. Une autre constatation que l'énumération présentée permet est que, dans le domaine où elle est établie par la loi, la responsabilité des personnes morales en raison, soit du fait, soit de l'exécution de la sanction (et en ce qui concerne à la fois les crimes et les «*contra-ordenações*»), n'atteint pas seulement les personnes morales, soit, les entités à qui est reconnue la personnalité juridique, mais aussi d'autres entités à qui cette qualité n'est pas reconnue.

Il existe toutefois une certaine fluctuation dans la latitude avec laquelle on délimite ces entités ou, du moins, dans la manière dont elles sont littéralement identifiées. Dès fois, on parle de «personnes morales, sociétés et simples associations de fait»; d'autres, de «personnes morales, sociétés,

personnels spécifiques et qu'ils ne se présentent que chez le représenté; b) Que l'agent ait commis le fait dans son propre intérêt et que le représentant ait agi dans l'intérêt du représenté. 2. Ce qui est disposé au par. précédent à l'égard des cas de représentation est valable même en cas d'inefficacité de l'acte juridique source des pouvoirs respectifs. 3. Les sociétés civiles et toute autre entité parmi celles mentionnées au paragraphe 1 sont, aux termes de la loi civile, solidairement responsables du paiement d'amendes, «*coimas*», indemnités et autres prestations auxquelles soient condamnés les auteurs des infractions prévues par le présent texte»; article 3: *Responsabilité criminelle des personnes morales et assimilées*: 1. Les personnes morales, sociétés et simples associations de fait sont responsables des infractions prévues par le présent texte même si commises par leurs organes ou représentants à leur nom et dans l'intérêt collectif. 2. La responsabilité est exclue lorsque l'agent ait agi contre des ordres ou instructions expresses de qui de droit. 3. La responsabilité des entités mentionnées au par. 1 n'exclue pas la responsabilité individuelle de leurs agents, étant applicable, avec les nécessaires adaptations, le par. 3 de l'article précédent».

bien qu'irrégulièrement constituées, et de simples associations de fait»; et d'autres encore, de «sociétés, personnes morales et autres associations sans la personnalité juridique» et on trouve aussi des expressions bien plus souples telles les «entreprises» (journalistiques) ou la référence à des personnes morales et entités «assimilées» (soit en matière fiscale).

Ces derniers cas peuvent susciter de curieux doutes que l'on peut exemplifier ayant égard à l'établissement individuel de responsabilité limitée⁹⁰, typique forme juridique de l'entreprise. C'est que, si d'un côté celui-là ne possède pas l'élément personnel de la pluralité ou collectivité de personnes propre aux associations et sociétés, toujours est-il que, de l'autre, cet élément n'est pas à son tour indispensable, comme le démontre l'inclusion tout au moins apparente de personnes morales ayant la qualité de fondation (fondées sur l'élément réel du patrimoine qui l'on affecte à un but déterminé) dans les prévisions légales.

D'autre part, demeurent toujours en ouvert les implications de l'imputation de la responsabilité (qui suppose la reconnaissance de la capacité de «générer communication»⁹¹ à des entités à l'égard desquelles, simultanément, est confirmée le manque de personnalité juridique, c'est-à-dire, auxquelles n'est pas reconnue de consistance suffisante pour qu'on puisse y voir un «nouvel acteur dans le dialogue social»⁹² et non simplement les personnes intervenantes. Et ce problème s'agrandit très particulièrement par rapport à la responsabilité pour l'accomplissement de la sanction.

III. Interprétées littéralement, les dispositions qui établissent la responsabilité des personnes morales et entités assimilées couvrent encore les entités de droit public, nommément les entreprises publiques (qui sont des personnes morales)⁹³ ou les instituts publics.

CASTRO E SOUSA a manifesté, toutefois, une opinion contraire, en faisant valoir les fonctions particulières que celles-là remplissent, le fait que ce sont ces mêmes entités qui émettent les normes que les titulaires de leurs

⁹⁰ Décret-loi n° 248/86, du 25 août.

⁹¹ D'après les mots de FARIA COSTA («Contributo ...», *cit.*, pp. 1240 et 1241).

⁹² D'après les mots fort semblables de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I et II, Lisboa, 1991, pp. 52, 221, 225 et 229.

⁹³ Art. 2 du Décret-loi n° 260/76, du 8 avril.

organes ou agents enfreindraient, l'incongruité que serait de punir l'Etat lui-même ou d'appliquer une peine d'amende (puisqu'il serait pratiquement le même que de les obliger à payer à elles-mêmes), et l'injustice de punir une personne morale à laquelle les personnes sont forcées d'appartenir en vertu de la loi⁹⁴.

FIGUEIREDO DIAS fait toutefois noter que celle-ci est une question par rapport à laquelle, dans le cadre d'une future loi générale du Droit pénal secondaire, il faudra prendre une décision difficile⁹⁵.

2.3. Types de responsabilité de la personne morale et leur coordination

I. Sont prévus par la législation que nous venons de mentionner, que ce soit à l'égard des crimes ou des «*contra-ordenações*», deux sortes de responsabilité parfaitement distinctes (d'autant plus qu'elles sont parfois cumulativement établies).

D'une part, nous avons ce que, faute d'une expression plus adéquate, nous avons jusqu'ici appelé de «responsabilité pour le fait»⁹⁶ et qui se traduit par l'imposition à la personne morale elle-même d'une responsabilité qui lui est propre et que ne saurait se confondre avec la responsabilité du titulaire de l'organe ou représentant. Il s'agit alors d'imposer des sanctions (amendes ou «*coimas*» ou autres) à la personne morale même, en tant que telle, «personnellement», que cette expression nous soit permise, et que celle-là doit, elle-même et «personnellement», accomplir.

Il y a, d'autre part, ce que nous avons jusqu'ici appelé de «responsabilité pour l'exécution de la sanction». Celle-ci se traduit par l'imposition à la personne morale d'une responsabilité (qui peut être subsidiaire, mais qui,

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 15, note (1). Il faudra encore ajouter que la loi ordinaire viendrait, par la suite, à attribuer à l'administration publique de la compétence pour connaître et sanctionner les «*contra-ordenações*».

⁹⁵ «*Para uma dogmática ...*», *cit.*, p. 57.

⁹⁶ Le fait que, d'une part, elle soit extensible aussi bien aux crimes et aux «*contra-ordenações*» et que, d'autre part, soit contestée la nature de l'autre type de responsabilité, nous mène à éviter de parler, comme parfois la loi elle-même fait, de responsabilité pénale ou criminelle (cfr., à ce propos, Miguel Pedrosa Machado, «*A propósito da revisão do Decreto-Lei n° 28/84, de 20 de Janeiro*», et finalement in *Temas ...*, *cit.*, p. 20.

en règle générale, est solidaire) pour l'accomplissement, de la part du titulaire de l'organe ou représentant, des sanctions (pécuniaires) qui lui aient été imposées. La personne morale apparaît ici substantiellement comme un tiers qui garantit, du dehors, l'accomplissement de la peine par l'agent à qui celle-ci a été imposée.

La différence entre ces deux types divers de responsabilité peut être illustrée par la confrontation entre l'article 3 par. 1, d'une part, et l'article 2 par. 3 du Décret-loi n° 28/84, de l'autre, lesquels sont transcrits en bas de page.

II. Il est des cas où il est seulement établi soit le premier soit le second type de responsabilité. Mais il y en a aussi d'autres où les deux cas sont cumulativement prévus, ce qui place la personne morale devant l'obligation de répondre elle-même (du fait commis par les titulaires de ses organes ou agents) et du paiement des sanctions appliquées personnellement à tous et à chacun des titulaires des organes et représentants (car rien n'empêche que ce soit plusieurs, en coparticipation) qui ont commis le même fait⁹⁷.

3. La responsabilité pour le fait

3.1. Conditions essentielles

I. Part de la législation ci-avant mentionnée prévoit explicitement, soit par rapport aux «*contra-ordenações*» (à l'égard desquelles il faut entrer en ligne de compte avec les dispositions de l'article 7 du régime général des «*contra-ordenações*»⁹⁸), soit par rapport à des infractions qualifiées de crimes, ce que nous avons appelé, faute d'une expression plus adéquate, de responsabilité pour le fait.

Cependant, ces mêmes dispositions établissent presque toujours en exprès que la responsabilité de celles-là n'exclut pas la responsabilité individuelle des auteurs du fait⁹⁹.

⁹⁷ Il nous faut encore ajouter que le régime des infractions fiscales non douanières, au-delà de la responsabilité personnelle des agents et de la responsabilité de la personne morale ou entité assimilée, tant pour le fait que pour l'exécution de la sanction appliquée à ceux-là, prévoit une responsabilité subsidiaire des agents pour l'exécution des sanctions appliquées à la personne morale ou entité assimilée (cfr. art. 7-A).

⁹⁸ Dont le sens, tel qu'il a été dit, est contesté.

⁹⁹ Consacrent cette solution les Décrets-loi n° 28/84 (art. 3 par. 3); 376-A/89 (art. 7 par. 3); 20-A/90 (art. 7 par. 3) et 298/92 (art. 204 par. 1) de même que le Code du marché des valeurs mobilières (art. 677).

D'où résulte que, pour le même fait, peuvent être responsables, soit les individus qui ont agi comme représentants de la personne morale, soit la personne morale elle-même. Ce qui ne vaut pas dire que la loi exige, comme condition essentielle de la responsabilité de la personne morale, la responsabilisation effective de l'individu qui a agi comme son représentant¹⁰⁰; donc, ne semble pas exclue l'hypothèse selon laquelle la personne morale est responsable, même s'il n'est pas possible de déterminer quelle est la personne qui a commis le fait, ce qui répond à la justification qui, tel qu'il a été dit, est très souvent avancée pour la consécration de la responsabilité des personnes morales, soit, la difficulté d'établir les responsabilités individuelles des agents.

Cela n'empêche qu'il s'avère nécessaire d'essayer d'établir la responsabilité des agents, sous peine de permettre que la responsabilité de la personne morale augmente les possibilités pratiques d'impunité.

En ce qui concerne cet établissement, il convient de dire qu'il est difficile de soutenir l'existence d'un devoir de surveillance à caractère général des membres des organes dirigeants de la personne morale, au-delà des hypothèses expressément prévues par la loi¹⁰¹, et qui pourrait mener à sa responsabilisation pour violation de ce devoir.

II. La personne morale n'est pas responsable d'un acte pratiqué par l'un de ses représentants. Il faut que ce représentant ait agi au nom et dans l'intérêt de la personne morale¹⁰². Ainsi, la personne morale n'est pas responsabilisée des faits commis par ses organes ou représentants, à son nom, mais à leur profit exclusif.

Ne semble pas claire et facile la définition «intérêt collectif». En dépit de l'expression souple utilisée par le législateur, le préambule de la loi sur les infractions antiéconomiques et contre la santé publique éclaircit qu'est

¹⁰⁰ Toute en établissant qu'elles sont responsables du fait commis par les titulaires de leurs organes, représentants ou membres à leur nom et dans leur intérêt, ce qui est une condition de la responsabilité de la personne morale.

¹⁰¹ Il paraît que c'est le cas, notamment, de l'art. 406 du Code des sociétés commerciales qui, dans l'hypothèse d'exister une délégation de fonctions, détermine que «les autres administrateurs sont responsables, aux termes de la loi, de la surveillance générale de l'action de l'administrateur ou administrateurs délégués».

¹⁰² La terminologie utilisée par le législateur est pratiquement uniforme, tel qu'il ressort de l'analyse de la législation *supra* citée.

en cause «l'exigence d'une connexion entre le comportement de l'agent – personne physique – et l'entité morale, une fois que celui-là doit agir en représentation ou au non et dans l'intérêt de cette dernière»¹⁰³.

III. Pour terminer, il convient de référer la règle selon laquelle la responsabilité de la personne morale est exclue lorsque son représentant aura agi contre des «ordres ou instructions expresses»¹⁰⁴, auquel cas seulement seront considérés responsables les auteurs du fait.

Cette solution a déjà été considérée comme une sorte de présomption selon laquelle la personne morale serait l'auteur moral¹⁰⁵.

Quoi qu'il en soit, le fait que le législateur ne réfère que les «ordres ou instructions expresses», nous mène à conclure que des simples lettres circulaires ou directives à caractère plus ou moins générique ne suffisent pas à écarter la responsabilité de la personne morale. Il s'avère en outre nécessaire que les ordres aient été donnés par la personne compétente en la matière.

3.2. Sanctions applicables

I. En ce qui concerne la manière dont le législateur a décidé de répondre au problème des sanctions applicables aux personnes morales – un problème qui a été déjà estimé comme le plus difficile et important, car exigeant un effort d'imagination et créativité dans l'élaboration d'un vaste catalogue de sanctions capables de compenser la non applicabilité de la peine de prison¹⁰⁶ –, on ne mentionnera que les sanctions qui leur sont spécialement applicables, à l'exclusion de celles qui peuvent être imposées tant à des personnes physiques, qu'à des personnes morales et qui bien souvent assument la nature de sanctions accessoires.

¹⁰³ Décret-loi n° 28/84. V. à cet égard CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, p. 205, note (4), qui affirme que l'action dans l'intérêt collectif concerne des situations «d'où peuvent résulter des gains ou avantages pour la personne morale, société ou simple association de fait distincts de ceux qui résulteraient pour un ou plusieurs sujets, lorsque pris individuellement».

¹⁰⁴ Ainsi, aux termes de l'art. 3 par. 2 du Décret-loi n° 28/84, dont la discipline est reprise par les articles 7 par. 2 du Décret-loi n° 376-A/89, 7 par. 2 du Décret-loi n° 20-A/90 et 3 de la Loi 109/91: «La responsabilité est exclue lorsque l'agent aura agi contre des ordres ou instructions expresses de qui de droit».

¹⁰⁵ En ce sens, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal* (1961), II, pp. 143-144.

¹⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, «*Pressupostos ...*», *cit.*, p. 51.

H. Pour ce qui est des infractions qualifiées de crimes, les peines spécialement prévues à l'égard des personnes morales, nommément par l'article 7 du Décret-loi n° 28/84 et par l'article 10 de la Loi n° 109/91, sont l'admonestation, l'amende et la dissolution.

L'admonestation qui, conformément à l'article 59 du Code pénal, consiste dans une «réprimande orale solennelle et adéquate prononcée en cours d'audience par le tribunal à l'égard du prévenu coupable», est applicable à condition qu'elle puisse être appliquée à la personne physique qui aura agi en tant que représentant de la personne morale, aux termes de l'article 7 par. 2 du Décret-loi n° 28/84 et de l'article 10 par. 2 de la Loi n° 109/91¹⁰⁷.

L'amende est appliquée tenant compte de la situation économique et financière de la personne morale ou assimilée, il étant prévu que si l'amende est appliquée à une entité sans la personnalité juridique, c'est le patrimoine commun qui répond de son paiement et, au cas où celui-ci soit insuffisant, le patrimoine des associés solidairement (article 7 par. 5 du Décret-loi n° 28/84 et article 10 par. 5 de la Loi n° 109/91).

La dissolution ne peut être appliquée qu'aux situations prévues expressément dans la loi. La première est celle où la finalité exclusive ou dominante de ses fondateurs a été l'utilisation de la personne morale pour la pratique des crimes prévus. La dissolution peut être également appliquée lorsque de la pratique réitérée de ces crimes on conclut que la personne morale est en train d'être utilisée comme moyen de leur pratique (article 7 par. 6 du Décret-loi n° 28/84 et article 10 par. 6 de la Loi n° 109/91).

De cette brève analyse il ressort que, malgré que l'un des arguments fréquemment utilisés pour justifier la responsabilité des personnes morales soit le besoin d'éviter que celles-ci puissent bénéficier des crimes commis par leurs représentants, la législation ne prévoit aucun moyen spécifique permettant de retirer à la personne morale les avantages ou bénéfices obtenus au moyen de pratiques illicites. Il en reste, cependant, le recours

¹⁰⁷ Le Code pénal prévoit l'application de la mesure d'admonestation à l'art. 59 dans les termes suivants: «Lorsque l'agent est considéré coupable de la pratique d'un crime auquel correspond, en concret, une peine de prison, assortie ou non d'une amende, non supérieure à 3 mois, ou une amende jusqu'à cette même limite, le tribunal peut opter pour seul prononcer une admonestation».

aux règles générales prévues par le Code pénal établissant le régime de la perte de choses ou droits ayant trait au crime (article 107 et ss.)¹⁰⁸.

III. Quant aux «*contra-ordenações*», le régime général prévoit comme sanctions accessoires, article 21, la saisie d'objets, l'interdiction de l'exercice d'une profession, la privation du droit à un subside ou à un bénéfice octroyé par une entité ou service publics et encore la privation du droit de participer à des foires, marchés, compétitions sportives, ou d'entrer dans des lieux ou zones d'accès réservé.

En outre, l'article 18 par. 2 du même régime établit en tant que critère de détermination du montant de la «*coima*», en plus de la gravité de la «*contra-ordenação*», de la culpabilité et de la situation économique de l'auteur de l'infraction, que la «*coima*» devra autant que possible excéder le bénéfice économique que l'agent a tiré de la «*contra-ordenação*».

De noter à ce propos, qu'au regard du marché des valeurs mobilières, le législateur a consacré comme sanction accessoire la «confiscation de l'objet de l'infraction, y compris le produit du bénéfice éventuellement obtenu par l'auteur de l'infraction moyennant la pratique de la «*contra-ordenação*»». Sont encore considérées des sanctions accessoires, susceptibles d'être appliquées à des personnes morales, l'interdiction temporaire de l'exercice de l'activité et la publication de la punition par la Commission du marché des valeurs mobilières (art. 673 par. 1 al. *a*), *c*) et *d*) du Code respectif).

3.3. Aspects procéduraux

I. La loi est silencieuse par rapport au régime procédural auquel est assujettie cette responsabilité des personnes morales.

Au regard des infractions qualifiées de crimes, il est évident que le Code de procédure pénale n'est pas, pour ainsi dire, proprement orienté pour voir assise au banc des accusés une personne morale. Ce qui a pour conséquence le besoin d'adapter un grand nombre de ses préceptes (dès lors ceux concernant la présence du prévenu et l'assistance d'un défenseur), afin de permettre son application au cas d'espèce.

¹⁰⁸ Dans la préparation duquel le problème dont on s'occupe ici a été spécifiquement pondéré. Cfr. *Actas da Comissão Revisora* ..., cit., BMJ, n° 142, pp. 151 et ss. et n° 150, pp. 80 et ss.

En ce sens, si bien que sans effort d'interprétation (notamment, à partir de la définition de crime contenu dans le Code de procédure pénale¹⁰⁹), on peut faire valoir que la responsabilité de la personne morale et de l'agent pour un fait déterminé constitue un cas de connexion procédurale¹¹⁰; de là que l'agent et la personne morale peuvent être conjointement poursuivis et jugés, en exception au principe *quot causae, tot processus*.

Quoi qu'il en soit, une chose paraît certaine: malgré le lien tissé entre les deux responsabilités, les procédures pénales concernant chacun des responsables peuvent aussi être engagées et bien aussi se dérouler séparément¹¹¹. Et la décision rendue dans l'une des procédures, condamnatoire ou absolutoire, ne semble pas avoir la force de chose jugée par rapport à l'autre: dans chacune de ces procédures doivent être démontrés, tel que les droits de défense et de présomption d'innocence l'imposent, les conditions essentielles de la responsabilité du prévenu sous réserve, toutefois, de la possibilité de révision, en cas de contrariété de jugements (art. 449 et ss. du Code de procédure pénale).

II. Par rapport aux «*contra-ordenações*», ces solutions trouvent plus de soutien littéral étant donné que, selon l'article 36 du régime général, il y a compétence par connexion (engageant la possibilité de poursuite conjointe) dans les cas «où un même fait rend plusieurs personnes passibles de se voir imposer une «*coima*»».

¹⁰⁹ Article 1 par. 1 al. a): «ensemble de conditions dont dépend l'application à l'agent d'une peine ou mesure de sûreté). Il s'agit, d'après MIGUEL PEDROSA MACHADO, d'une définition «formelle» (*Circunstâncias das infracções e sistema de Direito Penal Português (ensaio de introdução geral)*, Lisboa: tiré à part du BMJ, n° 383), 1989, p. 106.

¹¹⁰ A titre d'argument *ex art. 24 par. 1, als. b) et c)*, établissement que: «il y a connexion de procédures lorsque: (...) b) Un même crime ait été commis par plusieurs agents en coparticipation; ou c) Plusieurs agents aient commis plusieurs crimes en coparticipation, réciproquement, dans les mêmes occasion et lieu, les uns étant la cause ou effet des autres, ou les uns étant destinés à poursuivre ou à occulter les autres».

¹¹¹ Il faut avoir toutefois présent qu'une possible qualification de la situation comme de préjudicialité pénale en procédure pénale peut avoir pour conséquence le sursis à statuer sur la question principale jusqu'à ce que la question préjudicielle ait été résolue (en ce sens, cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa: Danúbio, 1986, p. 131 et GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa/S. Paulo: Verbo, 1993, p. 74).

4. La responsabilité pour l'accomplissement de la sanction pécuniaire

4.1. Aspects substantifs

I. La nature de ce type de responsabilité, celui qui est plus fréquemment établi dans la loi, n'est pas chez nous une question établie¹¹² car, tandis que certains lui signalent une nature civile¹¹³, thèse que la loi reconnaît, çà et là, lorsqu'elle parle expressément de responsabilité «civile» ou «aux termes de la loi civile», d'autres, en revanche, la considèrent une responsabilité pénale¹¹⁴, thèse qui a autrefois mérité l'adhésion de la jurisprudence¹¹⁵.

II. La loi n'est pas excessivement claire au sujet du régime de ce type de responsabilité. D'une manière générale, la loi se borne pratiquement à établir que la personne morale ou entité assimilée répond (tout en ajoutant, qu'elle répond «civilement» ou «aux termes de la loi civile») du paiement des amendes, «coimas», indemnités (et même d'autres prestations) auxquelles soient condamnés les agents de certains types d'infractions par les personnes ayant agi en la qualité d'organes, membres ou représentants¹¹⁶.

Bien évidemment, cette responsabilité suppose la responsabilité de l'auteur de l'infraction.

Il n'en n'est pas moins évident que la qualification de la responsabilité comme solidaire signifie qu'elle vise le même but que la responsabilité des agents de l'infraction, donc, le montant en cause pourra être exigé, dans sa totalité, à l'un des responsables (c'est-à-dire, à la personne ou à l'agent)

¹¹² LOPES ROCHA, «Irresponsabilité ...», *cit.*, p. 7.

¹¹³ En ce sens, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, II (1961), *cit.*, pp. 143 et 144; *IDEM*, *Lições ...*, I (1992), *cit.*, p. 122; VIEIRA MILLER, *op. cit.*, p. 16; CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 166 et ss.; GERMANO MARQUES DA SILVA, «Do regime penal do cheque sem provisão», in DJ, V (1991), p. 193; *IDEM*, *Curso ...*, I *cit.*, pp. 260 et 261.

¹¹⁴ En ce sens, *cfr.* CORREA AREZ, *op. cit.*, p. 531.

¹¹⁵ Par application de la théorie du mandat représentatif. *Cfr.* CASTRO E SOUSA, *op. cit.*, pp. 183 et ss.

¹¹⁶ Le libellé de la loi soulève, bien souvent, la question de savoir si n'est pas applicable un régime identique aux représentés, en ce qui concerne les sanctions appliquées à leurs représentants, non seulement volontaires, mais aussi légaux. FARIA COSTA, cependant, soutient une interprétation restrictive d'un précepte de ce genre, prévu dans la loi sur les infractions antiéconomiques et contre la santé publique («Contributo ...», *cit.*, pp. 1263 et 1264.

et l'exécution par l'un d'eux (c'est-à-dire, par la personne morale ou par l'agent) libère tous les deux (art. 512 du Code civil)¹¹⁷.

En dépit de tous les doutes qui se posent à cet égard, il semble que la personne morale jouit du droit de retour envers l'agent pour tout ce qu'il aura payé, du moins dans les cas où la loi établit cumulativement la responsabilité «personnelle» de la personne morale ou entité assimilée, auquel cas une quelconque répartition de la charge effective de l'amende ou «*coima*» dans les relations internes (c'est-à-dire, entre la personne morale et le responsable) signifierait, pour la première, un net doublement de responsabilité.

Il nous reste à dire que le régime établi suscite, en ce qui concerne les entités sans la personnalité juridique, une certaine perplexité lorsque confronté au régime établi en général pour la responsabilité civile, contractuelle ou non contractuelle, perplexité à laquelle, le fait qu'il soit applicable aux indemnisations mêmes et, encore, que la responsabilité du représenté par des actes du représentant (même si légal) suscite des difficultés similaires ne rend pas moins importante¹¹⁸.

4.2. Aspects procéduraux

I. La loi ne se prononce pas à propos du régime procédural ayant trait à l'exigence de cette responsabilité, question douteuse dès lors en raison de l'incertitude quant à sa nature juridique, mais aussi des difficultés suscitées par la compétence de l'administration publique pour connaître et punir des «*contra-ordenações*».

Par rapport aux infractions qualifiées de crimes, et de prime abord, il paraît évident que la personne morale «ne peut être condamnée sans avoir d'intervention dans l'affaire», étant donné que «personne ne peut être condamnée sans avoir eu la possibilité de se défendre»¹¹⁹.

¹¹⁷ On part, dans le texte, de la qualification légale de la personne morale comme solidairement responsable. En fait il conviendrait de poser la question de savoir si la personne ne sera plutôt un garant personnel, responsable en tant que principal payeur.

¹¹⁸ Prenons, par exemple, le cas des associations avec ou sans la personnalité juridique (articles 165, 198, 494, 497 et 500 du Code civil).

¹¹⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 260-261.

N'est toutefois pas incontestable la manière dont cette intervention se concrétise.

Part de la doctrine estime que l'accusation doit être formulée uniquement contre l'auteur de l'infraction, auquel cas la décision condamnatrice sert toutefois de titre exécutoire, non seulement envers lui, mais aussi envers la personne morale¹²⁰, tandis que d'autres estiment que la personne morale doit intervenir dès lors dans les phases déclaratives de la procédure, soit en formulant l'accusation à son encontre¹²¹, soit en les faisant intervenir dans la procédure comme responsables civils¹²², en alléguant que, s'il est certain que la loi procédurale civile prévoit l'étendre la mise à exécution des titres aux personnes à l'égard desquelles la décision ait l'autorité de chose jugée, «rien n'est prévu dans la loi permettant de conclure, contre les principes généraux, que la décision pénale ait force de chose jugée vis-à-vis des tiers non intervenants dans la procédure»¹²³.

II. Pour ce qui est des «*contra-ordenações*», le problème s'aggrave en vertu du manque de juridiction de l'administration publique pour trancher la question de l'indemnisation civile, même si celle-ci découle des dommages causés par la «*contra-ordenação*», assumant alors un relief décisif la question de la nature civile ou, au contraire, d'ordonnement social (ou – pour ceux qui n'acceptent pas une distinction essentielle entre crimes et «*contra-ordenações*» ou transgressions de l'ordre – pénale) de ce type de responsabilité. Y résidera la solution de la question de savoir si l'affaire doit être connue en procédure civile ou, au contraire, dans le cadre d'une contestation judiciaire contre la décision administrative d'application d'une «*coima*» (ou même dans le cadre d'exécution de celle-ci)¹²⁴.

¹²⁰ En ce sens, PINHEIRO FARINHA, *Código Comercial Português*, 2^e éd., Lisboa: Livraria Moraes, 1966, p. 470.

¹²¹ En ce sens, sur la base que les personnes morales n'avaient pas de responsabilité pénale autonome, SANTOS MARTINS, *Infracções contra a economia e contra a saúde pública*, p. 12 *apud*, PINHEIRO FARINHA, *op. cit.*, p. 470.

¹²² En ce sens, GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 261.

¹²³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 261.

¹²⁴ Cfr., art. 59 et ss. et 88 et ss. du régime général.

MARIANA SOTTO MAIOR
Membre du Bureau de Documentation et Droit Comparé

V. A. 3.
LE TERRORISME

Sommaire

I. Le Droit Portugais

1. La définition du terrorisme dans le Code Pénal portugais
2. Les peines
3. Mesures relatives aux repentis
4. La procédure pénale
5. Les droits de la défense et les Conventions relatives aux droits de l'homme
6. Protection des victimes du terrorisme
7. Protection des juges, magistrats du parquet, fonctionnaires de justice, jurés, conseils, témoins, experts et repentis.
8. Prévention du terrorisme

II. Coopération internationale

1. La juridiction
2. L'extradition
3. Conventions et Traités internationaux

1. Le Droit Portugais

1. La définition du terrorisme dans le Code Pénal

1.1. La législation concernant la prévention et le combat au terrorisme a été adoptée au Portugal par les Lois n° 24/81, du 20 août et 25/81, du 21 août, qui prévoyaient, respectivement, des dispositions de caractère substantiel et de procédure.

1.2. La punition des crimes relatifs au terrorisme est maintenant prévue dans le **Code Pénal**, entré en vigueur le premier janvier 1983, et qui a été approuvé par le Décret-loi n° 400/82, du 23 septembre.

La punition du terrorisme est prévue par des dispositions spéciales, relatives à l'incrimination des **organisations terroristes** et du **terrorisme**.

Ces dispositions sont incluses au titre III, section II, relatif aux infractions contre la paix publique. En comparaison avec la législation précédente on remarque qu'il y a eu un changement systématique. Ces infractions disparaissent du titre «Crimes contre l'Etat»¹.

Ainsi, **l'article 288 du Code** incrimine les organisations ou associations terroristes et **l'article 289** incrimine les actes individuels commis par des personnes agissant hors de l'organisation et dont l'auteur agit avec le même but de ces organisations.

¹ Tel qu'indiqué à la partie introductrice du Code Pénal, «on a effectivement estimé que ces activités ne portent pas atteinte, du moins directement, aux valeurs de l'Etat. Evidemment, ce genre de criminalité doit être réprimé par la loi pénale mais, en dépit de l'adoption de toutes garanties – ainsi que le fait la présente loi – il faut quand même avoir conscience qu'il s'agit d'un cas particulier où la loi pénale, à elle seule, a un effet préventif très réduit. Elle doit être accompagnée d'une consciencialisation de la communauté, pour que ce soit elle, tout d'abord, le noyau d'inhibition de ce genre de criminalité».

La définition du terrorisme est faite aux deux articles mentionnés.

L'article 288 du Code Pénal définit, à son paragraphe 2, **l'organisation ou association terroriste** comme tout ensemble de deux personnes ou plus qui, agissant de concert, visent (a) à porter atteinte à l'intégrité et indépendance nationales, (b) à empêcher, altérer ou subvertir le fonctionnement des institutions de l'Etat prévues par la Constitution ou (c) 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 (d) à intimider certaines personnes, des groupes des 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 des 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 n'importe quelle nature que ce soit, de colis, ou lettres piégés^{2,3}.

L'article 289 du Code Pénal incrimine, comme l'on a déjà remarqué, les **actes individuels** commis par des personnes agissant hors de l'organisation

² Dans le projet de révision du Code Pénal, qui est maintenant en discussion à l'Assemblée de la République, l'article relatif aux organisations terroristes ne souffrira pas des modifications significatives. Le minimum de la peine relative aux actes préparatoires diminuera d'un an. On introduira à l'alinéa e), paragraphe 2, de cet article, l'expression «énergie nucléaire».

³ Par arrêt la Cour a décidé, conformément à sa jurisprudence, qu'il y avait de concours réel entre le crime d'organisation et les crimes de l'organisation. Dans le cas d'espèce, il y a concours entre le crime d'association terroriste et le crime d'homicide, car ces normes tutellent des biens juridiques différents; dans le crime d'association terroriste l'article 288 tutelle la paix publique; dans le crime d'homicide on tutelle la vie humaine (Arrêt du 10.11.89, de la Cour Suprême de Justice, Procès n° 40 130).

terroriste et dont l'auteur agit avec le même but que ces organisations, en faisant référence à l'article 288.

Ainsi, cet article incrimine celui qui commet les infractions mentionnées aux alinéas a) à d), ou qui fait recours aux moyens visés par l'alinéa e), tous du paragraphe 2 de l'article 288, 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'Etat 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 des personnes ou la population en général.

1.3. La législation pénale Portugaise n'a pas de disposition spéciale relative à l'incrimination de **l'apologie** ou de **la propagande en faveur du terrorisme**. Ces situations sont, toutefois, prévues et punies par les articles 285 (incitation publique d'un crime) et 286 (apologie publique d'un crime) du Code Pénal.

2. Les peines

2.1. Les **organiseurs, fondateurs** ou **adhérents** d'associations terroristes sont punis d'une peine privative de liberté de 5 à 15 ans et les **dirigeants** encourent une peine privative de liberté de 10 à 15 ans.

Ces peines seront aggravées d'un tiers dans les limites minimum et maximum lorsque l'association ou ses organisateurs, fondateurs ou adhérents possèdent les moyens énoncés à l'alinéa e) de l'article 288, des bombes, grenades, armes à feu, etc.

Les **actes préparatoires** de la constitution du groupement ou de l'organisation terroriste sont punissables d'une peine privative de liberté de 2 à 8 ans.

2.2. Celui qui commet le crime prévu à **l'article 289 du Code Pénal** est puni d'une peine privative de liberté de 2 à 10 ans ou de la peine correspondant à l'infraction commise, aggravée d'un tiers dans ses limites minimum et maximum, si elle 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)⁴.

⁴ Cet article est supprimé dans le projet de révision du Code Pénal.

2.3. La durée de la peine privative de liberté est normalement de vingt ans au maximum, conformément à l'article 40 du Code Pénal. Cependant, dans le cas du terrorisme, la limite maximale de la peine privative de liberté est de vingt cinq ans.

3. Mesures relatives aux repentis

3.1. Le dénommé repentis est protégé par le droit et la procédure pénale portugaise.

3.2. L'aveu de l'inculpé peut constituer une atténuante pour la détermination de la peine, dans les termes de l'article 72 du Code Pénal.

Le Code de Procédure Pénale accorde une valeur probatoire à l'aveu, permettant de considérer, en certains cas, comme étant déjà prouvés les faits confessés.

Cependant, ce régime ne s'applique pas aux crimes punissables d'une peine plus grave que l'emprisonnement d'une durée de trois ans. Ainsi, dans les crimes d'associations terroristes et de terrorisme, l'aveu des inculpés est librement apprécié par le Tribunal en vue de décider si l'ultérieure production de la preuve doit avoir lieu et dans quelle mesure.

3.3. L'article 72 du Code Pénal, déjà mentionné, dispose que la détermination de la mesure de la peine est faite en fonction de la culpabilité de l'auteur en tenant compte notamment, du comportement du délinquant avant et après l'acte, tout particulièrement ses efforts pour réparer les conséquences de l'infraction.

Le juge pourra aussi atténuer spécialement la peine, s'il y a des actes qui montrent que l'auteur est sincèrement repentis, notamment s'il y a réparation des dommages, dans la mesure du possible.

3.4. Soit dans le cas d'organisation terroriste, soit dans celui du terrorisme, le Code Pénal prévoit des règles spéciales, permettant à l'auteur de l'infraction de bénéficier d'une atténuation de la peine ou même d'en être exempté, compte tenu de certaines circonstances.

3.5. Ainsi, dans le cas d'organisation terroriste, la peine peut être librement atténuée ou même ne pas être prononcée du tout si l'auteur empêche la continuation des groupements, organisations ou associations, ou

s'il fait, en temps utile, des révélations sur leur existence à une autorité, de sorte que la commission des infractions puisse être empêchée^{5,6}.

3.6. Cette atténuation, ou même exemption de peine, est aussi prévue dans l'article 289, paragraphe 3, qui dispose que si l'auteur abandonne volontairement son activité, s'il s'écarte ou fait diminuer considérablement le danger entraîné par elle, s'il empêche l'accomplissement du résultat que la loi vise à éviter, ou s'il aide concrètement au rassemblement de preuves décisives à l'identification ou à la capture des autres responsables, la peine peut être librement atténuée, ou même son exemption prononcée.

4. La Procédure Pénale

4.1. Le Code Portugais de Procédure Pénale, approuvé par le Décret-loi n° 78/87, du 17 février, est entré en vigueur le premier janvier 1988.

4.2. L'article 1, paragraphe 2 de ce texte, libelle que, pour son application, l'on considère comme situation de terrorisme, criminalité violente et criminalité hautement organisée les conduites prévues aux articles 288 et 289 du Code Pénal, déjà référées.

4.3. L'arrestation des agents de l'infraction de terrorisme ou d'association terroriste obéit aux règles générales du Code de Procédure Pénale.

Dans le cas de **flagrant délit** de crime punissable d'une peine privative de liberté, toute autorité judiciaire ou toute entité policière ou, en leur absence, toute personne, peut procéder à la détention (article 255).

⁵ La Cour Suprême de Justice, dans le procès n° 39 596, relatif aux «Forças Populares 25Abril», a donné son accord à la thèse du Ministère Public, qui a défendu que les inculpés, «repentis», devaient être exemptés de peine, en vertu de leur contribution pour empêcher la continuation de l'exercice des activités de cette organisation terroriste. La Cour a conclu que, les circonstances du cas, conseillaient l'exemption de peine, comme la mesure la plus ajustée à la contribution des inculpés pour la défense de la légalité démocratique.

⁶ Dans un article sur le Statut des repentis, M. António Barreiros, avocat au Barreau de Lisbonne, critique les résultats pratiques et le problème de fond, sous-jacents à la législation portugaise. Il souligne la différence qui doit exister entre les repentis au sens strict du terme, déjà intégrés dans la normalité morale du système et les simples délateurs qui, pour aboutir à des avantages particuliers, décident de causer des dommages à ses anciens collègues du crime. Voir, «Le problème des repentis, Statut des repentis», in *Revue de Science Criminelle et Droit Comparé*, n° 4, octobre-décembre, 1986.

Hors de ces cas, la **détention** ne peut être effectuée que par mandat d'arrêt de juge ou, lorsque, la détention préventive est admissible, du Ministère Public ou des autorités de police criminelle (article 257).

Conformément à l'article 28, paragraphe 1 de la Constitution de la République et à l'article 254 du Code de Procédure Pénale, le détenu, dans le délai maximum de 48 heures après la détention, doit être traduit devant le juge aux fins de validation de son arrêt et de l'éventuelle application d'une mesure de coercition.

S'il n'est pas possible de présenter immédiatement le détenu devant le juge, il le sera devant le Ministère Public. Ce dernier, ayant entendu le détenu, peut ordonner sa mise en liberté immédiate ou sa comparution devant le juge (article 261).

En outre, celui-ci peut déterminer, dans les actes du 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)^{7,8}.

4.4. 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 d'un maximum supérieur à huit 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 la détention préventive** dans ces crimes est de deux ans et demi et dans les cas d'exceptionnelle complexité, due notamment au nombre d'inculpés ou, au caractère hautement organisé du crime, elle peut aller jusqu'à quatre ans (article 215, paragraphes 2 et 3 du Code de Procédure Pénale).

⁷ Par son arrêt 7/87, du 9 janvier 1987, publié au journal officiel, I série, du 9 février 1987, la Cour Constitutionnelle a considéré inconstitutionnelle la prohibition pour le détenu de communiquer avec son conseil. C'est la raison pour laquelle on a décidé d'inclure l'expression «sauf son conseil», dans le Code de Procédure Pénale.

⁸ Les inculpés du crime de terrorisme, comme tous les autres inculpés, sont d'ailleurs représentés par des conseils de leur choix, conformément à l'article 32 de la Constitution de la République. Ils peuvent aussi se voir nommer un avocat pour leur défense. S'ils ne le font pas, ils seront représentés par un défenseur d'office, nommé par le juge d'après une liste élaborée par le Barreau.

4.5. L'autorité compétente pour procéder à l'investigation des crimes des organisations terroristes et du terrorisme sur le territoire national est la Police Judiciaire (alinéa e), paragraphe 1, article 4 du Décret-Loi n° 295-A/90, du 21 septembre).

L'enquête est dirigée par le Ministère Public, assisté des organes de la police criminelle, lesquels agissent sous sa direction et dépendance fonctionnelle (article 263 du Code de Procédure Pénale).

L'instruction, qui est facultative, ayant lieu, selon le cas, sur demande de l'inculpé ou de l'accusateur privé, est dirigée par le juge d'instruction, qui peut charger les organes de police criminelle d'accomplir les diligences et les investigations relatives à l'instruction (articles 286 et 290, paragraphe 2, du Code de Procédure Pénale), qui ne relèvent pas de leur compétence exclusive. Exemples de ce dernier cas sont les perquisitions et saisies dans le bureau d'un avocat ou dans un établissement bancaire.

4.6. Le Code prévoit un régime spécial de dispense d'autorisation préalable du juge pour la **perquisition** (article 177, paragraphe 2), la **fouille** (article 174, paragraphe 4, alinéa a)) et la **saisie** (article 178, paragraphe 3), qui peuvent être effectuées par les organes de police criminelle, dans les cas de terrorisme, lorsqu'il y a des indices de pratique imminente d'un crime qui peut 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 pour effet de validation, sous peine de nullité.

4.7. Le Code prévoit encore des dispositions de caractère spécial concernant la **saisie de correspondance** (article 179, paragraphes 1 et 3) et les **écoutes téléphoniques** (articles 187, paragraphes 1 et 2) et toutes les conversations ou communications transmises par d'autres moyens différents que le téléphone (article 190), dans les cas où le crime est punissable d'une peine privative de liberté de maximum supérieure à trois ans et il y a des raisons de croire que la diligence revêtira d'intérêt pour la découverte de la vérité ou pour les besoins de la preuve.

L'adoption de ces mesures dépend de l'autorisation préalable du juge d'instruction.

4.8. Les **recours** interjetés contre le jugement concernant les cas du terrorisme ou d'association terroriste suivent les termes généraux prévus

par le Code de Procédure Pénale, n'existant pas de disposition spéciale à ce sujet.

Ainsi, le Ministère public peut recourir de toute décision, soit de condamnation soit d'acquiescement. L'inculpé et l'accusateur privé peuvent former recours contre, respectivement, la décision de condamnation et la décision d'acquiescement.

4.9. Il n'y a aucune juridiction ayant compétence spécialisée pour le jugement des cas du terrorisme ou d'association terroriste.

La juridiction compétente pour juger ces cas est de nature ordinaire.

Conformément à l'article 14 du Code de Procédure Pénale, le tribunal compétent pour juger les crimes du terrorisme est le tribunal collectif, composé de trois juges professionnels.

4.10. Le Code de Procédure Pénale prévoit un mécanisme permettant d'éviter les délais et problèmes concernant les procès impliquant un grand nombre d'accusés.

De cette façon, dans les cas où il y a plusieurs auteurs ou plusieurs crimes, il peut y avoir lieu à la séparation des procès par une ordonnance du tribunal, rendue soit d'office, soit à la requête du Ministère public, de l'inculpé, de l'accusateur privé ou de la personne lésée (articles 24 et 30).

4.11. Lors de la deuxième révision de la Constitution, en 1989, l'article 210 a été modifié, interdisant l'intervention du jury dans le jugement des cas de terrorisme ou d'associations terroristes.

4.12. Le **Droit Pénitentiaire Portugais**, réglementé par les Décrets-Lois n° 414/85, du 18 octobre, n° 49/80, du 22 mars et n° 265/79, du 1er août, ne prévoit aucun droit exceptionnel de détention pour les cas du terrorisme ou d'association terroriste.

5. Les droits de la défense et les Conventions relatives aux droits de l'homme

5.1. Toutefois, les mesures relatives à la procédure pénale ne constituent pas des restrictions aux droits de la défense, et tous les droits reconnus par

la Constitution dans ce domaine sont garantis aux inculpés d'un crime d'association terroriste ou de terrorisme⁹.

5.2. L'article 32 de la Constitution de la République Portugaise, sous l'épigraphe «Garanties de la procédure pénale», libelle:

- «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 procédure, la loi précisant les cas et les phases où cette assistance est obligatoire.
4. Toute instruction se déroule sous l'autorité d'un juge. Celui-ci peut, en conformité avec la loi, déléguer à d'autres autorités l'exécution des actes d'instruction qui ne touchent pas directement aux droits fondamentaux.

⁹ Le Président de la République a demandé au Tribunal Constitutionnel d'apprécier, à titre préventif, la constitutionnalité de certaines normes du Code de Procédure Pénale, notamment en ce qui concerne la possibilité d'inconstitutionnalité des normes restrictives de droits. En ce qui concerne les perquisitions et fouilles, sans mandat du juge, le Président estimait que ces normes portaient atteinte aux articles de la Constitution n° 32, paragraphe 6 et n° 34, paragraphe 2, qui disposent, respectivement, sur la nullité des preuves obtenues par immixtion abusive dans la vie privée et dans le domicile et sur l'impossibilité de pénétrer dans le domicile de citoyens contre leur volonté, sauf sur ordre de l'autorité judiciaire. Le Tribunal a décidé que seulement l'alinéa c) de l'article 174, qui disposait que la fouille pouvait être effectuée sans mandat judiciaire, en cas de détention en flagrant délit, était inconstitutionnel. Dans les autres cas, notamment en cas de terrorisme, le tribunal a considéré que la norme relative à l'inviolabilité du domicile devrait se comptabiliser avec les normes constitutionnelles relatives au droit à la vie et à l'intégrité de la personne.

Relativement aux articles 187 et 190, le tribunal a conclu que le paragraphe 4, de l'article 34, permettait, en matière de procédure pénale, des ingérences par les pouvoirs publics, à condition que ces normes soient compatibles avec les limites imposées par l'article 18 de la Constitution.

Voir Arrêt du Tribunal Constitutionnel n° 7/87, publié au Journal Officiel n° 33, I série, du 9 février.

5. La procédure pénale a un caractère accusatoire, l'audience du procès et les actes 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, dans le domicile, la correspondance ou les télécommunications.
7. Aucune affaire ne peut être retirée au tribunal dont la compétence découle d'une loi antérieure.»

5.3. L'article 18 de la Loi Fondamentale prévoit les restrictions aux droits fondamentaux en disant :

- «1. Les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont directement applicables et s'imposent aux entités publiques et privées.
2. La loi ne peut restreindre les droits, les libertés et les garanties que dans certains cas expressément prévus par la Constitution. Les restrictions devront se limiter à celles nécessaires à la sauvegarde d'autres droits ou intérêts protégés par la Constitution.
3. Les lois qui restreignent les droits, les libertés et les garanties doivent revêtir un caractère général et abstrait. Elles ne peuvent avoir des effets rétroactifs, ni restreindre l'étendue et la portée de l'essence des préceptes constitutionnels».

5.4. Les principes constitutionnels référés sont aussi consacrés dans la loi relative à la procédure pénale, notamment à son **article 61**.

L'inculpé a le droit de choisir un conseil ou de demander au tribunal de lui nommer un, d'après une liste élaborée par le Barreau. Il a le droit d'être assisté par son conseil dans tous les actes du procès et lorsque détenu, de communiquer, même en privé, avec lui.

Ainsi, la règle prévue dans le Code de Procédure Pénale, en vertu de laquelle, dans les cas de terrorisme, criminalité violente ou hautement organisée, le Ministère public peut déterminer que le détenu ne communique avec personne avant le premier interrogatoire judiciaire, fait exception à son conseil, comme l'on a déjà mentionné.

5.5. Au niveau international, les mêmes principes sont prévus par quelques-uns des plus importants instruments tels que la Convention Européenne des Droits de l'Homme¹⁰ et le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques¹¹, en vigueur dans l'ordre juridique portugais.

5.6. Le **Décret-loi n° 43/91, du 22 janvier**, relatif à la coopération juridique internationale, dispose que la demande de coopération sera refusée lorsque, entre autres, la procédure ne remplit pas ou n'observe pas les conditions de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

6. Protection des victimes du terrorisme

6.1. L'article 129 du Code Pénal, paragraphe 1, prévoit l'adoption de législation spéciale pour assurer, au moyen de la création d'une assurance sociale, l'indemnisation du lésé qui ne peut pas être satisfaite par le délinquant.

6.2. En exécution de cette disposition, le **Décret-loi n° 423/91, du 30 octobre**, a créé le régime juridique de protection aux victimes des crimes violents¹².

Ainsi, les victimes des lésions corporelles graves, subies en raison d'infractions intentionnelles de violence, bien que les personnes qui étaient à la charge des personnes décédées à la suite de telles infractions, peuvent demander à l'Etat de leur accorder une indemnisation, si: a) la lésion a eu pour résultat l'incapacité permanente, une incapacité pour le travail, au moins de trente jours, ou la mort; b) le préjudice ait provoqué des changements considérables dans le niveau de vie de la victime ou des

¹⁰ Approuvée pour ratification par la Loi n° 65/78, du 13 octobre.

¹¹ Approuvé pour ratification par la Loi n° 29/78, du 12 juin.

¹² Malgré le fait que l'Etat portugais n'ait pas encore ratifié la **Convention Européenne relative au Dédommagement des Victimes d'Infractions Violentes**, élaborée au sein du Conseil de l'Europe, à la date de l'élaboration de ce texte légal, il s'est inspiré de la Résolution (77) 27, sur le dédommagement des victimes des infractions pénales, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et de ladite Convention, pour sa préparation.

personnes ayant droit aux aliments; c) la réparation ne peut pas être assurée par d'autres sources.

Le dédommagement sera accordé même si l'auteur est inconnu ou ne peut pas être poursuivi ou puni.

Le dédommagement peut être réduit ou supprimé en raison du comportement de la victime ou du requérant avant, pendant ou après l'infraction, en raison de ses relations avec l'auteur ou dans le cas où une réparation serait contraire au sens de la justice et à l'ordre public.

La demande d'une indemnisation à accorder par l'Etat devra être présentée dans le délai d'un an, après la date de l'infraction.

La décision qui accorde l'indemnisation est de la compétence du Ministre de la Justice, après instruction par une Commission désignée à cet effet.

La Commission est composée d'un magistrat judiciaire, désigné par le Conseil Supérieur de la Magistrature, d'un avocat désigné par le Barreau et d'un fonctionnaire supérieur du Ministère de la Justice, désigné par le Ministre de la Justice. Le Président de la Commission est nommé, de préférence parmi les juges de la Cour d'Appel.

Il est à souligner que, conformément à la Convention Européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, la concession d'une indemnisation est motivée par une idée d'équité et de solidarité sociale¹³.

6.3. Le Décret-Reglementaire n° 4/93, du 22 février, régit la constitution et le fonctionnement de la Commission chargée d'instruire les demandes d'indemnisation.

6.4. Le Décret-Loi n° 324/85, du 6 août, prévoit le paiement d'une indemnisation aux fonctionnaires, civils ou militaires qui dans l'exercice de leurs fonctions ou en raison de leurs fonctions ont été victimes d'actes criminels, à caractère d'intimidation ou de représailles, portant offense à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté ou à des biens patrimoniaux de valeur considérable¹⁴.

¹³ On ne connaît pas des cas d'application de ce texte, vu que son entrée en vigueur était dépendante de l'entrée en vigueur du Décret-réglementaire n° 4/93, du 22 février.

¹⁴ Le Décret-Loi n° 324/85, est plus restrictif, étant donné qu'il s'applique seulement aux fonctionnaires publics. Néanmoins, il est plus étendu, vu qu'il indemnise aussi l'endommagement des biens patrimoniaux de valeur considérable.

Cette indemnisation, accordée cas à cas, par arrêté conjoint du premier ministre, du ministre des Finances et du ministre qui la propose¹⁵, pourra aussi être versée à la famille ou à des personnes à la charge du fonctionnaire, lorsque celles-ci ont été également victimes de l'acte criminel¹⁶.

6.5. Le Décret-loi n° 387-A/87, du 29 décembre, rend applicable aux jurés le régime introduit par le Décret-loi n° 324/85, lorsque dans l'exercice de leurs fonctions, ou en raison de leurs fonctions, ils soient victimes d'actes criminels, perpétrés, notamment par des associations criminelles et par des associations terroristes, aux fins d'intimidation ou de représailles¹⁷.

7. Protection des juges, magistrats du parquet, fonctionnaires de justice, jurés, conseils, témoins, experts et repentis

7.1. L'ordre juridique portugais ne prévoit aucune disposition spécifique concernant la protection des personnes ci-dessus mentionnées contre des actes criminels de représailles ou d'intimidation, sauf les lois déjà mentionnées relatives aux indemnisations à attribuer aux victimes de crimes violents et au paiement d'indemnisations aux fonctionnaires civils ou militaires.

7.2. L'inexistence des dispositions légales concernant la protection de ces personnes n'empêche pas, naturellement, la possibilité d'application des mesures pratiques à cet effet, à décider éventuellement dans le cas d'espèce, adoptées au niveau administratif¹⁸.

¹⁵ Avant l'entrée en vigueur du Décret-Loi n° 215/87, du 29 mai, l'indemnisation était accordée par Résolution du Conseil des Ministres.

¹⁶ Il y a plusieurs cas d'attribution d'indemnisations fondées sur le Décret-loi n° 325/85, notamment aux agents de la police judiciaire, en vertu de la lutte contre le banditisme.

¹⁷ En vue de l'application du régime du Décret-loi n° 324/85 aux jurés, le Décret-loi n° 48/87, du 29 janvier, les avait déjà équiparés aux fonctionnaires publics.

¹⁸ Dans l'affaire «Forças Populares 25 Abril» l'Etat a accordé de protection aux «repentis», aux témoins et aux juges intervenant dans cet affaire. Les mesures ont été prises au niveau administratif, par le Directeur-Adjoint de la Direction du Combat au Banditisme.

8. Prévention du terrorisme

8.1. La Loi n° 20/87, du 12 juin, a établi les buts et les principes directeurs de la **politique de sécurité interne**.

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, notamment le sabotage, l'espionnage ou le terrorisme.

Cette loi affirme aussi le principe selon lequel la prévention des crimes, y compris celle des crimes contre la sécurité de l'Etat, doit obéir aux règles générales de police et respecter les droits, les libertés et les garanties des citoyens.

Ceux-ci, à leur tour, ont le devoir de collaborer à l'exécution de la politique de sécurité interne, en observant les dispositions préventives établies par la loi, en obéissant aux ordres légitimes des autorités et en n'entravant pas l'action des forces et services de sécurité.

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 dont ils auront connaissance dans l'exercice de leurs fonctions et consistant dans la préparation, la tentative ou l'exécution des crimes d'espionnage, de sabotage ou de terrorisme.

La définition des lignes générales de la politique de sécurité interne et 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.

8.2. Le décret-loi n° 295-A/90, du 21 septembre, portant sur l'organique de la **Police Judiciaire**, – qui est un organe de police criminelle sous la dépendance du Ministre de la Justice surveillé au niveau de l'activité procédurale par le Ministère Public – prévoit aussi des dispositions concernant le terrorisme: il lui échoit, sur tout le territoire, l'investigation des crimes d'organisation terroriste et du terrorisme. La **Direction Centrale du Combat au Banditisme** est chargée de la prévention, investigation et appui aux autorités judiciaires, en ce qui concerne les crimes du terrorisme et d'associations terroristes et de la violence, pratiquée par des groupes armés.

Cette direction s'occupe aussi de l'investigation des crimes contre la sécurité de l'Etat, de crimes contre la paix et l'humanité, de ceux exécutés à l'aide des bombes, 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 séquestrations ayant pour but la prise et la rétention d'otages.

8.3. La Police de Sécurité Publique est la force de sécurité chargée de la prévention de la criminalité, en particulier du terrorisme (alinéa d), paragraphe 2, article 1 du Décret-Loi n° 151/85, du 9 mai). Il faut aussi 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 supervision du Ministre de l'Administration Interne, chargés de combattre les situations de violence hautement organisée.

8.4. La loi de la sécurité interne, déjà citée, établit le principe de la coopération entre les forces et les services de sécurité, notamment au moyen de l'échange réciproque d'informations à caractère non réservé.

En 1986, prenant en considération la croissance du terrorisme international et les actes de terrorisme au niveau national, le Gouvernement a établi un mécanisme pour renforcer la coordination et coopération, notamment dans le cadre de la prévention, entre les forces et services de sécurité¹⁹.

Dans le cadre d'engagements internationaux et des normes applicables du droit international, les forces et les services de sécurité portugais peuvent agir hors du territoire national en coopération avec les organismes et les services d'Etats étrangers, ou avec les organisations internationales dont le Portugal est membre.

II. Coopération internationale

1. Juridiction

1.1. La loi portugaise consacre, comme règle générale, le principe de la territorialité.

¹⁹ Résolution du Conseil des Ministres n° 85/86, publiée au Journal Officiel n° 284, du 11 décembre.

Ainsi, sauf traité ou convention internationale contraire, la loi portugaise demeure applicable aux actes commis sur le territoire portugais, quelle que soit la nationalité de l'auteur et aux actes commis à bord de navires ou aéronefs portugais.

1.2. Néanmoins, la loi pénale portugaise reconnaît aussi le principe «**aut dedere aut iudicare**».

Ainsi, conformément à l'article 5, paragraphe 1, alinéa a) du Code Pénal, la loi portugaise est applicable 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), de la même disposition légale, 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: a) les auteurs se trouvent au Portugal; b) les actes sont aussi réprimés par la législation du lieu de leur commission, sauf si le pouvoir répressif n'y est pas exercé; c) les actes sont des infractions susceptibles d'extradition et celle-ci ne peut être accordée. La loi portugaise est, de même, applicable aux actes commis hors du territoire national contre des portugais, par des portugais ayant résidence habituelle au Portugal lors de la commission et qui y soient trouvés.

2. Extradition

2.1. L'internationalisation croissante du terrorisme a provoqué une tendance à une révision ou atténuation du principe général de la coopération internationale selon lequel la nature politique du délit empêchait l'extradition, en vue de permettre, tout en respectant les principes fondamentaux, l'adoption de mesures plus efficaces pour combattre le terrorisme.

2.2. Le Portugal a déjà ratifié la Convention Européenne pour La Répression du Terrorisme²⁰, ayant formulé la réserve selon laquelle il

²⁰ La Loi n° 19/81, du 18 août, a approuvé pour ratification la Convention, qui a été ratifiée le 14.12.81 et est entrée en vigueur pour le Portugal le 15.03.82.

n'accordera pas l'extradition lorsque les infractions sont punies de peine de mort ou mesures d'emprisonnement à vie.

2.3. L'article 33 de la Constitution de la République Portugaise établit les principes fondamentaux en matière d'extradition:

- «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 d'extradition pour des crimes punis par la peine de mort selon le droit de l'état requérant.
4. L'extradition ne peut être prononcée que par une autorité judiciaire.»

2.4. Le régime de l'extradition est maintenant prévu au **décret-loi n°43/91, du 22 janvier**, qui règle la coopération judiciaire internationale en matière pénale.

Le **décret-loi n° 43/91, du 22 janvier**, s'applique aux formes de coopération internationale suivantes: a) extradition; b) transmission de procédures pénales; c) exécution de jugements pénaux; d) transfèrement des personnes condamnées à des peines et mesures de sûreté privatives de liberté; e) surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition; f) entraide judiciaire générale en matière pénale (article 1).

Il faut souligner le caractère subsidiaire de ce texte. Selon son article 3 les formes de coopération y prévues sont régies par les normes des traités, des conventions et des accords internationaux auxquels l'Etat portugais est lié. Seulement à leur défaut ou en cas d'insuffisance, sont applicables les dispositions du même décret-loi. Subsidiativement à ces dispositions, sont applicables les dispositions du Code de Procédure Pénale (article 3).

Etant conçu comme un acte politique unilatéral du gouvernement, en tant qu'instrument de coopération juridique internationale, applicable dans les cas de défaut de traité ou convention, la coopération internationale réglée par ce texte relève du principe de la réciprocité.

Cependant, le défaut de réciprocité ne fait pas obstacle à ce qu'il soit donné suite à une demande de coopération, si cette coopération : a) se révèle nécessaire en raison de la nature du fait ou du besoin de lutter contre certaines formes de criminalité graves; b) peut contribuer à l'amélioration

de la situation de l'inculpé ou à sa réinsertion sociale; c) peut servir à éclaircir des faits imputés à un citoyen portugais.

L'application de ce texte est aussi subordonnée à la protection de la souveraineté, de la sécurité, de l'ordre public et d'autres intérêts de la République Portugaise définis constitutionnellement.

On limite aussi la coopération aux poursuites pénales qui relèvent de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant.

La demande de coopération est refusée: a) Lorsque la procédure ne remplit pas ou n'observe pas les conditions de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, ou de tout instrument international, applicable en la matière, ratifié par le Portugal; b) lorsqu'il y a des raisons sérieuses de croire que la coopération est demandée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison notamment de la race, religion, sexe, nationalité, langue, opinions politiques ou idéologiques ou de l'appartenance à un groupe social déterminé; c) lorsque la situation de cette personne risque d'être aggravée par l'une ou l'autre des raisons énoncées à l'alinéa précédent; d) lorsqu'elle peut conduire à un jugement par un tribunal d'exception ou se rapporte à l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal de cette nature; e) lorsque le fait auquel elle se rapporte est punissable de la peine de mort ou d'emprisonnement à vie²¹; f) lorsqu'elle se rapporte à une infraction à laquelle correspond une mesure de sûreté à caractère perpétuel.

La demande est aussi refusée lorsque la procédure se rapporte à: a) un fait qui, à l'égard du droit portugais, constitue une infraction de nature politique ou une infraction connexe à une infraction politique; b) un fait qui constitue un crime militaire non prévu simultanément dans la loi pénale commune.

La coopération peut aussi être refusée si l'importance réduite de l'infraction ne la justifie pas.

L'extradition peut avoir lieu aux fins de poursuite pénale ou d'exécution d'une peine privative de liberté pour un crime dont le jugement soit de la

²¹ **Arrêt du 8 avril 1992 de la Cour Suprême de Justice** – La Cour Suprême de Justice a refusé l'extradition d'un étranger ayant commis une infraction à laquelle correspondait une peine d'emprisonnement à vie. La Cour a décidé qu'une requête de l'Ambassade du pays requérant affirmant que, nonobstant la peine de réclusion à vie, personne ne reste emprisonnée à vie, puisqu'elle peut bénéficier de libération conditionnelle après qu'elle ait subi quinze ans de prison ou, d'une mesure de grâce présidentielle, ne serait pas suffisant pour légitimer l'extradition.

compétence des tribunaux de l'Etat requérant. À toutes ces fins, la remise de la personne réclamée n'est admissible que dans le cas d'un crime, même si sous la forme de tentative, punissable par la loi portugaise et par la loi de l'Etat requérant d'une peine privative de liberté d'une durée maximale non inférieure à un an.

L'extradition est aussi exclue lorsque le crime a été commis sur le territoire portugais et lorsque réclamée à la nationalité portugaise. Si l'extradition est refusée à raison de l'un de ces cas, l'État requérant est prié de fournir tous les éléments nécessaires à l'exercice ou à la continuation d'une poursuite pénale contre la personne réclamée pour les faits qui motivent la demande.

Tenant compte des dispositions internationales sur la matière, notamment dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ce texte dispose que ne sont pas considérées comme infractions politiques: a) le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les infractions graves d'après les Conventions de Genève de 1949; b) les infractions mentionnées à l'article 1er de la Convention Européenne pour la Répression du Terrorisme, ouverte à la signature le 27 janvier 1977; c) les actes mentionnés dans la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 17 décembre par l'Assemblée des Nations Unies; d) tout autre crime dont la nature politique ait été enlevée par les traités, conventions ou accords internationaux dont le Portugal est partie.

3. Conventions et traités internationaux

3.1. Etant donné son intérêt pour la matière de prévention et de répression du terrorisme, on peut signaler que le Portugal a déjà ratifié les conventions suivantes:

- Convention sur les infractions et d'autres actes commis à bord d'aéronefs, Tokyo (1963); ratifiée 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); ratifiée le 15.01.1973;
- Convention internationale contre la prise d'otages, New York (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 25.01.90.

3.2. Outre les conventions mentionnées, il faut souligner que le Portugal devra bientôt ratifier, à la suite de son approbation dans l'ordre juridique interne, la Convention sur la protection et répression des crimes contre les personnes jouissant de protection internationale, y compris les agents diplomatiques, adoptée par l'Assemblée des Nations Unies, le 14 décembre 1973²².

3.3. Au niveau bilatéral, le Portugal a conclu des traités d'extradition et d'entraide judiciaire avec beaucoup de pays, notamment l'Australie, la République de la Guinée-Bissau, la République de Cap Vert.

3.4. Le Portugal participe aussi aux travaux développés au sein de l'Union Européenne, du Conseil de l'Europe et des Nations Unies, sur des sujets directe ou indirectement en rapport avec les activités terroristes, notamment l'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale.

3.5. De souligner que le Traité d'Union Européenne, dans le cadre de la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, considère comme question d'intérêt commun, la coopération policière dans le domaine de la prévention et la lutte contre le terrorisme.

²² Cette convention a été approuvée et ratifiée dans l'ordre juridique portugais, par la Résolution n° 20/94, de l'Assemblée de la République, et le Décret n° 22/94, du Président de la République, respectivement, publiés au Journal Officiel n° 104, 1ère Série-A, du 5 mai 1994.

R. M. MOURA RAMOS
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra

VIII.

**LES CLAUSES D'EXCEPTION EN MATIÈRE DE CONFLITS
DE LOIS ET DE CONFLITS DE JURIDICTIONS**

LISTE DES ABREVIATIONS

BFDUC	Bulletin de la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CJ	Colectânea de Jurisprudência
NILR	Netherlands International Law Review
RDE	Revista de Direito e Economia
Recueil des Cours	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
Rev. crit. dip.	Revue critique de droit international privé
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft / / Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters

1. CONSIDERATIONS PRELIMINAIRES

Si l'expression «clause d'exception» n'est pas univoque, dans la mesure où la finalité qu'elle poursuit prête à la discussion¹, il n'est pas moins vrai que le libellé du thème où s'insère notre rapport, lorsqu'il parle du principe de proximité, nous donne déjà une indication précise sur ce qu'il faut comprendre pour une telle notion.

L'étymologie exige qu'on voit dans la clause d'exception un correctif apporté au jeu des règles de conflit posées par le législateur, interne ou conventionnel, ou par la jurisprudence. On peut certes se disputer sur les raisons qui sont à la base de la consécration d'une telle échappatoire ou d'un tel correctif. On s'accorde bien sûr à penser qu'une telle correction est due à la force d'impératifs de justice. Tout le problème demeure dans la définition de ce qu'on comprend à cet égard par le mot justice, au sens du droit international privé. S'agit-il de l'obtention d'un résultat matériel donné, auquel le jeu de la règle de conflit pourrait bien être indifférent, si il ne l'écartait d'emblée? Ou devra-t-on penser qu'il est question au contraire de reconduire la désignation conflictuelle à son premier but – celui d'amener à l'application de la loi présentant les liens les plus étroits avec le rapport de droit en question – lorsque le rattachement choisi ne permet pas qu'un tel résultat soit atteint?

Dans la première hypothèse, c'est l'aveuglement de la règle de conflit par rapport aux valeurs matérielles qui justifierait la correction. En revanche, si l'on se tient à la deuxième conception, c'est à la défaillance de la règle

¹ Dans notre questionnaire il est clairement admis que la clause d'exception peut jouer un double rôle: ou bien assurer un résultat matériel déterminé, ou bien mieux localiser un rapport juridique dans l'espace.

de conflit, de par sa généralité surtout, pour ce qui est de la réalisation des buts qu'elle vise, qu'on fait allusion.

On dira donc qu'à l'égard de l'orthodoxie savignienne la première correction est intrasystématique, tant qu'on jugera extrasystématique la deuxième, une fois que seule cette dernière s'insère dans la logique localisatrice que nous avons hérité de l'auteur du *System des heutigen römischen Rechts*.

La difficulté de trancher entre les deux conceptions possibles de cette notion semble être d'une certaine façon résolue par l'organisation de notre Congrès qui, dans le libellé du thème VIII se réfère aussi au principe de proximité. En se rapportant ainsi à la notion qui a été présentée et développée par Paul Lagarde dans son cours général à l'Académie de la Haye en 1986², il semble qu'un choix net est fait pour la deuxième conception de la clause d'exception à laquelle nous nous sommes rapportés plus haut, et que nous avons appelé d'intrasystématique par rapport à la construction du droit international privé qui voit en Savigny un de ses maîtres penseurs.

Dans une telle conception, le rôle dévolu à la clause d'exception serait celui de reconduire la désignation de la loi applicable au chemin qui lui serait imposé par le principe directeur qui est à sa base – celui qui prône l'application à tout rapport de droit hétérogène³ du système de droit présentant avec lui les liens les plus étroits. Certes, c'est un tel but qui est en principe poursuivi par les règles de conflit. Mais il se peut, on le sait, que les règles à cause de leur généralité inhérente n'arrivent pas in concreto à réaliser ce but. Il faudra donc, éventuellement, apporter un correctif à cette désignation, soit au moyen d'une autre règle dont l'hypothèse légale (la catégorie de rattachement, le *Rahmenbegriff*) sera plus spécifique, soit au moyen de la décision judiciaire elle-même, qui aurait la possibilité de s'éloigner du rattachement imposé par le législateur pour mieux assurer la justice dite conflictuelle ou formelle.

² *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé*, Recueil des cours, 196(1986-I), p. 9 et s.

³ Pour cette notion, v. W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 1981, p. 1 et s. et 86 et s. Pour l'intérêt d'une telle notion, Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* [De la loi applicable au contrat de travail international], Almedina, Coimbra, 1991, p. 78, n.º 6.

La clause d'exception serait donc un des moyens d'assurer la démarche concrète dans la désignation de la loi présentant avec chaque rapport de droit les liens les plus étroits. Cette démarche, prônée par le principe de proximité⁴, se substituerait ainsi à la démarche à caractère abstrait et fondée sur la nature du rapport de droit, qui était celle de la méthode savignienne.

C'est dans ce sens précis que nous comprenons la clause d'exception⁵, qu'elle a aussi été perçue par la doctrine portugaise⁶ et qu'on peut en retrouver des traces dans le dip portugais. Nous suivrons donc cette façon de concevoir ce mécanisme dans le développement de ce rapport, quitte à mentionner cependant que l'autre fonction est aussi soutenue par la doctrine portugaise; notre droit positif en connaît d'ailleurs quelques exemples.

Une fois éclaircie notre conception du sujet, il faut maintenant dire quelque chose qui en découle tout naturellement et qui devra être à notre avis prise en considération. Nous pensons en effet que si la clause d'exception doit être comprise comme un moyen de réalisation du principe qui tend à l'application de l'ordre juridique présentant avec la situation les liens les plus étroits (principe de proximité, dans la formulation de P. Lagarde, et dans le sens qui nous semble avoir été accueilli par le libellé de notre thème), son importance à l'intérieur de chaque système de dip ne pourra pas être considérée par soi-même. Au contraire, il faudra bien mesurer son rôle tout en tenant compte de la part que chacun de ces systèmes réserve au principe de proximité lui-même, faute de quoi l'analyse à entreprendre se révélerait boiteuse. Ainsi, pour un système de dip présentant une nette

⁴ V. P. Lagarde, loc. cit. (note 2), p. 30. Dans le même sens, et plus particulièrement pour ce qui est de l'intervention du juge à ce propos, v. surtout C.E. Dubler, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Georg, Genève, 1983, qui parle à ce propos de clauses d'exception proprement dites (p. 28), tout en réservant le concept de clauses d'éviction à portée générale pour les autres mécanismes correcteurs connus du droit international privé. V. p. 36.

⁵ V. notre ouvrage cité supra, note 3, pp. 398-410.

⁶ V. Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral* [Les normes d'application immédiate en droit international privé. Esquisse d'une théorie générale]. v. I, Almedina, Coimbra, 1992, p. 397 et s. et Cunhal Sendim, *Notas sobre o princípio da conexão mais estreita no direito internacional privado matrimonial português* [Notes sur le principe du rattachement plus étroit dans le droit international privé matrimonial portugais], *Direito e Justiça*, v. VII (1993), pp. 311-375 (349-369).

indifférence à l'égard de cette idée force⁷, il serait vain ou au moins dépourvu de sens d'essayer de trouver des traces de notre principe. D'autre part, pour les systèmes imprégnés de la méthode savignienne une telle recherche présente tout l'intérêt, parce qu'il faudra alors voir si la localisation du rapport de droit (par définition une opération abstraite, une fois qu'ayant à sa base la nature de celui-ci) amène ou non dans chaque cas d'espèce à l'application de la loi qui, compte tenu de l'examen de toutes les circonstances du cas d'espèce dans son ensemble, présenterait avec ce dernier les liens les plus étroits. Ce qui nous fait penser que si la clause d'exception est une des formes de manifestation du principe de proximité, qui, pour une partie de la doctrine apparaît comme une des révélations tangibles de l'idée de justice du droit international privé⁸, son intervention doit être vue en rapport avec la perméabilité de tout système de dip à une telle directive. Un rapport qui, cependant, n'est pas à sens unique. Ainsi, il est vrai que la présence de la clause d'exception, telle que nous l'avons comprise plus haut, témoigne de la part que chaque ordre juridique fait au principe de proximité⁹. Mais, et pour cette même raison, la clause d'exception sera

⁷ On pourrait songer, par exemple, à un système qui aurait été très influencé par les idées soutenues par David Cavers dans son célèbre article de 1933 *A critique of the choice of law problem*, et qui n'aura pas été sensible à l'évolution de la pensée de cette auteur. V. pour cette évolution *The choice of law process*, University of Michigan, 1963 et *The choice of law: selected essays, 1933-1983*, Duke University Press, Durham, 1985. En général sur les doctrines qui prônent l'influence des conceptions matérielles dans le choix du droit applicable, v. M. Mühl, *Die Lehre von «besseren» und «günstigeren» Recht im internationalen Privatrecht Zugleich eine Untersuchung des «better-law approach» im amerikanischen Kollisionsrecht*, C. H. Beck, München, 1982, et, dans la doctrine portugaise, Ferrer Correia, *Considerações sobre o método do direito internacional privado* [Considérations sur la méthode du droit international privé], in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra, 1982, pp. 309-398 (380-384), Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações* [Droit International Privé et Constitution. Introduction à une analyse de ses rapports], 3ème éd., Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 61 et s. et op. cit. (note 3), pp. 364-373 et Marques dos Santos, op. cit. (note 6), pp. 517-519.

⁸ Sur cette idée de justice du droit international privé, v. dans la doctrine portugaise, Baptista Machado, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis* [Domaine d'efficacité et domaine de compétence des lois], Almedina, Coimbra, 1970, pp. 161-184 et s., Ferrer Correia, *Une codification nationale du droit international privé à l'épreuve du principe d'égalité: le Code Civil portugais de 1966 «revisited»* in *Le droit international à l'heure de sa codification*, v. IV, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 63-87 et Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 218-263.

⁹ Dans ce sens, par exemple, v. P. Lagarde, loc. cit. (note 2), p. 97 et s. et Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 398-410. Marques dos Santos (op. cit. note 6) considère cependant la clause d'exception comme une des formes de relativisation de la méthode conflictuelle (p. 397).

certainement moins nécessaire comme instrument de réalisation de ce principe si un système de *dip* montre son ouverture à l'égard de l'idée base qui est derrière lui. Et une telle ouverture peut être le résultat d'une sorte d'abdication du législateur conflictuel qui a cru devoir se limiter à dire à l'interprète de chercher lui seul la loi présentant les liens les plus étroits avec la situation concrète, tout en se gardant de lui donner des directives plus précises¹⁰. Ou, par contre, découler d'une sensibilité qu'il a montré à l'égard de ce principe dans la formulation de l'ensemble des règles de conflit elles-mêmes: il se peut que, malgré leur caractère abstrait, elles se soient orientées par la préoccupation d'arriver à l'application de l'ordre juridique présentant avec la situation les liens les plus étroits.

Dans pareils cas, la circonstance qu'une ou plusieurs clauses d'exception n'aient pas été reconnues par un tel système ne vaudrait nécessairement dire qu'un tel ensemble de règles méconnaîtrait le principe de proximité. Bien au contraire, un tel principe voyant sa réalisation poursuivie de quelque sorte par d'autres moyens, le besoin d'avoir recours à cette dernière ligne de sa réalisation – la clause d'exception – se présenterait d'une façon moins

¹⁰ Comme il arrive avec la théorie de la *proper law*, en doctrine et en jurisprudence, et aussi avec les solutions proposées par certaines codifications nationales: par exemple, l'article 25 du Code civil grec, l'article 143 des Principes généraux du code civil de la République Populaire Chinoise, de 1986, et l'article 35 d'un avant-projet portugais, tel qu'il est sorti, en 1961, de la première révision ministérielle, v. à ce propos Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 382-398.

Le droit international privé portugais a emprunté cette voie tout récemment à propos du contrat d'assurance: pour ce qui regarde ceux de ces contrats assurant des risques situés en territoire portugais, ou quand le Portugal est l'Etat membre du compromis, la *professio iuris* est admise (article 183(1) du Décret-loi n° 102/94, du 20 avril 1994); à défaut de choix, on appliquera le système juridique présentant avec la situation les liens les plus étroits (n° 2). Mais le numéro 4 ajoute qu'on présume que le contrat d'assurance présente le lien le plus étroit avec le pays où le risque est situé. Le fait que cette solution suit un modèle différent de celles du droit international privé portugais (où, pour le moment, la prestation caractéristique est inconnue) découle de la circonstance que ce diplôme, qui a certaines affinités, au point de vue des conflits de lois, avec la Convention de Rome transpose les solutions des directives communautaires dites de troisième génération: 92/49/CEE, du 18 juin, et 92/96/CEE, du 10 décembre. V. sur l'état des questions avant l'approbation de ces textes, P. Blanco-Morales Limones, *El seguro español en el derecho internacional privado (Derecho comunitario)*, Editorial Caser, Madrid, 1989, p. 375 et s. et J. Biancarelli, *L'application du droit du contrat d'assurance dans le marché unique européen: droit applicable, dispositions d'ordre public, conventions internationales*, Rapport général au XIIème Colloque Juridique International du Comité Européen des Assurances. Avignon 1991.

pressante. C'est pourquoi nous pensons qu'il ne faut pas perdre de vue cette relation réciproque entre les deux notions – clause d'exception et principe de proximité – pour bien mesurer le rôle concret de la première, tout en ayant en vue qu'elle n'est, dans le sens que nous avons adopté plus haut, qu'un moyen de concrétisation de la deuxième.

Les considérations que nous venons de faire sont valables également pour le système de *dip* portugais. Certes, on ne rencontrera pas dans ce système des clauses d'exception à nature générale ou spéciale, au moins avec un caractère explicite, tant d'origine interne que de source conventionnelle, comme il arrive avec l'article 15(1) de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987, l'article 4(5) de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹¹ ou l'article 8(3) de la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. Mais ça ne veut pas dire que des clauses ayant une telle fonction bien qu'avec un domaine plus restreint, soient complètement absentes, ni que la jurisprudence n'ait pas raisonné dans un ordre d'idées qui rappelle beaucoup ce mécanisme. D'autre part, et au-delà de la présence d'autres clauses d'éviction à caractère générale – surtout influencées par des considérations d'ordre substantiel – on ne devra pas ignorer, que le *dip* portugais fait un appel direct à la notion des liens les plus étroits, dans certaines règles de conflit subsidiaires. En plus, que la construction du système portugais de conflits de lois trouve largement son fondement dans ce même principe de proximité, surtout dans la sphère nucléaire du statut personnel¹². Ceci étant, et à la lumière des considérations faites plus haut¹³, on devra tenir compte de cette réalité lorsqu'on prétend porter un jugement d'ensemble sur l'importance que revêt la clause d'exception (et le principe de proximité) dans le système portugais. On n'oubliera cependant pas, et ici en parfait

¹¹ Il faut dire cependant que l'adhésion du Portugal à ce texte doit être imminent. En effet, le Parlement portugais a déjà autorisé la ratification de la Convention d'Adhésion de Funchal et le dépôt de l'instrument de ratification de cet instrument doit donc avoir lieu dans un avenir très proche.

¹² Et on n'ignorera pas le domaine très vaste qu'une telle notion recouvre en droit international privé portugais: d'après l'article 25 du code civil y sont en effet inclus, au-delà de l'état et de la capacité, les relations de famille (même celles ayant un caractère patrimonial, comme il arrive avec les régimes matrimoniaux) et les successions.

¹³ Voir supra I.

accord avec les caractéristiques de notre dip¹⁴, que la perméabilité à l'égard de ces concepts est bien plus nette dans la loi et en doctrine qu'en jurisprudence, qu'elle est plus présente dans le droit international privé commun que dans celui d'origine conventionnelle¹⁵, et qu'elle apparaît aussi plus clairement dans le ressort des conflits de lois que dans le domaine des conflits de juridictions.

Nous passerons donc tout de suite en revue la situation telle qu'elle se présente dans ces deux domaines.

2. CONFLITS DE LOIS

2.1. La doctrine portugaise

Si l'on prend comme caractéristique essentielle de la clause d'exception le fait qu'elle permet de «corriger» une ou plusieurs règles de conflit, on ne saurait méconnaître l'accord général existant à propos d'une telle position de départ dans la doctrine portugaise. Celle-ci a, en effet, depuis longtemps soutenu le caractère subordonné de la règle de conflit à l'égard des valeurs qui en constituent le fondement et son rôle instrumental pour ce qui est de la réalisation des buts majeurs du droit international privé¹⁶,

¹⁴ La part de la loi et de la doctrine est largement prépondérante, si on la compare à celle de la jurisprudence, dans le droit international privé portugais. Et la modernité de l'ensemble relatif aux conflits de lois fait le contraste avec l'ancienneté de la partie s'occupant des conflits de juridictions. V. Moura Ramos, *L'adhésion du Portugal aux conventions communautaires en matière de droit international privé*, BFDUC, v. LXIII (1987), pp. 75-107 (82).

¹⁵ Sur les difficultés qui pose l'interprétation de la politique conventionnelle portugaise en matière de droit international privé, v. Moura Ramos, *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação de Portugal e o papel da organização na codificação internacional do direito internacional privado* [La Conférence de la Haye de Droit International Privé: la participation du Portugal et le rôle de l'organisation dans la codification internationale du droit international privé], in *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, pp. 17-40 (31-36) et *The impact of the Hague conventions on portuguese private international law*, NILR, 1993, pp. 79-92 et p. 82.

¹⁶ V. dans ce sens Moura Ramos, *Dos direitos adquiridos em direito internacional privado* [Sur les droits acquis en droit international privé], BFDUC, v. L (1974), pp. 175-217 (211-214) et op. cit. (note 3), pp. 379-382, Ferrer Correia, *Direito internacional privado. Alguns problemas* [Droit international privé. Quelques problèmes], Almedina, Coimbra, 1991, p. 105.

ce qui implique qu'elle doit être écartée lorsque son actualisation puisse mettre en danger la réalisation de ces valeurs là¹⁷.

Cet accord de base pour ce qui est du besoin de correction des règles de conflit, ne se prolonge cependant pas quand on envisage les formes qu'une telle correction devrait prendre. Tout en justifiant les déviations apportées par voie légale au jeu des règles de conflit, Ferrer Correia s'éloigne de toute directive générale transférant au juge un tel pouvoir, en s'opposant donc à ce qu'il nomme de «casuisme de type conflictuel»: l'intervention du juge en tant que médiateur chargé d'écarter la solution dessinée par la règle de conflit si elle s'avère in concreto être contraire à la justice conflictuelle, est censurée au nom de l'imprévisibilité qu'elle peut engendrer¹⁸. Ceci étant, le procès à la clause d'exception ne se fait pas au nom de son caractère correcteur mais au nom de l'insécurité qui d'une certaine façon découle de l'intervention judiciaire. D'autre part, on craint qu'un tel mécanisme va favoriser les pratiques «lex foristes», tout en contribuant à mettre en danger l'idée nucléaire de la parité de traitement entre la lex fori et les lois étrangères; on redoute aussi les difficultés qui découlent de cette complexité accrue du système conflictuel pour la pratique judiciaire¹⁹.

Par contre, on a soutenu en défense de l'admissibilité de la clause d'exception, qu'elle peut constituer le seul moyen de corriger la désignation de la règle de conflit lorsqu'il apparaîtrait dans un cas concret, qu'elle ne mène pas à l'application de la loi présentant avec la situation les liens les plus étroits. Nous avons souligné de notre part que refuser le recours à la clause d'exception dans un cas pareil serait «persister dans une

¹⁷ Ainsi B. Machado, *Lições de direito internacional privado* [Cours de droit international privé], 3ème éd., Almedina, Coimbra, 1986, pp. 168-170.

¹⁸ V. op. cit. (note 16), pp. 97-98 et 103-104. L'auteur se place donc du point de vue de la protection de la sécurité juridique, dans la ligne du raisonnement développé par W. Wengler dans son étude *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, in *Droit International et Droit Communautaire*, Fondation Calouste Gulbenkian, Paris, 1991, pp. 11-24.

Ferrer Correia concilie cette position avec la défense du caractère instrumental de la règle de conflit en prônant la restriction de son domaine d'application lorsque son actualisation contreviendrait aux jugements de valeur déterminants du système. V. op. cit. (note 16), pp. 105-106.

¹⁹ Ainsi Marques dos Santos. op. cit. (note 6), pp. 498-499.

fiction»²⁰. On a aussi fait remarquer qu'une telle tendance dans le sens de la flexibilité des règles (de conflit, dans notre cas) serait le reflet dans notre discipline d'une orientation dite «fonctionnelle» qui s'est manifestée dans d'autres domaines du droit, et cherchant à arriver à un point d'équilibre entre la certitude et la sécurité juridiques, d'une part, et la flexibilité du système d'autre part, les deux étant nécessaires au droit international privé²¹.

Il résulte nettement de cet exposé qu'une partie de la doctrine portugaise conçoit la clause d'exception en tant qu'un élément de la justice conflictuelle, son but étant de permettre une meilleure localisation d'un rapport juridique dans l'espace.

2.2. Le droit international privé commun

2.2.1. La législation

L'opinion favorable à la clause d'exception qu'on vient de mentionner, ne s'appuie cependant pas sur l'existence en droit portugais d'une clause d'exception générale ouverte, soit d'origine législative, conventionnelle ou jurisprudentielle, à l'exemple de l'article 15 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé. Cependant, notre système connaît ce que l'on peut appeler de clause d'exception spéciale fermée, en matière de responsabilité délictuelle, celle de l'article 45 du Code civil. Après avoir dit au numéro 1 de cette disposition, que la loi applicable en cette matière est celle de l'Etat où s'est réalisée l'activité principale qui a causé le préjudice²², le législateur ajoute au numéro 3 que «si, toutefois, l'auteur et la victime ont la même nationalité ou, à défaut, la même résidence habituelle, et s'ils se trouvent occasionnellement en pays étranger, la loi applicable sera celle de la nationalité ou de la résidence habituelle communes, sans préjudice de celles, parmi les dispositions de l'Etat du lieu, qui doivent

²⁰ Moura Ramos, *op. cit.* (note 3), p. 569.

²¹ *Idem*, *ibidem*, pp. 563-574 et aussi Cunhal Sendim, *op. cit.* (note 6), pp. 349-369, qui souligne en particulier l'importance de ce mécanisme dans le droit international privé matrimonial.

²² En cas d'omission la loi applicable est celle du lieu où le responsable aurait dû agir. V. la même disposition.

s'appliquer indistinctement à toutes les personnes»²³. Les critiques exprimées par la doctrine portugaise ne valent évidemment pas pour ce qui est de cette règle, une fois que son caractère fermé ne laisse aucune marge de liberté au juge, tout risque d'imprécision dans son application étant donc exclu.

D'autre part, on peut reconnaître au même article 45, mais maintenant à son numéro 2, ce qu'on pourra qualifier comme une clause d'exception spéciale fermée, ayant un but substantiel, c'est-à-dire celui d'assurer un résultat matériel déterminé (la protection du lésé, *favor laesi*). Ainsi, d'après cette norme, si la loi de l'Etat où s'est produit l'effet dommageable considère l'auteur comme responsable mais qu'il n'en soit pas de même de la loi du pays où son activité s'est produite, c'est la première qui est applicable, l'auteur ayant dû prévoir la production d'un dommage dans ce pays en tant que conséquence de son acte ou de son omission²⁴. Et il arrive de même, au-delà d'autres dispositions du Code civil²⁵, avec l'article 38 du décret-loi n° 178/86, du 3 juillet 1986, d'après lequel les contrats d'agence ou de représentation commerciale qui s'exécutent de façon exclusive ou prépondérante en territoire national ne seront pas soumis, pour ce qui concerne le régime de leur extinction, à une loi autre que la loi portugaise, à moins que cette autre loi ne soit plus favorable à l'agent²⁶; et avec l'article 19(h) du décret-loi n° 446/85, du 25 octobre 1985, portant réglementation des clauses contractuelles générales, qui interdit les conditions

²³ Sur cette disposition, v. B. Machado, op. cit. (note 17), pp. 373-375, Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 377-379, no. 19, et p. 381, no. 25, et Marques dos Santos, op. cit. (note 6), p. 454, no. 1458.

²⁴ V. B. Machado, comme à la note précédente, pp. 371-373 et Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 377-379, no. 19.

²⁵ V. par exemple, l'article 28(1), où est consacrée la doctrine dite de l'intérêt national – sur cette disposition, B. Machado, op. cit. (note 17), pp. 350-351 et Moura Ramos, op. cit. (note 3), p. 370, no. 14.

²⁶ Sur cette disposition, v. nos travaux, *Aspects récents du droit international privé portugais*, Rev. crit. dip. 1988, pp. 473-496 (476-478) et *La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais*, in *Droit International et Droit Communautaire*, loc. cit. (note 18), pp. 97-133 (110-114), P. Monteiro, *Contrato de Agência* (Contrat d'Agence), 2ème éd., Coimbra, Almedina, 1993, pp. 114-118, M. H. Brito, *O contrato de concessão comercial* [Le contrat de concession commerciale], Almedina, Coimbra, 1990, p. 98, no. 37, Marques dos Santos, op. cit. (note 6), pp. 903-904 et M. Jorge, *Rattachements alternatifs et principe de proximité: les apports récents du droit international privé portugais*, *Droit International et Droit Communautaire* (note 18), pp. 213-226.

générales des contrats qui font application d'un droit étranger si les inconvénients causés à l'une des parties ne sont pas compensés par des intérêts sérieux et objectifs de l'autre partie²⁷.

Au delà de son inspiration matérielle, ce qui caractérise ces dispositions est le fait de ne pas laisser au juge un pouvoir discrétionnaire, tout en définissant les conditions qui devront l'amener à corriger l'application de la règle de conflit premièrement posée – ce qui approche donc ces cas de la règle, citée plus haut, de l'article 45(3), et écarte la critique fondée sur la crainte de l'insécurité juridique.

On pourra donc en conclure que les mécanismes d'exception prévus par le droit écrit (qu'ils se caractérisent par des buts matériels ou qu'ils tendent à mieux localiser un rapport donné) présentent la caractéristique de ne pas admettre le pouvoir correctif du juge en tant que tel, tout en admettant cependant que celui-ci corrige la désignation d'une règle de conflit mais dans les limites indiquées par le législateur lui-même.

2.2.2. La jurisprudence

Si le législateur portugais n'a pas franchi le pas en consacrant une vraie clause d'exception²⁸ comme le fait le droit suisse, il n'est pas moins vrai que la jurisprudence²⁹ s'est prononcée dans une direction similaire à celle qui découlerait de l'application d'une telle clause. Dans un arrêt du 27 juin 1978³⁰, il a été décidé qu'un ensemble de rattachements d'un relief important avec un ordre juridique donné impose qu'on écarte le seul rattachement que la situation présente avec un autre système, même si ce dernier est celui qui a été retenu par la règle de conflit. Certes, la Cour Suprême l'a fait de par l'invocation de la notion d'ordre public, mais on peut bien se poser la question si elle ne l'aurait fait également (son

²⁷ Loc. cit. note précédente, respectivement, pp. 484-485 et 114-117. V. aussi E. Jayme, *Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Droit International et Droit Communautaire* (note 18), pp. 77-85 (81).

²⁸ Il était arrivé de même avec les conventions internationales par lesquelles le Portugal est maintenant lié. V. cependant supra, note 11.

²⁹ Dans la ligne de ce qui était suggéré dans une consultation (non publiée) de B. Machado.

³⁰ V. BMJ, 278 juillet de 1978, pp. 232-238 (236-237).

raisonnement l'incite à penser) même si le recours à cette notion n'aurait été possible – et la voie serait donc la clause d'exception³¹.

On a même parlé en doctrine d'une clause d'exception implicite, à propos de la règle de l'article 52 du Code civil, et qui permettrait que les deux rattachements prévus à cette disposition (nationalité et résidence habituelle commune des conjoints) fussent écartés lorsqu'il aurait été démontré d'une façon non équivoque que la vie familiale présente les liens les plus étroits avec un autre ordre juridique³².

Cet intéressant point de vue nous permettra de renouer avec les considérations que nous avons fait plus haut³³ sur les rapports entre la clause d'exception et le principe de proximité.

En effet, le degré de sensibilité d'un ordre juridique donné à ce principe ne pourra pas être ignoré si l'on prétend évaluer la position d'un tel système face à la question de l'admissibilité d'un procédé à caractère correctif, même implicite, en vue de sa réalisation.

Or le système conflictuel portugais est nettement bien placé à ce propos, si on le soumet à une analyse sous un tel angle. En premier lieu, il se réfère directement à la loi des liens les plus étroits, bien qu'en des situations où on peut parler d'un vrai constat d'échec dans la tentative de trouver, au-delà de la loi de la nationalité commune des conjoints et de celle de sa résidence habituelle commune, une autre loi qui puisse d'avance être censée présenter des liens réels et effectifs avec la vie familiale³⁴. En second lieu, ses règles de

³¹ Dans ce sens Marques dos Santos et Cunhal Sendim, op. cit. (note 6), respectivement pp. 455 et 366, no. 142.

³² Cunhal Sendim, op. cit. (note 6), pp. 349-369. D'après l'article 52, les rapports entre époux sont régis par la loi nationale commune, à défaut par la loi de la résidence habituelle commune et à défaut par la loi présentant avec la vie familiale les rapports les plus étroits.

³³ V. supra I.

³⁴ V. à propos les articles 52 (rapports entre les conjoints) et 60(2) (constitution de l'adoption par des époux ou par une seule personne lorsque l'adopté est l'enfant de son conjoint) du Code civil. Le recours à la loi présentant les liens les plus étroits avec la vie familiale semble se présenter comme découlant d'un vrai constat d'échec devant l'effort de trouver un rattachement qui puisse se référer à une donnée commune aux deux conjoints. En effet, seule la référence à un facteur commun ne serait considérée comme discriminatoire à l'égard de l'un ou de l'autre des conjoints, ce qui apparaît très nettement si on se rappelle que le rattachement précédemment choisi – la loi nationale du mari – avait été écarté sous le grief d'inconstitutionnalité, pour contraire au principe constitutionnel de l'égalité des conjoints. V. Moura Ramos, op. cit. (note 7), pp. 194-210 et *Portugal – Droit de la famille – Dispositions intéressant le droit international privé*, Rev. crit. dip. 1978, pp. 598-603, Ferrer Correia, *A revisão do Código civil e a Constituição* [La révision du Code civil et la Constitution], in *Estudos Vários de Direito*, loc. cit. (note 7), pp. 279-307, B. Machado, op. cit. (note 17), p. 404; v. pour la jurisprudence, l'arrêt du Juge du Tribunal des Mineurs de Lisbonne du 14 juillet 1978 (in *CJ*, v. V (1980), t. I, pp. 236-240).

conflit rigoureusement bilatérales ne se prêtent pas bien à un fondement différent de celui du principe de proximité³⁵.

D'autre part, il est aussi reconnu que le principe de proximité ne permet pas de choisir, a priori et de manière abstraite entre le rattachement à la nationalité et le rattachement au domicile, en matière de statut personnel³⁶. Or, la part faite à ces deux rattachements pour ce qui est de la loi applicable en matière de statut personnel nous amène à y voir une sorte d'équivalence entre ces deux notions, pour ce qui concerne le poids que notre législateur leur reconnaît. Nous ne pensons pas simplement au rattachement du statut personnel des apatrides qui, comme le souligne P. Lagarde³⁷, ne peut être fondé que sur ce principe de proximité et non sur celui de la souveraineté. Mais plutôt sur l'identité du rôle joué par les deux rattachements – celui de la nationalité et celui de la résidence habituelle – en dip portugais pour ce qui regarde la reconnaissance des situations juridiques créées à l'étranger. En effet, d'après la majorité des auteurs, et par interprétation de la règle de l'article 31 du Code civil, maxime de son n° 2³⁸, les actes juridiques conclus à l'étranger qui ont trait au statut personnel, seront reconnus au Portugal à condition qu'ils produisent des effets dans l'Etat de la nationalité de l'intéressé et de celui de sa résidence habituelle. Et, enfin, par la réglementation du renvoi en matière de statut personnel qui, tout en faisant dépendre en général l'acceptation de ce mécanisme de la réalisation de l'harmonie juridique internationale, voit une telle situation comme le résultat de l'harmonie entre la loi nationale et celle de la résidence habituelle de l'intéressé; ces deux rattachements sont

³⁵ V. Lagarde, loc. cit. (note 2), p. 64. Pour la démonstration du point de vue d'après lequel le système bilatéraliste convient en effet au principe de proximité et non au principe de souveraineté qui s'accommode beaucoup mieux d'un ensemble de règles unilatérales, v. ibidem, pp. 51-53.

³⁶ P. Lagarde, loc. cit. (note 2), p. 31.

³⁷ Idem, ibidem, p. 76.

³⁸ Après avoir dit que «la loi personnelle de l'individu est celle de sa nationalité» (n° 1), cette règle déclare «néanmoins valables au Portugal les actes juridiques passés dans le pays de la résidence habituelle du déclarant conformément à la loi de ce pays, si celle-ci se considère compétente» (n° 2). Dans le sens de l'interprétation de cette règle à laquelle nous nous rapportons dans le texte, v. B. Machado, op. cit. (note 17), pp. 175-178, Ferrer Correia, op. cit. (note 16), pp. 253-263, Moura Ramos, op. cit. (note 16), pp. 215-217 et loc. cit. (note 3), p. 693, no. 679 et Fernandes Costa, *Direitos adquiridos e reconhecimento de sentenças estrangeiras* [Droits acquis et reconnaissance des jugements étrangers], in *Estudos em Homenagem Ferrer Correia*, v. I, Coimbra, 1986, pp. 121-186 (143-186).

placés sur le même niveau³⁹. Nous pensons qu'une telle indifférenciation ne semble découler que du fait que c'est le principe de proximité qui fonde, en dip portugais, la détermination de la loi applicable dans le domaine du statut personnel.

C'est cette importance reconnue au principe de proximité en dip portugais qui nous semble devoir être aussi tenue en compte le moment où on essaye de préciser le rôle des clauses d'exception – pas simplement celles explicitement formulées, mais aussi bien les autres, celles qu'on dirait implicites – en dip portugais.

2.2.3. Les conditions d'intervention des clauses d'exception

Le rôle des clauses d'exception en dip portugais ayant été esquissé, il nous faut maintenant essayer de préciser, bien que sommairement, leurs conditions d'intervention. Il s'agit notamment des facteurs permettant d'établir «les liens les plus étroits».

La première remarque consiste à souligner que toute l'activité à développer dans ce contexte doit être renfermée dans le cadre des circonstances entourant le cas d'espèce⁴⁰: toute généralisation étant donc prématurée et à condamner, en principe. En effet, si le but recherché est celui de la localisation la plus parfaite du rapport de droit en question, seules les circonstances du cas d'espèce pourront nous renseigner sur l'inaptitude du rattachement choisi par la règle de conflit pour arriver à la désignation du droit applicable. Il faudra voir si la loi à laquelle se réfère la règle de conflit fixe et rigide ne donne plus la meilleure localisation du rapport juridique concret, son centre de gravité étant ailleurs⁴¹. Et, cela va de soi, pour qu'une telle conclusion puisse être obtenue, il faudra évidemment bien mesurer le poids de toutes les circonstances de rattachement présentes dans la situation d'espèce.

De par l'observation de la situation et de tous les éléments (subjectifs et objectifs) y présents, on pourra conclure, comme il a été souligné chez

³⁹ Sur la démonstration de ce point, qui ne peut pas, de toute évidence, être ici reprise, v. le commentaire aux articles 17(2) et 18(2) du Code civil, Ferrer Correia, op. cit. (note 16), pp. 216-218 et B. Machado, op. cit. (note 17), pp. 198-216.

⁴⁰ V. Moura Ramos, op. cit. (note 3), p. 568.

⁴¹ Dans ce sens Moura Ramos, *ibid.*, p. 569.

nous dans un travail récent⁴², dans le sens de l'isolement qui peut bien être soit subjectif soit objectif (et, dans ce cas, dans le temps ou dans l'espace) de la circonstance de rattachement retenue par la règle de conflit à l'égard des autres circonstances du cas. Il faudra donc écarter la loi désignée par cette catégorie là, tout en revenant à celle vers laquelle pointent toutes les autres connexions.

C'est ce qui arrive très nettement avec l'hypothèse contenue à l'article 45(3) de notre Code civil, que nous avons qualifié plus haut⁴³ de clause d'exception spéciale fermée: le lieu du fait générateur du préjudice étant fortuit, parce que les parties s'y trouvaient occasionnellement, et l'auteur et la victime ayant un rattachement fort avec un autre ordre juridique (parce qu'ils en avaient tous les deux la nationalité, ou y résidaient habituellement); c'est cet autre ordre juridique qui devrait être appliqué au dépens de la première loi. Et la même démarche semble être présente dans l'arrêt de notre Cour Suprême cité plus haut⁴⁴. Il s'agissait en l'espèce de la succession d'un Espagnol décédé à Lisbonne, où il avait sa résidence habituelle, où il s'était marié à une Portugaise (dont il s'était séparé de corps plus tard après en avoir eu un enfant, lui aussi de nationalité portugaise au début mais qui l'a perdue après une telle condition), et où il habitait depuis vingt ans avec une autre Portugaise, avec laquelle il a eu quatre enfants, portugais et résidents au Portugal eux aussi, qu'il avait reconnus; les biens à hériter se trouvaient au Portugal où le fils né du mariage résidait, s'étant en outre marié à une Portugaise. La Cour a écarté l'application de la loi espagnole, désignée par la règle de conflit en matière successorale, comme loi nationale du défunt au moment de sa mort⁴⁵, au nom de l'ordre public international, parce qu'elle consacrait une discrimination, au point de vue successorale, entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage. La Cour a souligné encore que le nombre et la signification des rattachements de la situation avec la loi portugaise justifiaient la mise à l'écart de la loi espagnole, une fois qu'ils créaient «une atteinte légitime à la réglementation portugaise».

⁴² V. Marques dos Santos, *op. cit.* (note 6), pp. 422-458.

⁴³ V. *supra*, I.

⁴⁴ V. *supra*, note 30.

⁴⁵ V. l'article 62 du Code civil portugais.

Le fait que la Convention de Rome n'est pas entrée en vigueur au Portugal jusqu'à présent⁴⁶ ne nous permet pas de faire état de la jurisprudence pour ce qui est de ses articles 4(5) et 6(2), mais nous n'avons pas de raisons pour penser qu'elle suivrait des lignes différentes de celles qu'on vient de citer. En particulier pour ce qui concerne cette dernière disposition, la clause d'exception qui y est prévue en matière de contrat individuel de travail a été expressément approuvée parmi nous⁴⁷, bien que, de par la nature même de ce contrat, elle risque d'être maniée dans ce cas là comme un moyen d'arriver à une solution matérielle plus protectrice pour le travailleur⁴⁸ que comme une forme d'assurer une meilleure localisation de la relation de travail⁴⁹.

2.2.4. Le domaine d'application des clauses d'exception

Une fois que nous venons de concevoir la clause d'exception comme une correction in concreto décidée par le juge (ou déterminée par le législateur) de façon à assurer une meilleure localisation du rapport juridique donné, son domaine d'application ne peut évidemment être total. La clause d'exception vue sous cet angle n'aura à jouer que dans les cas où l'objectif de la règle de conflit est bien celui de la «localisation» du rapport considéré, c'est-à-dire celui de l'application de la loi présentant avec la situation les liens les plus étroits. Pour employer la formule de Patocchi, nous dirions donc que la clause d'exception voit son domaine d'actualisation limité aux situations où il est question des règles de conflit «localisatrices»; il en est tout autrement des cas où il s'agit de règles de conflit à rattachement matériel⁵⁰.

⁴⁶ V. supra, note 11

⁴⁷ Dans ce sens Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 916-917. V. aussi ibidem, p. 573, no. 432, pour l'analyse des restrictions à la clause d'exception contenues dans l'article 8(4) de la Convention de la Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

⁴⁸ Une fois que la loi désignée par l'article 6(2) ne voit pas sa compétence reconnue au nom de la protection du travailleur. V. Moura Ramos, op. cit. (note 3), p. 875.

⁴⁹ Dans ce sens F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé*, Recueil des Cours, 188 (1984-V), pp. 339-418 et p. 388.

⁵⁰ P. M. Patocchi, *Règles de conflit localisatrices et règles de conflit à rattachement substantiel*, Georg, Genève, 1985.

Le point semble bien clair pour ce qui concerne les règles consacrant l'autonomie des parties (vue, évidemment, en tant qu'une vraie autonomie conflictuelle, une *kollisionsrechtliche Verweisung*, comme il arrive avec l'authentique *professio iuris*, et non comme une simple autonomie matérielle ou *materiellrechtliche Verweisung*)⁵¹. En effet, dans ces cas il semble que la loi désignée l'est du fait du choix des parties elles-mêmes et non de la présomption que les contractants auraient choisi la loi qui serait celle à laquelle le contrat se verrait plus étroitement rattaché – ce qui est aujourd'hui clair face au rejet de la théorie de la localisation jadis soutenue par Batiffol⁵². Ceci étant, et le fondement de la règle de conflit étant donc l'autonomie de la volonté elle-même, il n'est pas question d'y introduire une correction – ce qui est d'ailleurs reconnu expressément par l'article 15(2) de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé qui exclut l'intervention de la clause d'exception en cas d'élection de droit.

Il faudra raisonner de la même façon pour ce qui est maintenant des règles de conflit aux rattachements alternatifs⁵³, où, comme dans les autres règles de conflit à caractère matériel⁵⁴, il n'est plus question de la localisation du rapport de droit mais, au contraire, de la recherche d'une solution matérielle donnée. Dans ces cas, si le but de la règle de conflit s'identifie à la recherche ou à l'obtention d'un résultat d'ordre substantiel, on ne saurait pas «corriger» ce résultat énoncé et voulu par la règle de conflit elle-même, sous le prétexte d'une meilleure localisation que la règle de conflit dans ce cas là, et par définition, ne vise point⁵⁵.

⁵¹ Sur cette distinction, v. Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 432-441.

⁵² Pour l'exposé de cette doctrine, v. Moura Ramos, op. cit. (note 3), p. 383, no. 30.

⁵³ Comme par exemple l'article 36 du Code civil portugais, à l'égard duquel les actes juridiques seront valables quant à la forme si on a respecté soit la forme prévue par la loi applicable à la substance de l'acte, soit celle prévue par la loi du lieu de célébration, soit celle du système juridique désigné par cette loi.

⁵⁴ Au Portugal, c'est par exemple le cas de la règle de l'article 45(2) dont nous avons parlé plus haut (supra, I.).

⁵⁵ Le point pourra être moins net pour ce qui regarde les clauses d'exception spéciales fermées, comme celles de l'article 45(3) du Code civil portugais, quand l'on s'interroge sur leur rapport avec les règles de conflit à caractère matériel (dans notre cas l'article 45(2) du même code). On pourra accepter que la première de ces règles soit appliquée même si la situation qui est décrite dans la dernière se présente, ce qui vaudrait dire qu'une localisation très forte pourrait écarter le jeu d'une règle de conflit à rattachement substantiel (qui cependant n'est pas du tout étrange à des considérations de localisation). Dans le sens du texte, v. aussi Marques dos Santos, op. cit. (note 6), pp. 491-492.

Si l'on pense maintenant aux règles d'application immédiate on devra dire de même que leur applicabilité n'est pas mise en cause par la clause d'exception⁵⁶. En effet, les règles d'application immédiate sont des normes matérielles de droit interne dotées d'une sorte d'impérativité internationale qui fait de sorte que leur application soit prescrite, pour ce qui est de certaines situations internationales, indépendamment de la compétence du système juridique où elles s'intègrent⁵⁷. Leur application a lieu sans qu'il soit nécessaire de passer par le biais des règles de conflit; c'est à une règle spéciale expresse ou implicite de déterminer le domaine d'application dans l'espace d'une telle catégorie de normes. Ceci étant, et une fois que la méthode conflictuelle, au moins dans la veste de la règle de conflit bilatérale, n'arrive pas à faire son jeu, on ne voit pas pourquoi devra-t-on faire intervenir un instrument correctif (la clause d'exception) dont le but se place dans le droit fil du fondement d'une règle de conflit qui a été écartée ou au moins ignorée dans la situation envisagée.

L'effet essentiel de l'intervention de la clause d'exception est la non application de la loi désignée par la règle de conflit. Bien que pouvant se prévaloir du fait d'être liée au cas concret par le rattachement choisi, et qui est donc censée réaliser la meilleure localisation du rapport de droit, la loi en question n'est pas, on le vérifie compte tenu de toutes les circonstances du cas concret, celle qui présente les liens les plus étroits avec le rapport de droit en question. Sa mise à l'écart s'impose donc au nom de la justice conflictuelle.

Cela ne veut nullement dire qu'il faudra alors avoir recours à la *lex fori*, bien qu'un tel résultat puisse se présenter souvent à la suite de l'intervention du mécanisme que nous considérons⁵⁸. L'éloignement de la loi qui avait été considérée compétente en première ligne aura lieu au nom de la réalisation du principe de proximité. Le juge sera donc obligé de faire figure de législateur, en vue de concrétiser le principe dans la situation donnée.

⁵⁶ V. aussi Marques dos Santos, op. cit. (note 6), pp. 494-496.

⁵⁷ Pour cette catégorie, Marques dos Santos, op. cit. (note 6), passim et Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 659-720.

⁵⁸ Ainsi Marques dos Santos, op. cit. (note 6), p. 496.

Il est vrai que l'opération d'une telle clause arrivera très probablement à imposer l'effacement des points de rattachement plus faibles, ceux qui ne traduiraient des liens forts et donc susceptibles de représenter le lien le plus effectif avec le rapport de droit en question.

Au contraire, nous ne voyons pas que l'intervention de la clause d'exception doive avoir comme conséquence un rétrécissement des cas de renvoi au premier degré ou de l'intervention de l'ordre public. Certes, il pourrait être le cas au point de vue statistique, mais nous ne croyons qu'un tel effet se produise nécessairement. Tout se passerait de la sorte, évidemment, si l'intervention de la clause d'exception déclenche sans plus attendre l'application de la *lex fori*. Mais nous croyons qu'il faudra ne pas tomber sur un tel résultat et essayer de respecter le principe de parité de traitement entre la *lex fori* et la loi étrangère que nous tenons pour essentiel au droit international privé. L'effet de l'intervention de la clause d'exception sera donc celui de la réouverture du procès de désignation de la loi applicable, procès qui avait été entamé par la règle de conflit mais qui a abouti au choix d'une loi qui ne peut être considérée celle exprimant les liens les plus étroits avec le rapport de droit à régler. Il sera donc nécessaire, en passant outre de ce premier échec, de continuer la tâche, maintenant au seul niveau du juge, mais tout en s'inspirant du même principe – celui dit de proximité – qui a amené à l'éloignement de la loi premièrement choisie.

3. CONFLITS DE JURIDICTIONS

3.1. La théorie du «forum non conveniens» et la compétence directe

Si dans le domaine du conflit de lois on reconnaît au juge un certain pouvoir de correction de la désignation faite par la règle de conflit bilatérale, il en est tout autrement pour ce qui concerne les conflits de juridictions. À ce propos, et pour ce qui est de la désignation (forcément unilatérale, quand on songe à un système étatique) de la compétence internationale des tribunaux, l'ordre juridique portugais repose traditionnellement sur des critères fixes et rigides, toute intervention autonome

du juge dans son modelage étant donc exclue⁵⁹. Toutefois cela ne veut pas dire que le débat ayant trait à la flexibilité des règles de conflit de juridictions est ignoré par la doctrine portugaise. En particulier, la théorie du forum non conveniens a été à l'origine d'un intérêt récent. On sait que d'après ses défenseurs le juge serait admis à refuser l'exercice de sa juridiction lorsque le for compétent aurait été considéré comme inconvenient pour la décision du litige⁶⁰. On écarterait donc des situations d'*improper fora*, tout en assurant un lien effectif entre le tribunal et le litige, ce qui empêcherait que la prévisibilité des personnes concernées puisse être atteinte par la décision d'un for inattendu.

Certes, dans le droit fil de la tradition continentale, la doctrine portugaise n'a pas oublié les risques d'insécurité et de discrimination qui peuvent découler de l'application d'un tel principe⁶¹. Mais elle n'a pas pour autant été insensible aux virtualités qu'il présente en tant que clause d'exception tendant à corriger le jeu de certaines règles de compétence internationale directe (telles les *long-arm statutes* du droit nord-américain),

⁵⁹ Sur le système portugais en matière de compétence internationale directe, v. B. Machado, *La compétence internationale en droit portugais*, BFDUC, v. XLI (1965), p. 97 et s., Moura Ramos, loc. cit. (note 14), p. 84 et s. et op. cit. (note 3), no. 26, p. 489 et s., Ferrer Correia, *Le système portugais sur la compétence internationale (directe)*, in Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 1993, pp. 49-59, Ferreira Pinto, *Die Reform des nationalen Zivilprozessrechts als Angleichung: Das Beispiel Portugal*, in E. Jayme (Hrsg.), *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa*, pp. 369-382 (371-373 et 376-378), M. Teixeira de Sousa, *A competência e a incompetência nos tribunais comuns* [La compétence et l'incompétence dans les tribunaux communs], 3ème éd., AAFDL, Lisbonne, pp. 51-75 et 74-108, Ferrer Correia – Moura Ramos, *Um caso de competência internacional dos tribunais portugueses* [Un cas de compétence internationale des tribunaux portugais], Edições Cosmos, Lisboa, 1991 et Ferrer Correia – Ferreira Pinto, *Breve apreciação das disposições do anteprojecto de código de processo civil que regulam a competência internacional dos tribunais portuguesas e o reconhecimento das sentenças estrangeiras* [Appréciation sommaire des dispositions de l'avant-projet de code de procédure civile régissant la compétence internationale des tribunaux portugais et la reconnaissance des jugements étrangers], RDE, 13 (1987), pp. 1-38 (4-24).

⁶⁰ V. Moura Ramos, op. cit. (note 3), p. 124 et s.

⁶¹ Et qui sont probablement à la base du cercle restreint de matières où son jeu a été essayé et de la réception limitée qu'il a eu hors des systèmes appartenant à la common law. V. op. cit. note précédente, p. 128, P. Herzog, *La théorie du forum non conveniens en droit angloaméricain: un aperçu*, Rev. crit. dip. 1976, p. 1 et s. et P. Lagarde, loc. cit. (note 2), p. 147.

tout en lui reconnaissant d'une façon expresse l'aptitude à remplir une telle fonction⁶². On a même proposé que ce principe fût légalement consacré pour pallier aux inconvénients d'une admission trop large du principe de causalité comme fondement de la compétence internationale des tribunaux portugais⁶³. En effet, d'après le droit en vigueur l'exercice de la juridiction portugaise se voit fondé de par la seule circonstance que le fait qui sert de base à la demande s'est produit en territoire portugais. D'après la proposition formulée que nous appuyons de notre part, le juge serait à même de vérifier si le lien existant entre l'affaire et l'ordre juridique portugais est suffisamment fort pour justifier la compétence de nos tribunaux⁶⁴.

3.2. La théorie du «forum non conveniens» et la compétence indirecte

Au-delà du rôle ainsi reconnu à l'idée de forum non conveniens par cette proposition d'amendement dans le domaine de la compétence internationale directe, nous y rencontrons encore un autre écho à propos du contrôle de la compétence internationale indirecte⁶⁵. La proposition faite à cet égard tend à remplacer le système traditionnellement admis en droit portugais pour ce qui est de ce problème. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence avaient depuis longtemps recours au système de la bilatéralité pour le contrôle de la compétence internationale du tribunal d'origine. Suivant un tel raisonnement, le tribunal étranger aurait été compétent si le critère dont dépend la compétence internationale d'un tribunal portugais aurait été respecté⁶⁶. On

⁶² Moura Ramos, op. cit. (note 3), p. 128.

⁶³ Ferrer Correia – Ferreira Pinto, loc. cit. (note 59), p. 9.

⁶⁴ Idem, ibidem, p. 10 et p. 34 (v. la rédaction proposée pour l'article 27(1,c).

⁶⁵ V. Ferrer Correia – Ferreira Pinto, loc. cit. (note 59), pp. 26-28 et 36-37.

⁶⁶ V. dans ce sens, Ferrer Correia. *Quelques réflexions sur le système portugais concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, in Droit International et Droit Communautaire, loc. cit. (note 18), pp. 135-141 (139-141), Ferreira Pinto, loc. cit. (note 59), pp. 378-381, Ferrer Correia – Ferreira Pinto, op. et loc. cit. à la note précédente, F. Costa, op. cit. (note 38), p. 149, no. 1, Ferrer Correia / Moura Ramos, *A propósito do reconhecimento, em Espanha, das decisões judiciais portuguesas, particularmente do mecanismo da reciprocidade*, [À propos de la reconnaissance en Espagne des jugements portugais, en particulier du mécanisme de la réciprocité], RDE, v. 12 (1986), pp. 43-69 (pp. 54-57 et 63-64) et A.M. Peralta – João Curado Neves, *A Competência internacional indirecta em direito processual civil* [La compétence internationale indirecte dans le droit de la procédure civile], AAFDL, Lisboa, 1988.

propose maintenant de passer au système opposé, celui de l'unilatéralité, d'après lequel la compétence internationale du juge étranger serait déterminée par ses propres règles de compétence⁶⁷. Mais il faut parer à l'invocation, de la part de ce tribunal-là, de compétences exorbitantes. Devant la difficulté d'avoir recours à cet égard à des critères prédéterminés, la proposition utilise une formule générale qu'elle concrétise tout de suite après par une énonciation exemplificative: il y est dit que la reconnaissance pourra être attaquée si elle provient d'un tribunal dont la compétence serait «gravement anormale ou exorbitante»; tel serait le cas si la compétence se fonde sur la simple présence du défendeur sur le territoire ou sur l'existence de biens dans ce pays-là⁶⁸.

On arrive donc à un reflet du principe de proximité pour ce qui est de la vérification de la compétence de l'autorité d'origine⁶⁹: au lieu d'écarter une ou plusieurs situations déterminées dans l'hypothèse où on considèrera comme non fondée la compétence étrangère, on a recours tout simplement à l'absence d'un lien raisonnable entre le tribunal et l'affaire décidée⁷⁰.

La seule consécration légale de la doctrine du forum non conveniens que l'on peut trouver en droit portugais est celle à laquelle nous venons de nous rapporter, dans la mesure où l'on peut parler de projet de loi. Il ne s'agit évidemment pas d'une règle générale, mais de deux simples applications du principe dans deux domaines précis et bien restreints. D'abord, en matière de compétence internationale directe, comme une limite au jeu de la compétence internationale fondée sur la causalité ou la territorialité: le seul fait qu'ait eu lieu au Portugal la *causa petendi* ou l'une des circonstances qui l'intègrent, ne suffira pas à un tel but pourvu qu'on soit amené à penser que le lien existant ne suffit pas à cette fin. Ensuite, dans le domaine de la compétence internationale indirecte, un tribunal étranger ne sera pas considéré compétent si la prétendue compétence ne se fondait que sur un lien avec le rapport litigieux dont l'insuffisance était manifeste.

⁶⁷ Pour la critique du système de la bilatéralité, v. Ferrer Correia, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (Droit Comparé)*, in *Estudos Vários de Direito*, loc. cit. (note 7), pp. 105-193 (167-190).

⁶⁸ V. la formule proposée pour l'article 930(b).

⁶⁹ V. en détail sur ce problème P. Lagarde, loc. cit. (note 2), pp. 169-182.

⁷⁰ Dans la ligne déjà suivie en France et en Angleterre: v. Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 126-127, no. 108.

En l'absence d'autres précisions on pourrait dire que si la proposition serait accueillie, la jurisprudence devrait prendre en considération tous les facteurs, subjectifs et objectifs, susceptibles de permettre une conclusion sur la suffisance du lien existant entre le rapport et le tribunal, pour fonder sa compétence (directe, dans un cas, indirecte dans l'autre).

3.3. La théorie du «forum non conveniens» et l'élection de for

Le caractère limité des situations dans lesquelles le jeu de la clause d'élection de for est admise dans le contexte auquel nous nous rapportons, semble enlever le sens à la question des possibilités de blocage d'une telle règle avec une portée générale. En tout cas, et quoiqu'il en soit, il semble que la règle du forum non conveniens, comme toute clause d'exception en somme⁷¹, devra toujours céder devant une compétence fondée sur la volonté des parties, dès que les limites substantielles et formelles qui l'encerclent aient été respectées.

Cette question présente une importance certaine à l'égard de l'ordre juridique portugais où, à part les situations tombant dans le domaine d'application des traités de Bruxelles et de Lugano⁷², les conventions d'élection de for seront toujours admises⁷³ dès qu'elles correspondent à un

⁷¹ V. ce que nous avons dit supra l., à propos des clauses d'exception dans le domaine des conflits de lois.

⁷² V. sur ce régime Chr. Kohler, *Rigueur et souplesse en droit international privé: Les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction «dans le commerce international» par l'article 17 de la Convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction*, in *Droit International et Droit Communautaire*, loc. cit. (note 18), pp. 159-174.

⁷³ Et dans les mêmes conditions pour les *pactum de foro prorrogando* et ceux de *foro derogando*. depuis la loi n° 21/78, du 21 mai 1978. V. Ferrer Correia, loc. cit. (note 67), pp. 179-180, Moura Ramos, op. cit. (note 3), pp. 863-866, loc. cit. (note 14), pp. 91-92, et loc. cit. (note 26), respectivement pp. 491-494 et 129-132, M. Teixeira de Sousa, op. cit. (note 59), pp. 96-102, R.C. Radtke, *Internationale Zuständigkeitsvereinbarungen nach portugiesischem Recht*, RIW/AWD 1984, pp. 270-282 et *Vereinbarungen über die internationale Zuständigkeit der portugiesischen Gerichte in Seerechtssachen*, RIW/AWD 1987, pp. 196 et s. et M.V. Ferreira da Rocha, *Competência internacional e autonomia privada: Pactos privativos e atributivos de jurisdição no direito português e na Convenção de Bruxelas de 27-9-1968* [Compétence internationale et autonomie privée: Pactes privatifs et attributifs de juridiction dans le droit portugais et dans la Convention de Bruxelles de 27-9-1968], RDE, v. 13 (1987), pp. 161-234.

intérêt supérieur des parties ou d'une d'elles, ne portent pas sur des droits indisponibles ou sur les questions de compétence exclusive des tribunaux portugais⁷⁴ et désignent un tribunal dont la loi accepte la désignation. La convention devra en outre être conclue par écrit, remplir les autres conditions de forme du contrat source de l'obligation et indiquer les questions auxquelles elle se rapporte.

On mentionnera aussi que la possibilité de conclure des conventions d'élection de for se voit limitée de par une clause d'exception spéciale fermée d'inspiration matérielle, proche à celle que nous avons rencontré pour le choix de la loi étrangère⁷⁵: de par l'article 19(g) du décret-loi 446/85, du 25 octobre 1985, sur les conditions générales des contrats, sont interdites les conditions générales des contrats qui déterminent la compétence d'un tribunal présentant de graves inconvénients pour une des parties, lorsque les intérêts de l'autre partie ne le justifient pas. Ici encore c'est au juge de faire la pondération des plusieurs intérêts en conflit, tout en décidant par la suite de la validité de la clause.

Enfin, la question de l'effet du forum non conveniens n'a pas non plus été examinée par la doctrine – portugaise. Nous pensons cependant que, étant donné la nature discrétionnaire du pouvoir du juge de décliner sa compétence, il convient de lui reconnaître le pouvoir de suspendre le procès jusqu'à ce que le demandeur ait présenté sa demande devant un autre tribunal.

CONCLUSION

Les retombées de l'utilisation de la clause d'exception, et aussi du principe de proximité, en dip portugais ayant été ci-dessus décrites, il nous faudra maintenant terminer ce rapport. Nous le ferons en soulignant les traits les plus marquants des développements mentionnés.

On mettra d'abord en valeur le fait que le Portugal appartient à la famille juridique des pays continentaux, où l'ancrage des règles légiférées

⁷⁴ D'après l'article 65-A du Code de procédure civile, rentrent dans la compétence exclusive des tribunaux portugais les actions relatives aux droits réels sur des immeubles situés en territoire portugais, à la déclaration de faillite ou d'insolvabilité des personnes morales dont le siège se trouve au Portugal et aux rapports de travail.

⁷⁵ V. supra, 2.2.1.

est très grand et où la tendance à une influence jurisprudentielle très importante constitue en tout cas une exception. Accentuons encore que si une telle caractéristique vaut pour le droit en général, elle se voit à plus forte raison confirmée dans le domaine du droit international privé. Si ce n'est que par le caractère plus récent de notre matière, où l'effort de sédimentation des pratiques et des tendances n'a pas encore atteint la même maturité que dans d'autres domaines du droit privé. Mais il faudra y ajouter une autre raison, celle-ci étant particulière au dip portugais. Elle tient à l'importance réduite, réduite même si nous la comparons à ce qui se passe avec les autres systèmes de droit de la famille du droit continental, de la jurisprudence dans l'ensemble du dip portugais. En effet, ce domaine de droit est chez nous très marqué par le poids de la codification de 1966, elle-même ayant à sa base un puissant effort doctrinal. Une raison en plus, qui à côté du caractère un peu périphérique du pays (et donc plus éloigné des mouvements de personnes et de la circulation des marchandises) et de la tendance des particuliers à résoudre leurs litiges hors d'un règlement judiciaire, expliquent peut-être cet état des choses.

Ceci étant, on ne s'étonnera pas de ne voir la jurisprudence assumer très facilement un rôle correctif ou créatif de première grandeur, ce qui permet de mieux comprendre le défaut de tradition pour ce qui regarde les clauses d'exception.

D'autre part, il faut aussi reconnaître⁷⁶ la perméabilité de la doctrine portugaise à une conception «fonctionnaliste» de notre matière, dans le sens que les règles de conflit doivent être considérées très nettement instrumentales aux buts majeurs du droit international privé. Depuis ce point de départ il serait naturel d'admettre que telles règles pourraient bien être écartées lorsqu'elles se montreraient autre chose que la concrétisation de ces principes fondamentaux.

Si les caractéristiques de notre système de dip rendaient difficile pour le juge d'assumer ce rôle correcteur, on ne saurait s'étonner qu'il ait été pris en charge par le législateur lui-même lorsqu'il s'est aperçu de la possibilité d'un écart entre le fondement de la règle – représenté presque toujours par le principe de proximité – et les conséquences qui découleraient, au moins dans certains cas, de son expression législative appliquée au cas concret. D'où la présence de clauses d'exception spéciales dont le caractère

⁷⁶ Ibid.

fermé s'explique probablement par la crainte de l'imprévisibilité qui pourrait être le fait d'une prépondérance majeure reconnue à l'instance judiciaire.

Le rôle central joué par le principe de proximité à l'intérieur du système portugais⁷⁷ nous fait cependant penser que le moment d'un tournant à ce propos arrivera dans un avenir proche, surtout avec l'introduction en droit portugais de certains instruments internationaux relevant du ressort de la Communauté Européenne ou de celui de ses Etats membres.

Pareille influence nous l'attendons sur le plan des conflits de lois, tout en étant cependant très différente pour ce qui est des conflits de juridictions. Car la Convention de Bruxelles se caractérise par des règles rigides et non, comme celles de Rome, par une ouverture majeure au rôle à jouer par le judiciaire⁷⁸. Mais le même résultat pourra cependant être également atteint ici, grâce à un développement autonome, une fois que c'est le législateur lui-même qui semble, bien que dans un cadre restreint, avoir découvert les avantages que la clause d'exception peut présenter.

Nous pensons donc que la position du dip portugais à l'égard des clauses d'exception pourra difficilement être appréhendée de par les seules règles qui, dans la réalité, en constituent un exemple. Au-delà de traduire une réalité mouvante, cette position a besoin pour être comprise dans toute sa profondeur d'être mise en rapport avec la structure et le dessein eux-mêmes du dip portugais – une tâche à laquelle nous espérons que le présent rapport ait contribué.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Il se peut que, compte tenu de l'évolution législative, jurisprudentielle et doctrinale ayant eu lieu ces dernières années, le caractère moins moderne de la Convention de Bruxelles à l'égard de celle de Rome ne soit pas étrange à cette différence.

DIREITO COMUNITÁRIO

MIGUEL DE AVILLENZ PEREIRA
LL. M. (Edinburgh)
Advogado

ARBITRATION ISSUES IN EC LAW

Sumário

As convenções de arbitragem ocupam um lugar de crescente destaque de entre as cláusulas gerais dos contratos. A prática internacional mostra uma clara preferência pela arbitragem como forma de resolução de eventuais litígios. A afirmação é sobretudo verdadeira no âmbito do comércio internacional.

Em face da relevância da arbitragem comercial internacional, seria de esperar que a matéria fosse objecto de legislação comunitária, ou pelo menos, que se buscasse a harmonização das leis internas dos diferentes Estados membros. Não foi o caso. Não se estranhe, contudo, pois a omissão justifica-se pelo facto de todos os Estados membros serem partes de Convenções internacionais sobre arbitragem, com especial menção para a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque de 1958). Qualquer intervenção a nível da União Europeia traduziria uma mera duplicação de textos legislativos.

O que fica dito, só brevemente passará a ser verdade também para Portugal. Com efeito, entre nós, apenas após o depósito do instrumento de ratificação da Convenção de Nova Iorque, a qual ocorreu muito recentemente, entrará em vigor aquela que constitui a base normativa da arbitragem comercial internacional no âmbito comunitário. Com este passo, Portugal entra finalmente no circuito da arbitragem comercial internacional, colmatando uma grave lacuna que nessa matéria se fazia sentir na União Europeia.

Não se julgue, no entanto, que a ausência de legislação comunitária específica sobre arbitragem equivale a inexistência de relacionamento entre o direito comunitário e a arbitragem. Ao invés, diversos casos comunitários mostram a existência de importantes problemas, sobre os quais, aliás, os Tribunais Comunitários têm proferido decisões causadoras de bastante polémica. É sobre alguns desses problemas e decisões comunitárias que trata este trabalho.

I. Introduction

II. Application of EC law by arbitrators

III. Reference to the European Court of Justice under art. 177 of the EEC Treaty by arbitrators

IV. Extent of the arbitration exclusion from the Brussels Convention

V. Conclusion

I. Introduction

Arbitration is affected by European Community law (EC law or Community law) and its subsidiary rules in many different ways. Yet, so far, it has not been sought the harmonisation of the law of the Member States governing arbitration¹. Apparently, this situation would in contradiction with article 220 of the Treaty establishing the European Economic Community (EEC Treaty), for hereunder Member States are required "to enter into negotiations with each other with a view to securing the simplification of formalities governing the reciprocal recognition and enforcement of judgments of courts or tribunals and of tribunals awards". However, it seems that given the fact that the issue was dealt with in an international level, which was also the level that the EC authorities believed arbitration should be treated², any measure in this connection would be unnecessary. Indeed, all the Member States³ have ratified and are, therefore, parties to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, of 10 June 1958 (New York Convention). Thus, the New York Convention is now the principal basis of international commercial arbitration within the Community, notwithstanding the existence of other international agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards, notably the European Convention on International Com-

¹ See Schmitthoff C., *Arbitration and EEC Law*, Common Market Law Review, vol. 24/1987, p. 1.

² Schmittoff, op., cit note 1, p. 1; also, McClellan A., *Commercial Arbitration and European Community Law*, Arbitration International, vol. 5/1989, p. 79.

³ Portugal has ratified the New York Convention at 8 July 1994.

mercial Arbitration of 21 April 1961⁴. It has been suggested, that it is also for this reason that the Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of 1968 (Brussels Convention)⁵, does exclude arbitration from its scope⁶.

The lack of existence of Community law governing arbitration or of measures harmonising Member State's own domestic laws of arbitration does not mean that arbitration is irrelevant for EC law and vice versa. Clearly, arbitral tribunals have to observe and apply EC law, if in a case before it, any question of EC law is raised. On other hand, arbitration is caught in different articles of the EEC Treaty and additional conventions. What is less certain is the way EC law and arbitration do affect each other. Are arbitrators entitled or even compelled to apply Community law in its entirety, including antitrust rules? And if the arbitrator has doubts concerning whether the interpretation of the rules or the validity of a Community act, is he legitimated or must he refer the question to the European Court of Justice (ECJ) under art. 177 of the EEC Treaty? What is the extent of the arbitration exclusion from the Brussels Convention scope? Those are the issues which I shall attempt to address in this essay.

II. Application of EC law by arbitrators

It is well accepted and generally recognized that in any given dispute, involving EC law, the courts of the Member States have to take into account this law and apply it even if in contradiction with the national law of the Member State concerned. Indeed, the ECJ has already had the opportunity

⁴ See Lasok D. and Stone P., *Conflict of Laws in the European Community*, (Professional Books Limited, 1987), p. 327. The New York Convention applies to both recognition and enforcement of foreign arbitral awards and recognition and indirect enforcement of arbitral agreements (see Redfern A. and Hunter M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd Edition (Sweet & Maxwell, 1991), p. 458). The 1961 European Convention, complements the New York Convention, limiting the grounds on which recognition and enforcement may be refused.

⁵ OJ 1972, L 299/32; for the protocol to the Brussel's Convention, see OJ 1975, L 204/28.

⁶ See McClellan, *op. cit.*, note 2, p. 72. Arbitration is excluded from the Convention's scope *ex vi* art. 1, para. 2(4).

to rule on the matter and had held that "any national court must, in a case within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals and must accordingly set aside any provision of national law which may conflict with it, whether prior or subsequent to the Community rules"⁷. The same applies to arbitral tribunals. Despite of the private nature of this form of settling disputes, the parties to an arbitration are not allowed to put aside the application of EC law, if the question involves this law. In fact, the ECJ held in another case, that "Community law must be applied in its entirety throughout the territory of all Member States; parties to a contract are not, therefore, free to create exceptions to it"⁸. An impasse may occur when the procedural rules applicable to the arbitration are from a common law Member State. The arbitrator under the procedural rules of a common law system has to adopt a passive position, in the sense that he shall only consider the questions which the parties bring to him. Now, in a situation where the arbitrator is appreciative of the applicability of EC law, but the parties for whatever reason do not put forward the issue, may he nonetheless raise the question? It has been submitted that it will depend on the nature of the issue. If it is a matter of rights which EC law confers to one of the parties, the arbitrator shall not consider it in so far as the interested party does not raise it. However, if the point is of infringement of EC law, the arbitrator must apply it, regardless the position of the parties, including their opposition to the reference⁹. The problem is irrelevant from the perspective of a civil law system, since here the judge has the power to raise *ex officio* any point he considers pertinent to the settlement of the dispute.

More importantly, is to know whether every Community law issue, and, in particular, antitrust disputes, are capable of settlement by arbitration. On the face of the *Simmenthal* and *Nordsee* cases¹⁰, it seems undoubt-

⁷ Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*, (1978) ECR, p. 644.

⁸ Case 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG*, (1982), ECR, p. 1111.

⁹ See Schmitthoff, *op. cit.*, note 1, p. 146.

¹⁰ See respectively, notes 7 and 8.

edly that arbitral tribunals are bound to apply EC law if it is relevant to the dispute before it. On other hand, if the issue involves penal consequences it is generally recognized as not being capable of settlement by arbitration¹¹. This could place an arbitrator in a dilemma, since an infringement of EC competition law may lead the Commission of the European Communities (EC Commission) to impose fines on the parties involved. There is a further complication in this connection. Art 85(1) of the EEC Treaty prohibits arrangements which prevent, restrict or distort competition within the market and affect trade between Member States. In this case, the agreement may nevertheless be exempted under art. 85(3) or under one of the existing block exemptions. Otherwise, the firms involved run the risk of nullity of the arrangement and fines. What are the powers of the arbitrator facing an infringement of art. 85(1)? All these questions interlock, so that it is difficult to suggest a definitive answer to any one of them without also considering the others.

The principle shall be the same as regards EC law in general, i.e., the arbitral tribunal is in the same position as national courts, and must observe and apply EC law in its entirety. Hence, if the competition law point concerns an infringement of art. 85(1), the arbitrator has to declare the agreement or decision which is the basis of the proceedings, null and void, pursuant to art. 85(2). If the arbitrator considers that the arrangement falls within the scope of one of the existing block exemption, in which case it would have the benefit of automatic exemption, the arbitrator shall bear this in mind. The arbitrator may not, however, exempt any given arrangement under art. 85(3). In this case, the most the arbitrator may do is to stay the proceedings and permit the interested party to search for an exemption from the EC Commission¹². Conversely, the arbitrator may consider that the arrangement no longer qualifies for the exemption which it has been granted, and, therefore, declare it null and void¹³. However, with respect to exemptions, the EC Commission has the discretion to set aside the arbitral award. Indeed, under art. 8 of Council Regulation n.º 17¹⁴, the EC

¹¹ Redfern and Hunter, op., cit. note 4, p. 138 at note 43.

¹² See Redfern and Hunter, op., cit., note 11, p. 141.

¹³ See McClellan A., op., cit., note 2, p. 69.

¹⁴ First Regulation implementing arts. 85 and 86 of the EEC Treaty, OJ Sp. Ed. 1962, n.º 204/62.

Commission has the power to revoke any exemption granted to an arrangement. Also, where the agreements notified to the EC Commission for exemption contain an arbitration clause, the parties have been required to refer to it all the arbitral awards concerning the agreement¹⁵. If the EC Commission finds the arbitral award incompatible with the conditions and circumstances in which the exemption was granted or with the block exemption under which the arbitrator sought to exempt the arrangement, it may revoke or amend the exemption¹⁶.

So far, however, the EC Commission has not made use of this discretion, and there is no decision quashing the exemption of an agreement on those grounds¹⁷. Yet, the EC Commission has considered certain arbitration clauses an infringement of art. 85(1). It appears that the EC Commission will see an infringement where such clauses do not permit the reference of antitrust matters to the court rather than to arbitration¹⁸. An example of this policy, is the EC Commission decision in *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel*¹⁹, a case concerning an arrangement between firms including rules on arbitration, where it was said that the impossibility of the parties to go to the courts instead of referring their disputes to arbitration was a violation of art. 85(1)²⁰.

III. Reference to the European Court of Justice under art. 177 of the EEC Treaty by Arbitrators

As regards arbitration, the basic rule is, as stated above, that the arbitrator is in the same position as any national court, having as well the duty to observe and apply EC law in its entirety. Now the question which

¹⁵ See McClellan, op., cit., note 2, p. 70.

¹⁶ See McClellan, op., cit., note 2, p. 70 also Redfern and

¹⁷ See McClellan, op., cit., note 2, p. 70.

¹⁸ See Steindorff E., *Common Market Antitrust Law in Civil Proceedings before National Courts and Arbitrators*, Fordham Corporate Law Institute, 1985, Barry Hawk Editor, p. 429 and 431.

¹⁹ OJ 1978, L 20/18.

²⁰ See Steindorff, op., cit., note 18, p. 431.

necessarily follows is that if arbitrators do have the same task as national courts, do they also have the power or even an obligation to seek a reference to the ECJ, in case of doubts as to the interpretation or application of Community law²¹? On the face of what was said above, it would appear that the answer should be in the affirmative. The current position of the ECJ is, however, to distinguish between institutional arbitration and *ad hoc* arbitration, and within the former between those cases where its jurisdiction is fixed by agreement between private parties, without any influence of the national authorities of the Member State concerned, and the situation where such authorities have an important role either on the indication of the arbitrators and the establishment of the applicable procedural rules and no alternative legal remedies are available, so that only the latter will be entitled to make references to the Court²². This means that in commercial arbitration, which is the most common method of arbitration proceedings, the arbitrator may not make references to the ECJ.

Art. 177 of the EEC Treaty²³ speaks of "court or tribunal of a Member State". Thus, only "courts" or "tribunals" where conferred the power to make references to the ECJ. So, one has to start to find which courts and tribunals are covered by the *provisio*, and for this purpose one has to set forth the features of such entities. In this connection the ECJ held that "court" and "tribunal" for the effect of art. 177 are Community and not national concepts²⁴. For this purpose, it is irrelevant whether a given entity is recognized as a "court" or a "tribunal" or how it is named by the Member State concerned²⁵. As the Advocate-General stated in its opinion in the *Broekmeulen*²⁶, "the essential characteristics of what was or was not a court

²¹ It should be noted that the references here concerned are of a preliminary ruling nature and not appeals.

²² See Bebr G., "Arbitration Tribunals and Article 188 of the EEC Treaty", *Common Market Law Review*, vol. 22/1985, p. 490.

²³ The issues which may be referred to the ECJ are circumscribed to interpretation and effect of EEC Treaty provisions and interpretation, effect and validity of Community acts. See Hartley T., *The Foundations of European Community Law*, 2nd (Clarendon Law Series, 1987), p. 247.

²⁴ See Bebr, *op. cit.*, note 22, p. 490-491.

²⁵ See Hartley, *op. cit.*, note 23, p. 255.

²⁶ Case 246/80, *Broekmeulen v. Huisarts Registratie Commissie*, (1981) ECR 2311.

or a tribunal within the meaning of art. 177 EEC had to be determined in a uniform manner for the whole Community. It was clear that if it were left up to each Member State to decide what was or was not a court or tribunal for these purposes there would be a danger that a Member State might seek to prevent references being made on particular subjects or by particular bodies by altering the national definition of what a court or tribunal was²⁷. However, the question of whether the entity is a "court" or a "tribunal" may be object of a preliminary ruling to the ECJ either by the entity itself or a genuine court²⁸.

The ECJ has already set out, in several cases, the relevant criteria to assess whether the arbitral tribunal is a "court" within the meaning of art. 177 of the EEC Treaty. In this respect, the leading case is *Vaassen*²⁹, which concerned an arbitral tribunal under Dutch law, having the task of settling disputes in the mining industry. The question arose as to the character of this arbitral tribunal. The ECJ deemed to consider such body as a court under art. 177 of the EEC Treaty, in the presence of the following features: (i) the members of the tribunal and its chairman were appointed by a Dutch Minister, who also set out its rules of procedure; (ii) the tribunal was a permanent body, charged with the settlement of a specific type of disputes, and subject to rules of adversary procedure similar to those of ordinary courts; (iii) the persons referred to in the rules of the fund – which have been approved by two Dutch Ministers – were bound to settle their disputes with the insurer with the arbitral tribunal, which could only decide on the basis of law.

In another case, *Broekmeulen*³⁰, the ECJ applied, with few differences, the same criteria. Here the body whose nature was in question, was the Appeals Committee for General Medicine in The Netherlands. In The Netherlands a general practitioner who wants to exercise his profession has to register him in the General Practitioners Registration Committee, having

²⁷ Referred in Gormley L., "European Court, Judgment of October 6, 1981, Case 246/80, *Broekmeulen v. Huisarts Registratie Commissie*", *European Law Review*, vol. 7/1982, p. 38.

²⁸ See Hartley, *op. cit.*, note 23, p. 255.

²⁹ Case 61/65, *Widow Vaassen-Gobbles v. Board of the Beamtenfonds voor het Nijnbedrijf*, (1966) ECR 261.

³⁰ See note 26 above.

to appeal to the Appeals Committee, in case of refusal. The main difference comparing with *Vaassen*, was that the composition, competence and procedure of the Appeals Committee were governed by internal rules. However, the ECJ found a "significant degree of involvement on the part of The Netherlands authorities"³¹ in so far as those internal rules could not be amended without the authorisation of two Ministers, and, in addition, a third of Members of the Appeals Committee and its President were appointed by one Minister. On other hand, here as in *Vaassen*, the rules of procedure were of an adversary nature, and, ultimately the Appeals Committee was a *de facto* final instance. The foregoing factors were good enough for the ECJ to recognize the Appeals Committee as a tribunal within the meaning of art. 177 of the EEC Treaty.

From the foregoing case-law, one can assume that the influence of the national authorities in the composition of the entity and the alternative for legal remedies, are essential features for the ECJ to find a given body a court or tribunal in terms of art. 177 of the EEC Treaty³². Yet, both these cases do not concern pure arbitral tribunals, i.e., those founded on an agreement of the parties and which are not a permanent body. The only case, so far, on this point, is *Nordsee*³³.

This case concerned a dispute related to the performance of a joint venture contract, which was submitted for arbitration. The arbitral tribunal, established pursuant to an agreement of the parties, referred several questions to the ECJ, mainly if it was a court or a tribunal under art. 177 of the EEC Treaty. The ECJ started by noting similarities between the activities of the given arbitral tribunal and those of an ordinary court, notably the obligation of the arbitrator to decide on the basis of the law, having his award the force of *res judicata* and being enforceable if leave to issue execution is obtained. But then the ECJ stated that those features were not sufficient to confer the arbitral tribunal the "status of court or tribunal", foremost because the parties could seek to resolve their dispute by other

³¹ Case 246/80, cit., note 26, p. 2326.

³² In this sense, see Alexander W. and Grabandt E., "National Courts entitled to ask preliminary rulings under Article 177 of the EEC Treaty: The Case Law of the Court of Justice", *Common Market Law Review*, vol. 19/1982, p. 419; Also Gormley, op. cit., note 27, p. 41.

³³ Case 102/81, cit., note 8 above.

means than arbitration and due to the lack of involvement of the authorities of the Member State concerned in the proceedings. The ECJ went on to state that

"14. As the Court has confirmed in its judgment of 6 October 1981 *Broekmeulen*, (...), Community law must be observed in its entirety throughout the territory of all the Member States; parties to a contract are not, therefore, free to create exceptions to it. In that context attention must be drawn to the fact that if questions of Community law are raised in an arbitration resorted to by agreement the ordinary courts may be called upon to examine them either in the context of their collaboration with arbitration tribunals, in particular in order to assist them in certain procedural matters or to interpret the law applicable, or in the course of a review of an arbitration award – which may be more or less extensive depending on the circumstances – and which they may be required to effect in case of an appeal or objection, in proceeding for leave to issue execution or by any other method of recourse available under the relevant national legislation."

"15. It is for those national courts and tribunals to ascertain whether it is necessary for them to make a reference to the Court under article 177 of the Treaty in order to obtain the interpretation or assessment of the validity of provisions of Community law which they may need to apply when exercising such auxiliary or supervisory functions."

An analysis of *Vaassen*, *Broekmeulen* and *Nordsee*, gives the guidelines as to the assessment by the ECJ of a given arbitral tribunal under art. 177 of the EEC Treaty. The ECJ is only prepared to avail the status of court or tribunal to institutional arbitral tribunals, where the national authorities of the Member State concerned do have a decisive influence either in the appointment of the arbitrators and in laying down the relevant procedural rules, and where the parties do not have, *de facto* or *de jure*, a legal alternative for the settlement of their dispute. Those entities are empowered to make a preliminary reference to the ECJ. Arbitral tribunals established by virtue of an agreement of the parties and which are not a permanent body, i.e., pure arbitral tribunals, are not courts or tribunals for the effect of art. 177 of the EEC Treaty. The most such arbitrators may do, facing doubts as to the interpretation or validity of Community acts, is to

refer the question to the domestic courts of the Member State concerned either by way of preliminary rulings – if provided under the national procedural law – or by virtue of any type of recourse available under the relevant national law. It is then for the ordinary courts to decide whether it is necessary to them to refer the question to the ECJ. The position of the ECJ may be understandable, but not easy to accept.

First, if the arbitrator is in the same standing as ordinary courts, having as well the duty to observe and apply EC law in its entirety, as the ECJ held in *Broekmeulen and Nordsee*, shouldn't he be also empowered to make references to the ECJ when facing doubts as to the interpretation or validity of the law he has the obligation to apply? Apart the disadvantage in which the arbitrator is therefore placed in comparison with ordinary courts, it appears self-contradictory to require arbitrators to observe and apply EC law, and at the same time deny to the same arbitrators the possibility from making a reference to the ECJ, precisely the mechanism which would guarantee the uniform and correct application of that law also in the field of arbitration³⁴.

It is not less paradoxical the relevance given by the ECJ to the availability of legal alternative dispute resolutions. It is undeniable that when parties have no other possibility but to submit their dispute to a given arbitral tribunal, the latter shall be recognized an ordinary court for all effects. The reverse, however, is not necessarily true. Even in the absence of an arbitration clause, parties are free to litigate or not, to go to court or to arbitrate. However, the non-obligation to litigate does undoubtedly not affect in any way the nature of the ordinary court³⁵.

On other hand, it should be born in mind that in the great majority of the cases, the parties to a given arbitration will not challenge the award, in which case, since the ECJ won't have the possibility to rule on the interpretation or validity of the law, the uniform and correct application of Community law will be an *incognito* in a certainly not negligible sphere of administration of justice. The same risk is present even when one of the parties challenges the arbitration award in a national court. In certain Member States the mere incorrect interpretation of EC law is not enough

³⁴ In this sense, see Bebr, op. cit., note 22, p. 498.

³⁵ See Friend M., "EEC Law, Preliminary Rulings and Arbitrators", *The Law Quarterly Review*, vol. 99/1983, p. 358.

to put aside the award, in which case a reference to the ECJ would not avoid the misapplication of Community law³⁶.

The load of preliminary rulings to the ECJ, would arbitral tribunals be empowered to make references, is a factor which the ECJ did not expressly take into account in *Nordsee*, but that was suggested by the Advocate General³⁷, seems to be a very weak argument when compared with the risk of an inconsistent and incorrect interpretation and application of EC law. And "arguments based on grounds of administrative convenience are not an adequate substitute for logical reasoning"³⁸.

Another ground for denying the right of reference to arbitrators put forward by the Advocate General, again not specifically held by the ECJ, was that thereby the essence of arbitration – speed, privacy and low costs – would be detracted³⁹. It seems undeniable that the privacy sought by the parties would be, at least up to a certain level, difficult to maintain⁴⁰. But the observance of the other two objectives, would be highly increased, since the preliminary ruling would avoid the eventuality of a subsequent challenge of the arbitral award on grounds of misinterpretation of EC law. Illustrative is the *Nordsee* itself, where the arbitrator didn't find obstacles to refer to the ECJ.

Having said that, it has to be noted that the answer as to the admissibility of preliminary rulings under art. 177 of the EEC Treaty, in one way or another, will have serious consequences, which should be balanced. It is submitted that the ECJ should have taken the opportunity in *Nordsee* to rule the issue by way of a comprehensive and well reasoned decision. Clearly, on the face of the wording of art. 177 of the EEC Treaty, arbitrators are not included in its scope. The reason for that, however, may well be that the drafters of the Treaty have not considered the issue. The interpreter shall, though, go beyond the letter of the *provisio*, and analyse its aim. The

³⁶ See Bebr, op. cit., note 22, p. 499.

³⁷ See opinion of the Advocate General in *Nordsee*, cit., note 8, above, p. 1122.

³⁸ Friend, op. cit., note 35, p. 358.

³⁹ See opinion of the Advocate General in *Nordsee*, cit., note 8, above, p. 1122.

⁴⁰ Apart the parties to the arbitration, all the Member States, the Commission and, eventually, the Council are invited to participate in the preliminary proceedings. See Bebr, op. cit., note 22, p. 503.

ECJ itself has held that the objective of art. 177 of the EEC Treaty is to ensure the correct and uniform application of EC law throughout the Community. It is generally recognized the growing demand for (pure) arbitration as a means of resolving disputes. Undoubtedly, the absence of preliminary rulings in the sphere of the arbitration will endanger the uniform and correct interpretation and application of EC law. In this connection, it is worthy to recall what a British Judge said in another place:

"Courts and arbitrators are in the same business, namely the administration of justice. The only difference is that the courts are in the public and the arbitrators in the private sector of the industry"⁴¹.

IV. Extent of the arbitration exclusion from the Brussels Convention

At the beginning of the present paper it was noted that arbitration was excluded from the scope of the Brussels Convention, probably, to avoid overlapping effects with the New York Convention (and other conventions on international arbitration), which deals specifically with recognition and enforcement of arbitration awards, and has been ratified by all Member States, except Portugal. Yet, the question arises as to the extent of the exclusion of arbitration thereof. Art. 1, para. 2(4) of the Brussels Convention simply refers to arbitration. Depending on a wider or on a narrower interpretation, certain matters of arbitration, may or may not be caught by the exclusion. The issue was not free from doubt since the outset, and was discussed during the negotiations concerning the accession of the United Kingdom, Ireland and Denmark to the Convention, having ultimately been decided that it was for the States to resolve the point towards their implementing legislation⁴². But the States have not sought to deal with the issue to date. In a recent case, *Marc Rich*⁴³, however, the English courts were called to rule precisely on the sphere of the provision. Finally, the

⁴¹ See "Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd," (1979) 3 WLR 471, 479, referred in Schmihoff, op. cit., note 1, p. 153.

⁴² See Kaye P., "The Judgements Convention and Arbitration: Mutual Spheres of Influence", *Arbitration International*, vol. 7/1991, p. 289.

⁴³ "Mark Rich and Co, A.G. v. Società Italiana Impianti P.A.", (1989) 1 *Lloyd's Rep.* 548.

question was referred to the ECJ for a preliminary ruling⁴⁴, which judgment was delivered on 25 July 1991⁴⁵.

Before turning to the judgment, one must start by the analyse of the article concerned. Art. 1, para. 1, estipulates that the Convention is to apply in civil and commercial matters irrespective the nature of the court or tribunal. In terms of para. 2 it shall not apply to certain matters, of which one is "arbitration". Thus, the scope of the convention is defined by a general clause and delimited by the express exclusion of specific matters, and is to be assessed on both the "objectives and scheme of the Convention" and the "general principles which stem from the corpus of the national legal systems", "subject to the guiding influence of the European Court"⁴⁶.

The general clause speaks of courts or tribunals of whatever nature. As discussed above, the ECJ has developed a notion of quasi-judicial bodies, based on certain types of institutional arbitrations, as opposed to pure arbitral tribunals, to which conferred the nature of courts or tribunals for the purpose of art. 177 of the EEC Treaty⁴⁷. Clearly those bodies are in essence arbitral tribunals. Will the ECJ consider them also courts for the purposes of the Brussels Convention, despite the express exclusion of arbitration from its scope? It would be illogical to consider the same type of bodies a court for some effects and not for others. But it wouldn't be less paradoxical to include those entities in the scope of the Brussels Convention on the face of para. 2⁽⁴⁾ of art. 1.

It has been submitted that the Brussels Convention does not apply to arbitration proceedings, to recognition and enforcement of foreign arbitral awards, or to ordinary court proceedings in connection with the prosecution of an arbitration clause, including challenges to the existence or validity of arbitration agreements⁴⁸. This last aspect is probably the most difficult

⁴⁴ It should be noted that subsidiary conventions, such as the Brussels Convention, are not covered by art. 177 of the EEC Treaty. But the protocol to the Brussels Convention (see note 5 above) avails jurisdiction to the ECJ for preliminary rulings (see Hartley, *op. cit.*, note 23 above, p. 93).

⁴⁵ Case 190/89, "Marc Rich & Co AG v. Società Italiana Impianti PA", (1991) ECR I 3855.

⁴⁶ See Kaye P., "Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments" (Professional Books Limited, 1987), p. 85 and 149.

⁴⁷ See part III of this paper.

⁴⁸ See Kaye, *op. cit.*, note 46, p. 148, 149 and 150.

issue in this connection, not only because it is prior and independent to the arbitration proceedings themselves – for most if raised as a preliminary ruling – but also due to the ambiguity of treating the point as arbitration, when, eventually, arbitration was never agreed⁴⁹. On other hand, one have to consider that if proceedings concerning existence and validity of an arbitration agreement are not caught by the exclusion, this would enable a party to avoid arbitration, by way of starting legal proceedings prior or at the same time the other party initiates arbitration proceedings (held in different States), and, subsequently, when the latter party ask the appropriate judicial court to assist the arbitration to get done, simply raise the issue therein. In accordance with arts. 21 and 22, the latter court would have to stay or decline its jurisdiction in favour of the former court. And it was mainly this issue that the English Court of Appeal referred to the ECJ for a preliminary ruling.

The question referred to the ECJ sought to determine whether the arbitration exclusion extends to judicial proceedings concerning the appointment of an arbitrator and, if so, whether it would also caught the challenge to existence or validity of an arbitration agreement raised as a preliminary reference. The ECJ held that

"19. (...) it must be pointed out that the appointment of an arbitrator by a national court is a measure adopted by the State as part of the process of setting arbitration proceedings in motion. Such a measure therefore comes within the sphere of arbitration and is thus covered by the exclusion contained in article 1(4) of the Convention.

26. In order to determine whether a dispute falls within the scope of the Convention, reference must be made solely to the subject-matter of the dispute. If by virtue of its subject matter, such as the appointment of an arbitrator, a dispute falls outside the scope of the Convention, the existence of a preliminary issue which the court must resolve in order to determine the dispute cannot, whatever that the issue may be, justify the application of the Convention.

28. It follows that, in the case before the Court, the fact that a preliminary issue relates to the existence or validity of the arbitration

⁴⁹ Kaye, *op. cit.*, note 42, p. 292.

agreement does not affect the exclusion from the scope of the Convention of a dispute concerning the appointment of an arbitrator.

29. Consequently, the reply must be that article 1(4) of the Convention must be interpreted as meaning that the exclusion provided for therein extends to litigation pending before a national court concerning the appointment of an arbitrator, even if the existence or validity of an agreement is a preliminary issue in that litigation".

The decision elucidates that what determines the application of the Brussels Convention is the subject-matter of the dispute, which in *Marc Rich* was the appointment of an arbitrator. Such a proceeding falls within the sphere of arbitration and is therefore caught by the arbitration exclusion. This is surely a wide interpretation of the word arbitration in art. 1, para. 2(4). Nevertheless, it does not rule in any way upon the issue which was the main controversy, namely if legal proceedings regarding solely, i.e., having as its subject-matter the existence or validity of the arbitration agreement fall within the Brussels Convention. The ECJ held simply that the issue was still made in the dispute which had arbitration as the subject-matter, specifically the appointment of an arbitrator. One should expect the ECJ would have been appreciative of how troublesome the issue may be, and thereupon would have sought to resolve it in clear and definitive terms. But it did not, and, therefore, the point remains an open question. It is suggested that for the sake of legal certainty, and recognition of arbitration as a valid alternative means of settling disputes, that the term arbitration in art. 1, para. 2(4) shall include all matters of or related with arbitration⁵⁰.

From the decision on *Marc Rich* is, nonetheless, possible to assume that judgments in breach of an arbitration agreement, do not create an obligation upon the Contracting States' courts to recognise and enforce it⁵¹. What is less clear, is whether such an obligation exists in connection with judicial judgments based on arbitral awards. It has been suggested that despite arbitration awards are excluded from the Brussels Convention, judicial judgments founded on arbitration awards are not, being therefore

⁵⁰ This also the approach of the English judge *a quo*; and Kaye, *op. cit.*, note 42, p. 298.

⁵¹ See Briggs A., *The Brussels Convention*, *Yearbook of European Law*, vol. 11/1991, p. 529.

capable of enforcement under the Convention⁵². But this is also a issue with which the ECJ has not dealt so far.

V. Conclusion

Towards this paper it was attempted to discuss some situations in which EC law is relevant for arbitration, and where the ECJ has been called to take a position, which results are not without controversy and not always wholly clear. The basic rule concerning the relationship between arbitration and Community law, is that arbitrators are in the same position as any judicial court of the Member States, having as well the duty to observe and apply EC law in its entirety. This principle is absolutely consistent with the objective of uniform and correct interpretation and application of Community law in all territories of the Member States. The consequence which should thereof be expected, foremost because the rulling was made by the ECJ, would be that if arbitrators do have the same task as judicial courts, they should also have the discretion to seek a reference to the ECJ, in case of doubts as to the interpretation or application of Community law. Regrettably, the ECJ didn't went that further, and constructed a distinction between institutional arbitration and ad hoc arbitration, and within the former between those situations where its jurisdiction is established by agreement between private parties, without any influence of the national authorities of the Member State concerned, and the case were such authorities have a decisive influence either in the indication of the arbitrators and in laying down the relevant procedural rules, and where the parties do not have a legal alternative for the settlement of their dispute. The result is that pure arbitral tribunals may not seek a preliminary reference from the ECJ. If arbitrators need such a ruling of the ECJ, the question has to be channelled through the appropriate national court. One should appreciate the impact of this position on the desire of uniform and correct interpretation and application of Community law. Indeed, arbitrations are only exceptionally reviewed by courts. In other words, a large number of EC issues arising in arbitration will not be dealt with by the ECJ.

⁵² See Schmitthoff. *op. cit.*, note 1, p. 155.

It is not less unfortunate, that the ECJ has not took the opportunity in *Marc Rich*, to rule in a comprehensive way the extent of the arbitration exclusion from the Brussels Convention, namely holding that arbitration in art. 1, para. 2(4) covers all matters of or related with arbitration, including the dispute of the existence or validity of an arbitration agreement, regardless whether the issue is raised as a main issue or as a preliminary one.

From the case-law of the ECJ, it seems likely that the ECJ does not appreciate the right to arbitrate as opposed to litigate, nor does recognise the current relevance of commercial arbitration as a means of dispute settlement, or the significance of the territory of the EC for international commercial arbitration.

May 1993

Bibliography

- Alexander W. and Grabandt E., "National Courts Entitled to Ask Preliminary Rulings Under Article 177 of the EEC Treaty: The Case Law of the Court of Justice", *Common Market Law Review*, vol. 19/1982, p. 413-420.
- Bebr G., "Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty", *Common Market Law Review*, vol. 22/1985, p. 489-504.
- Briggs A., "The Brussels Convention", *Yearbook of European Law*, vol. 11/1991, p. 521-533.
- Friend M., "EEC Law, Preliminary Rulings and Arbitrators", *The Law Quarterly Review*, vol.99/1983, p. 356-360.
- Gormley L., "European Court, Judgment of October 6, 1981 Case 246/80, Broekmeulen v. Hulsarts Registratie Commissie", *European Law Review*, vol. 7/1982, p. 37-42.
- Haardt W., "Widow Vaassen-Gobbels v. Board of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf ("Fund of Employees in the Mining Industry")",

- Case 61/65, Preliminary Ruling", *Common Market Law Review*, vol. 4/1966-7, p. 440-444.
- Hartley T., *The Foundations of European Community Law*, 2nd Edition (Clarendon Law Series, 1988).
- Kaye P., *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* (Professional Books Limited, 1987).
- "The Judgments Convention and Arbitration: Mutual Spheres of Influence", *Arbitration International*, vol. 7/1991, p. 289-298.
- Lasok D. and Stone P., *Conflict of Laws in the European Community* (Professional Books Limited, 1987).
- McClellan A., "Commercial Arbitration and European Community Law", *Arbitration International*, vol. 5/1989, p. 68-79.
- Redfern A. and Hunter M., *International Commercial Arbitration*, 2nd Edition (Sweet & Maxwell, 1991).
- Schmitthoff C., "Arbitration and EEC Law", *Common Market Law Review*, vol. 24/1987, p. 143-157.
- Steindorff E., "Common Market Antitrust Law in Civil Proceedings Before National Courts and Arbitrators", *Fordham Corporate Law Institute*, 1985, Barry Hawk Editor, p. 409-434.

NUNO PAIXÃO
Advogado

**UNIMPLEMENTED DIRECTIVES
AND THE
INTERPRETATIVE OBLIGATION***

* Dissertation presented in September 1993 to the Faculty of Law of the University of Edinburgh for the Degree "LL.M. - Master in Law".

A OBRIGAÇÃO INTERPRETATIVA E DIRECTIVAS NÃO IMPLEMENTADAS*

Sumário

1. *As directivas são o acto comunitário para o estabelecimento do Mercado Único. Traduzem a tensão constante que existe entre a ordem jurídica comunitária e as diversas ordens jurídicas nacionais e entre os órgãos e autoridades respectivos.*

A medida da invocabilidade por um particular perante um tribunal nacional de uma directiva que tutela um seu direito, determina o seu grau de protecção jurídica.

A questão da invocabilidade de uma directiva por um particular só se coloca relativamente a directivas não implementadas (incluindo-se neste conceito o de directivas deficientemente implementadas).

Se se tiver presente que, metade do contencioso comunitário é relativo a acções de incumprimento por Estados membros da obrigação de implementação de directivas e a referências suscitadas ao abrigo do disposto no artigo 177.º do Tratado CEE, por tribunais nacionais (relativamente a litígios pendentes em que a interpretação de directivas é questão prévia à decisão desses litígios), fica justificada a importância do estudo da protecção do particular no confronto com as autoridades nacionais relativamente às situações jurídicas tuteladas por directivas comunitárias, para mais quando o outro acto legislativo comunitário – o regulamento – é directamente aplicável no plano interno.

* Tese de Mestrado LL.M. – *Master In Law*), apresentada em Setembro de 1993, na Faculdade de Direito da Universidade de Edinburgh.

2. *Tem sido o Tribunal de Justiça da CEE quem, na falta de disposições expressas no tratado, tem desenvolvido e definido os mecanismos de protecção do particular no caso da não implementação de directivas comunitárias.*

Durante três décadas, o Tribunal limitou os casos em que o particular pode invocar, no plano interno, uma directiva não implementada, aos casos em que a directiva em causa tivesse efeito directo.

Recentemente, o Tribunal de Justiça alargou a protecção do particular, no plano interno, com a consagração de dois novos mecanismos.

Referimo-nos ao direito do particular de ser indemnizado pelos danos que eventualmente lhe sejam causados pelo incumprimento pelo Estado membro da obrigação de implementação de directivas e à obrigação que os tribunais nacionais têm de interpretar o direito nacional em conformidade com as directivas com ele relacionadas.

Ambos estes mecanismos se fundam, primeiramente, no artigo 5.º do Tratado CEE, divergindo, contudo, quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto à sua novidade e aceitação pela doutrina.

A obrigação de indemnização respeita ao poder executivo do Estado membro que é, assim, civilmente responsável pelo seu incumprimento. Era uma exigência há muito feita pela doutrina e nunca repudiada expressamente pelo Tribunal de Justiça, pelo que, a sua declaração e delimitação no caso Francovich, em 1991, nomeadamente, quanto aos seus elementos, não constitui uma solução imprevista, sendo, antes, aplaudida pela doutrina.

Por seu lado, a obrigação interpretativa cabe, naturalmente, ao poder judicial em cada Estado membro (embora deva ser levada a cabo por todos os órgãos e instituições nacionais). Originalmente, com o caso Von Colson, em 1983, não foi senão uma explicitação dum princípio geral do direito. No entanto, recentemente em 1989, o Tribunal de Justiça, no caso Marleasing, veio alargar tal obrigação interpretativa a casos em que inexistia qualquer legislação nacional especificamente destinada a implementar directivas.

Este desenvolvimento, que não era previsível, tem sido objecto de acesa controvérsia.

O presente trabalho tem por objecto o estudo e análise dos limites e consequências da obrigação interpretativa, com a amplitude que lhe foi dada no acórdão Marleasing.

3. Na primeira parte, definiremos o conceito de não implementação e faremos uma breve nota sobre o efeito directo, que é o ponto de partida dos desenvolvimentos referidos, os quais só se compreendem tendo presente as características e elementos essenciais do efeito directo, nomeadamente, a sua limitação às relações denominadas verticais, ou seja, entre o particular e o Estado.

4. Na segunda parte, dar-se-á conta da necessidade que se fazia sentir, no tocante à protecção do particular, de que algo fosse mudado, reportando-se, seguidamente, a jurisprudência essencial do Tribunal de Justiça relativamente à obrigação interpretativa.

5. Seguem-se três capítulos que têm natureza essencialmente especulativa. O primeiro, refere-se à determinação de quais são as condições ou pressupostos da obrigação interpretativa, isto é, em que casos deverá o tribunal nacional recorrer àquele mecanismo e não ao mecanismo do efeito directo, tendo em vista a tutela dos direitos do particular, atribuídos pela ordem jurídica comunitária.

Depois, atentaremos no conteúdo e limites da obrigação interpretativa, maxime, na questão de se saber se a inexistência de lei nacional implementando uma directiva comunitária constitui um limite ou obstáculo à consideração pelo tribunal nacional de uma directiva comunitária na decisão do litígio.

Neste contexto, é sugerido ser defensável que o Tribunal de Justiça tenha decidido que no caso *Marleasing*, não obstante, a inexistência de lei implementadora, a obrigação interpretativa se justificava, já que se verificava uma lacuna legis e, portanto, não só não existia lei implementadora como, também, a lei espanhola não apresentava solução expressa, ainda que contrária, pelo que, o tribunal nacional poderia conciliar a solução comunitária no quadro da integração da lacuna.

No entanto, e dito isto, parece ser a melhor doutrina aquela que lê o acórdão *Marleasing* como não sendo uma posição do Tribunal de Justiça num caso isolado, mas antes numa declaração de uma construção a utilizar no futuro e, nesta medida, criticável.

6. É criticável, não só porque constituirá solução ilegal (ou, pelo menos, a pior do ponto de vista do direito comunitário), como é uma

solução que poderá bulir com o princípio basilar da separação dos poderes, ao nível dos diversos Estados membros, já que atribui poderes quasi-legislativos aos tribunais nacionais.

7. Seguidamente, referir-nos-emos ao princípio geral do direito, consagrado na jurisprudência comunitária, da protecção das legítimas expectativas, que foi preterido no citado acórdão, em favor de outros princípios e considerações de política de integração comunitária, que terão pesado mais (o que não é novidade na jurisprudência comunitária). Esta constatação indicia, ao fim e ao cabo, a contradição em que o Tribunal de Justiça poderá ter incorrido lançando mão de um mecanismo de protecção do particular que, não obstante, tem o resultado inverso.

8. Finalmente, será posto em causa o fundamento pelo qual o mecanismo da obrigação interpretativa, com o âmbito que lhe foi dado pelo acórdão Marleasing, teve de ser construído – a proibição do efeito directo horizontal das directivas –, defendendo-se que essa proibição deveria ser afastada pelo Tribunal de Justiça, já que não decorre do Tratado CEE e a sua manutenção poderá pôr em causa princípios fundamentais de equilíbrio institucional, ao nível comunitário e nacional.

CONTENTS

ABBREVIATIONS

I. Introduction

FIRST PART

– Background: direct effect

II. Unimplementation

III. Direct effect

SECOND PART

– The interpretative obligation

IV. The need for change

V. Case-law

VI. Conditions of the interpretative obligation

VII. Content and limits of the interpretative obligation

VIII. The condition for National Law to be open to interpretation

IX. National Courts and the interpretative obligation

X. Legitimate expectations

XI. Policy considerations and the principle of uniform application of Community Law

XII. The denial of horizontal direct effect

XIII. A directive cannot impose an obligation on an individual

XIV. Conclusions

Bibliography

ABBREVIATIONS

- CAECNL: *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, Essays for the Hon. Mr. Justice T. F. O'Higgins
- CMLRep: *Common Market Law Reports*
- CMLRev: *Common Market Law Review*
- CPL: *Current Legal Problems*
- ELR: *European Law Review*
- ICLQ: *International and Comparative Law Quarterly*
- ILJ: *Industrial Law Journal*
- JCMS: *Journal of Common Market Studies*
- LIEI: *Legal Issues of European Integration*
- LQR: *Law Quarterly Review*
- MLR: *Modern Law Review*
- NCLEC: *Non-Contractual Liability of the European Communities* (ed. Schermers, Heukels and Mead, U, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1988).
- RTDE: *Revue Trimestrielle de Droit Européen*
- YEL: *Yearbook of European Law*

I. Introduction

1.1. Directives are the European Economic Community¹ act for the achievement of the Single Market (Articles 100, 100a and 100b of the Treaty of Rome). Nevertheless, they are the most infringed act².

The **importance** of the theme of non-implementation of directives by Member States is also demonstrated by the fact that it has been the object of study by legal literature for a long time.

It is a domain where the interface between the Community legal order and the different national legal orders is very tangible and where the spotlight is permanently on the solidarity and co-operation duties of the Community institutions and national authorities laid down in the EEC Treaty.

In a typical example, the Community, through the Council, adopts a certain directive, a Member State does not transpose it into the national legal order, the Commission – in its capacity as a guardian of Community

¹ To be designated "European Union" if and when the respective Treaty, usually referred to as the Maastricht Treaty, becomes force of law. Nevertheless, Article G.A. (1) of the Maastricht Treaty provides that, throughout the Treaty of Rome, the term "European Economic Community shall be replaced by the term "European Community".

² Curtin, D., "Directives: The Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights", *in* [1990] 27 CMLRev 709, at p. 710, tells us that "from my examination of all the judgments given by the Court in the context of infringements proceedings over the course of the last three years, ending in 1990, it emerges that more than half of these cases concerned failures by Member States to implement directives into national law". "Article G.B.(51) of the Maastricht Treaty adds a new rule to Article 171 for the Treaty of Rome:

"If the Court of Justice finds that the Member State concerned has not complied with its judgments it may impose a lump sum or penalty payment on it".

law – is an interested party in the enforcement of the said act, the injured individual brings an action before the national court which, in turn, makes a preliminary reference to the European Court of Justice (hereinafter referred to as "Court").

On the other hand, it is also a domain of extreme importance to the individual since the measure of his judicial protection varies directly with the possibility of relying on directives before national courts. This last feature has the consequence of such a theme being a matter of great interest not only to the "european" lawyer but also to every lawyer.

1.2. The Court of Justice developed the "mechanism" of direct effect and it was only through its application, with the limitations inherent in such a principle, that individuals could rely on provisions of unimplemented directives before national courts.

Recently the Court changed completely the landscape of the individual's protection in relation to directives by delivering a series of constitutional judgments.

In *Francovich*³, which has been referred to as one of the "most important constitutional judgments" of the Court⁴, it declared for the first time, that under three conditions, a Member State is liable in damages for the breach of Articles 5 and 189(3) EEC Treaty, *i.e.* for failure to implement a directive.

1.3. My thesis concerns the other major development in the directives litigation. It concerns what is interchangeably referred to as the interpretative obligation or the indirect effect of directives⁵.

³ Judgment of the Court of 19 November 1991 on Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich v. Italy* in IRLR [1992], p. 84.

⁴ Curtin, D., "State Liability under Community Law: a New remedy for Private Parties", in ILJ [1992], 74, at p. 81.

⁵ De Burca, G., "Giving Effect to European Community Directives" in MLR 55: 2 March 1992, 215, refers to the interpretative obligation, whilst Curtin "The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Snakes and Ladders" in *Constitutional Adjudication in European Community and National Law, Essays for the Hon. Mr. Justice T. F. O'Higgins* (Eds. Curtin and O'Keefe, London Butherwoods, 1992), 33, at p. 39, refers to indirect effect. I prefer and will use the expression "interpretative obligation" since it reflects the content of the legal construction in question.

In the framework and case-law of the interpretative obligation there are two very different legal constructions.

One stems from *Von Colson*⁶ and it has been applied mainly in the sex discrimination litigation. In this case the directives in question are not directly effective and there are national implementing measures.

The other legal construction has its origin in the *Marleasing* judgment⁷ and it is the most controversial.

This work is mainly concerned with the interpretative obligation as construed in *Marleasing*.

1.4. I will start with a brief note on direct effect and follow to an also brief account of the most relevant case-law relating to the interpretative obligation.

I will then try to establish the conditions for the interpretative obligation to arise where it will be discussed if the Court in *Marleasing* presupposed the existence in Spanish law of a lacuna, concluding that that may be the case; I will also conclude that the Court is precluded in the future from imposing the interpretative obligation *contra legem*.

I will then discuss the reasons for the national courts to be reluctant to carry out the interpretative obligation.

Subsequently, I will try to demonstrate that, even if one is to accept that in *Marleasing* a lacuna existed and the Court did not exceed the formal limits of interpretation, the Court, disrespected the legitimate expectations principle, by deciding *in casu* that it was outweighed by policy considerations and by the principle of uniform application of Community law.

I will then argue that the Court should had not have done so since it violated in effect the prohibition of horizontal direct effect.

Finally, I will try to demonstrate that the prohibition of horizontal direct effect should be overruled.

In the conclusions I will suggest that it is predictable that the interpretative obligation of the *Marleasing* type will not be used anymore, at least the *Marleasing* construction, since the *Francovich* remedy will afford judicial protection for those type of situations.

⁶ C-14/83 *Sabine Von Colson* [1984] ECR, 1981.

⁷ C-106/89 *Marleasing, SA v La Comercial Internacional de Alimentación SA* in [1992] 1, CMLRep 305.

FIRST PART

BACKGROUND: DIRECT EFFECT

II. Unimplementation

2.1. The infringement of Article 189(3) and Article 5 EEC Treaty occurs with non-implementation of a directive. The State does not transpose it into the national legal order or transposes it partially or incorrectly⁸.

In the latter cases, are directives to be considered unimplemented and, thus, for the principles and remedies applicable to non-implementation to be operative?

The theoretical distinction does not have practical value since when there is improper or incorrect implementation, the situation is, in practice, of unimplementation.

2.2. In the first place the Court, even though it has referred on the one hand to non-implementation and on the other to incorrect implementation⁹, has never defined the latter concept and has never treated those situations differently, either according to such a distinction any consequences or declaring the inapplicability of the remedies of non-implementation to incorrect implementation.

Conversely, the Court considers that if national legislation is ambiguous then the State will be deemed to have incorrectly transposed or

⁸ See, for instance, C-167/83 *Commission v. France* [1974] ECR, 359.

⁹ C-80/86 *Criminal proceedings against Kolpinghuis Nijmegen BV* [1987] ECR, 3969, at p. 3958, par. [9].

implemented the directive into national law and the principles and remedies against "total" unimplementation are applicable.

In *Dekker* Advocate General Darmon takes the view that if the concept of an incorrect implementation is to be treated in unitary terms, which in my view is the case,

"it follows that the mere existence of a particular regulatory provision which conflicts with a more general law implementing a directive will lead to a declaration that the directive has not been properly implemented"¹⁰.

If there is no national act of transposition (getting hand of a Court classification) there is an omission situation and thus the State's conduct can be labelled of illegal.

If there is a conflicting national provision, then the situation will be of invalidity of such a provision¹¹.

III. Direct Effect

3.1. Directives can confer to the individual rights but they will remain potential if the State does not take the required action to turn them in national law or if the implementing measures are not sufficient.

The wording of the Treaty itself would not be of much help to the individual.

On the one hand, Article 189 EEC Treaty provides that directives are only binding on Member States as to the result to be achieved, leaving the choice of forms and methods of implementation at its discretion.

On the other hand, given the judicial review system of national law provided for in the Treaty, the individual is not able to bring the matter before the Court. Indeed, only the Commission (Article 169 EEC Treaty) or other Member States (Article 170 EEC Treaty) have *locus standi* to bring actions of the nature before the Court.

¹⁰ Joined Cases 177/88 and 179/88 *Dekker* [1990] ECR, 3941, at p. 3957.

¹¹ See Professor Toth, "The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Effects and Legal Force", in [1984] 4 *YEL*, 1, at. p. 62.

Nevertheless, the Treaty created another procedure for judicial review by the Court of the compatibility of national law with Community law: Article 177 EEC Treaty¹².

3.2. And it was in the context of a preliminary ruling in the well-known case *Van Gend En Loos*¹³ that the direct effect mechanism was *born*. The Court declared Article 12 EEC Treaty as "... producing direct effects and creating individual rights which national courts must protect"¹⁴.

The first time a directive was object of a ruling on direct effect was in conjunction with a Council Decision: it was in the *Grad* case in connection with the first Council Directives of April 11, 1967, on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes¹⁵.

In the *Van Duyn* case declared the Court for the first time considered only a directive declaring it to be directly effective, since it was clear, precise and unconditional.

The direct effect principle is an instrument of judicial protection of the individual and ensures that otherwise potential rights become effective and it can be said to be supplement of the judicial review system provided for in the Treaty¹⁶.

3.3. The Court deduced the direct effect principle from the spirit, the general scheme and the wording of the Treaty, and coupled it with the **principle of the supremacy of Community law**, which as the direct effect rule is not to be found expressly stated in the Treaty, and applies irrespective of the nature of the Community act and of the national act: in all cases Community law overrides national law.

¹² Lang, J. T., "The Widening Scope of Constitutional Law", in CAECNL, 229, at p. 232.

¹³ C-26/62 *van Gend & Loos* [1963] ECR, 1.

¹⁴ *Idem*, at p. 13.

¹⁵ C-9/70 *Grad* [1970] ECR, 825.

¹⁶ See, Due, O. "A Constitutional Court for the European Communities" in CAECNL, 3, at p. 7: "The Court has found a remedy for the lack of standing of individuals to bring direct actions before the Court against a Member State and it has instituted, in close collaboration with the jurisdictions of the Member States, a judicial control of the conformity of national law with Community law which supplements the control provided for in Articles 169 and 170 of the Treaty ...".

Of course for this result to be achieved the national judge has the obligation not to apply conflicting national legislation or, in the absence of the latter, to give effect to the Community act.

In *Simmenthal* the Court very clearly held that

"... The first question should therefore be answered to the effect that a national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction, to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provision by legislative or other constitutional measure"¹⁷.

3.4. But if in the beginning the individual right arising out of a directive enforceable before the national courts was theoretically based on the doctrine of usefulness (*effect utile*), from the *Ratti* case¹⁸ onwards the accent was shifted to the estoppel principle.

In fact in the *Van Duyn* case the Court had held that

"it would be incompatible with the binding effect attributed to a directive by Article 189 to exclude, in principle, the possibility that the obligation which it imposes may be invoked by those concerned. In particular, where the Community authorities have, by directive imposed on Member States the obligation to pursue a particular course of conduct, the **useful effect** of such an act would be weakened if individuals were prevented from relying on it before their national courts and the latter were prevented from taking it into consideration as an element of Community law"¹⁹.

¹⁷ C-106 *Simmenthal* [1978] ECR 629, p. 644.

¹⁸ C-148/78 *Ratti* [1979] ECR, 95.

¹⁹ C-41/74 *Van Duyn* [1974] ECR, 1337.

Conversely, in *Becker* the Court held that

"... a Member State which has not adopted the implementing measures required by the directive within the prescribed period may not plead, as against individuals, its own failure to perform the obligation which the directive entails. Thus, wherever the provisions of a directive appear, as far as their subject matter is concerned, to be unconditional and sufficiently precise, those provisions may, in the absence of implementing measures adopted within the prescribed period, be relied upon as against any national provision which is incompatible with the directive in so far as the provisions define rights which individuals are able to assert against the State"²⁰.

3.5. This new rationale of direct effect has major importance in the development of the judicial protection of the individual since it implies the impossibility of the horizontal direct effect, *i.e.* the impossibility of directives binding the individual.

Conversely, if the rationale of the *effect utile* was maintained as the source of direct effect, the horizontal direct effect could be recognised.

The direct effect principle assumes only a negative nature: the State cannot plead its own failure to implement a directive as against the individual and consequently the individual can rely in the unimplemented directive as against the State. In any case a directive does not confer directly rights upon individuals; they arise only indirectly out of obligations imposed on Member States.

In *Marshall*²¹ the Court held that

"... according to Article 189 of the EEC Treaty the binding nature of a directive, which constitutes the basis for the possibility of relying on the directive before a national court, exists only in relation to each Member State to which it is addressed. It follows that a directive may not of itself impose

²⁰ C-8/81 *Becker* [1982] ECR, 53.

²¹ C-152/84 *Marshall* [1986] ECR, 723.

obligations on an individual and that a provision of a directive may not be relied upon as such against such a person"²².

3.6. Many directives are horizontal in the sense that contain provisions that will govern private law relations such as the company law directives²³, the safety at work directives²⁴, the liability for defective products directive²⁵ and the trade marks directive²⁶. And even vertical directives as the for instance the V.A.T. directives can, in theory, be invoked by one individual in his relation with another²⁷.

The big consequence of the *Marshall* ruling is that in those cases the individual will be afforded no protection if the State has not implemented or has implemented in a deficient manner a certain directive.

3.7. Being so, the Court – essentially in the equal treatment litigation – had to resort to a widening of the concept of State with a view to reach the vertical direct effect as far as it could.

In *Marshall* the Court ruled the concept of State comprehended the latter whether acting as a public authority, with *jus imperii*, or acting as employer, and, thus such a concept extended to "public authorities".

Nevertheless, it did not forward any general criteria for the assessment of the concept of State. Subsequently, the Court delivered a series of judgments concerning the matter²⁸ deciding them on an *ad hoc* basis and only in *Foster*²⁹ did the Court give some attention to the possible criteria of the concept of what can be an emanation of the State: the tests to be applied are the functional test and the control test.

²² For an overview of the arguments in favour and against the horizontal direct effect Esson, A. J. "Can Directives impose obligations on individuals?", in [1979] 4 ELR 67-79.

²³ For instance, Directive 68/151 of 9 March 1963 (O.J. 1963, L65/8).

²⁴ *V. g.*, Directive 89/391 of 12 June 1989 (O.J. 1989, L183/1).

²⁵ Directive 85/374 of 25 July 1985 (O.J. 1985, L210/29).

²⁶ Directive 89/104 of 21 Dec. 1989 (O.J. 1989, L40/1).

²⁷ See Professor Green, N., "Directives, Equity, and the Protection of Individual Rights" in [1984] 9 ELR, 295, at p. 309.

²⁸ For instance, C-222/84 *Johnston* [1986] ECR, 1651 and C-103/88 *Costanzo* [1990] 3 CMLRep., 241.

²⁹ C-188/89 *Foster v. British Gas* [1988] 2 CMLRep., 679.

The qualification of an entity as public authority for the estoppel principle purpose is a matter for the national courts to decide. And, even with the use of the preliminary ruling provided for in Article 177 EEC Treaty, the uniform application of Community law in this field is at stake since such qualification is a mixed result of the application of the national and Community law criteria, which are anyway vague³⁰.

³⁰ See Prechal, S. "Remedies After *Marshall*" in [1990] 27 CMLRev. 451, at p. 461.

SECOND PART

THE INTERPRETATIVE OBLIGATION

IV. The need for change

4.1. This state of judicial protection of the individual in respect of unimplemented directives was not satisfactory anymore.

The direct effect principle limited, by virtue of the estoppel rationale, to the vertical relations can have unjust consequences since if the defendant is a Member State the individual will be able to assert against the former but if the defendant is another private person then he won't. Dual vigilance and decentralised enforcement of the application of Community law and its effectiveness, to which the Court referred in *Van Gen En Loos*, are limited likewise.

The rationale of the direct effect principle to be the estoppel doctrine and the denial of horizontal direct effect has been questioned: if the Court takes the view that the directives cannot have direct effect since they are addressed to the Member States and not the individual, how come the Court has recognised the horizontal direct effect to several provisions of the Treaty, which are also addressed to Member States? Will it all be resumed to the inexistence of the legal requirement that directives have to be published in the Official Journal, even though in practice they are published³¹?

³¹ Article 191 provides that only regulations shall be published in the Official Journal. But, in fact directives are as well published (See Professor Hartley, T. C., *The Foundations of European Community Law* – 2nd Ed., Clarendon Law Series –, at p. 209).

Legal literature suggested that if the Court was not to extend the direct effect to horizontal relations, then, the way forward was the liability of the State for non-implementation of directives³² to cover both the situations where the directive had not direct effect or where the defendant to be was an individual.

4.2. Aware of the iniquity that the denial of horizontal direct effect brings to the individual, even when the Court decided in *Heylens*³³ that the judicial protection is a fundamental Community right, and of the consequences to the private enforcement of compliance of Member States with directive, which is left out in the case of horizontal relations, the Court of Justice developed the interpretative obligation or the indirect effect of directives and in *Francovich* provided for the right of the individual to be compensated by a Member State which has caused him a loss as a result of its failure to implement a directive.

4.3. Given the foregoing considerations it is apparent the value of the interpretative obligation since it widens the judicial protection of the individual and, thus, boosts the private enforcement of compliance with directives.

In practice, it can have as a result the giving of effect of to non-directly effective directives and to directives in horizontal relationships.

And here lie the big questions: isn't such an obligation with the extent that *Marleasing* has afforded it, in fact, a derogation of the *Marshall* principle? And hasn't the Court gone too far in deducing such an obligation from Article 5? Was it a convenient way the Court found " ... of avoiding the denial of access to justice inherent in its Marshall line of case-law", as Deidre Curtin puts it³⁴.

³² See Prechal, *op. cit.*, at p. 466, and Curtin, *op. cit.* (Effectiveness), at p. 729.

³³ C-22/86 *Heylens* [1987] ECR 4097.

³⁴ See Curtin, *op. cit.* (Judicial Snakes and Ladders), at p. 39.

V. Case-Law

Von Colson

5.1. The first time the Court referred to the interpretative obligation was in *Von Colson* and since then such principle has been applied by the Court in several cases³⁵.

The *Von Colson* case arose out of a preliminary reference made by a German judge on the interpretation of Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regard access to employment, vocational training and promotion, and working conditions³⁶.

Sabine Von Colson and Elisabeth Kamman applied for social workers posts at a prison and were not admitted. In their place two male candidates were appointed and they brought an action against the governmental body which administers the prison asking the national judge to order the defendant to offer them a contract of employment, or, in alternative, to pay them damages amounting to six months salary.

The national judge found the discrimination to exist but, nevertheless, considered that it could not award them damages since the national provision implementing the directive did not comprehend damages, being limited to the reimbursement of expenses incurred by the applicants to jobs.

After ruling that the provision of the directive providing the sanction for sex discrimination was not directly effective since it did not prescribe a specific sanction, the Court held that

"although Directive No 75/207/EEC, for the purpose of imposing a sanction for the breach of the prohibition of discrimination, leaves the Member State free to choose between different solutions suitable for achieving its objective, it nevertheless requires that if a Member State chooses to penalize breaches

³⁵ *Von Colson* at par. [26]; C-79/83 *Harz* [1984] ECR 1921, at. par. [26]; *Johnston* at par. [53]; *Kolpinghuis* at par. [12]; C-31/87 *Gebroeders Bennijes* [1988] ECR 4635, at par. [39]; C-125/88, *Nijman* [1991] 1 CMLRep., at. par. [6]; *Marleasing*, at par. [8].

³⁶ O.J. 1976 L39/40.

of that prohibition by the award of compensation, then in order to ensure its effectiveness and that it has a deterrent effect, that compensation must in any event be adequate in relation to the damage sustained and must therefore amount to more than purely nominal compensation such as, for example, the reimbursement only of the expenses incurred in connection with the application. It is for the national court to interpret and apply the legislation adopted for the implementation of the directive in conformity with the requirements of Community law, in so far as it is given discretion to do so under national law"³⁷.

The obligation for the national judge to do so was deduced from Article 5.

The Court held that the

"... Member State's obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of that obligation, is binding on all authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying the national law specifically introduced in order to implement Directive No 76/207, national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in third paragraph of Article 189"³⁸.

5.2. Hence, the Court, faced with a situation which concerned a provision of an unimplemented directive relating to a duty of the State to sanction and the correlative potential right of the injured individual to compensation, which was not directly effective, since the State enjoyed discretion as to the sanction to be adopted to penalise the breaches in question, gave effect to the directive through the adoption, for the first time, of the interpretative obligation.

³⁷ At par. [28].

³⁸ At par. [27].

5.3. It should be noted that if such an obligation did not exist and the situation was to be solved in the framework of the applicable law at the moment, the national court could not have considered the directive, as it did, since it was not directly effective, even though this would be considered for sure a vertical direct effect situation (since being the defendant an administering body of a prison, which caused the damage, the functional test would result on considering it emanation of the State, given the fact that the prison system is classically a *jus imperii* function of the State³⁹).

5.4. On the other hand, in *Von Colson* the Court proclaimed for the first time the principle that implementing measures only constitute proper implementation if to the objectives of the directive is given full effectiveness.

This is, in practice, the content and the aim of the interpretative obligation in the *Von Colson* line of case-law. From another point of view, full effectiveness constitutes a limit to the discretion enjoyed by Member States under Article 189(3).

Kolpinghuis

5.5. A specific reference should also be made to *Kolpinghuis*.

The Public Prosecutor of the Netherlands sought to rely in an unimplemented directive⁴⁰ to find an individual liable in criminal law for stocking for sale of water for trade which was of unsound composition.

In *Kolpinghuis* the situation was one of inverse vertical relationship, *i.e.* in which the plaintiff was the State and the defendant an individual.

³⁹ This is a good example of the limits and difficulties of the definition of what is an emanation of the State for the purpose of the vertical direct effect: classical functions of the State are being performed by the private sector with privatisation. For instance, in the UK it is being discussed the opening to the private sector of the management of the prison system and presently private persons are already responsible for the transportation of prisoners.

⁴⁰ Council Directive 80/777 on the approximation of the laws of the Member States relating to the exploitation and marketing of national mineral waters (O.J. [1980] L229/1).

The Dutch judge made a preliminary reference and the Court ruled that

"(1) A national authority may not rely, as against an individual, upon as provision of a directive whose necessary implementation in national law has not yet taken place.

(2) In applying its national legislation, a court of a Member State is required to interpret that legislation in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189 of the Treaty, but a directive cannot of itself and independently of a law adopted for its implementation, have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law of persons who act in contravention of the provisions of that directive.

(3) It makes no difference to the answers set out above if on the material date the period which the Member State had in which to adapt national law had not yet expired."

The Court in *Kolpinghuis* added one qualification to the interpretative obligation: it cannot have the result of aggravating criminal liability since that would be against the general principles of law which form part of Community law and in particular the principles of legal certainty and non-retroactivity.

Marleasing

5.6. But if the interpretative obligation as the law stood at that point was coherent with the system of judicial protection and did not create any tension or strain on the balance of the application of Community law by national courts, it has been argued that the *Marleasing* judgment does.

The *Marleasing* case out arose of a preliminary reference made by a Spanish Judge requesting the Court to rule on the question whether the First Company Law Directive⁴¹, which had not yet been transposed into national

⁴¹ First Council Directive 68/151 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of Article 58(2) EEC Treaty (O.J. [1968] Spec. Ed. 41).

law by Spain was directly effective, given the fact that the time limit for implementation had elapsed.

The case concerned a dispute between several companies; Marleasing SA was the plaintiff and La Comercial one of the defendants. Marleasing was a creditor of Barviesia which was one of the three incorporators of La Comercial, and Marleasing, based on the contention that La Comercial was created for the sole purpose of putting La Comercial's assets beyond reach of the creditors, sought primarily a declaration as to the nullity of the founders' contract.

The ground for such an action was that the incorporation of La Comercial constituted a fraud transaction and it lacked cause and, thus, such a contract would have no legal effect as provided for sections 1261 and 1275 of the Spanish Civil Code.

La Comercial in its defence relied on Article 11 of the First Directive which lists exhaustively the cases in which a company may be declared null. The lack of cause, which was the ground on which Marleasing relied for the declaration of nullity of La Comercial, is not included in the said Article 11.

The Court started by recollecting its *Marshall* line of case-law and declared that a directive or a provision of a directive may not be relied upon as such against an individual⁴².

5.7. Nevertheless, the Court was not stopped by this assertion as the law as it stood at the moment could have predicted.

On the opposite, the Court, following the view of Advocate General Van Gerven⁴³, felt that the question posed to it by the national judge was, conversely, one of interpretation of national law in the light of the Directive.

The Court reached out for the interpretative obligation imposed on national courts by Article 5 and held that

"in applying national law, whether the provisions in question **were adopted before or after the directive** (emphasis added), the national court called upon to interpret it is required to do

⁴² At par. [6].

⁴³ At point 14.

so, **as far as possible** (emphasis added), in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter and thereby comply with the third paragraph of Article 189 EEC"⁴⁴.

The Court, referring to the content of the interpretative obligation continued

"It follows that the requirement that the national law must be interpreted in conformity with Article 11 of Directive 68/151 **precludes the interpretation of provisions of national law relating to public limited companies in such a manner that the nullity of a public limited company may be ordered on grounds other than those exhaustively listed in Article 11 of the directive in question** (emphasis added)"⁴⁵.

VI. Conditions of the interpretative obligation

6.1. As the law stands I suggest that the conditions for the interpretative obligation to arise are in fact:

- (a) The impossibility of direct effect in *casu* either because the directive is not unconditional or sufficiently precise or because the case concerns a horizontal relationship;
- (b) The existence of an unimplemented directive;
- (c) The expiry of the time limit for implementation;
- (d) The existence of national measures of implementation or of a lacuna (*i.e.* no express national conflicting provision);
- (e) The directive is intended to comprehend the subject matter which is the object of the dispute or the directive pursues the complete harmonisation of national rules concerning the subject matter.

⁴⁴ At par. [8].

⁴⁵ At par. [9].

Condition (a) – The impossibility of direct effect in *casu* either because the directive is not unconditional or sufficiently precise or because the case concerns a horizontal relationship

6.2. Conceptually, the interpretative obligation is prior to the direct effect operation since in the former case what is to be applied is the national law, whilst when a national court is to give direct effect to a directive it has already asserted the inexistence of national law and, thus, the impossibility of the interpretative obligation to take place.

Nevertheless, in practice, the interpretative obligation only arises where the direct effect mechanism, cannot work, either because the directive itself cannot be deemed to be directly effective since its content it not sufficiently precise and unconditional, as in *Von Colson*, or because we are in presence of a horizontal relationship, *i.e.*, between individuals as in *Marleasing*.

Thus, the assertion referred to in condition (a) is an *assertion of fact* and it is reached by taking account of the case-law.

For instance in *Marleasing*, if by hypothesis La Comercial was to be considered by the use of the control test an emanation of the State, a vertical direct effect situation would arise and the interpretative obligation would never have been extended as it was, even though the situation was in substance the same.

In *Von Colson* it was given effect to a non-directly effective provision of a directive.

Conversely from *Marleasing*, in *Von Colson* the interpretative obligation would not have been side stepped if the situation was one of horizontal relationship and, thus, the ruling of the Court would have been the same.

6.3. In his opinion in *Marleasing*, Advocate General Van Gerven submits that the obligation to interpret a provision of national law in conformity with a directive in a horizontal provision does not mean that provision has direct effect since what is being applied is the national law⁴⁶.

⁴⁶ At point 7.

In his view this assertion is demonstrated by the fact that the relevant provisions of a directive

"need not to be unconditional and sufficiently precise to serve as an interpretative criterion"⁴⁷.

But if theoretically these statements of principle are correct, legal literature argues that the Court has distorted them in *Marleasing* since it is undeniable that in this case the Spanish provision, which was, anyway, prior to the directive and not intended by the legislator to constitute its transposition into national law, was not in itself ambiguous and the result it would be achieved through the application of that provision would be the opposite to the result that the Court reached in *Marleasing*.

And it is the fact that the result achieved in *Marleasing* through the interpretative obligation is the same as it would be if the horizontal direct effect was not prohibited by the Court, which led one commentator to find the interpretative obligation as the way the Court found "of avoiding the denial of access to justice inherent in its Marshall line of case-law"⁴⁸. Another commentator suggests that *Marleasing* has derogated from the total exclusion of horizontal effects, even through deeming this new principle to be a sound constitutional solution⁴⁹.

In fact some authors argue that *Marleasing* has overruled to some extent the *Marshall* line of case-law, even though the Court expressly – in paragraph (6) of *Marleasing* – recites its judgment in *Marshall*.

Condition (b) – The existence of an unimplemented directive

6.4. As it has referred above (point I) the concept of unimplementation must be treated in unitary terms for the purpose of direct effect, *i.e.* it does not matter if the situation is one of non implementation or incorrect

⁴⁷ At note 10.

⁴⁸ Curtin, *op. cit.* (Judicial Snakes and Ladders), at note 34.

⁴⁹ Geoghegan, M. F., "The Status of Non Implemented Directives Before Irish Courts Post *Marleasing*", in CAELNL, 247, at p. 249.

implementation: in any case the individual will be able to rely on a directly effective directive before the national courts.

The Court has reached the same principle in *Marleasing* in what concerns the concept of unimplementation regarding the interpretative obligation.

The Court started in *Von Colson* by establishing that the interpretative obligation had as its object the legislation adopted for the implementation of the directive, and, thus, presupposing that some implementation by Member States was a necessary requirement.

In his Opinion in *Kolpinghuis*, Advocate General Mischo makes a balance of the law as it stood until *Marleasing*:

"special conditions apply where a Member State has adopted legislation to implement part of the directive and considered that certain existing provisions of its national law already fully assured the effective implementation of other provisions of the directive, or where it took the view that the position under its national law rendered any implementing measure unnecessary and informed the Commission accordingly. In the case it is clearly for the national court to interpret and apply the national laws in question in accordance with the requirements of Community law."

And he continued

"On the other hand, in the case of a national law which existed before the directive was adopted and which therefore was not adopted in order to implement the directive or deemed to comply with provision of a directive, I agree with the view expressed by Advocate General Sir Gordon Slynn in his Opinion of 18 September 1985 in Case 152/84 Marshall [1986] ECR 725, at p. 733, that there is no principle of Community law requiring the national court to interpret it in the light of the directive"⁵⁰.

⁵⁰ At points 21 and 22.

6.5. But in *Marleasing* the Court extended the interpretative obligation to all national legislation irrespective of constituting implementing measures and was not stopped by the fact that the directive in question had not been implemented at all in the Member State.

Thus, if one could say that rule (b) in *Von Colson* would be that the interpretative obligation would arise wherever there was incorrect implementation, but not unimplementation at all, with *Marleasing* the only condition is that exists no implementation of a directive.

This step that the Court has taken can give rise to many difficulties.

For instance, in the English legal system where, according to the municipal law, the courts cannot go further than the presumed intention of the Parliament, naturally, if a certain act was not adopted with the intention of transposing a directive, then there is no intention of Parliament to look for, and, thus, according to the traditional principles of interpretation that would not be possible⁵¹.

6.6. In his Opinion in *Marleasing* Advocate General Van Gerven when examining the extent of the requirement of the interpretative obligation with the aim to determine if such an obligation is restricted to provisions of national law intended to implement a directive, answers in the positive since, in his view such a conclusion flows from Article 5 EEC Treaty and from the authority of the Court judgment in *Grimaldi*⁵². He held that

"judicial authorities, like the other public authorities of the Member States are required, in the light of Article 5 EEC, to seek to achieve the result pursued by the directive by all appropriate measures within their power. Furthermore, as part of Community law, the directive takes precedence over all provisions of national law. That is true in particular in the case of national provisions which, as in this case, relate to the branch of the law covered by the directive, even though they predate the directive and were thus not enacted for its implementation. That ought to be clear now that the Court has held

⁵¹ See Burca, *op. cit.*, ps. 219-222.

⁵² C-322/88 *Grimaldi* [1991] 2 CMLRep., 265.

in *Grimaldi* that national courts are required to take a non-binding recommendation into consideration with the provisions of national law, even though those provisions do not give effect to the recommendation"⁵³.

6.7. In my view and with all due respect this assertion is not correct and the analogy was not permitted since the situations in *Grimaldi* and in *Marleasing* were not at all identical.

Salvatore Grimaldi was an Italian national who worked in Belgium from 1953 until 1980 and he requested the *Fonds des Maladies Professionnelles*, a public agency subject to the *Ministre de la Prévoyance Sociale* (Minister for Social Welfare) to recognise that he was suffering from an industrial disease, "osteo-articular or angio-neurotic disease caused by mechanical vibrations", resulting from the use of a pneumatic grill. His request was refused and Mr. Grimaldi brought an action before the *Tribunal de Travail de Brussels* requesting to declare his disease as encompassed in Point F6(b) of the European Schedule of Industrial Diseases, approved by Commission Recommendation of 23 July 1962⁵⁴.

That recommendation⁵⁵ recommended Member States to grant compensation to workers suffering of occupational diseases.

As Belgium had not adopted those recommendations, the Belgian judge requested the Court under Article 177 for a preliminary ruling on the question whether such recommendations were directly effective and, thus, could confer an individual right to compensation.

The Court, after ascertaining that recommendations do not produce binding effects and consequently cannot confer rights on individuals⁵⁶, nevertheless, took the view that those measures cannot be regarded as having no legal effect and held that

"the national courts are bound to take recommendations into consideration in order to decide disputes submitted to them, in

⁵³ At point 9.

⁵⁴ O.J. 2188/62.

⁵⁵ Coupled with Commission Recommendation 66/2462 of 20 July 1966 (O.J. 2696/66).

⁵⁶ At par. [16].

particular where they can cast light on the interpretation of national measures adopted in order to implement them or where they are designed to supplement binding Community provisions"⁵⁷.

6.8. Given this brief account of the authority cited by Advocate General Van Gerve, it is apparent that *Grimaldi* is not similar with *Marleasing* and the analogy is not possible since:

- (a) *Grimaldi* concerned a vertical relationship⁵⁸ whilst *Marleasing* a horizontal relationship and consequently the *Marshall* line of case-law prohibits the analogy;
- (b) *Grimaldi* concerned the interpretation of a non-binding act whilst *Marleasing* concerned the interpretation of a binding act;
- (c) The obligation established in *Grimaldi* is just to take into consideration Community law as an element of interpretation, which is different from imposing in absolute terms an interpretation in conformity as in *Marleasing*;
- (d) And last, but not the least, *Grimaldi* provides that recommendations are to be taken into consideration by the national judge in interpreting national measures adopted in order to implement them or where they are designed to supplement binding Community provisions, but not all national legislation.

Condition (c) – The expiry of the time limit for implementation

6.9. In logical terms an unimplemented directive is only to be regarded as so after the time limit for its implementation has expired (and, consequently, this condition would not have autonomy being a part of condition (b)).

⁵⁷ At par. [18].

⁵⁸ The public agency, *Fonds des Maladies Professionnelles*, a public agency subject to the Minister for Social Welfare would certainly be considered to be an emanation of the Belgian State according to the case-law of the Court on this matter.

Even though there are no doubts as to that assertion, nevertheless, there is a sector of legal literature that deduces from *Kolpinghuis* the principle that the interpretative obligation becomes operative from the moment a directive has been issued⁵⁹.

6.10. In my view, that is not the case.

What the Court of Justice ruled in *Kolpinghuis* was simply that, since the inverse vertical direct effect of directives is not permitted and since the application by the national court of national legislation interpreted in conformity with a directive can never have the effect of determining or aggravating the liability in criminal of individuals who act in contravention of the provisions of that directive,

"it makes no difference ... if on the material date the period which the Member State had in which to adapt national legislation had not yet expired"⁶⁰,

because those principles have absolute nature.

That would not be the case only if one could deduce with the aid of the argument *a contrario* the principle that in other cases it may make a difference if the period for adaptation (as the Court refers to implementation in *Kolpinghuis*) has expired.

Without putting aside such an hypothesis, i.e., the possibility of a directive being relevant before the date of expiry has elapsed, in my view what the Court of Justice did was just to decline to answer the third and fourth question posed by the Dutch judge (which were related to the time limit), since the answer given to the preceding two questions rendered them superfluous. In other words the Court of Justice did not rule anything concerning time limits.

In the case, anyway, the only possible principle one is entitled to deduce with the aid of the argument *a contrario*, is in my view, that the application by the national court of national legislation interpreted in conformity with a directive, can have the effect of exempting or aggravating the liability in criminal of individuals.

⁵⁹ See Curtin, *op. cit.* (Effectiveness), at note 54, and Burca, *op. cit.*, at p. 218.

⁶⁰ At operative part, answer [3].

6.11. If this is so, why didn't the Court declare that it never makes a difference in the period which the Member State has in which to adapt national legislation has not yet expired.

In the first place the Court is cautious with its rulings and it would certainly be dangerous to give "general" rulings when it is not necessary to do so.

But the answer, I suggest, is related to the following considerations.

It is arguable that from fact that the time limit for implementation of a directive has not expired it does not necessarily follow that the directive is to be regarded as having no legal effect. As the Court held in *Grimaldi*, even though recommendations cannot produce binding effects, that does not mean that they cannot be regarded as having no legal effect⁶¹. And the Court declared them as an element of law to be considered by the national court in applying national legislation intended to implement or supplement them. Hence, the analogy can be drawn between recommendations and unimplemented directives before the time limit has expired, since both *Kolpinghuis* and *Grimaldi* concerned vertical relationships and Community acts which are not binding on the State (the directive, naturally, until the deadline has passed).

By saying this I do not fall in contradiction since what I suggest is just that the Court did not rule in *Kolpinghuis* that the interpretative obligation starts with the issuing of a directive and, consequently, I am not suggesting that it is unpredictable that the Court will do so in the future.

6.12. The other argument which in my view explain the Court avoiding the declaration that it never makes a difference if the time limit has elapsed, is that there is a situation in which the directive may become binding before the deadline is reached.

That is the case where a Member State implements a directive before the deadline. What is the legal status of a directive in such a case? Will it be deemed not to be directly effective or not to be binding on national courts because the deadline has not expired?

I suggest not: the time limit as the notion implies is a period of time given to Member States to fulfill a Community obligation and if they fulfill

⁶¹ At par. [18].

such an obligation incorrectly, they cannot benefit from its own wrongdoing⁶².

In my view, a parallel can be drawn with the general principle of contract law which provides that the benefit of a time limit ends with the early fulfilment of the obligation. If for instance I have a time limit to deliver the goods I sold, and I do it before the deadline has elapsed, I cannot go back later and ask the goods back invoking that I delivered them before time, since from the moment I delivered the goods the obligation and the time limit ceased their existence and the third parties acquired rights⁶³.

Condition (d) – The existence of national measures of implementation or of a lacuna (i.e. no express national conflicting provision)

6.13. This condition will be seen separately ahead – point VIII – under head "**VIII – The condition for the national law to be open to interpretation**".

Condition (e) – The directive is intended to comprehend the subject matter of the dispute or the directive pursues the complete harmonisation of national rules concerning the subject matter

6.14. This condition is linked with the issue of Community competence. It simply means that only when the sphere of Community competence⁶⁴ is in question does the interpretative obligation arise.

⁶² Professor Hartley, *op. cit.*, at p. 205 notes that the Court has not yet decided the matter, but seems to prefer the opposite view.

⁶³ The respect for acquired rights is a general principle of Community law (Professor Schermers, H. and Waelbroeck, D. *Judicial Protection in the European Communities*, 5th Ed. Kluwer, at p. 56).

⁶⁴ Lang, J. T., "The Widening Scope of Constitutional Law", in CAECNL, p. 229, at p. 242, defines the sphere of Community law as including:
"– All measures by which Member States implement Community law;
– All measures of Member States which affect rights protected by Community law, or which are in areas specifically regulated by Community law;
– all measures adopted by Member States on behalf of the Community, or on the basis of powers delegated by the Community".

For instance, in *Marleasing* it was the fact that the grounds for the declaration of nullity were listed Article 11 of Directive 68/151 in exhaustive terms that led the Court to rule the inapplicability of national legislation.

In *Nijman* the Court, after asserting that Directive 79/117⁶⁵ does not purpose complete harmonisation of national rules concerning the marketing and use of plant-protection products, held that

"the court of a Member State is not bound to interpret national rules on the marketing and use of plant-protection products in the light of the wording and purpose of Directive 79/117 for the purpose of applying that directive to products not containing any of the active substances listed in the Annex to the directive"⁶⁶.

VII. Content and limits of the interpretative obligation

7.1. As the law stands, the Court has given two distinct contents to the interpretative obligation.

The first is the obligation of the *Von Colson* type: the national judge must interpret the legislation adopted for the implementation of a directive in conformity with the requirements of Community law, in so far as it given discretion to do so under national law, with the aim to render the national legislation fully effective in the achievement of the objectives of a directive.

The second is the obligation of the *Marleasing* type: the national judge is required to interpret its national law in the light of the wording and the purpose of the directive in question and so the national court is precluded from applying any law inconsistent with the provisions of a directive, as far as possible.

The first obligation is one of a positive nature and the second one of negative nature.

⁶⁵ Council Directive 79/117 prohibiting the placing on the market and the use of plant-protection products containing certain active substances (1979 O.J. L33/36).

⁶⁶ At par. [8].

7.2. And the fact that the *Marleasing* type of interpretative obligation is a negative one, coupled with the fact that the Insolvency Directive confers Community born rights, which the national legal orders may not provide (at least in the case Italy did not), explains why in *Francovich* the Court did not use the interpretative obligation to grant the plaintiffs damages. If the Court had done so, it would have definitely gone too far in the sense that it would be asking the national judge to be a lawmaker.

Conversely, if Italy had adopted some implementing legislation, then the interpretative obligation with the content it has in the line of the *Von Colson* case-law, would become operative and the Court would probably answer the Italian judge to interpret national measures so as to render the content of the minimum guarantee effective in the terms it found in *Francovich*.

7.3. The Court, on the other hand, changed the formula it used in regard to the inner limits of the interpretative obligation impose on the national judge from the formula "in so far as it is given discretion to do so under national law" to the formula "as far as possible". Has this change any meaning?

According to Deidre Curtin it mean that the "words *as far as possible* refer, it is submitted, to the nature of the judicial function *per se* – the Court of Justice naturally enough did not require the national judges to assume a legislative task by rewriting the terms of their national law completely"⁶⁷.

This explains why the Court in *Francovich* did not use the interpretative obligation.

7.4. As to the outer limits, the interpretative obligation:

- Cannot have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law of persons who act in contravention of the provisions of a directive⁶⁸;
- Is limited by the general principles of law which are part of Community law and, particular, the principles of legal certainty and non-retroactivity⁶⁹.

⁶⁷ *Op. cit.* (Judicial Snakes and Ladders), at p. 40.

⁶⁸ *Kolpinghuis* and C-14/86 *Pretore di Salo* [1987] ECR 2545.

⁶⁹ *Kolpinghuis*.

Advocate General Van Gerven⁷⁰ and Geighegan⁷¹ add to those limits the prohibition for a national judge to impose a civil penalty on an individual in reliance on an unimplemented directive. The author deduces such a principle from the *Marshall* line of case-law which provides that an unimplemented directive cannot impose an obligation on an individual.

VIII. The condition for the national law to be open to interpretation

8.1. A very important issue has not yet been addressed: the existence or not in the interpretative obligation of the condition of the national law to be unclear or ambiguous for the national court to be bound to interpret it in conformity with a directive. In other words, is the national judge required to set aside clear provisions of national law because they conflict with directives?

In the first place it should be noted that if the latter question was done in relation to Community law in general, i.e., if it was asked if the national judge is required to set aside clear provisions of national law because they conflict with Community law acts such as regulations, it is clear that the answer is positive ever since the supremacy of Community law was declared. This duty of the national court is paradigmatically stated in *Simmenthal*. But, of course, in relation to directives the law is that they can only benefit from such a "benefit" if they are directly effective.

The conditions I submitted (point VI *supra*) as relevant to the interpretative obligation to arise, coupled with the content of the latter (point VII *supra*), do not comprehend the condition for the national law to be opened to interpretation. And why?

8.2. The Court was silent in *Marleasing* as to that condition, notwithstanding the fact that Advocate General Van Gerven based his opinion on the assumption there was room for interpretation.

In my view, from the adoption in the future of that condition for the interpretative obligation to take place, it follows the interpretative obliga-

⁷⁰ *Marleasing*, at point 8.

⁷¹ *Op. cit.*, at p. 252.

tion to be deemed only as a hidden instrument to side step the denial of horizontal direct effect to directives or, conversely, to be deemed interpretation and, thus, a logical and useful instrument by itself.

If *Marleasing* can be read as presupposing a legal situation where the Spanish law was not clear or where there was a lacuna, then, even though the judgment represents a giving of effect in a horizontal relationship, **conceptually** it is arguable that the national judge is interpreting national law and taking Community law in consideration in the analogy *iuris* he has to do answer the inexistence of express national legislation.

Maybe Article 5 will be a sufficient source of the obligation for the national courts to consider Community law in such a situation: if the Court developed the supremacy of law and direct effect doctrines it certainly can demand the national courts to do that (*argumentum a maiori ad minus*).

8.3. Conversely, if *Marleasing* is read as a situation where there was clear law or there was no lacuna, then the national judge is himself implementing the directive and assuming the role of lawmaker.

In that case the solution found by the Court will be unsound since it is arguable that the principles of division of powers between the Community and Member States and the division of powers within the legal systems of the Member States between the legislature and the judiciary will have been violated.

8.4. The abovementioned assertion – that *Marleasing* is interpretation if there was a lacuna in the Spanish legal situation – is based on the assumption that **gapfilling** is a dimension of the interpretative method and thus it is *interpretation*, and consequently when a national judge is doing that he is not according direct effect to a directive.

Hence, the two questions before us are to ascertain whether gapfilling is interpretation (8.5 to 8.8 *infra*) and if the Court proceeded in *Marleasing* on the assumption of existing a gap in the Spanish legislation (8.9 and 8.10 *infra*).

A different question is whether in terms of policy another solution would not be preferable, the granting of direct effect to directives in horizontal relationships, and if the interpretative obligation can risk other Community law principles as for instance the principle of legiti-

mate expectations, questions I will address later on (points X, XI and XII *infra*).

A brief look to Portuguese law on interpretation

8.5. In the consideration of the first of the questions just posed, i.e., to ascertain whether gapfilling is interpretation, it is justifiable to have a look at what the Member States' legal systems provide, since the rules of interpretation constitute (at least until declared by the Court as the "law") general principles of law and the Community approach is to derive them various sources, of which the said systems are, with the Community Treaties, the most important⁷².

I will do it very briefly in the perspective of Portuguese law.

8.6. It should be said that the Portuguese legal system is a part of the continental romanistic system of law but it also was and is influenced by German law.

Article 9 of the Portuguese Civil code, under the title "Interpretation" provides:

- "1. Interpretation shall not be restricted to the wording of the provision, but it shall reconstitute the intention of the legislator, taking into account mainly, the unity of the legal system, the circumstances in which the provision was adopted and the specific conditions of the material time when the provision is being applied.
2. However, the interpreter cannot consider the intent of the legislator which has no support in the wording of the provision.
3. In fixing the scope and extent of a provision, the interpreter shall presume that the legislator provided for the best solutions and expressed himself in adequate terms."

Article 10 of the Portuguese Civil Code, under the title "Gapfilling", provides:

- "1. The gaps shall be filled by the rule applicable to the analogous cases.

⁷² See Professor Hartley, *op. cit.*, at p. 77.

2. Recourse can be made to analogy whenever the reasons justifying the regulation of the analogous provision apply to the gap.

3. In the absence of an analogous provision, the gap shall be filled by the rule the interpreter would create if he was to legislate within the spirit of the legal system."

The distinction between interpretation and gapfilling done by those articles does not mean at all that the latter does not constitute interpretation in the wide sense as it used by the Court of Justice and by the national courts. Interpretation in the latter sense means the determination by the judge of the applicable rule of law.

In the determination of the applicable rule of law the national judge, can reach the interim conclusion that a certain situation, which is to be regulated by the law, is not and then he is faced with a lacuna.

Before he reached such a conclusion he interpreted the wording and spirit of the law and thus, even though, the following operation is gapfilling in a strict sense he is, nevertheless, interpreting⁷³.

The difference between gapfilling and extensive interpretation is that in the latter case the interpreter is completing the wording of the statute whilst in the former case he is reaching for the *mens legis*.

8.7. Portuguese law gives the judge two instruments for the determination of the applicable rule in the case of gapfilling: analogy and the rule the interpreter would create if he was to legislate within the spirit of the system.

The latter formula does not include equity and it should be said that in the end it refers to the general principles of law.

So in filling a gap the judge will have to find either a statute or general principles of law which have the same *ratio legis*, as provided, respectively, by paragraphs (1) and (2), and paragraph (3) of the mentioned Article 10.

In the first case he will be doing analogy *legis* and in the second analogy *iuris*.

⁷³ See Professor Ascensão, O., *O Direito - Introdução e Teoria Geral* (2nd ed., Fundação Calouste Gulbenkian), at p. 393.

Italian law also forwards to the judge the criteria of the *analogia legis* and of the *analogia iuris* to fill the gap⁷⁴.

Finally, it should be mentioned that **gapfilling can be done by analogy with any source of law be it a statute, an usage, or a court's decision. As Ascensão puts it "every rule of the legal order may be used"**⁷⁵.

Community law level

8.8. At the Community level we also conclude that gapfilling is a dimension of interpretation.

For instance, Schermers expressly states that "a special form of systematic interpretation is interpretation by analogy"⁷⁶.

So if Community law requires the national judge when faced with a lacuna to look in the Community legal order and, in particular, in directives, for the filling of the gap, it is arguable that the national judge is not according direct effect to the directive and he is just, respectively, preferring the directive to the national analogic provision, in the case of analogy *legis*, or, preferring the Community general principles of law to the national general principles of law, in the case of the analogy *iuris*.

Nicholas Green tells us that

"a national court which not only construes municipal law by reference to the terms of a directive but, where the national measure is silent or inadequate upon an issue, directly employs the directive to meet its needs, is utilising a teleological method of interpretation and not according a directive immediate binding force"⁷⁷.

⁷⁴ See Ferrara, F., *Interpretação e Aplicação das Leis*, translated to Portuguese by Andrade, M. D. (3th ed. Arménio Amado), at ps. 158 and 159.

⁷⁵ *Op. cit.*, at p. 403.

⁷⁶ *Op. cit.*, at p. 17.

⁷⁷ *Op. cit.*, at p. 319.

Marleasing and the gap in Spanish law

8.9. As it already noted Advocate General Van Gerven pointed out that the

"obligation to interpret a provision of national law in conformity with a directive arises whenever the provision in question is to any extent open to interpretation"⁷⁸.

After demonstrating that the Spanish law concerning public limited companies, which was the legal form of *La Comercial*, lacked any specific rule as to the nullity of those companies and that the prevailing view in legal literature was that the provisions relating to the nullity of contracts were to be applied by analogy, he concluded that, a national law is open to divergent interpretations when

"general concepts of law of contract are applied by analogy, first because such concepts are open to interpretation, and secondly because application by analogy is only one possible method of interpretation (emphasis added)"⁷⁹.

8.10. The Court, as it was already pointed out, did not refer this condition, concerning national law, in its judgment; it referred, on the other hand, to the interpretation of the directive which for our purposes does not have decisive value.

And as the "Opinions of the Advocate General do not express the opinion of the Court" and "are binding neither on the Court, nor on the national courts, nor on the parties"⁸⁰, the question remains opened: did the Court presuppose the condition of the national law being opened to interpretation?

In my view it is to be presumed that the Court of Justice presupposed the said condition since this position is the one consistent with the *Marleasing* judgment where the Court recited *Marshall* in its motivation.

⁷⁸ Opinion at point 8.

⁷⁹ *Idem*, at point 20.

⁸⁰ Toth, *Op. cit.*, at p. 25.

In any case, I suggest, with all due respect, that the Court to keep the interpretative obligation within admissible limits will have in the future to make it clear that only in a situation where the national provision is ambiguous or a lacuna exists, is the national judge obliged to carry out the interpretative obligation as defined in *Marleasing*, i.e. he is not obliged not to apply a express provision of national law when it conflicts with a directive, or in other words to do *contra legem* interpretation.

IX. National courts and the interpretative obligation

9.1. The interpretative obligation is not a new thing for national courts. Whenever they are interpreting a Community act they will prescrite its wording, spirit, and purpose, and other elements of interpretation as prescribed by their national law and Community law. They would do so on their own motion.

The Court had several times, before *Von Colson*, declared, the obligation for national courts to take Community law into consideration when interpreting national law; in its judgment of 1 February 1977 in the *Verbond* case⁸¹ the Court of Justice held that

"where the Community authorities have, by directive, imposed on Member States the obligation to pursue a particular course of conduct, the effectiveness of such act would be weakened if individuals were prevented from relying on it before their national courts and if the latter were prevented from **taking it into consideration as an element of Community law** (emphasis added)"⁸².

Getting hand of Judge's Pescatore comparison referring to direct effect, if it is permitted, I would say that the interpretative obligation is the "normal state of health"⁸³ when national judges apply Community law. In

⁸¹ C-51/76 *Verbond* [1977] ECR 113.

⁸² C-38/77 *Enka* [1977] ECR 2203, at par. [9].

⁸³ Pescatore, P. "The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law", in [1983] 8 ELR 155, at p. 155.

fact, if a national court is to interpret a national provision intended to implement a Community act, he will use the latter as a guide to interpretation.

For instance, the European Communities Act 1972 requires English courts to interpret English law in a way which is compatible with Community law⁸⁴ and to interpret Community law in accordance with the principles expressed in the case-law of the Court of Justice⁸⁵.

Nicholas Green accounts for the English case *H. P. Bulmer v. Bollinger* in which Lord Denning, Master of the Rolls, in 1974 ordered English courts to:

"... follow the European pattern. No longer must they examine the words in meticulous detail. No longer must they argue about the precise grammatical sense. They must look to the purpose or intent ... They must devine the spirit of the Treaty and gain inspiration from it. If they find a gap, they must fill it as best as they can. They must do what framers of the instrument would have done if they had thought about it"^{86,87}.

But if this is so, what is the basis for the legal literature to be very reticent to accept the soundness of the interpretative obligation as required in *Marleasing* and for the courts to show some rebellion against such an obligation?

The answer is found in the view the courts have of their own role in the system of Member State's division of powers and on the division of power between the Community and Member States.

⁸⁴ European Communities Act 1972, Section 2(4).

⁸⁵ Section 3(1).

⁸⁶ *Op. cit.*, at p. 319.

⁸⁷ It should be noted, however, that gapfilling is an interpretation technique which has only recently been accepted by the English legal system as such (See Professor Bridge, J., "National Legal Tradition and Community Law: Legislative Drafting and Judicial Interpretation in England and the European Community", in *JCMS*, vol. XIX 4, 351, at p. 365 et seq.).

Article 5 EEC Treaty and division of powers sensu lato between the Community and Member States

9.2. The interpretative obligation, which is a recent legal construction of the Court of Justice, is deduced and founded in Article 5 EEC Treaty which obliges every "national judge to be a Community law judge"⁸⁸.

Getting hand of the classification of the general duties laid down in Article 5 made by John Temple Lang⁸⁹ the interpretative obligation consists in the duty to enforce and give full effect to Community law.

It is arguable that the Court imposing on the national courts the duty to interpret national law using the teleological method of interpretation, with the extent that the Court attaches to such method, can offend the separation of powers within Member States (I will treat this topic below – 9.4.).

9.3. On the other hand, Article 5 provides for the **duty of solidarity** between the Community and Member States.

The court, under Article 177, has no competence to interpret national law.

But isn't it doing so when in *Marleasing* the Court, as Stuyck and Wytinck put it,

"determines *in concreto* how the national court has to interpret a provision of national law"⁹⁰?

If this is the case, then, will be itself violating the said duty of solidarity imposed on the Community by Article 5 and Article 177.

In other words, the Court acting as a constitutional court, since it is interpreting Article 5, may be offending the **principle of division of powers sensu lato between the Community and the Member States** exceeding the delimitative boundary, which anyway is not clear in face of the Treaty and as the law stands.

⁸⁸ Lang, J. T. "Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty", in [1990] 27 CMLRev, 645, at p. 646.

⁸⁹ *Idem*, at p. 647.

⁹⁰ Stuyck, J. and Wytinck, P., *Marleasing* case-note, in [1991] 28, CMLRev, 205, at p. 210.

Division of powers in the Member States and teleological interpretation

9.4. The Court is asking the national courts to play a role which is sometimes regarded as offending the limits of **adjudication** and, thus, asking national courts to act as **lawmakers**.

9.5. The concept of teleological interpretation has not the same meaning for a national judge and the Court of Justice.

Generally speaking, there are four basic techniques of interpretation, which are common to the national legal systems and Community law: literal interpretation, historical interpretation, *i.e.* interpretation, in the light of the recorded intentions of the legislator, contextual interpretation and teleological interpretation, *i.e.* purposive interpretation in the light of the objectives of the legislation⁹¹.

All of these techniques are common to the different legal systems; what is not common is the emphasis placed on each of them and the limits upon the judge's activity.

For the Court of Justice the literal and historical techniques have a very limited role⁹² which is not the case for instance in the Portuguese case where the literal technique is the departure point and the limit, except in the case of the judge coming across a lacuna.

9.6. On the other hand, the content of the teleological technique is different when we compare the different legal systems and Community law.

For the Court of Justice teleological interpretation and gapfilling has been over the years the tools for the development of Community law and are elements of interpretation which are not subject to strict limits, but, conversely, are at the service of policy considerations and objectives and aims of European Integration, assertion demonstrated simply by recollecting the direct effect principle and the interpretative obligation itself.

As Prof. Hartely puts it

"The Court prefers to interpret texts on the basis of what it thinks they should be trying to achieve; it moulds the law

⁹¹ Bridge, *op. cit.*, at p. 366.

⁹² *Idem.* at p. 367.

according to what regards as the needs of the Community. This is sometimes called the "teleological method of interpretation", but it really goes beyond interpretation properly so-called: it is decision-making on the basis of judicial policy"⁹³.

For a national judge within the framework of his municipal legal system, teleological interpretation is always limited by the *mens legis* and the wording of the provision. In the end of the day, the national judge will not be permitted by national law to depart from the wording of the provision.

9.7. This does not mean that national courts should look for the intent of the directive in the national implementing provision; naturally, when they are interpreting a national provision in the light of a directive they will have to prescrite the purpose of the directive.

A good example of this assertion is the English case *Litster*⁹⁴. Directive 77/187⁹⁵, in case of the transfer of undertakings, protects the employees ensuring that they will not lose their job in consequence of that transfer. The English statutes implementing the said Directive⁹⁶ protected those employees who were employed "immediately before the transfer". So, the defendant company dismissed employees sometime before the transfer took place. The House of Lords, after having asserted that such a dismissal was intended to evade the regulatory framework in such a case, did not read the English statutes literally and, referring to the purpose of the directive and the case-law of the Court of Justice in the matter, held that the English regulation also included the situations of employees who would be employed immediately before the transfer if they were not unfairly dismissed.

But in the end the House of Lords did not depart completely from the wording of the national legislation.

9.8. So, if Community law requires, or is to require, national courts to desconsider a clear conflicting national provision and apply the terms

⁹³ Hartley, *op. cit.*, at p. 77.

⁹⁴ *Litster* [1989] 2 CMLRep 194.

⁹⁵ Transfer of Undertakings (Protection of Employment), O.J. L61/26.

⁹⁶ Transfer of Undertakings (Protection of Employment Regulations) 1989, SI 1981/1794.

of an unimplemented directive which has no direct effect, national courts are not interpreting but rather implementing directives and, thus, **lawmaking**.

Because one thing is to order pursuant Article 5 EEC Treaty a national court to desconsider a national provision conflicting with a directly effective directive, since Community law takes precedence, **other is to impose a national to desconsider a clear national provision conflicting with a non-directly effective directive (i.e. not enforceable in national courts) by interpreting the said clear provision in conformity with Community law!**

And the Court of Justice will be, by means of the duty imposed on national courts, putting at risk the principle of division of powers which is a common heritage of all Member-States.

Professor Bruno de Witte, not referring specifically to the interpretative obligation, said that

"European Community law has dramatically altered the position of the national judiciary in its relation to the other branches of government, and particularly to the legislator"⁹⁷.

In the *Marleasing* case some people argue that the Court is distorting such a relation.

The opposite argument

9.9. Nonetheless, it is arguable that the *Von Colson* and *Marleasing* principles can be seen as not violating the solidarity provided in Article 5.

In *Von Colson*, the formal limit is respected: there is a national provision which was adopted to implement a directive and consequently the directive solutions are always given effect through national law. And as to the contention that the conflicting national provision was distorted, one must say that according to the principle of supremacy of Community law, the national judge is under the duty not to apply any conflicting provision. And if Community law can do so, it can also impose the *Von Colson* conduct to the national judge (*argumentum a maiori ad minus*).

⁹⁷ De Witte, B., "Community Law and National Constitutional Values", in 1991/2 LIEI, 1, at p. 7.

It should also be noted that from a policy standpoint, reasons of judicial protection of the individual contribute to such a position, at least until *Francovich*: in fact, until then the only way the individual could rely in non-directly effective directives was through *Von Colson*.

In *Marleasing*, given the fact that there is no national conflicting provision expressly applicable, if the national judge is gapfilling, Article 5 can impose him to consider a directive in the framework of the analogy *iuris*, even if desconsidering a national provision which would be the basis for the analogy *legis*. Formally, the national judge is giving a national solution to the case.

Conversely from the *Von Colson* case, in my view, here judicial protection of the individual policy considerations do not militate in favour of such a solution as I will try to demonstrate below.

X. Legitimate expectations

10.1. Even if we consider that the interpretative obligation as set out in *Marleasing* is interpretation, because there was a lacuna, isn't it true that what the Court of Justice had in mind was to give effect to directives in a horizontal relationship? If we take account of legal literature then the answer is positive.

Isn't it also a fact that along the way the Court of Justice may be sacrificing the principle of legitimate expectations, which is an important instrument of judicial protection of the individual?

And, thus, can't it also be argued that when the Court of Justice denies the horizontal direct effect since directives do not bind the individual, the Court is opening the backdoor and surprising the individual? Then, what is the rationale behind such the denial of horizontal direct effect: judicial protection of the individual or just formal considerations of legal technique?

10.2. If we take the *Marleasing* case we will reach the conclusion that the plaintiff *Marleasing* when it brought an action against La Comercial, as the law stood, *i.e. taking account of the denial to horizontal direct effect in horizontal relationships*, it relied on the answer the Spanish legal system would give to such a dispute or in what Advocate General Mischo

in his Opinion in *Kolpinghuis* refers to as "national elements of appraisal"⁹⁸, which would imply the legal possibility of the dissolution of La Comercial. In other words, it was legitimate for *Marleasing* to expect for Directive 68/151 not to be considered in the dispute.

What happened was that in *Marleasing* the law applied to the dispute was different from the applicable law which *Marleasing* could reasonably expect (getting hand of the formulation of the principle of legitimate expectations given by Schermers⁹⁹).

Consequently, the principle of legitimate expectations was disrespected in *Marleasing*.

10.3. The Court does not regard such principle as an absolute one¹⁰⁰. In *Kolpinghuis* the Court held that the interpretative obligation was limited by the general principles of Community law, and, in particular the principles of non-retroactivity and legitimate expectations¹⁰¹, but that case concerned a dispute of criminal law nature and, thus, the value of the ruling may be restricted in cases of civil nature, which constitute the normal case like *Marleasing*.

In *Marleasing* the Court did not refer to such a principle and the Court may have considered that the principle of legitimate expectations was not violated or that it was outweighed by considerations of political and practical nature.

XI. Policy considerations and the principle of uniform application of the community law

11.1. The possibility of the principle of legitimate expectations having been outweighed in *Marleasing* by considerations of political nature and general principles of Community law is demonstrated by the following assertions.

⁹⁸ At point 31.

⁹⁹ *Op. cit.*, at p. 65.

¹⁰⁰ *Idem*, at p. 67.

¹⁰¹ At par. [13].

11.2. In his Opinion Advocate General Van Gerven took the view that **other means of judicial action** were available to *Marleasing*. He held, *inter alia*, that

"the creditors retain, for instance, the possibility of bringing an action to set aside in their interest any capital contribution made in disregard of their rights. Such an action will usually be **more effective** (emphasis added) in protecting their interest than a declaration of nullity of the company itself"¹⁰².

One can deduce from this that the Court felt the interests of *Marleasing* could always be afforded judicial protection.

11.3. On the other hand, the Court, when deciding the interpretation to be given to Article 11 of Directive 68/151, considered the position of **third parties** and held that

"Furthermore, the protection of third parties rights must be ensured by the provisions which restrict to the greatest possible extent the grounds on which obligations entered into in the name of the company are not valid. It follows that each ground of nullity provided for in Article 11 must be interpreted strictly ..."¹⁰³.

11.4. Finally, but most important, the Court in the operative part of its judgment¹⁰⁴ added another element to the justification of the ruling: it held that the interpretation given was required by the **objective of uniform application of Community law**, in the case based on Article 58.

Article 58 provides that

"Companies and firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Commu-

¹⁰² At point 19; see also point 12.

¹⁰³ At par. [12].

¹⁰⁴ I.e. in "... the actual ruling of the Court on the issues submitted to it (dispositif)" (Toth, *op. cit.*, at p. 14).

nity shall, for the purposes of this Chapter, be treated in the same way as natural persons who are nationals of Member States".

The Court established that Directive 68/151, which provides on the co-ordination of safeguards for the protection of the interests of members and others, is a measure adopted in connection with Article 58 since it applies to companies within the meaning of second paragraph of that Treaty provision.

11.5. Maybe that part of the ruling can have a twofolded meaning.

The first is related to the four freedoms that the Treaty establishes, *in casu* the free movement of (legal) persons, and it is arguable that when one of the four freedoms is in question the *Marshall* line of case-law will give way¹⁰⁵.

This assertion is more credible if one recollects that the typical situations where directives are invoked by individuals have domestic nature, *i.e.* the elements of the subject matter of the dispute are connected by the same nationality.

Or it is arguable that, similarly to the case of the treatment it gives to fundamental rights, the Court of Justice is not taking the general principles of law "seriously"¹⁰⁶, in the sense that they are subordinated to Community objectives. *In casu* principle of legitimate expectations is subordinated to the objective of uniform application of Community law, which is an instrument to economic integration in the Community.

¹⁰⁵ Lang, J. T., "The Sphere in which Member States are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles", *in* 1991/2 LIEI, 23, at p. 31, says that
"The principle that Member States may not interfere with the freedoms protected by Community law, whether the State powers are defined by Community law more are the normal general powers of States, remains valid."

¹⁰⁶ Coppel, J. and Aidan, O'Neill, "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", *in* [1992] 29, 669, demonstrate in respect to fundamental rights that the Court subordinates them to Community objectives.

XII. The denial of horizontal direct effect

12.1. But should the principle of legitimate expectations be outweighed by policy considerations?

In absolute terms it is not criticisable that the Court in a situation of conflict considers that the interests of third parties and the objective of uniform application of Community law outweigh the legitimate expectations of the plaintiff, **if the law permits such a balance.**

The point, though, is that while the denial of horizontal direct effect is not set aside, the Court should not be allowed to do such a choice.

But paradoxically, the Court maintains the said denial and on the other hand is doing the choice, and, thus, violating the position of the individual.

But if the Court makes such a choice it should simultaneously declare the derogation of the *Marshall* principle.

By doing that the Court would still violate the principle of legitimate expectations *in casu* but at least would be coherent and in future situations the principle of legitimate expectations would not be violated.

12.2. Consequently, if the desconsideration of the principle of legitimate expectations by the Court is to continue, or in other words if the individual part to a dispute has now to anticipate the possibility of a unimplemented directive being considered in its case against another individual, then he must be aware of unimplemented directives.

And when we reach this point of the argument the denial of horizontal direct effect to directives is to be questioned.

12.3. In his Opinion in *Kolpinghuis* Advocate General Mischo addressing the subject and citing Judge Pescatore, states the law as it stood at the material time in the following terms:

"Although directives are binding on Member States, they certainly do not bind individuals. Directives are not addressed to them. They are published for information in the Official Journal of the European Communities; this is not a question of "statutory publication" and, unlike the publication of regula-

tions, it has no legal effect. Individuals will be bound only by the laws and regulations adopted by the State for the application of the directive. A directive as such cannot be relied upon as against individuals, who can never be bound by its effects with regard to the State or other individuals"¹⁰⁷.

As it is apparent from the authority cited, two distinct provisions (and rationales) obstruct to the horizontal effect: Articles 189(3) and 191 EEC Treaty.

Article 189(3)

12.4. Directives are addressed only to Member States and, thus, they bind the State but not the individual. From this assertion it follows, in the domain of direct effect, that:

–The State cannot plead its own wrongdoing (the estoppel or the *non venire contra factum proprium* doctrine);

–The individual cannot be subject to obligations arising out of directives (the denial of horizontal direct effect).

I suggest that Article 189(3) is not absolute, i.e. its literal terms do not constitute an obstacle to the granting of direct effect in horizontal relationships.

12.5. In the first place, the fact that Article 189 only declares regulations directly applicable did not stop the Court from finding directives capable of producing similar effects, i.e. direct effect.

In the second place, but most important, the fact that Article 119 is only addressed to Member States, did stop either the Court from granting direct effect to that Treaty provision in horizontal relationships, i.e. to consider it binding on individuals¹⁰⁸.

And as Advocate General Trabucchi says

"the decisive factor in determining what the effects of a Community provision are in national law is not the identity of those to whom it is addressed but its nature, which the Court

¹⁰⁷ At point 12.

¹⁰⁸ In the first *Defrenne* case (C-43/75 [1976] ECR 455) the Court declared Article 119 to be applicable to the dispute between two individuals, Gabrielle Defrenne and Sabena.

defines on the basis of the spirit, the general scheme and the wording of the provision itself¹⁰⁹.

Consequently, if there is political will, Article 189(3) will not be an obstacle to the derogation of *Marshall*.

The Court would go back to the *effect utile* rationale (see *supra* 3.5 and 3.6).

Article 191

12.6. The second rationale for the denial of horizontal direct effect is the inexistence of the publication requirement, *i.e.* the fact that there is no statutory obligation to publish directives in the Official Journal as they are issued.

But the fact that there is no such obligation does not mean that they are not published: as a matter of fact they are¹¹⁰. Nothing tells us that such *informative* publication will cease, when it is promoted by the Commission which naturally is interested in maintenance of that practice, if not usage. And if by chance the Court declared the horizontal direct effect, publication would become obligatory by effect of such a ruling¹¹¹.

12.7. If this line of argument was not enough to demonstrate the non-fundamental nature of the publication requirement, a look to the history of Article 191 EEC Treaty will do it.

Article 191 only requires publication in the Official Journal or regulations since the framers of the Treaty did not intend directives to have similar effects to regulations¹¹². Being so, individuals did not need to know directives and so they were not comprehendend in the said provision.

But the Court declared that directives can have similar effects to regulations!

¹⁰⁹ In his Opinion in the Defrenne case, at point 6.

¹¹⁰ See note 31 *supra*.

¹¹¹ Such a declaration by the Court would have the same effect as the declaration that a Treaty provision is directly effective, in which case it has erga omnes effects (See Toth, *op. cit.*, at p. 74), since such a ruling becomes an integral part of the provision interpreted.

¹¹² Hartley, *op. cit.*, at p. 200.

From the fact that the primary provision – Article 189(1) – was altered it follows that the subordinate provision – Article 191(1) – is not decisive and can be derogated or extended, as the understanding may be.

12.8. And last, but not the least, since directives, as the law stands, are invokable in the domain of vertical relationships, individuals **need to know** them when they are issued. And being so, one may conclude that the publication is not anymore informative and that Article 191(1) has been derogated by **usage**.

12.9. As a final note, it should be said that in what regards the parallel drawn (*supra* 12.5) between Article 119 and directives in the sense that both are addressed only to Member States, those sources of Community law differ as to publication.

Whilst the Treaty is known to the individual since it is part of the legal orders of Member States and, thus, it is known to the individual, in the case of directives they only become known through publication.

XIII. A directive cannot impose an obligation on an individual

13.1. The Court of Justice in *Marshall* ruled that a directive does not bind the individual and thus it may not impose an obligation on an individual.

The Court of Justice has been very happy in the formulation that directives may not impose an **obligation** on an individual since by the use of such formula it did not to fall in contradiction *Marleasing*.

In that case, *Marleasing* was unable to obtain the dissolution of La Comercial by the consideration of Article 11 of Directive 68/151 in the dispute.

Being so, it is undeniable that the unimplemented directive affected his legal position and worked in his detriment, but from a literal strict point of view it did not impose an obligation on *Marleasing*¹¹³.

¹¹³ Stuyck and Wytinck, *op. cit.*, at ps. 213-214, take the view that *Marleasing* is consonant with *Marshall* since it did not impose any positive obligation on the plaintiff.

13.2. In my view, this argument cannot be upheld because it has formal nature and undeveloped content.

Form gives way to substance in determining the effects of Community law as Advocate General Trabucchi cited above (12.5) tells us. And if one was to determine the extent of the *Marshall* prohibition, vested out of policy considerations, he would reach the conclusion that what is meant by such prohibition is that the position of the individual cannot be affected by effects deduced from unimplemented directives.

On the other hand, just to demonstrate how undeveloped the concept of "obligation" is, I would cite Advocate General Mischo who says that "a court cannot rely on ... a directive ... to the **detriment** of the individual (emphasis added)"¹¹⁴ or Judge Pescatore cited supra that refers that individuals "can never **be bound by its effects** with regard to the State or other individuals", referring to an unimplemented directive.

13.3. Finally, it should be noted that the foregoing considerations refer to the effect of unimplemented directives between parties to a dispute.

Consequently, the prohibition that directives may not bound individuals does not mean that **indirectly** they cannot affect their legal positions, or in other words, that the third party effect is prohibited.

Any adjudication will normally affect third parties positions.

Taking the example given by Prechal, in the context of the Public Works Directive¹¹⁵,

"If a public authority has awarded a contract for work to a private undertaking and in the procedure it violated the guarantees of the directive, the subsequent application of a directly effective provisions of the directive will mean that the undertaking will lose the contract and that the work to be accomplished will eventually be given to somebody else, to the detriment of the former contractor"¹¹⁶.

The third party effect is distinct from the production of effects **directly** in the relationship that constitutes the dispute.

¹¹⁴ In his Opinion in *Kolpinghuis*, at point 30.

¹¹⁵ Directive 71/305 1971 O.J. L185/2.

¹¹⁶ *Op. cit.*, at p. 454.

In what regards the latter type of relationships, I suggest, that, as the law stands, the content of the denial of horizontal direct effect to directives is that they do not bind the individual.

From here it follows that it is not acceptable, with all due respect, the submission of Stuyck and Wytinck that

"the case-law of the Court of Justice (as expressed in *Marshall*) does not exclude the recognition of a passive horizontal direct effect of provisions of Directives in the circumstances described above, to the effect that a private individual could invoke such provisions to oppose the application of a national provision invoked by another private individual"¹¹⁷.

XIV. Conclusions

14.1. The first conclusion to be drawn from this work is that the Court of Justice is a fundamental Institution of the European Community; it is the engine of the development of Community law and as the process of European Integration proceeds the Community relies on the Law as declared by the Court.

From time to time the Court is called to adjudicate in constitutional matters in which cases it sets the pace of European Integration.

14.2. In respect of directives, the Court, thirty years ago, devised, the direct effect principle, which coupled with the supremacy of Community law principle, has permitted individual to rely as against Member States on unimplemented directives before national courts, if they are unconditional and sufficiently precise.

The Court deduced the direct effect principle from Article 189(3) EEC Treaty. But if in the beginning the rationale for that principle was based in the idea of usefulness (*effect utile*), in 1982 in *Becker* it was shifted to the estoppel doctrine: Member States cannot not plead, as against individuals, their own failure to perform the obligation which the directive entails.

And from then on, until 1986, uncertainty prevailed as to the possibility of the horizontal direct effect of directives. In *Marshall* the Court ended the discussion by restricting the direct effect to vertical relationships.

¹¹⁷ *Op. cit.*, at p. 223.

14.3. However, two years before *Marshall*, in *Von Colson*, the Court devised the legal construction of the interpretative obligation which has been applied since then. It is a good example of the development of Community law by the Court.

It was a big step given by the Court since, on the one hand, it is an instrument which is applicable to non-directly effective directives and, on the other, conceptually, it can be used in horizontal relationships given the fact that when such an obligation is carried out what is being applied by the national judge is national law.

14.4. But in November 1990, in *Marleasing*, the Court was faced with a horizontal relationship in which the Member State had not adopted any implementing measures of the directive in question.

The Court decided that the interpretative obligation was applicable in such a case.

From my analysis results that two things should not be confused: the technical perspective and the interests perspective.

14.5. Technically, it is arguable that in *Marleasing* the Court is demanding the national judge to carry out the interpretative obligation.

This assertion is based on the fact in that particular case there was *lacuna*.

I demonstrated that gapfilling is a dimension of interpretation and that a gap can be filled through analogy with other provision or with general principles of law. In the first case the national judge will be doing analogy *legis* and in the second analogy *iuris*.

Being so, I suggest that the Court can deduce from Article 5 EEC Treaty an obligation for the national judge to be precluded from doing analogy *legis* with a national provision and, instead, being forced to do analogy *legis* with a directive or analogy *iuris* with Community law.

Consequently, even if in the end the directive was given effect, it is arguable that theoretically the national court when adjudicating in consonance with the Court of Justice judgment will be interpreting.

Finally, I submit that the Court in the future cannot or should not impose on the national judge to do *contra legem* interpretation, in which case it would be going too far.

But if technically it is arguable that *Marleasing* concerned a situation where a lacuna existed and the Court imposed on the national judge the consideration of Community law when gapfilling, when we consider the interpretative obligation from a policy and balance of interests standpoint, the answer is that such an obligation is not a sound constitutional solution.

14.7. Even in the *Von Colson* type of interpretative obligation, in which case there were national implementing measures, national courts may find it difficult to carry out such an obligation because the literal method of interpretation is set aside in favour of the **teleological method as understood by the Court of Justice** and the **wording of the provision is desconsidered**.

Moreover, in the *Marleasing* type of interpretative obligation, where there are no implementing measures and a lacuna exists, a national judge may ask himself what national provision is he interpreting.

Thus, when the Court of Justice is demanding national courts to carry out the said obligation, with such an extent, it is arguable that the Court can be disrespecting the principles (a) of the **division of powers *sensu lato* between the Community and Member States** and (b) of the **division of powers in Member States**.

The basis for that are that, in the first case, (a) the Court does not have competence under Article 177 EEC Treaty to interpret national law and that, in the second case (b), the Court may be asking national courts to go over the limits of adjudication. That will certainly be the case if the Court imposes *contra legem* interpretation.

14.8. On the other hand, as it was suggested, in *Marleasing* the Court violated the **legitimate expectations** of the plaintiff.

The plaintiff when he brought an action against the defendant as the law stander, took account of the denial of horizontal direct effect and relied solely on national law (which is something it has to be presumed and not proved) and in the end the plaintiff saw a different "law" being applied to the dispute.

The Court made a **balance of interests** between, on the one side, the principle of legitimate expectations and, on the other, the protection of third parties and the mighty **principle of uniform application of Community law** and decided that the former was outweighed by the latter.

In the way, the Court presupposed that *Marleasing* had other means of judicial protection.

I suggest that that decision, even if wise in absolute terms, was not permitted by the law as it stood since the denial of horizontal direct effect precluded such a valorative judgment.

14.9. Having the Court desconsidered such a principle the individual has now to anticipate such an outcome and consequently to know directives.

I submit that the **horizontal direct effect should be declared.**

If that was the case, which is favoured by **enforcement** considerations, the Court would not have to impose on national courts unsound duties, it could apply directly directives in horizontal relationships without violating the legitimate expectations of the individual and it would be allowed to take into account policy considerations.

14.10. The rationale for the denial of horizontal direct effect rests on the assertions that directives are addressed to Member States and only bind them, not the individual (Article 189 (3) EEC Treaty) and that there is no statutory publication of directives (Article 191 EEC Treaty).

I demonstrated that those reasons are of formal nature and constitute no obstacle: the wording of **Article 189 (3)** did not stop the Court from declaring the direct effect principle and the fact that Article 119 is addressed to Member States did not stop the Court either from declaring it applicable to horizontal relationships.

As to Article 191, it is subordinate to Article 189 (3) – in the sense that it does not comprehend directives since the drafters of the Treaty did not intend or predict that directives could have similar effects to regulations – and consequently does not have a decisive value. I submit, in any case, that Article 191 has been derogated by an usage which consists on the obligation to publish directives based on the fact that, as the law stands, they are invocable in vertical relationships and, thus, individuals need to know them and have the right to see them published in the Official Journal.

14.11. Finally, I submit that it is predictable that the interpretative obligation may be an "instrument" the Court will be using less frequently or to which the Court will attribute moderate scope in the future since the damages remedy, provided for in *Francovich*, will "occupy much of its space".

Bibliography

- Ascensão, J. O.**, *O Direito-Introdução e Teoria Geral* (2nd ed., Fundação Calouste Gulbenkian).
- Banks, K.**, *National Enforcement of Community Rights – A Boost For Damocles*, [1984] 21 CMLRev 669.
- Banks, K.**, "Constitutional Implications of Community Sex Equality Law", in *CAECNL*, 107.
- Barav, A.**, "Damages in the Domestic Courts for Breach of Community Law by National Authorities", in *NCLEC*, 149.
- Bebr, G.**, *Development of Judicial Control of the European Communities* (1981).
- Bebr, G.**, "Article 177 of the EEC Treaty in the Practice of National Courts, [1977] 26 ICLQ 241.
- Bebr, G.**, Case note *Francovich* [1992] 29 CMLRev 557.
- Bridge, J.**, *National Legal Tradition and Community Law: Legislative Drafting and Judicial Interpretation in England and the European Community* [1981] 19 JCMS 351.
- Bridge, J.**, *Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law Through the Legal Systems of the Member States*, [1984] 9 ELR 28.
- Bridge, J.**, and **Lasok, D.**, *An Introduction to the Law and Institutions of the European Communities* (4th ed., 1987).
- Bronkhorst, H. J.** "The Valid Legislative Act as a Cause of Liability of the Communities", in *NCLEC*, 13.
- Burca, G. De.**, "Giving Effect to European Community Directives" [1992] 55 MLR 215.

- Campos, J. M.**, *Direito Comunitário* (3rd ed., Fundação Calouste Gulbenkian).
- Cappelletti, M.**, "Is the European Court of Justice *Running Wild*?" [1987] 12 *ELR* 3.
- Coppel, J.**, and **O'Neill, A.**, "Rhe European Court of Justice: Taking Rights Seriously?" [1992] 29 *CMLRev* 669.
- Curtin, D.**, "Decentralized Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders", in *CAECNL*, 33.
- Curtin, D.**, "Directives: The Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights" [1990] 27 *CMLRev* 709.
- Curtin, D.**, "Effective Sanctions and the Equal Treatment Directive: the Von Colson and Harz cases" [1985] 22 *CMLRev* 505.
- Curtin, D.**, "The Province of Government Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context" [1990] 15 *CMLRev* 195.
- Curtin, D.**, "State Liability Under Community Law: A New Remedy for Private Parties", [1992] *ILJ* 74.
- Dausess**, "The Protection of Fundamental in the Community Legal Order", [1985]10 *ELR* 398.
- David, R.**, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo* (Meridiano).
- Docksey and Fitzpatrick**, "The Duty of National Courts to Interpret Provisions of National Law in Accordance With Community Law" [1991] *ILJ* 113.
- Due, O.**, "A Constitutional Court for the European Communities" in *CAECNL*, 3.
- Durand**, "Restitution or Damages: National Court or European Court?" [1975-6] 1 *ELR* 431.
- Easson, A.**, "Can Directives Impose Obligations on Individuals?" [1979] 4 *ELR* 67.
- Edward, D.**, **Lane, R.**, "European Community Law" (Butterworths, 1991).
- Edward, D.**, "Is There a Place for Private Law Principles in Community Law?", in *NCLEC*, 121.
- Edward, D.**, "Administrative Law in Scotland: The Public/Private Law Distinction Revisited" in *CAECNL*, 283.
- Ferrara, F.**, *Interpretação e Aplicação das Leis*, translation into Portuguese by Andrade, M., (3rd ed. Amado).

- Foster**, N., Case not-*Duke* [1989] 25 *CMLRev* 629.
- Geddes**, A., "Difficulties Relating to Directives Affecting the Recoverability of Damages for Personal Injury" [1992] 17 *ELR* 408.
- Geoghegan**, M., "The Status of Non Implemented Directives before Irish Courts Post Marleasing" in *CAECNL*, 247.
- Green**, N., "Directives, Equity and the Protection of Individual Rights" [1984] 9 *ELR* 295.
- Green**, N., and **Barav**, A., "Damages in the National Courts for Breach of Community Law" [1986] 6 *YEL* 55.
- Grabitz**, E., "Liability for Legislative Acts", in *NCLEC*, 1.
- Harding**, "The Choice of Court Problem in Cases of Non-Contractual Liability under EEC Law", [1979] 16 *CMLRev* 389.
- Harding**, "The Private Interest in Challenging Community Action", [1989] 5 *ELR* 354.
- Hartley**, T. C., "The Foundations of European Community Law" (2nd ed. *Clarendon law Series*).
- Hartley**, T. C., "Concurrent Liability in EEC Law: A Critical Review of the Cases" [1977] 2 *ELR* 249.
- Herzog**, P., and **Smith**, H., *The Law of the European Economic Community* (1976).
- Howels**, "European Directives-The Emerging Dilemmas" [1991] *MLR* 456.
- Lang**, J. T., "The Widening Scope of Constitutional Law", in *CAECNL*, 229.
- Lang**, J. T., "Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty" [1990] 27 645.
- Lang**, J. T., "The Sphere in Which Member States Are Obligated to Comply With the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles" [1991/2] *LIEI* 23.
- Jacobs**, F. G. and **Brown**, L., *The Court of Justice of the European Communities* (2nd ed., 1983).
- Jalles**, M. I., "Implicações Jurídico-Constitucionais da Adesão de Portugal às Comunidades Europeias (*Cadernos Ciência e Técnica Fiscal* 116, 1980).
- Lenaerts**, K., "Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community" [1991] 28 *CMLRev* 35.
- Lewis**, "Joint and Several Liability of the European Communities and National Authorities", [1980] *CLP* 99.

- Lewis, C., and Moore, S.,** "Duties, Directives and Damages in European Community Law" [1993] *Public Law* 151.
- Koopmans, T.,** "Judicial Review of Legislation in the Netherlands" in *CAECNL*, 273.
- Korah, V.,** "The Rights of the Defence in Administrative Proceedings under Community Law", [1980] *CPL* 73.
- Mancini, F.,** "The Making of a Constitution for Europe" [1989] 26 *CMLRev* 595.
- Miranda, J.,** *Manual de Direito Constitucional* (1989).
- O'Keefe,** "Appeals Against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty", [1984] 9 *ELR* 87.
- Oliver, P.,** "Enforcing Community Rights in the English Courts", [1987] 50 *MLR* 881.
- Oliver, P.,** "Interim Measures: Some Recent Developments", [1992] 29 *CMLRev* 7.
- Pescatore, P.,** "The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law", [1983] 8 *ELR* 155.
- Prechal, S.,** "Remedies After Marshall" [1999] 27 *CMLRev* 451.
- Rasmussen, H.,** "Between Self-Restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court" [1988] 13 *ELR* 28.
- Roseren, P.,** "Review by French Courts of the Conformity of National Provisions with Community Law" in *CAECNL*, 257.
- Ross, M.,** "Beyond *Francovich*" *MLR* 56 55.
- Schermers, H. G., and Waelbroeck, D.,** *Judicial Protection in the European Communities* (5th ed., 1992).
- Schermers, H.,** "The Scales in Balance: National Constitutional Court V. Court of Justice" [1990] 27 *CMLRev* 97.
- Smith, L. J.,** "A European Concept of *Conditio Inebitit*?", [1982] 19 *CMLRev* 269.
- Steiner,** "Direct Applicability in EEC Law – A Chameleon Concept", [1982] 98 *LQR* 229.
- Steiner,** "How to Make the Action Suit the Case: Domestic Remedies for Breach of EEC Law", [1987] 12 *ELR* 102.
- Stuart,** Lord Mackenzie, "The Non-Contractual Liability of the European Economic Community" /Maccabean Lecture in Jurisprudence 1975, Oxford University Press, 1975).

- Stuyck, J. and Wytinck, P.** Case note *Marleasing* [1991] 28 *CMLRev* 205.
- Timmermans, C.**, "Directives: Their Effects Within the National Legal Systems" [1979] 16 *CMLRev* 533.
- van Themaat, P. V., and Kapteyn, P.J.G.**, *Introduction to the Law of the European Communities* (1973).
- Toth, A. G.**, "The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects" [1984] 4 *YEL* 1.
- Toth, A. G.**, "The Concepts of Damage and Causality as Elements of Non-Contractual Liability", in *NCLEC*, 23.
- Toth, A. G.**, *Legal Protection of Individuals in the European Communities* (1978).
- Usher, J.**, "The Influence of National Concepts on Decisions of the European Court", [1976] 1 *ELR* 359.
- Usher, J.**, "The Scope of Community Competence - Its Recognition and Enforcement" [1985] 24 *JCMS* 121.
- Vaughan, D., and Fergus, R.**, "The Interface Between Community Law and National Law: The United Kingdom Experience" in *CAECNL*, 219.
- Weatherill, S.**, "National Remedies and Equal Access to Public Procurement" [1990] 10 *YEL* 243.
- Witte, B.**, "Community Law and National Constitutional Values" [1991/2] *LIEI* 1.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

DIREITOS DA CRIANÇA

**RAPPORT DU COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT
À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE**

49ème Session, Supplément 41 (A/49/41)

NOTA PRÉVIA

O Boletim de Documentação e Direito Comparado tem vindo a publicar regularmente os relatórios das sessões do Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança, dando deste modo a conhecer as actividades desenvolvidas por este órgão para a promoção e protecção dos direitos da criança. Assim se procedeu à publicação, em números anteriores do Boletim, dos relatórios das segunda e terceira sessões.

Optou-se desta feita pela publicação do segundo Relatório apresentado pelo Comité em 1994 à Assembleia Geral da Organização, nos termos do artigo 44.º, n.º 5, da Convenção sobre os Direitos da Criança. Deste modo se procura dar uma visão global, coerente e dinâmica da acção desenvolvida entre 1992 e 1994 pelo mais recente órgão de aplicação convencional das Nações Unidas, tanto de exame dos relatórios apresentados pelos Estados Parte sobre as medidas de aplicação da Convenção, como de apreciação substantiva das disposições da mesma, designadamente no âmbito de discussões temáticas organizadas, ou ainda dos métodos de trabalho seguidos, na procura de uma eficácia crescente e capaz de se mostrar à altura das expectativas criadas em redor da Convenção dos Direitos da Criança – o tratado mais amplamente ratificado no campo dos direitos humanos.

O relatório inclui designadamente o conjunto de Conclusões e Recomendações adoptadas pelo Comité e um capítulo relativo às diferentes acções realizadas no quadro do seu mandato de defesa dos direitos da criança. Abordam-se, pois, importantes questões relativas à independência dos membros do Comité, à informação, formação e educação no campo dos direitos da criança, ao domínio da cooperação internacional e da ajuda ao

desenvolvimento, bem como de programas de assistência técnica. Por outro lado, dá-se conta de passos inovadores tendentes a promover um melhor conhecimento e respeito pelos direitos reconhecidos pela Convenção, tais como a realização de reuniões informais nas distintas regiões do mundo ou o envio de apelos urgentes a Estados Parte para que cesse ou se previna a violação daqueles mesmos direitos fundamentais.

Pela actualidade deste relatório e sobretudo pela perspectiva completa que reflecte do trabalho desenvolvido pelo Comité, pretende-se naturalmente dar a conhecer e encorajar o estudo deste importante domínio bem como facilitar a sua avaliação crítica por todos quantos se encontram empenhados na defesa dos direitos humanos.

MARTA SANTOS PAIS
Relatora do Comité dos Direitos
da Criança

I. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS ADOPTÉES PAR LE COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT DE SA DEUXIÈME À SA CINQUIÈME SESSION

A. ORGANISATION DES TRAVAUX

1. Quatrième session, recommandation 1

Le Comité des droits de l'enfant,

Rappelant l'entrée en vigueur de la Convention relative aux droits de l'enfant¹ et le nombre sans précédent d'États parties, qui démontrent une volonté générale de promouvoir et de protéger les droits de l'enfant,

Conscient des grands espoirs fondés sur un fonctionnement efficace du Comité, qui constitue un mécanisme essentiel pour l'application des dispositions de la Convention,

Préoccupé par sa charge de travail et par le risque d'accumuler un retard peu souhaitable dans l'examen des rapports des États parties,

Notant la préoccupation exprimée par la Commission des droits de l'homme devant la charge de travail de plus en plus lourde du Comité et les difficultés qu'il rencontre de ce fait dans l'exercice de ses fonctions,

Rappelant que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a recommandé que le Comité, avec le concours du Centre pour les droits de

¹ Résolution 44/25 de l'Assemblée générale, annexe.

l'homme, soit doté des moyens voulus pour s'acquitter sans retard et efficacement de son mandat, compte tenu en particulier du fait qu'un nombre sans précédent d'États ont ratifié la Convention et présenté des rapports,

Convaincu de la nécessité d'adopter d'urgence des mesures adéquates pour faire face à cette situation afin de ne pas décevoir les espoirs de la Convention a suscités,

1. *Décide*, conformément à l'article 3 de son règlement intérieur provisoire, de convoquer une session spéciale en 1994;

2. *Décide également* que cette session spéciale sera précédée d'une réunion d'un groupe de travail chargé de procéder à un examen préliminaire des rapports soumis en vertu de l'article 44 de la Convention et d'examiner les questions relatives à l'assistance technique et à la coopération internationale conformément à l'article 45 de la Convention;

3. *Décide en outre* de fixer les dates de la session spéciale et de la réunion du Groupe de travail de présession en consultation avec le Secrétaire général, en tenant compte du calendrier des conférences approuvé par l'Assemblée générale.

2. Cinquième session, recommandation 2

Le Comité des droits de l'enfant,

Prenant acte de conclusions et recommandations qu'il a adoptées précédemment pour assurer l'efficacité de ses travaux et empêcher l'accumulation d'un retard peu souhaitable dans l'examen des rapports des États parties,

Soulignant la nécessité d'adopter d'urgence des solutions propres à répondre aux aspirations suscitées par la Convention relative aux droits de l'enfant¹ et son mécanisme de mise en oeuvre,

Rappelant en particulier la décision adoptée à sa quatrième session de convoquer une session extraordinaire du Comité en 1994, conformément à l'article 3 de son règlement intérieur,

Notant que conformément au paragraphe 5 de l'article 44 de la Convention et à l'article 64 de son règlement intérieur, le Comité soumet

tous les deux ans à l'Assemblée générale, par l'intermédiaire du Conseil économique et social, un rapport sur ses activités,

Rappelant que le rapport biennal du Comité ne sera examiné qu'à la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, à la fin de 1994,

Réaffirme l'importance capitale et l'urgence de tenir une telle session extraordinaire en 1994, précédée d'une réunion du Groupe de travail, pour pouvoir s'attaquer sans retard et efficacement à sa charge de travail, à la lumière de la recommandation faite par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme.

3. Cinquième session, recommandation 1

Le Comité des droits de l'enfant,

Rappelant que la Convention relative aux droits de l'enfant¹ est devenue, en un laps de temps exceptionnellement court, l'instrument international relatif aux droits de l'homme ratifié par le plus grand nombre d'États, preuve de l'attachement particulier de la communauté internationale à la promotion et à la protection des droits de l'enfant,

Préoccupé par sa charge de travail et par le risque d'accumuler un retard peu souhaitable dans l'examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 44 de la Convention,

Rappelant que la Commission des droits de l'homme s'est elle aussi déclarée préoccupée par la charge de travail de plus en plus lourde du Comité et les difficultés qu'il rencontrait de ce fait dans l'exercice de ses fonctions,

Rappelant aussi que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a recommandé que le Comité, avec le concours du Centre pour les droits de l'homme, soit doté des moyens voulus pour s'acquitter sans retard et efficacement de son mandat, compte tenu en particulier du fait qu'un nombre sans précédent d'États avaient ratifié la Convention et présenté par la suite des rapports,

Convaincu qu'il lui est indispensable de disposer d'un temps suffisant pour ses réunions de façon à demeurer efficace dans les années à venir,

1. *Prie* le Secrétaire général de convoquer une réunion des États parties à la Convention relative aux droits de l'enfant, avant ou dans le courant de la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, en vue d'examiner, en application du paragraphe 10 de l'article 43 de la Convention, la question de la durée des réunions du Comité;

2. *Prie*, conformément à la disposition susmentionnée de la Convention, les États parties de décider de porter à trois, à compter de 1995, le nombre des sessions annuelles du Comité ainsi que celui des réunions du Groupe de travail chargé de procéder à un examen préliminaire des rapports des États parties et d'examiner les questions relatives à l'assistance technique et à la coopération internationale;

3. *Prie* l'Assemblée générale, à sa quarante-neuvième session, d'approuver toute décision que les États parties pourraient adopter en ce sens;

4. *Décide* de fixer les dates de cette troisième session ordinaire et de la réunion du Groupe de travail de présession en consultation avec le Secrétaire général, en tenant compte du calendrier des conférences approuvé par l'Assemblée générale.

B. RENFORCEMENT DE L'APPUI AU COMITÉ

Quatrième session, recommandation 2

Le Comité des droits de l'enfant,

Considérant la charge de travail que lui impose le nombre sans précédent de rapports que les États parties doivent lui soumettre en vertu de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹,

Avant examiné ses conditions générales de travail et rappelant qu'il lui faut examiner sans retard les rapports des États parties afin de ne pas décevoir les espoirs fondés sur les droits de l'enfant,

Conscient de la nécessité d'accorder l'attention voulue à l'assistance technique et à la coopération internationale conformément à l'article 45 de la Convention,

Encouragé par la recommandation de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme tendant à le doter, avec le concours du Centre pour les

droits de l'homme, des moyens voulus pour lui permette de s'acquitter sans retard et efficacement de son mandat,

Convaincu de la nécessité d'adopter d'urgence des mesures pour assurer son service,

Prie le Secrétaire général de renforcer les services d'appui dont il dispose et de lui attribuer au moins deux nouveaux postes d'administrateur et un nouveau poste d'agent des services généraux.

C. RÉUNIONS RÉGIONALES INFORMELLES

1. Deuxième session, recommandation 1

Le Comité des droits de l'enfant,

Réaffirmant l'utilité de tenir des réunions dans différentes régions du monde afin de faciliter l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant¹,

Encouragé par le succès de sa première réunion régionale informelle, dans la région de l'Amérique latine et des Caraïbes, qui s'est tenue à Quito, en juin 1992,

Reconnaissant l'importance du rôle des réunions régionales informelles, s'agissant de faire plus largement connaître les principes et les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant et ses propres travaux, et pour donner à ses membres la possibilité de mieux appréhender les réalités d'une région,

Convaincu de la pertinence de ces réunions, qui doivent donner plus de poids à la coopération internationale et aux efforts consentis par les organes des Nations Unies, les institutions spécialisées et les autres organes compétents qui s'occupent de faire appliquer la Convention relative aux droits de l'enfant.

Se félicitant de la décision du Fonds des Nations Unies pour l'enfance de faciliter la réunion de Quito, en coopération avec d'autres organes des Nations Unies, et des efforts qui ont été faits pour en assurer le succès,

Insistant sur l'importance de la participation à ces réunions régionales d'organisations non gouvernementales oeuvrant dans le domaine des droits de l'enfant,

1. *Se félicite* que lui ait été donnée la possibilité de tenir sa première réunion régionale informelle à Quito;

2. *Remercie* le Gouvernement équatorien de l'accueil chaleureux qu'il lui a réservé lors de l'ouverture de sa réunion informelle;

3. *Reconnait* que ces réunions contribuent notablement à promouvoir plus largement les droits de l'enfant;

4. *Se félicite* de la possibilité de tenir d'autres réunions régionales informelles et ce, dans toute la mesure possible, tous les ans.

2. Quatrième session, recommandation 3

Le Comité des droits de l'enfant,

Réaffirmant que les réunions régionales informelles peuvent jouer un rôle important en faisant mieux connaître la Convention relative aux droits de l'enfant¹ et ses propres travaux et en permettant à ses membres de mieux appréhender les réalités d'une région,

Convaincu de l'intérêt de ces réunions, qui doivent donner plus de poids à la coopération internationale et aux efforts conjoints des organes de l'Organisation des Nations Unies, des institutions spécialisées et des autres organismes compétents qui s'occupent des droits de l'enfant,

Soulignant l'importance de la participation à ces réunions d'organisations non gouvernementales oeuvrant dans le domaine des droits de l'enfant,

Se félicitant de la décision du Fonds des Nations Unies pour l'enfance de faciliter les réunions tenues à Quito en 1992 et à Bangkok en 1993, en étroite coopération avec d'autres organismes des Nations Unies, ainsi que des efforts qui ont été faits pour assurer leur succès,

1. *Souligne* le rôle décisif que jouent les réunions régionales informelles en contribuant à promouvoir plus largement les droits de l'enfant,

2. *Considère* que ces réunions sont nécessaires pour que la Convention relative aux droits de l'enfant soit ratifiée par tout les pays et pour qu'elle

soit effectivement mise en oeuvre, comme l'a recommandé la Conférence mondiale sur les droits de l'homme;

3. *Se félicite* de la possibilité de tenir d'autres réunions régionales informelles et ce, dans la mesure du possible, tous les ans.

D. SOURCES D'INFORMATION

Deuxième session, recommandation 2

Le Comité des droits de l'enfant

Rappelant que, comme il a été reconnu lors de la troisième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, "chaque organe créé en vertu d'instruments internationaux devrait avoir accès à toutes les sources d'information dont il estime avoir besoin pour accomplir efficacement sa tâche"²,

Conscient de l'importance des informations qui lui sont fournies par les organes des Nations Unies, les institutions spécialisées et d'autres organes compétents, étant donné l'expérience et les connaissances dont ils disposent dans le domaine des droits de l'enfant,

Réaffirmant qu'il devra avoir accès à toutes les sources d'information concernant ses fonctions pour pouvoir s'acquitter efficacement de sa tâche,

1. *Reitère* la demande adressée au Secrétaire général de créer une salle de documentation des comités où seraient rassemblées les diverses sources d'information indispensables à son fonctionnement efficace et qui faciliterait l'accès à ces sources d'information;

2. *Prie* le secrétariat de faire rapport, au début de chaque session, sur les mesures prises en application des décisions qu'il a adoptées à sa session précédente;

3. *Prie en outre* le secrétariat de continuer de constituer des dossiers de pays et de faire une étude analytique des informations disponibles, sur tout État partie dont il devra examiner le rapport, compte tenu des directives régissant l'établissement des rapports;

² Voir A/45/636, annexe.

4. *Encourage* les organes des Nations Unies, les institutions spécialisées et les autres organes compétents, afin de favoriser la mise en oeuvre efficace de la Convention relative aux droits de l'enfant¹, à mettre à sa disposition des informations pertinentes concernant tout État partie dont il est prévu qu'il doit examiner le rapport;

5. *Constata avec inquiétude* les difficultés posées par l'application des recommandations de l'Équipe de travail sur l'informatisation, nommée par le Secrétaire général, en vue d'accroître l'efficacité et l'efficacités des organes créés en vertu d'instruments internationaux, ainsi que le retard pris dans l'application de ces recommandations;

6. *Reconnaît* le caractère hautement prioritaire de l'informatisation des travaux des organes chargés de suivre d'application des traités et l'importance de cette informatisation s'agissant d'améliorer l'établissement des rapports, et incite la prochaine réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme à prendre particulièrement en considération cette réalité et à envisager l'adoption de recommandations utiles et urgentes;

7. *Décide* de créer un groupe de travail pour examiner le système d'information et de documentation convenant le mieux à ses travaux, notamment la question de l'informatisation, et ce en collaboration avec le Centre pour les droits de l'homme, les organes des Nations Unies et autres organes compétents.

E. ACTIVITÉS D'INFORMATION

1. Deuxième session, recommandation 3

Le Comité des droits de l'enfant

Conscient qu'il importe de diffuser des informations sur la Convention relative aux droits de l'enfant et sur son application pour en faire mieux connaître et mieux comprendre les principes et les dispositions et pour promouvoir la réalisation pleine et entière des droits des enfants,

1. *Se félicite* de la publication d'un numéro du *Bulletin des droits de l'homme* consacré spécifiquement aux droits de l'enfant;

2. *Prie* le Secrétaire général de prévoir, faciliter et encourager la diffusion d'informations sur la Convention relative aux droits de l'enfant et sur ses propres travaux en particulier:

- a) D'envisager de faire traduire la Convention dans d'autres langues et, entre autres choses, de faire traduire la fiche d'information No 10 "Les droits de l'enfant" dans d'autres langues;
- b) D'envisager d'inclure dans le *Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme* un chapitre consacré au mécanisme mis en place dans le cadre de la Convention relative aux droits de l'enfant;
- c) De veiller à ce que les *Travaux préparatoires* et le commentaire sur la Convention relative aux droits de l'enfant soient achevés et publiés en priorité;
- d) D'envisager, dans le cadre de la préparation et de la diffusion de textes relatifs aux droits de l'homme, une publication spéciale destinée à faire connaître plus largement aux enfants les principes et dispositions de la Convention;

3. *Prie également* le Secrétaire général de veiller à ce que les centres d'information des Nations Unies ou, dans les pays où il n'en existe pas, les bureaux locaux du Programme des Nations Unies pour le développement, mettent librement et régulièrement à disposition ceux de ses documents qui sont en distribution générale, en particulier ses rapports, les rapports qui lui sont soumis par l'État sur le territoire duquel se trouve le centre d'information, et les comptes rendus analytiques de l'examen de ces rapports;

4. *Prie en outre* le Secrétaire général de renforcer, dans le cadre du programme de services consultatifs et d'assistance technique du Centre pour les droits de l'homme, les activités de formation relatives à l'application de la Convention, ainsi que l'organisation de séminaires et ateliers nationaux et locaux pour assurer la formation des personnes qui prendront part à l'établissement des rapports des États parties conformément aux directives adoptées en la matière;

5. *Encourage* le Secrétaire général à envisager, dans le cadre du programme de services consultatifs et d'assistance technique, d'accorder

une assistance et des moyens de formation aux établissements nationaux oeuvrant en faveur des droits de l'enfant;

6. *Encourage également* le Secrétaire général à considérer, dans le cadre du programme de boursier, l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, comme une question prioritaire;

7. *Invite* les États parties à se pencher en particulier sur la nécessité de faire traduire et publier la Convention dans les différentes langues locales et d'assurer que les principes et dispositions en soient largement diffusés par des moyens appropriés et efficaces, parmi les enfants aussi bien que les adultes.

2. Troisième session, recommandation 2

Diffusion des informations

Le Comité des droits de l'enfant,

Conscient qu'il importe de diffuser des informations sur la Convention relative aux droits de l'enfant¹ et son mode d'application pour faire mieux comprendre et pour promouvoir la réalisation des droits de l'enfant,

Réaffirmant qu'il importe de faire en sorte que les centres d'information des Nations Unies ou, dans le pays où ces centres n'existent pas, les bureaux nationaux du Programme des Nations Unies pour le développement mettent à disposition gratuitement et régulièrement des documents du Comité pour une distribution générale,

1. *Prie* le Secrétaire général de veiller à ce qu'une attention particulière soit accordée à la disponibilité des rapports du Comité, des rapports présentés au Comité par l'État sur le territoire duquel le centre d'information est situé, ainsi que les comptes rendus analytiques se rapportant à l'examen des rapports et aux conclusions adoptées par le Comité à la suite de cet examen;

2. *Recommande* que, pour assurer un accès plus commode à ces documents et aider les États parties dans les efforts qu'ils déploient afin que leurs rapports soient largement accessibles au public, dans leur pays,

conformément au paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention, il soit envisagé soigneusement de publier une compilation contenant le rapport de l'État partie, les comptes rendus analytiques se rapportant à son examen et les conclusions adoptées à ce sujet par le Comité.

F. GROUPE DE DOCUMENTATION SUR LES DROITS DE L'ENFANT

Troisième session, recommandation 4

Le Comité des droits de l'enfant,

Réaffirmant qu'il importe d'assurer son accès à toutes les sources d'information pertinente se rapportant à ses fonctions,

Reconnaissant la nécessité de maintenir une communication et un dialogue efficaces avec les autres organes oeuvrant en faveur des droits de l'enfant, en particulier avec le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution d'enfants et à la pornographie impliquant des enfants et avec le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités,

Rappelant la recommandation faite par la quatrième Réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en vue de la création d'un groupe central d'information et de documentation au Centre pour les droits de l'homme,

Recommande que soit envisagée la création au Centre pour les droits de l'homme d'un groupe de documentation sur les droits de l'enfant chargé de suivre et de soutenir les activités entreprises par le Comité des droits de l'enfant, le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants et le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

G. RELATIONS AVEC D'AUTRES ORGANES DES NATIONS UNIES ET ORGANES CRÉÉS EN VERTU D'INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

1. Deuxième session, recommandation 4

Le Comité des droits de l'enfant,

Considérant qu'il importe d'assurer une interaction et une coopération efficaces avec les autres organes des Nations Unies oeuvrant en faveur des droits de l'enfant, notamment avec le Rapporteur spécial chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants et avec le Groupe de travail sur les formes contemporaines d'esclavage de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités,

Considérant aussi la nécessité de maintenir une communication et dialogue efficaces avec les autres organes oeuvrant en faveur des droits de l'homme au sujet des questions et des problèmes d'intérêt commun,

Jugeant important et nécessaire de participer aux activités organisées dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies qui intéressent ses travaux,

Encouragé par la résolution 1992/15 de la Commission des droits de l'homme, en date du 21 février 1992, dans laquelle cette dernière souligne la nécessité de poursuivre les consultations et les échanges d'informations entre tous les organes créés en vertu d'instruments internationaux,

1. *Se félicite* que lui soit donnée la possibilité de tenir à l'avenir des réunions auxquelles participeront les organes des Nations Unies oeuvrant en faveur des droits de l'enfant, en particulier chacun des organes créés en vertu d'instruments internationaux, en vue d'examiner les questions d'intérêt commun;

2. *Décide* de suivre, selon qu'il conviendrait, les réunions et activités des autres organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ainsi que les autres réunions de l'Organisation des Nations Unies intéressant ses travaux;

3. *Se félicite* que doive se tenir, tous les deux ans, une réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme;

4. *Se félicite* aussi de l'occasion qui lui est donnée de participer au séminaire d'experts chargé d'examiner les indicateurs appropriés pour mesurer les progrès réalisés dans la mise en oeuvre progressive des droits économiques, sociaux et culturels, qui se tiendra en décembre 1992;

5. *Se félicite* encore de l'occasion qui lui est donnée de participer à la réunion d'experts sur l'application des normes internationales concernant les droits de l'homme dans le cas des jeunes détenus, qui se tiendra à Genève en mars 1993 sur la proposition du Secrétaire général, proposition avalisée par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, dans sa résolution 1992/25 en date du 27 août 1992, dans laquelle elle exprime aussi le souhait que le Comité des droits de l'enfant soit représenté à ladite réunion;

6. *Exprime le souhait* que des ressources suffisantes soient dégagées afin qu'il soit en mesure d'établir une communication et un dialogue efficaces avec les autres organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et de participer aux réunions de l'Organisation des Nations Unies intéressant ses travaux;

7. *Invite* les rapporteurs spéciaux de la Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et les groupes de travail créés par la Commission et la Sous-Commission à prendre la Convention relative aux droits de l'enfant en considération dans le cadre de leurs mandats respectifs;

8. *Se félicite* que sa deuxième session ait été pour lui l'occasion d'entamer un dialogue constructif et concret sur la prostitution d'enfants et la pornographie impliquant des enfants et sur les questions d'intérêt commun, notamment la question des enfants soldats, avec le Rapporteur spécial chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, et exprime sa volonté de poursuivre ce dialogue lors de ses sessions à venir.

2. Troisième session, recommandation 3

Le Comité des droits de l'enfant,

Reconnaissant qu'il importe d'assurer une interaction et une coopération avec les autres organes des Nations Unies oeuvrant en faveur des droits de l'enfant.

3. Quatrième session, recommandation 4

Le Comité des droits de l'enfant,

Réaffirmant qu'il importe d'assurer une interaction et une coopération efficaces avec les organes des Nations Unies qui oeuvrent dans le domaine des droits de l'enfant,

Conscient de la nécessité de maintenir avec les autres organes qui s'occupent des droits de l'homme un dialogue et une communication efficaces au sujet des questions et des problèmes d'intérêt commun,

Rappelant que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a recommandé que les questions relatives aux droits de l'homme et à la situation des enfants soient régulièrement examinées et suivies par tous les organes et mécanismes compétents du système des Nations Unies³,

1. *Réaffirme* la nécessité d'assurer au Comité des ressources suffisantes pour lui permettre d'établir une communication et un dialogue efficaces avec les autres organes qui s'occupent des droits de l'homme et de participer aux réunions de l'Organisation des Nations Unies qui intéressent ses travaux;

2. *Prie* le Secrétariat de transmettre ses rapports aux rapporteurs spéciaux et aux groupes de travail de la Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités;

3. *Invite* ces rapporteurs spéciaux et ces groupes de travail à prendre la Convention relative aux droits de l'enfant en considération dans le cadre de leurs mandats respectifs;

4. *Prie* le Secrétariat de transmettre les rapports du Comité aux organismes des Nations Unies dont les activités intéressent la mise en oeuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, y compris les institutions financières internationales;

5. *Décide* de suivre de près les faits nouveaux relatifs à l'Année internationale de la famille, à la Conférence internationale pour la population et le développement et au Sommet mondial pour le développement social;

³ Déclaration et Programme d'action de Vienne, *Rapport de la Conférence sur les droits de l'homme*, Vienne 14-25 juin 1993 (A/CONF. 157/24) (Partie I), chap. III, sect. II, par. 51.

6. *Juge* nécessaire de s'associer aux préparatifs de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes: lutte pour l'égalité, le développement et la paix, qui doit avoir lieu à Beijing en 1995, et décide, dans cette perspective, de consacrer une de ses séances futures à l'étude de la contribution qu'il peut apporter à cet événement.

4. Cinquième session, recommandation 3

Le Comité des droits de l'enfant,

Réaffirmant qu'il importe d'assurer une interaction et une coopération efficaces avec les organes des Nations Unies qui oeuvrent dans le domaine des droits de l'enfant,

Conscient de la nécessité de maintenir avec les autres organes qui s'occupent des droits de l'homme un dialogue efficace au sujet des questions et des problèmes d'intérêt commun,

Rappelant la Déclaration de Vienne adoptée par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme⁴, qui soulignait la nécessité d'accorder un degré de priorité élevé aux efforts tendant à promouvoir une coordination accrue entre les différents organes créés en vertu d'instruments internationaux,

Rappelant également que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a recommandé que les questions relatives aux droits de l'homme et à la situation des enfants soient régulièrement examinées et suivies par tous les organes et mécanismes compétents du système des Nations Unies³,

Réaffirmant la nécessité d'assurer au Comité des ressources suffisantes pour lui permettre d'établir une communication et un dialogue efficaces avec les autres organes qui s'occupent des droits de l'homme et de participer efficacement aux réunions des Nations Unies qui intéressent ses travaux,

1. *Décide* de se faire représenter aux réunions préparatoires du Sommet mondial pour le développement social, qui doit se tenir en mars 1995 au Danemark, ainsi qu'à celles de la quatrième Conférence mondiale sur les

⁴ A/CONF.157/TBB/4.

femmes: lutte pour l'égalité, le développement et la paix, qui doit se tenir en 1995 à Beijing, et à cet effet de suivre de près ces préparatifs;

2. *Décide également* de se faire représenter par deux de ses membres à la Conférence internationale pour la population et le développement qui doit se tenir au Caire en septembre 1994;

3. *Réaffirme* l'importance capitale qu'il attache à sa participation à la réunion d'experts sur l'application des normes internationales concernant les droits de l'homme dans le cas des jeunes détenus, qui doit être organisée à Genève en 1994, à la lumière de la résolution 1993/80, adoptée par la Commission des droits de l'homme le 10 mars 1993, et rappelle à cet égard les recommandations qu'il a formulées dans le cadre de l'examen des rapports des États parties;

4. *Décide* de suivre de près le débat général que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels consacrera en 1994 au rôle des mesures de sécurité sociale comme moyen de protéger les droits économiques, sociaux et culturels, en particulier en situation d'ajustements structurels majeurs et/ou de passage à une économie de marché, ainsi qu'à l'éducation et à l'information en matière de droits de l'homme, et souligne l'attention qu'il a portée à ces questions dans le cadre de son dialogue avec les États parties.

H. RÉUNION DES PRÉSIDENTS DES ORGANES CRÉÉS EN VERTU D'INSTRUMENTS INTERNATIONAUX RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

Deuxième session, recommandation 5

Le Comité des droits de l'enfant,

Considérant qu'il importe d'apporter une contribution à la quatrième Réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme,

Avant à l'esprit ses travaux et décisions sur des questions intéressant l'ordre du jour de cette réunion,

Décide d'appeler l'attention de la quatrième Réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sur les questions importantes que voici:

A

L'expérience novatrice consistant à tenir des réunions informelles à l'échelon régional mérite d'être portée à l'attention de la quatrième Réunion, étant donné son importance comme moyen de faire plus largement connaître la Convention relative aux droits de l'enfant¹ et son mode d'application, et pour donner aux membres du Comité la possibilité de mieux appréhender les réalités d'une région.

B

Il est essentiel que le Comité des droits de l'enfant puisse avoir accès à toutes les sources d'information ayant trait à ses fonctions. Aussi le Comité, conscient que l'informatisation des travaux des organes chargés de suivre l'application des traités revêt un caractère hautement prioritaire, encourage-t-il la quatrième Réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme à prendre particulièrement en considération cette réalité et à envisager l'adoption de recommandations utiles et urgentes. Le Comité décide également de créer un groupe de travail constitué de certains de ses membres pour examiner le système d'information et de documentation convenant le mieux à ses travaux, notamment la question de l'informatisation, et ce en collaboration avec le Centre pour les droits de l'homme, des organes des Nations Unies et autres organes compétents.

C

Étant donné l'importance que revêtent la diffusion d'informations sur la Convention relative aux droits de l'enfant¹ et le mécanisme de suivi pour en renforcer la mise en oeuvre, le Comité des droits de l'enfant:

- a) Prie le Secrétaire général de veiller à ce que les centres d'information des Nations Unies ou, dans les pays où il n'en existe pas, les bureaux du PNUD, mettent librement et régulièrement à disposition ceux de ses documents qui sont en distribution générale;

- b) Encourage le Secrétaire général à envisager, dans le cadre du programme de services consultatifs et d'assistance technique, d'accorder une assistance et des moyens de formation aux établissements nationaux oeuvrant en faveur des droits de l'enfant.

D

En ce qui concerne les questions des réserves et des déclarations, le Comité juge important de rappeler que la Convention relative aux droits de l'enfant¹ procède d'une conception holistique des droits de l'enfant, ces droits étant tous liés et inhérents à la dignité de l'enfant.

E

Le Comité estime qu'il conviendra de traiter de la question des réserves et des déclarations au cours du dialogue qui s'établira avec les États parties à l'occasion de l'examen de leurs rapports périodiques.

I. CONFÉRENCE MONDIALE SUR LES DROITS DE L'HOMME: RECOMMANDATIONS AU COMITÉ PRÉPARATOIRE DE LA CONFÉRENCE MONDIALE SUR LES DROITS DE L'HOMME

Le Comité des droits de l'enfant,

Rappelant ses recommandations précédentes au Comité préparatoire de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme,

Constatant que l'Assemblée générale a adopté à sa quarante-septième session l'ordre du jour provisoire de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme,

Prenant note de l'inscription à l'ordre du jour provisoire d'un point intitulé "Examen des tendances actuelles et des nouveaux obstacles qui s'opposent à la pleine réalisation de tous les droits des femmes et des hommes, y compris ceux des personnes appartenant à des groupes vulnérables",

Reconnaissant qu'il importe d'examiner dans ce contexte la question de l'exercice des droits de l'enfant en période de conflit armé,

1. *Charge* son Président et son Rapporteur de le représenter à la quatrième session du Comité préparatoire de la Conférence mondiale;

2. *Décide* de recommander au Comité préparatoire d'examiner à sa quatrième session la question de l'utilisation d'enfants dans des conflits armés.

J. LES ENFANTS DANS LES CONFLITS ARMÉS: RECOMMANDATION À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

1. Troisième session, recommandation 1

Le Comité des droits de l'enfant,

Rappelant que, conformément aux dispositions de l'alinéa c) de l'article 45 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹, le Comité peut recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à des études sur des questions spécifiques touchant les droits de l'enfant,

Rappelant également qu'à sa deuxième session, le Comité a consacré une journée à un débat général sur le sujet "Les enfants dans les conflits armés", où il a étudié la pertinence et l'adéquation des normes existantes applicable aux enfants dans les conflits armés, les mesures de nature à assurer une protection efficace aux enfants dans des situations de conflits armés et la promotion de leur réadaptation physique et psychologique et de leur réinsertion sociale,

Ayant conclu que, pour appeler davantage l'attention sur le problème grave des enfants dans les conflits armés, une étude majeure devrait être entreprise par les Nations Unies,

1. *Recommande* à l'Assemblée générale, conformément à l'alinéa c) de l'article 45 de la Convention relative aux droits de l'enfant, de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à une étude des voies et moyens d'améliorer la protection des enfants contre les effets adverses des conflits armés; à cette fin, le Secrétaire général pourrait souhaiter solliciter la coopération d'institutions spécialisées compétentes, d'autres organes des Nations Unies, d'organisations non gouvernementales et du Comité international de la Croix-Rouge;

2. *Prie* le Secrétaire général de porter la présente recommandation à l'attention de l'Assemblée générale pour qu'elle l'examine à sa quarante-huitième session.

2. Quatrième session, recommandation 5

Le Comité des droits de l'enfant,

Rappelant le débat général qu'il a consacré au thème "Les enfants dans les conflits armés" et les recommandations qu'il a adoptées à ce sujet,

Considérant l'attention que la Commission des droits de l'homme a accordée à cette question et les importantes résolutions qu'elle a adoptées dans ce domaine,

Encouragé par le soutien que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a accordé à sa proposition visant à ce que le Secrétaire général étudie les moyens d'améliorer la protection des enfants dans les conflits armés,

Prenant note du fait que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme lui a demandé d'étudier la question du relèvement de l'âge minimum de l'enrôlement dans les forces armées,

Prie le Secrétaire général de transmettre à la Commission des droits de l'homme, à sa cinquantième session l'avant-projet de protocole facultatif qu'il a établi sur cette question à sa troisième session⁵,

⁵ CRC/C/16, annexe VII.

II. QUESTIONS D'ORGANISATION ET QUESTIONS DIVERSES

A. ÉTATS PARTIES À LA CONVENTION

1. Au 28 janvier 1994, date de clôture de la cinquième session du Comité des droits de l'enfant, il y avait 154 États parties à la Convention relative aux droits de l'enfant. La Convention a été adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25, de 20 novembre 1989, et ouverte à la signature et à la ratification ou à l'adhésion à New York le 26 janvier 1990. Elle est entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément aux dispositions de son article 49. On trouvera à l'annexe I du présent rapport la liste des États qui ont signé la Convention ou ont déposé des instruments de ratification ou d'adhésion.

2. Le texte des déclarations, des réserves ou des objections faites par les États parties au sujet de la Convention figurent dans le document CRC/C/2/Rev. 2.

B. SESSIONS ET ORDRE DU JOUR

3. Le Comité des droits de l'enfant a tenu quatre sessions depuis l'adoption de son premier rapport biennal. Les deuxième, troisième, quatrième et cinquième sessions du Comité se sont tenues à l'Office des Nations Unies à Genève, respectivement du 28 septembre au 9 octobre 1992, du 11 au 29 janvier 1993, du 20 septembre au 8 octobre 1993 et du 10 au 28 janvier 1994.

4. À sa deuxième session, le Comité a tenu 19 séances (de la 28e à la 46e); à ses troisième et quatrième sessions, il a tenu chaque fois 27 séances (47e à 74e et 75e à 104e); et à sa cinquième session, il en a tenu 26 (105e à 130e). Les rapports du Comité sur ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième sessions figurent respectivement dans les documents CRC/C/10, CRC/C/16, CRC/C/20 et CRC/C/24. On trouvera sous les cotes pertinentes (CRC/C/SR.28 à 130) les comptes rendus analytiques des deuxième, troisième, quatrième et cinquième sessions du Comité. L'ordre du jour des sessions figure à l'annexe II du présent rapport.

C. COMPOSITION DU COMITÉ ET PARTICIPATION

5. Par lettre datée du 1er octobre 1991, Mme Maria Fátima Borges de Omena a informé le Comité de sa décision de se démettre de ses fonctions au sein du Comité, conformément à l'article 43, paragraphe 7, de la Convention, et à l'article 14 du règlement intérieur provisoire du Comité. La lettre de démission a été communiquée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Brésil auprès de l'Organisation des Nations Unies, sous couvert d'une note en date du 17 décembre 1991. Par une note datée du 4 mars 1992, le Secrétaire général a invité le Gouvernement brésilien à choisir parmi ses ressortissants un nouvel expert qui siégerait au Comité jusqu'à la fin du mandat de Mme Borges de Omena. Conformément aux dispositions de l'article 43, paragraphe 7, de la Convention, le Gouvernement brésilien, par une note verbale en date du 30 avril 1992, a informé le Secrétaire générale qu'il nommait M. António Carlos Gomes da Costa membre du Comité des droits de l'enfant pour la durée du mandat restant à courir. À sa 28e séance, le 28 septembre 1992, le Comité, conformément à l'article 14 de son règlement intérieur provisoire, a approuvé la nomination de M. Gomes da Costa par un vote au scrutin secret.

6. Conformément à l'article 43 de la Convention, les États parties ont tenu leur troisième réunion au Siège des Nations Unies le 23 février 1993. Ils ont élu cinq membres du Comité pour un mandat de quatre ans commençant le 28 février 1993: Mme Hoda Badran, Mme Flora Copuz Eufemio, M. Swithun Tachiona Mombeshora, Mme Marta Santos Pais et Mme Marilia Sardenberg Zelner Gonçalves. La liste des membres du Comité ainsi que la durée de leur mandat figurent à l'annexe III du présent rapport.

7. Tous les membres ont participé à la deuxième session du Comité. À la troisième session, tous les membres étaient présents à l'exception de Mme Akila Belembaogo. Tous les membres étaient présents aux quatrième et cinquième sessions du Comité.

D. ÉLECTION DU BUREAU

8. Tous les membres du bureau élus à la première session du Comité sont restés en poste à la deuxième et à la troisième sessions, à savoir:

Mme Hoda Badran (Égypte), Présidente; M. Luis A. Bambaran Gastelumendi (Pérou), Mme Flora C. Eufemio (Philippines) et M. Youri Kolosov (Fédération de Russie), Vice-Présidents; et Mme Marta Santos Pais (Portugal), Rapporteur.

9. À sa 75e séance, tenue le 20 septembre 1993, le Comité a élu les membres du bureau ci-après pour un mandat de deux ans, conformément à l'article 16 de son règlement intérieur provisoire:

Présidente: Mme Hoda Badran

Vice-Présidents: Mme Akila Belembaogo
M. Thomas Hammarberg
Mme Sandra Prunella Mason

Rapporteur: Mme Marta Santos Pais

IV. APERÇU GÉNÉRAL DES AUTRES ACTIVITÉS DU COMITÉ

A. INDÉPENDANCE DES EXPERTS

330. Considérant la Convention relative aux droits de l'enfant, notamment son article 43, ainsi que le règlement intérieur provisoire du Comité (CRC/C/4), en particulier ses articles 11, 14 et 15, les membres du Comité ont souligné, à la deuxième session, l'importance qu'ils attachaient à la question de l'indépendance des experts. Ils ont rappelé que la Convention dispose que les membres du Comité exercent leurs fonctions à titre personnel et réaffirmé que leur mandat découle des dispositions et principes qui y sont énoncés et qu'ils sont responsables exclusivement devant les enfants de la planète. On a bien fait ressortir que, s'ils sont choisis par les représentants des États parties, les membres du Comité n'en représentent pas pour autant leur pays, ni le Gouvernement ou l'organisation dont ils relèvent. En conséquence, et pour garantir le principe d'impartialité, les membres du Comité ont affirmé de nouveau qu'il n'était pas souhaitable qu'ils participent à l'examen des rapports de leur propre pays. Ils ont estimé en outre que, lorsqu'ils défendent les droits de l'enfant, ils doivent veiller à faire très nettement la distinction entre leurs activités personnelles ou professionnelles et leurs activités en tant que membres du Comité.

B. MÉTHODES DE TRAVAIL

1. Organisation des travaux

331. À sa quarante-septième session, l'Assemblée générale a adopté la résolution 47/112 du 16 décembre 1992, dans laquelle elle a, entre autres dispositions, approuvé l'organisation des travaux du Comité à raison de deux sessions par an, d'une durée maximale de trois semaines chacune, et la constitution d'un groupe de travail présession, comme le Comité l'avait demandé à sa première session⁶. À sa troisième session, le Comité s'est félicité de la décision de l'Assemblée générale, tout en constatant que, bien

⁶ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 41 (A/47/41)*, chap. I, recommandation 1.

qu'il obtienne ainsi davantage de temps, il lui faudrait bientôt prendre d'autres mesures, vu le grand nombre d'États parties à la Convention (128) et par tant, le grand nombre de rapports à examiner en vertu de l'article 44 de la Convention.

332. Pour faciliter l'examen de ces mesures, le Comité a chargé l'un de ses membres de rédiger un document de travail indiquant plusieurs possibilités concernant l'organisation des travaux du Comité, compte tenu du mandat confié à celui-ci. Le document de travail, reproduit à l'annexe VIII du rapport de la troisième session du Comité (CRC/C/16) doit être examiné plus avant.

333. À sa quatrième session, le Comité a réaffirmé sa préoccupation devant sa charge de travail de plus en plus lourde et, convaincu de la nécessité d'adopter d'urgence des mesures adéquates pour faire face à cette situation, a décidé de convoquer une session extraordinaire en 1994, qui serait précédée d'une réunion de son groupe de travail, lequel serait chargé de procéder à un examen préliminaire des rapports soumis en vertu de l'article 44 de la Convention et d'examiner des questions relatives à l'assistance technique et à la coopération internationale conformément à l'article 45 de la Convention (voir chap. I.A., quatrième session, recommandation 1).

334. À sa cinquième session, le Comité a réaffirmé qu'il était urgent de tenir une telle session extraordinaire, précédée d'une réunion du groupe de travail, pour pouvoir s'attaquer sans retard et efficacement à sa charge de travail, à la lumière de la recommandation faite à cet égard par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme (ibid., cinquième session, recommandation 2).

335. À sa cinquième session également, le Comité, rappelant le nombre sans précédent de ratifications de la Convention relative aux droits de l'enfant et de rapports soumis en conséquence par les États parties, et convaincu qu'il lui est indispensable de disposer d'un temps suffisant pour ses réunions de façon à demeurer efficace dans les années à venir, a décidé de prier le Secrétaire général de convoquer une réunion des États parties à la Convention, avant ou dans le courant de la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, en vue d'examiner, en application du paragraphe 10 de l'article 43 de la Convention, la question de la durée des réunions

du Comité, et de prier les États parties de décider de porter à trois, à compter de 1995, le nombre de ses sessions annuelles ainsi que celui des réunions de son groupe de travail présession, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale (ibid., recommandation 1).

336. En outre, le Comité, rappelant qu'il doit examiner sans retard les rapports des États parties afin de ne pas décevoir les espoirs créés par la Convention, et conscient de la nécessité d'accorder l'attention voulue à l'assistance technique et à la coopération internationale, conformément à l'article 45 de la Convention, a décidé, à sa quatrième session, de prier le Secrétaire général de renforcer les services d'appui dont il dispose et de lui attribuer au moins deux nouveaux postes d'administrateur et un nouveau poste d'agent des services généraux (voir chap. I.B.).

2. Réunions informelles

337. À sa première session, le Comité s'est demandé dans quelle mesure il importait d'organiser des réunions informelles en dehors de Genève de façon à donner une plus large publicité à ses travaux et à mieux faire comprendre la situation réelle des enfants dans les diverses régions du monde. Il a exprimé l'espoir que ces réunions pourraient être organisées avec l'aide des institutions et organes des Nations Unies ainsi que des autres organismes compétents qui exercent leurs activités dans le domaine des droits de l'enfant, et il a prié sa présidente ainsi que M. Bambaren Gastelumendi, l'un de ses vice-présidents, de s'efforcer de donner suite à la proposition d'organiser un séminaire sur les droits de l'enfant en Amérique latine en 1992, en collaboration avec l'UNICEF et éventuellement sous les auspices d'autres organismes⁷.

338. À sa deuxième session, le Comité a réaffirmé l'importance et l'utilité de l'organisation de réunions informelles de ce type dans différentes régions du monde, et a procédé à un échange de vues sur sa première réunion régionale, qu'il a tenu pour la région de l'Amérique latine et des Caraïbes à Quito, en juin 1992.

339. Cette réunion, organisée par l'UNICEF en coopération avec le Centre pour les droits de l'homme avec l'appui et le concours des organismes

⁷ Ibid. par. 17.

des Nations Unies et d'autres organismes compétents en matière de droits de l'enfant, avait les objectifs suivants: a) faire mieux connaître à l'échelle régionale les principes et dispositions de la Convention ainsi que le rôle et les fonctions du Comité dans la surveillance de la mise en oeuvre des droits de l'enfant; b) améliorer la coopération internationale et les efforts menés conjointement par les différents organismes qui jouent un rôle dans la mise en oeuvre des droits énoncés dans la Convention; c) donner aux membres du Comité l'occasion de se rendre compte directement de la situation des enfants dans la région et, partant, d'en mieux appréhender les réalités.

340. Les membres du Comité ont été amplement informés de la situation économique et politique en Amérique latine et dans les Caraïbes et de ses répercussions sur les conditions de vie et les droits des enfants. Ils ont discuté de différentes questions, notamment de la santé, de la nutrition, de l'éducation, du travail des enfants, des enfants réfugiés et du statut juridique des mineurs. Les services consultatifs et d'assistance technique disponible en matière de droits de l'homme ont été passés en revue. Des renseignements sur les programmes d'action nationaux élaborés par les gouvernements pour donner suite au Sommet mondial pour les enfants leur ont été communiqués. Une table ronde à laquelle participaient plusieurs organisations non gouvernementales s'occupant des droits de l'enfant a donné lieu à un débat auquel ont pris part également des organisations représentant des enfants, qui ont évoqué certains des problèmes auxquels ils sont confrontés. Plusieurs déplacements sur le terrain, qui ont amené les membres du Comité dans différentes parties du pays, ont donné à ceux-ci l'occasion de visiter divers projets communautaires axés sur la santé, la nutrition, l'éducation, l'eau et l'assainissement, ainsi que des projets intéressant les enfants des rues.

341. Évaluant les résultats de la réunion de consultation, le Comité a exprimé sa gratitude à l'UNICEF et au Gouvernement équatorien et estimé que les objectifs de cette réunion avaient été pleinement atteints. De nombreux reportages réalisés à cette occasion par les médias locaux, nationaux et régionaux avaient permis de mobiliser très largement l'opinion publique sur le thème des droits de l'enfant. La réunion a été en outre pour les membres du Comité et les organismes intergouvernementaux et non gouvernementaux l'occasion de procéder à de fructueux échanges de vues

quant à la meilleure façon d'assurer la coopération et le dialogue entre les différents organismes qui s'efforcent de promouvoir et de protéger les droits de l'enfant. Enfin, elle a permis aux membres du Comité d'observer et de juger la situation des enfants de la région à l'occasion de contacts directs avec eux dans leur environnement et ainsi de mieux comprendre à quoi tenaient les difficultés rencontrées et les progrès réalisés dans la mise en oeuvre des droits consacrés par la Convention.

342. Vu les résultats positifs de cette première réunion de consultation régionale informelle, le Comité a exprimé l'espoir que des réunions du même genre seraient organisées dans d'autres régions et qu'elles constitueraient une de ses activités régulières (voir chap. I. C, deuxième session, recommandation 1).

343. Le Comité a en outre décidé de porter à l'attention de la quatrième Réunion des présidents d'organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme l'expérience novatrice consistant à tenir des réunions informelles à l'échelon régional, étant donné son importance comme moyen de faire plus largement connaître la Convention relative aux droits de l'enfant et son mode d'application, et pour donner aux membres du Comité la possibilité de mieux appréhender les réalités d'une région (voir chap. I. H, deuxième session, recommandation 5 A).

344. À sa troisième session, le Comité a réaffirmé l'importance de ses réunions régionales informelles pour mieux faire connaître les droits de l'enfant et a décidé que sa deuxième réunion régionale de ce type, qui serait organisée en étroite coopération avec l'UNICEF, devait avoir lieu à Bangkok au cours du mois de mai 1993.

345. À sa quatrième session, le Comité a souligné le rôle déterminant que les réunions régionales informelles pouvaient jouer pour assurer la ratification universelle de la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que son application effective, comme l'avait recommandé la Conférence mondiale sur les droits de l'homme (voir chap. I. C, quatrième session, recommandation 3).

346. Le Comité a également tenu un échange de vues approfondi sur la réunion informelle qui avait eu lieu dans la région de l'Asie du 23 au 29 mai 1993.

347. Cette réunion, qui avait aussi été organisée par l'UNICEF en coopération avec le Centre pour les droits de l'homme et avec le concours d'autres organismes et organes des Nations Unies et d'autres organismes compétents dans le domaine des droits de l'enfant, avait les objectifs suivants:

- a) Faire mieux comprendre, à l'échelon régional et sous-régional, les principes de la Convention, mobiliser l'opinion publique pour assurer la mise en oeuvre de ses dispositions et faire mieux connaître le rôle et les fonctions du Comité dans la surveillance de cette mise en oeuvre;
- b) Renforcer la coopération et les efforts conjoints des divers organes et organismes qui ont un rôle à jouer dans la mise en oeuvre des droits prévus dans la Convention aux niveaux international, régional, national et communautaire;
- c) Donner aux membres du Comité l'occasion d'observer directement la situation des enfants dans une région donnée, grâce à des visites et à des contacts sur place, et, ainsi, de mieux l'évaluer.

348. Lors de leur séjour à Bangkok, les membres du Comité ont été informés en détail de la situation politique, économique, sociale et culturelle dans la région de l'Asie et du Pacifique et de ses incidences sur la mise en oeuvre des droits de l'enfant. Les entretiens que les membres du Comité ont eu avec des conseillers régionaux de l'UNICEF et des représentants d'organismes des Nations Unies et d'organisations non gouvernementales internationales et nationales qui s'occupent des droits de l'enfant, ainsi que les exposés faits par des enfants se trouvant dans des situations particulièrement difficiles, ont mis en évidence les divers problèmes relatifs à la situation des enfants dans la région, notamment la transformation rapide des structures sociales et le taux élevé d'urbanisation et d'industrialisation, ainsi que de leurs effets sur les enfants.

349. On a souligné les principaux problèmes dont souffrent les enfants dans la région, à savoir: la pauvreté, le coût social de la transition économique, la désintégration des structures familiales et le nombre croissant de femmes chefs de famille, l'écart considérable qui sépare les hommes des femmes dans le domaine de services essentiels comme la santé, la nutrition et l'éducation, et les carences de l'administration de la justice pour mineurs.

On a mentionné, en particulier, les enfants qui ont besoin d'une protection spéciale, notamment les petites filles, les enfants affectés par des conflits armés, les enfants qui travaillent, y compris ceux qui vivent dans la rue, les enfants victimes de violences et d'exploitation sexuelle, les enfants qui se droguent ou qui sont utilisés pour le trafic de la drogue, les enfants handicapés, les enfants contaminés par le VIH, les enfants nés hors mariage et les enfants appartenant à des minorités.

350. Les membres du Comité ont aussi eu l'occasion d'expliquer aux divers participants et aux médias les grands principes et les principales dispositions de la Convention ainsi que l'objectif et la tâche du Comité. Les participants ont aussi eu un bref aperçu de ce que fait le Centre des droits de l'homme pour aider à la mise en oeuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant.

351. Le 25 mai 1993, les membres du Comité se sont répartis en trois groupes et se sont rendus dans trois différents pays de la région (les Philippines, la Thaïlande et le Viet Nam), ce qui leur a permis, grâce à des entrevues avec des personnalités gouvernementales et non gouvernementales, des magistrats et des parlementaires, des représentants de l'administration locale et des chefs ou des membres de communautés, de procéder à des échanges de vues sur la meilleure manière de mettre en oeuvre la Convention. Lors de ces voyages, les membres du Comité ont aussi visité divers projets communautaires, gouvernementaux et non gouvernementaux – par exemple, des centres de rééducation pour mineurs dans le cadre du système d'administration de la justice, des centres sanitaires et polyvalents pour les enfants qui vivent et travaillent dans la rue, des programmes de réadaptation pour les enfants prostitués, des centres pour les enfants handicapés et des programmes générateurs de revenus. Le fait que ces visites aient eu lieu dans des pays qui, comme la Thaïlande et les Philippines, devaient soumettre sous peu leur rapport sur la mise en oeuvre de la Convention, a donné au Comité l'occasion de faire mieux comprendre à ces pays le système de rapports et le rôle décisif qu'il peut jouer en encourageant la participation populaire et un débat fructueux à l'échelon national sur la situation des droits de l'enfant.

352. La visite au Viet Nam, quant à elle, a complété utilement l'examen du rapport initial de l'État partie en permettant d'évaluer l'impact du dialogue que le Comité avait eu avec les représentants du pays et en réaffirmant de

manière encourageante l'esprit de coopération et d'assistance qui était à la base du système de rapports. Il convient de rappeler à ce propos que cette visite a donné aux autorités vietnamiennes l'occasion d'adresser au Centre une demande de services consultatifs dans le domaine de l'administration de la justice pour mineurs, comme le Comité l'avait suggéré lorsqu'il avait examiné le rapport initial du Viet Nam en janvier 1993.

353. En évaluant les résultats de la réunion régionale informelle, les membres du Comité ont estimé que cette réunion et les visites sur le terrain avaient permis de promouvoir les droits de l'enfant à différents niveaux; elle avait aussi encouragé les États à mieux coordonner et intégrer les efforts des différents secteurs et à se doter des mécanismes nécessaires pour être mieux à même de mettre en oeuvre les droits de l'enfant. Enfin, la réunion régionale avait permis au Comité de mieux définir et de mieux expliquer son rôle de catalyseur qui tend à assurer une meilleure application, aux niveaux régional et national, des principes et des dispositions de la Convention.

354. Le Comité a envisagé d'organiser en 1994, en étroite coopération avec l'UNICEF, une réunion régionale informelle en Afrique. Il a souligné que la tenue d'une telle réunion et la possibilité d'organiser des visites dans différents pays d'Afrique seraient un bon moyen d'obtenir la ratification universelle de la Convention relative aux droits de l'enfant d'ici 1995, ainsi que sa mise en oeuvre effective dans la région.

3. Examen des rapports présentés par les États parties

a) Dossiers de pays

355. À sa première session, le Comité a adopté une recommandation priant le secrétariat de constituer des dossiers de pays et de faire une étude analytique des informations disponibles sur tout État partie dont le rapport doit être étudié par le Comité, compte tenu à la fois des directives en matière d'établissement des rapports et des données figurant dans les rapports que ce même État partie a présentés à d'autres organes créés en vertu d'instruments internationaux⁸.

⁸ Ibid, chap. I, recommandation 2.

356. À sa deuxième session, le Comité a réaffirmé qu'il importait de constituer des dossiers d'information sur tous les États parties et il a prié le secrétariat de continuer d'en tenir sur chacun de ceux dont le rapport devait lui être soumis. Il faudrait inclure dans ces dossiers les informations figurant dans les rapports que chaque État partie soumet à d'autres organes créés en vertu d'instruments internationaux, dans les rapports pertinents soumis à la Commission de droits de l'homme et à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et, enfin, dans les documents publiés par les institutions spécialisées, l'UNICEF et d'autres organes des Nations Unies et d'autres organismes compétents. À cette fin, le Comité a estimé qu'il convenait de communiquer à ces organismes le calendrier prévu pour l'examen des rapports des États parties.

b) Groupe de travail présession

357. À sa première session, le Comité est convenu qu'il serait nécessaire qu'un groupe de travail se réunisse avant chaque session en vue de faciliter la tâche qui incombe au Comité au titre des articles 44 et 45 de la Convention; ce groupe de travail serait chargé essentiellement d'examiner les rapports des États parties et d'identifier à l'avance les principales questions à examiner avec les représentants des États qui présentent des rapports. La tâche des États parties s'en trouverait également facilitée puisqu'ils pourraient connaître à l'avance les principales questions que pose leur rapport, et le système d'examen des rapports y gagnerait beaucoup en efficacité. Cela permettrait aussi d'aborder les questions d'assistance techniques et de coopération internationale. À cette fin, le Comité a souligné qu'il faudrait créer un organe consultatif technique au sein duquel les organes des Nations Unies, les institutions spécialisées et d'autres organismes compétents seraient représentés pour aider le Comité à s'acquitter de sa tâche, dans l'esprit de l'article 45 de la Convention. Il était envisagé que le groupe de travail se réunirait normalement deux mois environ avant chaque session, à partir de 1993.

358. Le but principal du groupe de travail présession était d'identifier à l'avance les principales questions qui devraient être discutées plus à fond avec les représentants des États qui présentent des rapports. Cette procédure, admise par le Comité à sa deuxième session (CRC/C/10, par. 39), était

destinée à améliorer l'efficacité de la présentation des rapports et à faciliter la tâche des États parties en leur fournissant à l'avance une liste des principales questions qui pourraient être soulevées pendant l'examen de leurs rapports. Dans le même esprit, le Comité a décidé d'encourager les États parties à lui fournir à l'avance des réponses écrites à cette liste de questions.

c) Observations finales

359. À sa deuxième session, le Comité a décidé de consacrer au moins deux séances au rapport de chaque État partie. Il a exprimé l'espoir que les États parties qui présentaient des rapports enverraient à cette occasion des représentants de haut niveau de sorte qu'un dialogue fructueux et constructif puisse s'instaurer entre eux et lui, conformément à l'article 68 de son règlement intérieur provisoire.

360. Le Comité a décidé de publier, à l'issue de l'examen de chaque rapport, des observations finales portant sur les principales questions étudiées et indiquant les problèmes pour lesquels des mesures de suivi particulières pourraient être nécessaires. Ces observations pourront servir de point de départ aux États parties pour l'élaboration des rapports périodiques qu'ils présenteront ultérieurement.

361. Le Comité a souligné qu'il importait de donner à chacun des États parties, à l'issue de l'examen de leurs rapports respectifs, une déclaration officielle faisant état de son point de vue en ce qui concerne la mise en oeuvre de la Convention par l'État partie considéré. Il a rappelé, à cet égard, le mode de présentation adopté récemment par le Comité des droits de l'homme de manière que ses observations finales soient présentées de façon uniforme, comportant une introduction d'ordre général suivie de trois chapitres portant respectivement sur les progrès accomplis, sur les facteurs et difficultés faisant obstacles à l'application de la Convention et sur les principaux sujets de préoccupation, et un chapitre final contenant les suggestions et recommandations à l'intention de l'État partie considéré.

d) Importance du système de rapports

362. À sa quatrième session, le Comité s'est félicité du nombre sans précédent de ratifications et d'adhésions obtenues par la Convention relative

au droit de l'enfant, qui constituait un chiffre record dans l'histoire des instruments relatifs aux droits de l'homme adoptés par l'Organisation des Nations Unies. Il a souligné l'importance de cette volonté politique générale de promouvoir et de protéger les droits de l'enfant, volonté que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme avait récemment confirmée.

363. Le Comité a réaffirmé à cet égard qu'il fallait assurer la mise en oeuvre effective des principes et des dispositions de la Convention, y compris son système de rapports. Il a réitéré sa ferme conviction que la préparation d'un rapport offert à chaque État partie une importante occasion de passer en revue les diverses mesures qu'il avait prises pour harmoniser sa législation et sa politique nationales avec la Convention et pour suivre les progrès réalisés dans la jouissance des droits qui y sont reconnus, tout en encourageant et en facilitant la participation du public à l'élaboration et à l'examen de la politique gouvernementale.

364. C'est pourquoi le Comité a souligné que les rapports devaient être établis conformément aux directives qu'il avait adoptés et devaient être présentés dans les détails prévus. Tout manquement à cette obligation constituait une violation d'une obligation internationale en vertu de l'article 44 de la Convention.

365. Le Comité a décidé, conformément à l'article 67 de son règlement intérieur provisoire, d'envoyer un rappel à tous les États parties qui auraient dû présenter leurs rapports en 1992. Il a aussi décidé de rappeler aux États parties qu'ils peuvent bénéficier, pour la rédaction des rapports qu'ils doivent présenter en application des instruments relatifs aux droits de l'homme, de l'assistance prévue au titre du Programme de services consultatifs et d'assistance technique du Centre des Nations Unies pour les droits de l'homme.

e) Suivi des rapports présentés par les États parties

366. À sa quatrième session, le Comité a rappelé l'importance que la Convention relative aux droits de l'enfant attache au processus dynamique et continu que représente le système de rapports. En effet, sur la base des renseignements reçus conformément aux articles 44 et 45 de la Convention, le Comité peut faire des suggestions et des recommandations concernant

la manière dont la Convention est appliquée par l'État auteur du rapport (voir aussi art. 71 du règlement intérieur provisoire du Comité).

367. Compte tenu de ce qui précède, le Comité a pour pratique d'adopter, après l'examen de chaque rapport, des observations finales portant sur les principaux points du débat et d'indiquer, dans la section consacrée aux suggestions et recommandations, les questions à suivre. Ces observations finales sont rendues publiques lors de l'adoption du rapport du Comité et sont adressés à l'État partie concerné.

368. Conformément à l'article 45 b) de la Convention, le Comité peut aussi traiter de la question des services consultatifs ou de l'assistance technique dans la section relative aux suggestions et recommandations. Et pour encourager la coopération internationale, il transmettra, s'il le juge bon, le rapport de l'État partie et ses propres observations aux institutions financières internationales, aux institutions spécialisées, à l'UNICEF et aux autres organes compétents des Nations Unies.

369. À cet égard, le Comité a jugé nécessaire d'examiner périodiquement la manière dont ses suggestions et recommandations sont mises en oeuvre par les États parties ainsi que la suite donnée à tout programme de services consultatifs ou d'assistance technique qu'il aura pu proposer. À cette fin, le Comité a décidé: a) d'indiquer dans ses observations finales, lorsqu'il jugera nécessaire, les délais dans lesquels l'État partie doit fournir informations demandées (art. 71 du règlement intérieur provisoire; et b) de demander au Secrétariat d'indiquer, dans sa note sur l'état des rapports présentés par les États parties, tous les cas dans lesquels le Comité a proposé de prendre des mesures de suivi. On trouvera à l'annexe VI au présent rapport un tableau décrivant la suite donnée à l'examen des rapports présentés par les États parties au 28 janvier 1994, date de clôture de la cinquième session du Comité.

370. Le Comité a aussi rappelé dans ce contexte le paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention, qui impose aux États l'obligation d'assurer à leurs rapports une large diffusion dans leurs propres pays. Jugeant cette mesure importante pour encourager la participation populaire et l'adoption d'une approche nationale globale pour la mise en oeuvre de la Convention, comme l'a préconisé la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, le Comité a décidé d'inviter les États parties à l'informer des mesures qu'ils

auront prises pour diffuser largement les résultats de leur dialogue avec le Comité.

371. Le Comité a également estimé que si un organe créé en vertu d'un instrument international relatif aux droits de l'homme ou un de ses membres se rendait dans un État partie, il pourrait ainsi assurer le suivi de ses recommandations. Le Comité a rappelé à cet égard la visite extrêmement utile qu'il a organisée au Viet Nam dans le cadre de la réunion régionale informelle des pays d'Asie, quelques mois après l'examen du rapport initial du Viet Nam.

4. Procédure d'urgence

372. À sa deuxième session, le Comité a souligné l'importance d'une procédure d'urgence dans le cadre des activités qu'il a à mener en tant qu'organe créé en vertu d'un instrument international et la nécessité de définir certains critères dont il serait tenu compte pour le déclenchement éventuel d'une telle procédure. Celle-ci ne pouvait être envisagée que dans les situations mettant en jeu les droits de l'enfant énoncés dans la Convention et elle ne s'appliquerait qu'aux situations relevant de la juridiction d'un État partie à cet instrument.

373. Pour préciser les conditions d'application d'une telle procédure, le Comité a souligné que la situation devait présenter un caractère de gravité, c'est-à-dire comporter un risque de nouvelles violations, imposant dès lors de prévenir sa détérioration. Le Comité a insisté sur le fait que toute décision devra être prise dans l'esprit de dialogue qui doit inspirer les relations entre le Comité et les États parties à la Convention et qu'il ne doit pas s'agir d'une mise en accusation. La décision devra donc être prise en fonction d'une situation particulière, en dehors de toute considération politique. Les situations qui justifieront cette procédure d'urgence seront portées à l'attention du Comité par des organes des Nations Unies et d'autres organes compétents, ou encore traitées *ex officio* par le Comité, qui s'appuiera sur des informations précises et crédibles. Le Comité étudiera donc les informations fiables en sa possession et décidera de l'opportunité d'une procédure d'urgence. Le cas échéant, il avisera l'État partie concerné.

374. Le Comité a souligné que la procédure d'urgence faisait partie, à ses yeux, du processus de soumission de rapports établi par la Convention.

Il a rappelé, à la lumière, de l'article 44, que si une procédure d'urgence est déclenchée à l'égard d'un État partie, il peut envisager de demander à celui-ci de présenter un rapport sur l'application de certaines dispositions de la Convention ou de fournir des informations supplémentaires relatives à son application. Le Comité peut également proposer que soit effectuée une visite dans le pays concerné. Ces deux initiatives ont pour but de permettre à l'État partie de donner au Comité un tableau complet des conditions d'application de la Convention, et en particulier des dispositions à l'égard desquelles il éprouverait des inquiétudes.

375. Les membres du Comité ont souligné qu'il importait de donner de la publicité à ces mesures d'urgence, c'est-à-dire de les mentionner dans les rapports du Comité. Ils ont également rappelé le bien-fondé de cette procédure dans le cadre des activités d'autres organes créés en vertu d'instruments internationaux. Il a donc été suggéré que les cas urgents et graves traités par le Comité seraient soumis à l'examen de tout autre de ces organes qui serait concerné par des violations de ce type.

376. En outre, la réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme devant se tenir prochainement, le Comité a recommandé que cette importante initiative soit porté à son attention. Enfin, il a rappelé l'importance du maintien d'un dialogue et d'une coopération efficaces avec les autres organes s'occupant des droits de l'homme et décidé de les informer des cas urgents et graves qu'il étudierait.

377. À sa troisième session, le Comité a noté l'importante recommandation par laquelle les présidents avaient donné leur appui à la proposition d'étudier tous les moyens d'habiliter le Secrétaire général et les organes d'experts des droits de l'homme à porter les violations massives des droits de l'homme à l'attention du Conseil de sécurité⁹.

378. Le Comité a été encouragé de voir que cette recommandation répondait à la même préoccupation que la procédure d'urgence qu'il avait instaurée à sa deuxième session, les deux mesures étant conçues pour empêcher la dégradation d'une situation et garantir un examen des violations graves des droits de l'homme, et permettant l'une et l'autre de porter ces

⁹ A/47/628, annexe, par. 43.

violations à l'attention des organes compétents conformément au mandat de chacun.

379. À sa quatrième session, le Comité a continué de se pencher sur la question des réserves à la Convention dans le cadre de l'examen des rapports présentés par les États parties.

380. Il a rappelé à ce sujet que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme avait accordé une attention particulière à cette importante question et qu'elle avait notamment encouragé les États à envisager de limiter la portée de leurs réserves, à les formuler avec autant de précision et de circonspection que possible et à veiller à ce qu'elles ne soient pas incompatibles avec l'objet et le but de la Convention ou contraires au droit des traités.

381. Le Comité a décidé de poursuivre son dialogue avec les États parties sur cette question afin de les encourager à retirer leurs réserves.

5. Études futures

382. À sa deuxième session, le Comité a rappelé, compte tenu de l'article 76 de son règlement intérieur provisoire que, lors de sa première session, il avait envisagé la possibilité de demander que soient entreprises en son nom, ainsi que le prévoit l'alinéa c) de l'article 45 de la Convention, des études sur des questions particulières ayant trait aux droits de l'enfant et d'adresser ces demandes soit au Secrétaire général, par l'intermédiaire de l'Assemblée générale, soit à d'autres organes, y compris aux institutions spécialisées, UNICEF et autres organes compétents. De telles études contribueraient à mieux faire connaître et comprendre les dispositions de la Convention ainsi que la façon dont elles étaient appliquées dans le monde entier.

383. Au cours de la discussion, divers sujets ont été proposés comme thèmes possibles pour les études futures. Les membres du Comité ont insisté sur l'importante contribution que pourraient apporter à cet égard les organes des Nations Unies, les institutions spécialisées et les autres organes compétents, y compris les instituts de recherche et les experts, ainsi que sur le rôle catalyseur que lui-même pourrait jouer dans le développement,

au niveau international, des recherches et des études sur les droits de l'enfant. Il est très important, pour le Comité, d'être tenu au courant des études intéressant son domaine d'activité, réalisées ou envisagées par divers organes et organisations. Le Comité a donc recommandé qu'une liste des sujets qui présentent pour lui un intérêt particulier leur soit donc transmise. Il a souligné, par la même occasion, l'importance de ce système qui faciliterait l'organisation d'un réseau bibliographique relatif aux droits de l'enfant. Il a donc suggéré que le secrétariat se charge également de cette tâche.

384. Après avoir examiné cette question, à sa troisième session le Comité a pris connaissance de la note du secrétariat contenant une liste préliminaire des sujets retenus comme thèmes éventuels d'études. Il a aussi examiné le récapitulatif des documents, rapports et autres publications joint à cette note, qui faciliterait l'organisation d'un réseau bibliographique dans ce domaine, car il permettait de déterminer les domaines qui faisaient déjà l'objet d'études et d'activités de recherche menées par d'autres organisations.

385. Le Comité a réaffirmé l'importance qu'il attachait à l'établissement d'études dans ce domaine, y voyant un moyen de faire mieux connaître et mieux comprendre les principes et dispositions de la Convention et d'améliorer son système de mise en oeuvre.

386. Le Comité a insisté sur la nécessité de définir des domaines prioritaires d'études et sur l'important rôle de catalyseur qu'il pourrait jouer pour susciter des activités de recherche à l'échelon international. Il a donc décidé de rédiger une note explicative sur la liste des sujets d'étude possibles particulièrement intéressants pour lui, en précisant les raisons de cet intérêt et en quoi ces études pourraient l'aider dans ses travaux futurs.

387. Le Comité a décidé d'adresser la note explicative aux divers organismes des Nations Unies, aux institutions spécialisées et autres organes compétents, y compris aux instituts de recherche.

388. À la suite du débat général sur les enfants dans les conflits armés tenu lors de la deuxième session du Comité, et eu égard à l'importance exceptionnelle de la question dans le contexte de la promotion et de la protection des droits de l'enfant, le Comité a conclu que l'ONU devait entreprendre une grande étude dans ce domaine.

389. Invoquant l'alinéa c) de l'article 45 de la Convention, il a donc décidé de recommander à l'Assemblée générale, à sa quarante-huitième session, de prier le Secrétaire général d'entreprendre une étude sur les moyens d'améliorer la protection des enfants contre les effets négatifs des conflits armés (voir chap. I.J., troisième session, recommandation 1 et annexe V au présent rapport).

6. Système de documentation et d'information

390. Le Comité a souvent réaffirmé, à ses différentes sessions, qu'il était essentiel, pour le succès de ces travaux, qu'il ait accès à toutes les sources d'information pertinentes se rapportant à ses fonctions. À cette fin, il a pris des décisions dans les domaines suivants:

a) Informations communiquées par le secrétariat au sujet des mesures prises suite aux décisions adoptées par le Comité

391. A sa deuxième session, le Comité a décidé de prier le secrétariat de lui faire rapport, au début de chaque session, sur les mesures prises en application des décisions du Comité (voir chap. I.D, deuxième session, recommandation 2).

b) Salle d'information

392. À sa première session, le Comité a prié le Secrétaire général de créer, comme cela avait été proposé aux deuxième et troisième réunions des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, une salle d'information qui permettrait de regrouper les différentes sources d'information dont le Comité a besoin pour s'acquitter efficacement de sa tâche et de lui en faciliter l'accès.

393. À sa deuxième session, le Comité a été informé des difficultés auxquelles se heurtait le Centre pour les droits de l'homme faute de locaux et de ressources suffisants. Le Comité a insisté sur la nécessité d'aménager une telle salle où seraient conservés les documents émanant des divers organes des Nations Unies chargés des droits de l'homme, notamment les organes créés en vertu d'instruments internationaux, que les membres de ces

organes auraient la possibilité de consulter, et il a exprimé l'espoir que le Centre accorderait à cette question le rang de priorité élevé qu'elle mérite et il a adopté une nouvelle recommandation à ce sujet (ibid.).

c) *Groupe de travail chargé d'examiner un système d'information et de documentation, y compris la question de l'informatisation*

394. À sa deuxième session, le Comité a décidé de créer un groupe de travail pour examiner le système d'information et de documentation convenant le mieux à ses travaux, notamment la question de l'informatisation, et ce en collaboration avec le Centre pour les droits de l'homme, des organes des Nations Unies et des autres organes compétents (ibid.).

395. De plus, le Comité a décidé d'appeler l'attention de la quatrième réunion des présidents des organes créés en vertu de traités relatifs aux droits de l'homme sur les questions qui le préoccupent et de lui communiquer ses décisions pour examen. À cet égard, il a réaffirmé qu'il était essentiel que le Comité puisse avoir accès à toutes les sources d'information ayant trait à ces fonctions. Aussi, a-t-il encouragé la quatrième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme à prendre particulièrement en considération cette réalité et à envisager l'adoption de recommandations utiles et urgentes.

396. Sur la question de l'informatisation des travaux des organes créés en vertu d'instruments internationaux, le Comité a également été mis au courant, à sa deuxième session, de l'évolution de la situation en ce qui concerne la constitution d'une base de données informatisées et l'a informé que les États Membres de l'Organisation des Nations Unies, en particulier ceux qui étaient parties à des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, avaient été invités à verser des contributions volontaires généreuses pour couvrir le coût initial de cette opération. Le Comité a souligné encore une fois la nécessité de constituer sans délai, au Centre pour les droits de l'homme, une base de données qui aiderait beaucoup à accroître l'efficacité des organes créés en vertu d'instruments internationaux. Il a déploré la lenteur du processus d'informatisation ainsi que le succès très limité de l'appel lancé aux États Membres les invitant à verser des contributions destinées à financer l'opération. On a souligné que le Comité

devrait s'efforcer de préciser ses besoins propres ainsi que les différentes sources d'information qui seraient directement utiles à ses activités. On a insisté aussi sur la nécessité de choisir un système informatisé qui soit compatible avec ceux dont disposent déjà les institutions spécialisées et les organisations régionales ou non gouvernementales.

397. Le Comité s'est rendu au Bureau international du Travail où il a participé à une séance de travail qui lui a permis de se familiariser avec le système informatique dont se sert le BIT et de procéder à un échange de vues fructueux sur les avantages de ce système qui fournit des informations récentes sur tous les pays, notamment sur leur législation nationale, ainsi que sur les mesures importantes que prend le BIT dans le cadre de son mandat. Il a souligné la nécessité de maintenir une coopération étroite entre les organismes des Nations Unies et d'autres organismes compétents dans le domaine des droits de l'homme afin de mettre en place un réseau informatique pour diffuser l'information.

398. Eu égard à l'importance que le Comité attache à la mise en place d'un réseau d'information et de documentation intéressant ses travaux, ainsi qu'à l'installation d'un système d'informatisation, en coopération avec le Centre pour les droits de l'homme, les organismes des Nations Unies et les autres organes compétents, y compris les organisations non gouvernementales, le Comité a pris, à sa troisième session, de nouveaux contacts avec les organes qui s'occupent des droits de l'enfant. Ainsi, une session de travail a été organisée au Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR); elle a été l'occasion d'un échange de vues intéressant sur le système informatique utilisé par le HCR et sur les possibilités qu'il offrait.

399. Le Comité a également été informé des mesures prises avec l'appui du Centre international pour le développement de l'enfant de l'UNICEF à Florence (Italie) en vue de créer un réseau d'information et un système de base de données sur les droits de l'enfant. À cet égard, les membres du Comité ont réaffirmé leur conviction qu'il fallait développer la coopération et la coordination avec les organes qui se consacraient au même domaine. En particulier, il était nécessaire d'instaurer un esprit de travail coopératif, fondé sur une division du travail qui suive naturellement les domaines d'activité des différents organes et aboutisse à un régime d'assistance mutuelle et de mise en commun de l'information. Il a été décidé

que le groupe de travail de la documentation et de l'information du Comité continuerait ses travaux, en particulier afin d'arrêter un ordre de priorité pour les activités du Comité, c'est-à-dire pour déterminer les domaines spécifiques qui devraient être couverts dans le cadre du système informatique des travaux des organes conventionnels, dans la perspective de l'utilisateur.

400. À sa quatrième session, le Comité a tenu une réunion de travail au siège de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et a été informé des mesures importantes que l'OMS avait prises pour suivre les progrès réalisés dans la mise en oeuvre de la Stratégie mondiale de la santé pour tous d'ici à l'an 2000, ainsi que du réseau d'information mis en place dans le domaine de la santé, notamment en ce qui concerne la législation nationale en la matière.

401. Le Comité a réaffirmé l'importance de maintenir une étroite coopération avec les autres organes des Nations Unies dans le domaine des droits de l'enfant afin de mieux surveiller la situation des enfants, comme l'a recommandé la Conférence mondiale sur les droits de l'homme. Une telle coopération dans le domaine de l'information marquerait un pas décisif vers l'établissement d'un réseau général informatisé.

402. A sa cinquième session, le Comité a souligné, compte tenu de la nécessité de constituer un réseau d'information et de documentation dans le domaine des droits de l'enfant, que ce réseau devrait être mis en place en coopération étroite avec les autres organes des Nations Unies, les institutions spécialisées et les divers organismes compétents, les organes chargés du suivi de l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme, ainsi que les autres mécanismes actifs en la matière, dont le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants et le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

403. Par ailleurs, le Comité a souligné qu'il importait d'assurer une interaction systématique et un dialogue efficace avec tous les autres organes s'occupant des droits de l'enfant, en vue d'une approche intégrée et thématique.

404. Le Comité a été informé, par les membres qui y avaient participé, de la réunion consultative sur les indicateurs et les systèmes d'information sur les droits de l'enfant, organisée le 9 octobre 1993, de concert avec l'UNICEF. Le rapport qui a été fait à cette occasion reflétait l'accent mis sur la valeur d'un réel esprit de coopération entre toutes les entités qui y étaient représentées – le Centre pour les droits de l'homme, les organes des Nations Unies et les institutions spécialisées, les organisations non gouvernementales et le Comité lui-même. Un tel esprit jouerait un rôle crucial dans la constitution d'un réseau d'information et l'ouverture d'un accès à des données détaillées, fiables et à jour.

405. Les participants à la réunion ont manifesté un vif intérêt pour la Convention relative aux droits de l'enfant et son système de mise en oeuvre, qu'ils ont considéré comme vital pour envisager et mettre au point de nouvelles mesures dans ce domaine. Les membres du Comité ont pu expliquer en détail leurs méthodes de travail, ainsi que l'intérêt de leurs directives pour l'approche thématique qu'ils adoptaient à l'égard des différents domaines visés par la Convention.

406. À la lumière de tous ces éléments, le Comité a pris note avec un intérêt particulier de l'invitation que le Centre pour les droits de l'homme lui avait faite de participer, le 19 janvier 1994, à une réunion consultative sur un système d'information et de documentation destiné à soutenir la Convention relative aux droits de l'enfant, réunion qui s'inscrirait en fait dans le suivi de celle du 9 octobre 1993.

407. Des représentants de différents organes des Nations Unies et autres organismes compétents étaient présents à la réunion, réaffirmant une fois de plus leur intérêt pour la mise en place d'un système intégré d'information et de documentation et leur désir de coopérer à cet effet.

408. Au cours de la réunion, le Comité a pu faire part de son attente à cet égard, soulignant ses priorités eu égard à la charge de travail que représentait l'examen de nombreux rapports d'Etats parties, la Convention relative aux droits de l'enfant étant l'instrument relatif aux droits de l'homme qui avait été ratifié par le plus grand nombre d'États.

409. À ce propos, il a été aussi fait référence au rapport et aux recommandations de l'Équipe de travail chargée par la Commission des

droits de l'homme d'étudier la façon d'informatiser les travaux des organes conventionnels de surveillance¹⁰, qui avait répertorié les besoins des organes conventionnels, c'est-à-dire les secteurs d'intérêt communs au regard du système d'information, lesquels étaient aussi naturellement ceux du Comité des droits de l'enfant.

410. Les représentants des organes participants des Nations Unies, ainsi que ceux des organisations non gouvernementales ont présenté les différents systèmes d'informatisation mis au point au sein de leur organisation, dont le Comité avait en fait déjà été informé à de précédentes sessions. Par ailleurs, ils ont identifié les domaines où l'on pouvait envisager une coopération, ainsi que ceux où le Centre pour les droits de l'homme en général et le Comité des droits de l'enfant en particulier pouvaient apporter leur concours. Vu l'urgence de ces mesures, les participants ont décidé de créer un comité de travail pour programmer les mesures à prendre dans un proche avenir et arrêter un ordre de priorité.

411. Le Comité a exprimé le souhait de demeurer associé à tous ces efforts pour que les actions à lancer à l'avenir prennent dûment en considération l'optique et les besoins de l'utilisateur. De plus, il a souligné qu'il était particulièrement encourageant de voir que les droits de l'enfant avaient préparé la voie à un dialogue constructif entre les différents organes des Nations Unies, les organisations non gouvernementales et le Comité dans un domaine aussi crucial que celui de l'information. L'intérêt suscité par les droits de l'enfant avait aussi incité à conjuguer les efforts, dans un esprit d'interaction et de complémentarité et avait donné une nouvelle impulsion aux actions déjà menées au sein du Centre pour les droits de l'homme. Le Comité a réaffirmé qu'il était convaincu que les mesures qui seraient prises dans l'intérêt de la mise en oeuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant seraient aussi extrêmement utiles aux autres organes conventionnels, sur le plan de l'informatisation notamment.

d) *Service de documentation sur les droits de l'enfant*

412. À sa troisième session, le Comité a souligné que l'accès à toutes les sources d'informations qui se rattachaient à ses fonctions était pour lui

¹⁰ E/CN.4/1990/39.

une garantie d'efficacité. Il a rappelé les mesures importantes déjà prises à cette fin, à savoir l'instauration d'une coopération étroite avec les organismes des Nations Unies, les institutions spécialisées et les autres organes compétents, notamment les organisations non gouvernementales, en vue de mettre en place un réseau d'information sur les droits de l'enfant, ainsi que la constitution de dossiers par pays et l'établissement d'une étude analytique des renseignements disponibles au sujet de chaque État partie dont le Comité doit examiner le rapport.

413. Parallèlement, le Comité a regretté qu'il n'ait pas encore été possible de créer une salle de documentation où seraient rassemblées les informations sur les droits de l'enfant provenant de diverses sources, ce qui en faciliterait l'accès.

414. Le Comité a noté avec un intérêt particulier la recommandation adoptée par la réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme tendant à instituer au Centre pour les droits de l'homme un groupe central d'information et de documentation, afin d'assurer un accès plus facile et toute l'information utile¹¹.

415. Dans le même souci et étant donné l'importance qu'il y avait à garantir une interaction réelle et un dialogue efficace et systématique avec les autres organes s'occupant des droits de l'enfant ainsi qu'à suivre de près les activités intéressant ses travaux, le Comité a décidé de recommander, à titre de mesure préliminaire à la création d'un groupe central d'information et de documentation au Centre pour les droits de l'homme, d'envisager la possibilité de créer un groupe de documentation sur les droits de l'enfant.

416. Ce groupe, qui s'occuperait d'un sujet précis, représenterait un organe centralisateur dans ce domaine et rapprocherait les activités du Comité des droits de l'enfant, du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants, ainsi que du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

¹¹ Voir A/47/628, par. 51 à 55.

e) *Les indicateurs permettant d'évaluer les progrès dans la jouissance des droits de l'enfant*

417. À sa deuxième session, le Comité était d'avis que des indicateurs appropriés pourraient permettre de mieux juger de quelle façon les droits énoncés dans la Convention sont garantis et protégés et d'évaluer périodiquement dans quelle mesure ces droits étaient appliqués ainsi que les progrès réalisés à cet égard. Il a souligné que la Convention prévoyait une vaste gamme de droits civils, économiques, sociaux et culturels, et qu'il fallait choisir des indicateurs adaptés à chacun de ces droits. Ces indicateurs revêtaient une importance certaine puisqu'ils offraient au Comité un moyen d'évaluer les progrès des États parties; toutefois, ils ne permettraient pas de se faire une idée exacte de la façon dont les particuliers jouissent des droits que leur reconnaît la Convention. Ces indicateurs devraient satisfaire à certains critères fondamentaux qui pourraient être les suivants: validité, objectivité, fidélité, comparabilité, précision et potentiel de désagregation. Il faudrait que le Comité puisse tirer parti de l'expérience acquise en matière de collecte de données statistiques et d'utilisation des indicateurs par le Fonds des Nations Unies pour l'enfance, les organismes et les institutions spécialisées des Nations Unies et les organisations non gouvernementales. Le Comité a accueilli avec satisfaction la décision d'organiser, en décembre 1992, un séminaire d'experts chargés d'examiner les indicateurs appropriés pour mesurer les progrès réalisés dans la mise en oeuvre progressive des droits économiques, sociaux et culturels, auquel il comptait participer, et dont on pouvait espérer qu'il contribuerait à déterminer le meilleur usage qui pourrait être fait des indicateurs par le Comité dans ses activités de surveillance (voir chap. I.G, deuxième session, recommandation 4).

418. À sa troisième session, le Comité a décidé de poursuivre l'examen de cette question importante et il a rappelé qu'il avait chargé le groupe de travail de l'information et de la documentation d'étudier la question de l'utilisation des indicateurs appropriés pour mieux évaluer le degré d'application des droits reconnus dans la Convention relative aux droits de l'enfant et pour évaluer les progrès accomplis.

419. Le groupe de travail a poursuivi l'examen de cette question importante, en s'attachant en particulier à préparer la participation du Comité au séminaire sur les indicateurs appropriés pour mesurer les progrès

réalisés dans la mise en oeuvre progressive des droits économiques, sociaux et culturels, organisé à Genève du 25 au 29 janvier 1993.

420. Le Comité a décidé d'examiner le rapport du séminaire à sa quatrième session et de réfléchir aux mesures à prendre pour donner suite aux conclusions et recommandations du séminaire.

421. Le Comité a réaffirmé combien il importait de mettre au point des indicateurs pour chaque droit. Il a également rappelé la nécessité de renforcer sa coopération avec les organes de l'ONU et les autres organismes compétents, notamment les instituts de recherche, et de tirer parti de leur expérience dans cet important domaine, en particulier pour l'aider dans son examen de la question des indicateurs adaptés à chaque droit, en suivant la structure des directives adoptées par le Comité (CRC/C/5)

422. À sa quatrième session, le Comité a réitéré sa décision de continuer à étudier, par l'intermédiaire du groupe de travail créé à sa deuxième session, la question de l'utilisation d'indicateurs appropriés pour mieux évaluer la façon dont les droits de l'enfant sont mis en oeuvre ainsi que pour mesurer les progrès accomplis (voir chap. I.D, deuxième session, recommandation 2).

423. Un représentant du Comité avait participé au séminaire sur les indicateurs à utiliser. Le Comité a pris note du rapport du séminaire¹² et a décidé de demander à son groupe de travail d'examiner les conclusions et recommandations qui y figuraient, de lui faire rapport à ce sujet et de proposer éventuellement des mesures de suivi. Le Comité a aussi noté que, dans sa résolution 1993/14 du 26 février 1993, la Commission des droits de l'homme avait tenu compte des conclusions du séminaire et avait prié le Secrétaire général d'élaborer des principes directeurs fondamentaux concernant l'ajustement structurel et les droits économiques, sociaux et culturels, qui pourraient servir de base à un dialogue suivi entre les organes de défense des droits de l'homme et les institutions financières internationales.

424. À sa cinquième session, le Comité a été informé de la réunion consultative, organisée le 9 octobre 1993 en étroite coopération avec l'UNICEF, sur les indicateurs et les systèmes d'information ayant trait aux

¹² A/CONF.157/PC/73.

droits des enfants et il a pris note des importants projets conçus par des organes de l'ONU et des organisations non gouvernementales en vue de la mise en place d'un système efficace de surveillance de l'application de la Convention et de l'utilisation, à cet effet, d'indicateurs permettant d'évaluer les tendances existantes ainsi que les progrès réalisés. Le Comité a jugé extrêmement encourageants les résultats déjà obtenus en la matière et a estimé qu'il s'agissait là d'un outil indispensable pour évaluer la façon dont les enfants jouissaient de leurs droits fondamentaux.

C. ACTIVITÉS D'INFORMATION ET ÉDUCATION EN MATIÈRE DE DROITS DE L'ENFANT

425. À sa deuxième session, le Comité a été informé qu'en ce qui concerne la diffusion des documents du Comité par les centres d'information des Nations Unies, on avait mis à profit les réunions des directeurs de ces centres et le bulletin qui leur avait été consacré pour signaler aux centres que des documents émanant d'organes créés en vertu d'instruments internationaux étaient disponibles. Le Comité a souligné qu'il importait que les documents soient diffusés gratuitement au grand public dans tous les pays.

426. À la même session, le Comité a invité les États parties à se pencher en particulier sur la nécessité de faire traduire et publier la Convention dans les différentes langues locales, afin d'assurer que les principes et dispositions soient largement diffusés par des moyens appropriés et efficaces, parmi les enfants aussi bien que les adultes (voir chap. I.E, deuxième session, recommandation 3).

427. Étant donné l'importance que revêtent la diffusion d'informations sur la Convention relative aux droits de l'enfant et le mécanisme de suivi pour en renforcer la mise en oeuvre, le Comité des droits de l'enfant a également prié le Secrétaire général de veiller à ce que les centres d'information des Nations Unies ou, dans les pays où il n'en existe pas, les bureaux du PNUD, mettent librement et régulièrement à disposition ceux de ses documents qui sont en distribution générale et il l'a encouragé à envisager, dans le cadre du programme de services consultatifs et d'assistance technique, d'accorder une assistance et des moyens de formation aux

établissements nationaux oeuvrant en faveur des droits de l'enfant (voir chap. I.H, deuxième session, recommandation 5 C).

428. À sa troisième session, le Comité a réaffirmé combien il importait de mieux faire connaître la Convention et son système de mise en oeuvre.

429. Afin de garantir que les documents du Comité soient largement disponibles pour le grand public et soient plus faciles à trouver dans les pays, le Comité a recommandé que soit constitué, après l'examen de chaque rapport d'un État partie, un dossier comportant le rapport, les comptes rendus analytiques des séances pendant lesquelles il a été examiné et les observations finales adoptées.

430. Le dossier serait mis gratuitement et systématiquement à la disposition du centre d'information des Nations Unies dans le pays intéressé ou, à défaut, au bureau régional du Programme des Nations Unies pour le développement.

431. Cette initiative offrirait en même temps un bon moyen d'aider les États parties à donner à leurs rapports, conformément au paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention, une large diffusion dans leur propre pays (voir chap. I.E, troisième session, recommandation 2).

432. A sa quatrième session, le Comité a décidé, pour faciliter l'accès à ses travaux et les faire mieux comprendre, de publier une compilation analytique des conclusions et recommandations qu'il avait adoptées à ses sessions précédentes, et de la tenir à jour (voir CRC/C/19).

433. Le Comité a reconnu le rôle joué par les activités d'information dans la réalisation du but fixé par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, à savoir la ratification de la Convention par tous les pays d'ici 1995.

434. Compte tenu de ces considérations, le Comité a décidé de demander à nouveau au Secrétaire général d'inclure dans le Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme un chapitre consacré aux travaux du Comité, d'achever la rédaction des travaux préparatoires et du commentaire de la Convention relative aux droits de l'enfant et de les publier, et de préparer et diffuser une publication spéciale destinée aux enfants.

435. Le Comité a également décidé de prier le Secrétaire général d'envisager la publication d'une nouvelle fiche d'information sur le processus d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant. Cette publication permettrait aux États de mieux comprendre l'approche nationale globale que le Comité a adoptée pour s'acquitter de sa tâche en tant qu'organe chargé de surveiller l'application d'un instrument international.

436. À sa cinquième session, le Comité a pris note avec un vif intérêt de la lettre que lui avait adressée le Sous-Secrétaire général aux droits de l'homme, l'invitant à exprimer son avis et à faire part de ses suggestions sur les moyens d'assurer la promotion et la protection effectives de l'éducation, de la formation et de l'information en matière de droits de l'homme, à la lumière de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme.

437. Le Comité a souvent dit le poids qu'il attachait à l'éducation et à l'information en tant qu'éléments moteurs d'une stratégie globale efficace de les droits de l'Homme, en particulier pour sensibiliser l'opinion, encourager le respect et la protection effectives des droits de l'enfant et empêcher la violation de ces droits. Il a rappelé à cet égard que la Conférence mondiale avait insisté sur la nécessité d'inscrire les droits de l'homme au programme de tous les établissements d'enseignement, de type classique et autre. Il était convaincu que c'était là l'occasion d'envisager d'incorporer la Convention relative aux droits de l'homme dans les programmes d'enseignement et notamment d'en faire un instrument clef de l'enseignement autre que de type classique.

438. Aussi le Comité a-t-il souligné l'intérêt que présentait l'éducation pour favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités, inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et le préparer à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix et de tolérance.

439. Le Comité a aussi exprimé l'idée que l'éducation devrait être envisagée à la lumière de la nouvelle perspective prônée dans la Convention relative aux droits de l'enfant, fondée sur la jouissance de leurs droits par tous les enfants sans discrimination, la priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant et la nécessité d'assurer dans toute la mesure possible la survie

et le développement de l'enfant ainsi que d'encourager le respect des opinions de l'enfant et sa participation active à la société. L'éducation, l'information et la formation des enfants dans le domaine des droits de l'homme étaient donc considérées comme prioritaires.

440. Rappelant l'approche globale dans laquelle les droits de l'enfant étaient envisagés dans la Convention, le Comité a souligné que les programmes visant à renforcer le droit à l'éducation devraient tenir compte de tous les autres droits énoncés dans la Convention et s'inscrire dans une approche intégrée. Par ailleurs, eu égard à son expérience en matière d'examen de rapports d'États parties, le Comité a insisté sur l'importance de la formation en matière de droits de l'homme en général et de droits de l'enfant en particulier, des enseignants, des responsables de l'application des lois, du personnel judiciaire, des travailleurs sociaux, du personnel médical et des agents de santé, des journalistes, des employeurs et des inspecteurs du travail.

441. Afin de renforcer la coopération internationale dans le domaine de l'éducation et d'envisager les moyens d'améliorer le système d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant en la matière, le Comité, représenté par plusieurs de ses membres (Mme Hoda Badran, Mme Akila Belembaogo et Mme Marta Santos Pais) a tenu une réunion informelle avec des représentants de l'UNESCO à Paris, en novembre 1993.

442. Cette réunion informelle a été l'occasion de se pencher sur des secteurs d'intérêt commun, tels que l'échange d'informations, les programmes d'assistance technique et l'organisation de conférences et d'études dans le domaine de l'éducation. Cet échange de vues a permis d'examiner des secteurs précis où la coopération pourrait se développer à l'avenir.

443. À ce propos, il a été souligné que la participation de l'UNESCO aux réunions du groupe de travail de présession du Comité revêtait une importance particulière, car la présence de l'UNESCO permettait au Comité d'avoir accès aux informations collectées par un service central de cette organisation. Elle favoriserait en même temps l'adoption d'une approche commune des programmes de services consultatifs ou d'assistance technique qui devaient être lancés aux niveaux régional ou national.

444. L'UNESCO a exprimé quant à elle le désir de contribuer à mieux faire connaître la Convention, en organisant et en diffusant des versions

scolaires de ce texte, rédigées par des enfants, et en lançant des programmes de formation à l'intention des enseignants et autres personnels concernés. A cet égard, il a été fait référence au Plan d'action mondial sur l'éducation en matière de droits de l'homme et de démocratie, dont des sections seraient consacrées aux droits de l'enfant.

445. De plus, l'UNESCO a reconnu qu'il était aussi possible d'organiser des campagnes pilotes d'information et de participation par le biais du réseau d'écoles associées ou des clubs de l'UNESCO pour faciliter la prise en compte de la Convention dans les programmes scolaires.

D. COOPÉRATION ET SOLIDARITÉ INTERNATIONALES EN VUE DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

1. Examen des faits nouveaux intéressant les travaux du Comité

446. À sa première session, le Comité avait demandé au secrétariat de lui faire rapport, au début de chaque session, sur les mesures prises en application des décisions adoptées à sa session précédente. Conformément à cette demande, le secrétariat a communiqué au Comité, à sa deuxième session, des notes informelles faisant le point des mesures prises par l'Assemblée générale à sa quarante-sixième session, par la Commission des droits de l'homme à sa quarante-huitième session, et par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à sa quarante-quatrième session, sur la question des droits de l'enfant et les questions connexes. Le secrétariat a également communiqué au Comité des notes informelles dans lesquelles sont énumérés tous les instruments internationaux ayant un rapport avec la Convention relative aux droits de l'enfant et récapitulé les observations ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme¹³.

447. Conformément à une décision prise par le Comité à sa première session, le rapporteur a fait oralement un rapport très complet sur les faits

¹³ HRI/GEN/I.

nouveaux intéressant les travaux du Comité intervenus depuis sa session précédente. Il a particulièrement insisté sur les mesures prises dans le cadre de l'Assemblée générale, de la Commission des droits de l'homme, de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, y compris les travaux des rapporteurs spéciaux et des groupes de travail, ainsi que dans le cadre des différents organes créés en vertu d'instruments internationaux, présentant un intérêt pour le Comité au moment où celui-ci s'apprêtait à examiner des questions ayant trait à ses méthodes de travail et à aborder certains thèmes de réflexion.

448. Considérant qu'il importe que la communication avec les autres organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme soit étroite et efficace, le Comité a également examiné les faits nouveaux intervenus au sein de ces organes, dont lui ont rendu compte ceux de ses membres qu'il avait désignés à cet effet.

449. Le Comité a donc décidé de continuer d'examiner cette question une fois par an, en se basant sur l'exposé du rapporteur et sur l'information que lui fourniront ceux de ses membres qu'il a chargés de la liaison avec lesdits organes. Le Comité a demandé au secrétariat de rédiger à son intention un document récapitulatif brièvement les mesures importantes prises par les organes pertinents de l'Organisation des Nations Unies.

450. Le Comité a jugé encourageant le fait qu'à l'échelon régional, les différentes mesures prises pour promouvoir et protéger les droits de l'enfant témoignent que la Convention a joué nettement un rôle catalytique. Il a donc suggéré au secrétariat de mentionner dans le document que celui-ci établira sur les faits nouveaux intéressant ses travaux, les activités essentielles réalisées à l'échelon régional, notamment celles des organisations intergouvernementales. Les membres du Comité communiqueront également au secrétariat toute information pertinente dont ils pourraient disposer.

451. À la troisième session, le secrétariat a communiqué au Comité des notes informelles faisant le point des mesures prises par l'Assemblée générale à sa quarante-septième session, par la Commission des droits de l'homme à sa quarante-neuvième session et par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à sa quarante-cinquième session, sur la question des droits de l'enfant et les questions connexes.

452. Le rapporteur a fait oralement un rapport très complet sur les faits nouveaux intéressant les travaux du Comité intervenus depuis sa session précédente. Il a particulièrement insisté sur les mesures prises dans le cadre de l'Assemblée générale, de la Commission des droits de l'homme, de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, y compris les travaux des rapporteurs spéciaux et des groupes de travail, ainsi que dans le cadre des différents organes créés en vertu d'instruments internationaux, qui présentaient un intérêt pour le Comité au moment où celui-ci s'apprêtait à examiner des questions ayant trait à ses méthodes de travail et à aborder certains thèmes de réflexion. Il a mentionné en particulier la Conférence mondiale sur les droits de l'homme ainsi que la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, eu égard notamment aux recommandations concernant les droits de l'enfant et les travaux du Comité en tant qu'organe chargé de surveiller la mise en oeuvre d'une convention internationale.

2. Coopération avec les organes des Nations Unies et les autres organismes compétents

a) Coopération avec les organes des Nations Unies et les organes créés en vertu d'instruments internationaux

453. À sa première session, le Comité avait reconnu que la Convention fournissait un cadre particulièrement précieux aux institutions spécialisées, à l'UNICEF, aux autres organes des Nations Unies et autres organismes compétents en les guidant dans leurs activités et leurs programmes en faveur des enfants. De plus, la Convention offrait une base utile pour une coopération et un dialogue fructueux entre tous les organes intéressés¹⁴.

454. À cette même session, le Comité avait prié le secrétariat de lui fournir une compilation des instruments internationaux utiles à ses travaux, compte tenu des instruments pertinents adoptés par les divers organes et institutions spécialisées des Nations Unies, ainsi que des recommandations et résolutions pertinentes, selon qu'il conviendrait; il avait également prié

¹⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 41 (A/47/41)*, par. 14 et 15.

le secrétariat de lui fournir une compilation des observations et recommandations d'ordre général adoptées par les divers organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme¹⁵.

455. À sa deuxième session, le Comité s'est félicité que lui soit donnée la possibilité de tenir à l'avenir des réunions auxquelles participeront les organes des Nations Unies oeuvrant en faveur des droits de l'enfant, en particulier chacun des organes créés en vertu d'instruments internationaux, en vue d'examiner les questions d'intérêt commun; a décidé de suivre, selon qu'il conviendrait, les réunions et activités des autres organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ainsi que les autres réunions de l'Organisation des Nations Unies intéressant ses travaux; s'est félicité de l'occasion qui lui était donnée de participer à la réunion d'experts sur l'application des normes internationales concernant les droits de l'homme dans le cas des jeunes détenus, qui se tiendrait à Genève en mars 1993 sur la proposition du Secrétaire général, proposition avalisée par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, dans sa résolution 1992/25 du 27 août 1992, dans laquelle était exprimé le souhait que le Comité des droits de l'enfant soit représenté à ladite réunion; a exprimé le souhait que des ressources suffisantes soient dégagées afin qu'il soit en mesure d'établir une communication et un dialogue efficaces avec les autres organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et de participer aux réunions de l'Organisation des Nations Unies intéressant ses travaux; a invité les rapporteurs spéciaux nommés par la Commission des droits de l'homme et la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et les groupes de travail créés par la Commission et la Sous-Commission à prendre la Convention relative aux droits de l'enfant en considération dans le cadre de leurs mandats respectifs; s'est félicité que sa deuxième session ait été pour lui l'occasion d'entamer un dialogue constructif et concret sur les questions d'intérêt commun avec le Rapporteur spécial chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, notamment à propos de la question des enfants soldats, et exprime sa volonté de poursuivre ce dialogue lors de ses sessions à venir (voir chap. I.G, deuxième session, recommandation 4).

¹⁵ Ibid., chap. I, recommandation 2.

456. À sa troisième session, le Comité a rappelé l'accent que la quatrième réunion des présidents d'organes créés en vertu d'instruments internationaux a mis sur la promotion de l'interaction entre ces organes, et a réaffirmé les décisions et recommandations adoptées à ses sessions précédentes sur la question de l'interaction et de la coopération efficaces avec les autres organes des Nations Unies et les organes créés en vertu d'instruments internationaux, qui oeuvraient en faveur des droits de l'enfant. Il a souligné la nécessité d'assurer au Comité des ressources suffisantes afin qu'il soit en mesure d'établir une communication et un dialogue efficaces avec les autres organes des droits de l'homme et de participer aux réunions de l'Organisation des Nations Unies intéressant ses travaux; il a réaffirmé son intérêt pour la réunion d'experts proposée sur l'application de normes internationales concernant les droits de l'homme des jeunes détenus et sa disposition à participer à cette réunion, et rappelé l'importance du cadre établi par la Convention sur les droits de l'enfant dans ce domaine; il a décidé de suivre de près le processus préparatoire de l'Année internationale de la famille et, dans ce cadre, de renforcer sa coopération avec le Centre pour le développement social et les affaires humanitaires, particulièrement en vue d'être associé à cette manifestation et d'avoir accès aux études et documents pertinents; et il a prié le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'enquêter sur la situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie de tenir pleinement compte de la Convention relative aux droits de l'enfant dans l'exécution de son mandat et dans ses rapports futurs (*ibid.*, troisième session, recommandation 3).

457. À sa quatrième session, le Comité a réaffirmé la nécessité d'assurer une interaction et une coopération efficaces avec les autres organes des Nations Unies qui oeuvrent dans le domaine des droits de l'enfant. Il a également réaffirmé l'importance que la Convention attache aux services consultatifs et à l'assistance technique.

458. Le Comité a également noté que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme insiste sur la nécessité de progresser dans le domaine des droits de l'homme grâce à un effort accru et soutenu de coopération et de solidarité internationales et qu'elle a recommandé que la situation des droits de l'homme et celle des enfants soient régulièrement examinées et suivies

par tous les organes et mécanismes compétents du système des Nations Unies.

459. Le Comité a décidé de tenir une réunion sur ce sujet avec les institutions spécialisées à sa prochaine session.

460. Le Comité a également décidé de réaffirmer sa décision de suivre de près les faits nouveaux relatifs à l'Année internationale de la famille, à la Conférence internationale pour la population et le développement et au Sommet mondial pour le développement social. Il a par ailleurs jugé nécessaire de s'associer aux préparatifs de la Conférence mondiale sur les femmes, qui doit avoir lieu à Beijing en 1995, et a décidé de consacrer une de ses séances futures à l'étude de la contribution qu'il peut apporter à cet événement (ibid., quatrième session, recommandation 4).

461. À la même session, le Comité a été informé que le Secrétaire général avait présenté le projet de protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et, conformément à la résolution 1993/34 de la Commission des droits de l'homme, a été invité à faire connaître ses observations à ce sujet.

462. Le Comité a reconnu l'importance de toute mesure prise pour prévenir l'emploi de la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dans cette perspective, il s'est félicité des progrès réalisés à sa première session par le groupe de travail chargé par la Commission des droits de l'homme d'examiner le projet de protocole facultatif.

463. Le Comité a estimé qu'il fallait porter les dispositions pertinentes de la Convention à l'attention du groupe de travail et lui suggérer de les prendre en considération dans ses travaux. Il a décidé, en conséquence, de faire part de ses suggestions au groupe de travail et de continuer à suivre ses travaux.

464. Le Comité des droits de l'enfant s'est en outre félicité de la décision de l'Assemblée générale de déclarer le 17 octobre Journée internationale pour l'élimination de la pauvreté. Le Comité a décidé de s'associer à la célébration de cette journée internationale et de publier un message à cet effet (voir CRC/C/20, annexe IV).

465. À sa cinquième session, le Comité a pris acte de l'adoption par l'Assemblée générale de la résolution 48/156, en date du 20 décembre 1993, sur la nécessité d'adopter sur le plan international des mesures efficaces pour prévenir la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants. Il a aussi pris note de la préoccupation exprimée dans cette résolution devant la persistance dans le monde de situations telles que la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants, ainsi que de l'intérêt attaché à cet égard à la Convention relative aux droits de l'enfant et à sa mise en oeuvre efficace au niveau national, car il s'agissait là d'un moyen capital de prévention et de lutte contre de telles situations.

466. Le Comité a noté que l'engagement politique exprimé par la communauté internationale en général et les États parties à la Convention en particulier d'assurer la réalisation des droits de l'enfant, d'encourager la coopération et la solidarité internationales et d'intégrer la Convention aux plans d'action nationaux contribuerait sans aucun doute à une action de prévention et à la lutte contre l'exploitation des enfants – vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants par exemple.

467. Le Comité a constaté par ailleurs qu'il existait actuellement des signes qui auguraient bien de la réalisation de cet objectif. Il convenait de rappeler la tendance incontestable à la ratification universelle de la Convention relative aux droits de l'enfant d'ici à 1995, comme l'avait recommandé la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, le dialogue constructif que le Comité avait noué avec les États parties dans le cadre du système d'examen de leurs rapports, institué par la Convention, ainsi que la coopération étroite et fructueuse qui s'était développée avec le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants. Cette collaboration dans des domaines d'intérêt commun, dont le Comité s'est souvent félicité, s'était avérée une nouvelle fois cruciale au cours de sa quatrième session, lorsqu'il avait organisé un débat général sur l'exploitation économique des enfants, au cours duquel il s'était penché sur les réalités de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants. Le Rapporteur spécial avait pris part à cette occasion à l'examen approfondi de

cette grave question (voir CRC/C/20, par. 186 à 196). A la lumière de l'importance attachée à cette question et compte tenu de l'échange de vues qui avait eu lieu au cours du débat général consacré à l'exploitation économique des enfants, le Comité a décidé de constituer un dossier complet contenant les instruments pertinents adoptés dans ce domaine, à savoir les deux programmes d'action adoptés par la Commission des droits de l'homme, ainsi qu'un compte rendu détaillé du débat de la journée sur la question, et d'adopter une série de recommandations visant à améliorer le système de prévention, de protection et de réadaptation des enfants placés dans des situations d'exploitation économique.

468. Le Comité a également pris note de la lettre que lui avait adressée le Sous-Secrétaire général aux droits de l'homme au sujet du mandat de Mme Warzazi, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, chargée de mettre à jour le rapport de M. Abdelwahab Boudhiba sur l'exploitation du travail des enfants¹⁶ et de l'étendue à l'étude des problèmes de la servitude pour dette.

469. Le Comité a rappelé à cet égard qu'il avait consacré une journée de sa quatrième session à un débat général sur l'exploitation économique des enfants, reflétant ainsi l'importance qu'il attachait à la question dans le cadre de la promotion et de la protection des droits de l'enfant.

470. Par ailleurs, le Comité a rappelé qu'il avait pris en considération les questions intéressant le Programme d'action pour l'élimination de l'exploitation de la main-d'oeuvre enfantine, lorsqu'il avait examiné les rapports que les États parties lui avaient soumis conformément à l'article 44 de la Convention, ainsi que les observations finales adoptées à l'issue de son dialogue avec les États parties en faisaient état.

471. Le Comité a décidé d'informer le Rapporteur spécial de la Sous-Commission de toutes les mesures qu'il avait prises à cet égard et de lui faire savoir qu'il souhaitait entretenir une coopération étroite avec elle.

472. Le Comité a pris note par ailleurs de la lettre que lui avait adressée le Sous-Secrétaire général aux droits de l'homme au sujet du

¹⁶ E/CN.4/Sub.2/479/Rev. 1.

mandat du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'environnement nommée par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

473. Le Comité a rappelé qu'aux termes de la Convention relative aux droits de l'enfant, les États parties étaient priés de fournir des informations pertinentes sur les mesures qu'ils auraient adoptées, en indiquant les facteurs et les difficultés qui les empêchaient de s'acquitter pleinement des obligations prévues, tout comme les progrès réalisés dans la mise en oeuvre des dispositions de la Convention, notamment les mesures prises pour lutter contre les risques de pollution du milieu naturel [art. 24, par. 2 c)], pour faire en sorte que tous les groupes de la société reçoivent une information sur l'hygiène et la salubrité de l'environnement et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information [art. 24, par. 2 e)] et veiller à ce que l'éducation de l'enfant vise à lui inculquer le respect du milieu naturel [art. 29, par. 1 e)]. Les informations fournies devraient aussi refléter l'interdépendance et l'indissociabilité des droits de l'enfant et tenir compte des principes généraux consacrés dans la Convention, à savoir la non-discrimination, l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit de l'enfant à la survie et au développement et le respect des opinions de l'enfant.

474. Le Comité s'est félicité de ce que le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'environnement ait inclus dans son deuxième rapport intérimaire¹⁷ des renseignements pertinents tirés des rapports des États parties illustrant leur préoccupation pour les enfants et l'état de l'environnement. Dans cet esprit, et vu l'intérêt que le Comité attachait à l'environnement, il a décidé d'informer le Rapporteur spécial des mesures spécifiques portées à son attention par les États parties dans leurs rapports initiaux. Il a aussi exprimé le désir d'être informé de tout fait nouveau survenu en la matière signalé au Rapporteur spécial.

475. A la même session, le Comité a décidé de suivre de près le débat général que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels consacrerait en 1994 au rôle des mesures de sécurité sociale comme moyen de protéger les droits économiques, sociaux et culturels, en particulier en situation d'ajustements structurels majeurs et/ou de passage à une économie

¹⁷ E/CN.4/Sub.2/1993/7.

de marché, ainsi qu'à l'éducation et à l'information en matière de droits de l'homme (recommandation 3).

b) *Coopération avec d'autres organes compétents*

476. À sa troisième session, le Comité a souligné qu'il importait de renforcer sa coopération avec les organismes des Nations Unies et les autres organes compétents en vue de garantir une meilleure application de la Convention. Il a également reconnu le rôle important joué par les organisations non gouvernementales pour mieux faire connaître la Convention et pour contribuer à la surveillance de son application. Le Comité a ainsi pris note avec intérêt de la réunion des organisations non gouvernementales pour l'Amérique latine tenue à Lima en décembre 1992. Il a également appelé l'attention sur la déclaration adoptée à cette occasion, qui représentait un engagement important sur la voie du respect des droits de l'enfant, et a décidé de la distribuer en tant que document de session (CRC/C/14).

477. À sa quatrième session, le Comité des droits de l'enfant a rappelé que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme avait reconnu l'importance du rôle joué par les organisations non gouvernementales dans la mise en oeuvre effective de la Convention relative aux droits de l'enfant.

478. Il a rappelé à cet égard que, dans la recommandation conjointe qu'ils avaient adressée à la Conférence, les organes créés en vertu d'instruments internationaux avaient suggéré de créer un service de liaison avec les ONG dans le cadre du Centre pour les droits de l'homme afin de faciliter leurs échanges avec les ONG.

479. Le Comité a tenu une réunion de travail avec le coordonnateur du Groupe des organisations non gouvernementales pour la Convention relative aux droits de l'enfant afin de discuter du rôle important que les coalitions nationales pouvaient jouer à cet égard ainsi que d'autres questions d'intérêt commun relatives à la coopération internationale.

480. À la même session, le représentant de la Conférence de La Haye de droit international privé a fait rapport au Comité sur la Convention relative à la protection des enfants et à la coopération en matière d'adoption transnationale, qui avait été récemment adoptée.

481. Le Comité s'est félicité de cet événement important et du rôle que la Convention relative aux droits de l'enfant avait joué dans la rédaction de ce nouvel instrument. Il a souligné en particulier l'importance primordiale du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le caractère subsidiaire de l'adoption transnationale.

482. Le représentant de Epoch Worldwide a en outre informé le Comité de ses recherches sur la question des châtiments corporels infligés aux enfants. On a mentionné à cet égard le droit de l'enfant d'être protégé contre toute forme de violence, de négligence ou de mauvais traitement, énoncé dans l'article 19 de la Convention.

483. Le Comité a estimé qu'il ne fallait pas négliger la question des châtiments corporels si l'on voulait améliorer le système de promotion et de protection des droits de l'enfant et il a décidé de continuer à tenir compte de cette question lorsqu'il examinerait les rapports des États parties.

484. À sa cinquième session, à la suite d'une première réunion organisée à l'occasion de sa deuxième session, le Comité a eu un échange de vues avec le Groupe de travail permanent de l'Organisation internationale de la police criminelle (INTERPOL) sur les délits à l'encontre des mineurs, pour débattre plus avant des questions d'intérêt mutuel dans le domaine des droits de l'enfant et envisager les secteurs où la coopération pourrait se développer.

485. A cet effet, INTERPOL avait soumis un document contenant les conclusions du premier Colloque international sur les délits commis à l'encontre d'enfants et de jeunes, ainsi qu'un projet de plan d'action en vue de développer la coopération avec l'Organisation des Nations Unies dans le domaine de la formation des responsables de l'application des lois.

486. Les représentants d'INTERPOL ont souligné l'importance que son Groupe de travail permanent attachait à la Convention relative aux droits de l'enfant et aux travaux du Comité, en particulier dans le domaine de l'exploitation sexuelle des enfants, du recours aux enfants à des fins criminelles et de la vente et de la traite d'enfants, ainsi que dans celui des droits et des intérêts des enfants au cours des enquêtes de police. Ils ont souligné que le principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant devait

être une considération primordiale avait inspiré l'approche du Groupe de travail permanent; il voyait en l'enfant la victime et non pas l'auteur du délit et encourageait une coopération pluridisciplinaire aux fins des politiques à adopter.

487. Le Comité a rappelé qu'à l'occasion du débat général qu'il avait consacré dernièrement à l'exploitation économique des enfants, il avait été fait référence au travail d'INTERPOL dans ces domaines. C'est pourquoi il avait inclus, dans la déclaration qu'il avait faite sur les résultats du débat général (CRC/C/20, annexe VI), une recommandation encourageant spécifiquement les initiatives tendant à lutter contre la corruption au sein des forces de police.

488. Le Comité a souligné par ailleurs qu'à l'occasion de l'examen des rapports des États parties, la question de la formation aux droits de l'homme en général et aux droits de l'enfant en particulier des responsables de l'application des lois avait été soulevée, comme le reflétaient les recommandations adressées aux États parties concernés. Dans cet esprit, il avait souvent, dans ses observations finales, encouragé l'organisation de campagnes d'information et d'éducation de façon à renforcer la prévention des crimes dont les enfants étaient victimes, ainsi que de cours de formation, en coopération avec le Programme de services consultatifs et d'assistance technique du Centre pour les droits de l'homme. Des mesures avaient déjà été prises au titre de ce programme dans ce secteur précis.

489. La formation et la défense de la cause des enfants, processus de longue haleine, sources de préoccupation communes, pourraient en fait contribuer à renforcer le respect de la dignité de l'enfant, à empêcher la discrimination quelle qu'elle soit, à protéger pleinement l'enfant contre toute forme de violence, notamment de mauvais traitements, et à garantir à l'enfant le droit d'exprimer librement ses opinions lors de toute action en justice, y compris au cours d'une enquête de police.

490. Le Comité a donc décidé de continuer de prêter attention à cette grave question et de déterminer les mesures à développer à l'avenir aux niveaux national ou régional en coopération étroite avec le Centre pour les droits de l'homme, les autres organes des Nations Unies et des organismes comme le Service de la prévention du crime et de la justice pénale,

INTERPOL et d'autres organismes compétents actifs dans ce domaine. Pour leur part, réaffirmant l'utilité d'une coopération étroite avec l'Organisation des Nations Unies et le Comité des droits de l'enfant, les représentants d'INTERPOL ont invité ce dernier à se faire représenter à la réunion de son groupe de travail permanent, prévue en avril 1994, ce qui constituerait un premier pas sur la voie d'une future action concertée.

3. Conférence mondiale sur les droits de l'homme

491. Le Comité des droits de l'enfant avait déjà amorcé l'examen de la question de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme à sa première session, et avait adopté un ensemble de recommandations à ce sujet¹⁸.

492. A la deuxième session du Comité, la Présidente a résumé les faits nouveaux qui s'étaient produits concernant les activités préparatoires en vue de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme. Elle avait souligné les difficultés qu'avaient suscitées l'inscription de certaines questions à l'ordre du jour provisoire de la Conférence lors du processus préparatoire. S'agissant du rôle des organes créés en vertu d'instruments internationaux dans la Conférence et de la contribution qu'ils pourraient y apporter, la Présidente a invoqué les dispositions de l'article 65 du projet de règlement intérieur de la Conférence qui prévoient que le Président ou d'autres membres désignés des organes en question pourront participer en qualité d'observateurs à ses délibérations.

493. Le Comité a fait sienne la proposition faite lors de la quatrième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux, tendant à constituer dans le cadre des délibérations du Comité préparatoire et de la Conférence mondiale elle-même, un groupe de travail spécial qui serait chargé d'examiner les problèmes soulevés par la mise en oeuvre des normes et instruments en vigueur dans le domaine des droits de l'homme, d'évaluer l'efficacité des méthodes et des mécanismes des organismes des Nations Unies et de formuler des recommandations concrètes propres à l'améliorer. On a noté que les organes créés en vertu d'instruments

¹⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 41 (A/47/41)*, chap. I, recommandation 5, et par. 18.

internationaux pourraient soumettre des données d'expérience ainsi que des recommandations à la Conférence mondiale par l'intermédiaire du Comité préparatoire auquel ils présenteraient des communications spécifiques à la quatrième session. Les membres du Comité ont rappelé qu'ils avaient recommandé, lors de leur session précédente, d'inscrire à l'ordre du jour de la Conférence mondiale un point qui porterait spécifiquement sur les droits de l'enfant et d'organiser dans le cadre du processus préparatoire une réunion des membres des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme pour faciliter une évaluation globale des travaux desdits organes en vue de faire des recommandations visant à améliorer le fonctionnement (recommandation 5). Le Comité s'est félicité de l'inscription de la question des observations et recommandations à l'intention du Comité préparatoire de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme à l'ordre du jour provisoire de la quatrième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

494. À sa troisième session, le Comité a pris note des faits nouveaux enregistrés récemment dans les préparatifs de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme.

495. Il a examiné de plus les recommandations relatives à la Conférence mondiale et à sa préparation adoptées par les présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux lors de leur quatrième réunion. Il a rappelé l'importance qu'il attachait à la participation sans réserve des représentants des organes conventionnels à toutes les réunions futures et à la Conférence proprement dite, à la reconnaissance d'un groupe des présidents en tant qu'organe consultatif spécial de la Conférence mondiale et à l'institution lors de la Conférence d'un groupe de travail spécial chargé d'examiner les questions liées à la mise en oeuvre des normes et instruments relatifs aux droits de l'homme, d'évaluer l'efficacité des méthodes et des mécanismes de l'ONU et de formuler des recommandations concrètes.

496. Le Comité a réaffirmé l'importance qu'il attachait à la Conférence mondiale, événement majeur de nature à contribuer de façon décisive à l'approfondissement de la connaissance des droits de l'homme dans le monde entier et au renforcement de leur promotion et de leur protection tout en accroissant le rôle des Nations Unies dans ce domaine. Il a donc décidé

de suivre de près toutes les activités préparatoires et la Conférence mondiale proprement dite et d'y contribuer activement.

497. À cet égard, le Comité s'est déclaré à nouveau prêt à participer à toutes les activités de la Conférence. Il a décidé en outre de se faire représenter par deux ou plus de deux de ses membres à la quatrième session du Comité préparatoire, en avril 1993, au cours de laquelle la question des résultats de la Conférence mondiale devrait être abordée. Le Comité a décidé de se faire représenter par son président et son rapporteur.

498. Il a également exprimé son intention d'être représenté à la réunion régionale prévue en Asie, regrettant de n'avoir pas pu participer aux réunions de Tunis et de San José (Costa Rica).

499. De plus, le Comité a décidé de participer à la réunion annexe organisée à Strasbourg par le Conseil de l'Europe du 28 au 30 janvier 1993. Il a désigné pour le représenter Mme Marta Santos Pais et M. Thomas Hammarberg.

500. Le secrétariat a informé le Comité de l'état d'avancement des six études «prototypes» à soumettre à la Conférence mondiale, ainsi que des 12 contributions de fond établies par différents organes de l'ONU.

501. Le Comité a rappelé l'importance de cette documentation, d'autant plus grande que l'un des objectifs définis dans les annotations aux études était d'examiner et d'évaluer les progrès accomplis dans le domaine des droits des enfants et de tenir compte de la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁹ tandis que d'autres objectifs portaient sur l'examen des systèmes d'application des instruments relatifs aux droits de l'homme, notamment l'obligation de présenter des rapports, et l'étude des moyens d'améliorer les travaux des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

502. Le Comité a pris note de l'ordre du jour provisoire pour la Conférence mondiale, qui illustre l'importance accordée aux tendances actuelles et aux nouveaux obstacles qui s'opposent à la pleine réalisation de tous les droits des femmes et des hommes, y compris ceux des personnes appartenant à des groupes vulnérables.

¹⁹ A/CONF.157/PC/20, par. 5.

503. Le Comité a rappelé la recommandation qu'il avait déjà adressée au Comité préparatoire de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, tendant à concevoir l'ordre du jour de la Conférence de telle sorte que les droits de l'enfant y occupent la place qui leur était due.

504. Étant donné que le Comité préparatoire examinerait la question des résultats de la Conférence mondiale à sa quatrième session, et que des questions intéressant le Comité pourraient être soulevées et incluses dans le document final de la Conférence, le Comité a décidé de recommander l'examen de la question des «enfants dans les conflits armés», pour illustrer l'un des obstacles entravant la réalisation complète de tous les droits de l'homme, y compris de ceux des personnes appartenant à des groupes vulnérables (voir chap. I, I, recommandation au Comité préparatoire).

4. Quatrième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme

505. À sa deuxième session, le Comité s'est félicité que doive se tenir, tous les deux ans, une réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Tout en se félicitant aussi de l'occasion qui leur était donnée de participer pour la première fois à une telle réunion, le Comité a décidé d'appeler l'attention de la quatrième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme les questions ci-après:

- a) L'expérience novatrice consistant à tenir des réunions informelles à l'échelon régional;
- b) L'importance essentielle de permettre au Comité des droits de l'enfant d'avoir accès à toutes les sources d'information ayant trait à ses fonctions. Aussi le Comité, conscient que l'informatisation des travaux des organes chargés de suivre l'application des traités avait un caractère hautement prioritaire, a-t-il encouragé la quatrième Réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme à prendre particulièrement en considération cette réalité et à envisager l'adoption de recommandations utiles et urgentes;

- c) L'importance que revêtent la diffusion d'informations sur la Convention relative aux droits de l'enfant et le mécanisme de suivi pour en renforcer la mise en oeuvre;
- d) La question des réserves et des déclarations sur laquelle le Comité s'était penché à la même session (voir plus loin, sect. D; voir également chap. I.G, deuxième session, recommandation 4; et chap. I.H, deuxième session, recommandation 5).

506. À sa troisième session, le Comité a été informé par le Président des décisions et des recommandations importantes adoptées par les présidents lors de leur réunion tenue à Genève du 12 au 16 octobre 1992, conformément à la résolution 46/111 de l'Assemblée générale, du 17 décembre 1991, et à la résolution 1992/15 de la Commission des droits de l'homme²⁰.

507. Un accent particulier a été mis sur l'attention portée par les présidents aux questions que le Comité avait décidé de soumettre à son examen (voir CRC/C/10, recommandation 5). Le Comité s'est déclaré encouragé par les résultats obtenus sur ces questions et sur d'autres questions essentielles.

508. Le Comité s'est félicité de la recommandation par laquelle les présidents soulignaient l'utilité de tenir des réunions des organes conventionnels en dehors de Genève, New York et Vienne et priaient le Secrétaire général de rechercher des moyens originaux permettant d'organiser plus facilement de telles réunions.

509. Le Comité a aussi été extrêmement encouragé par le sérieux avec lequel les présidents avaient traité la question des réserves (voir plus loin, sect. E), ainsi que par l'accueil favorable que les présidents avaient donné aux mesures mises en oeuvre pour améliorer ses méthodes de travail, à savoir la constitution par le secrétariat d'un dossier par pays complet pour chaque État partie dont le rapport devait être examiné⁸ et la compilation des observations et recommandations d'ordre général adoptées par les divers organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme¹³, mesure qu'il avait préconisée à sa première session⁸.

²⁰ Voir A/47/628, annexe.

510. De plus, le Comité a noté l'importante recommandation par laquelle les présidents avaient donné leur appui à la proposition d'étudier tous les moyens d'habiliter le Secrétaire général et les organes d'experts des droits de l'homme à porter les violations massives des droits de l'homme à l'attention du Conseil de sécurité⁹.

511. Le Comité a été extrêmement encouragé de voir que cette recommandation répondait à la même préoccupation que la procédure d'urgence qu'il avait instaurée à sa deuxième session, les deux mesures étant conçues pour empêcher la dégradation d'une situation et garantir un examen des violations graves des droits de l'homme, et permettant l'une et l'autre de porter ces violations à l'attention des organes compétents conformément au mandat de chacun.

5. Assistance technique et services consultatifs

a) Assistance technique

512. À sa deuxième session, le Comité a reconnu qu'à l'occasion de ses échanges de vues avec les différents organismes des Nations Unies et d'autres organismes compétents, il avait obtenu des informations sur d'importants programmes mis en oeuvre à l'échelon national et régional en matière de droits de l'enfant. Il en ressortait que la Convention était devenue un cadre fondamental et un élément essentiel de la planification et de la mise en oeuvre de ces programmes. De plus, l'indivisibilité des droits de l'enfant avait incité différentes institutions spécialisées et divers organismes compétents à se consulter pour examiner des programmes d'assistance technique soit pour en assurer la mise en oeuvre, soit pour entreprendre des campagnes de sensibilisation ou des activités de formation s'y rapportant. Ces activités aideraient non seulement à assurer la diffusion d'informations sur la Convention mais aussi à sensibiliser l'opinion à ces questions tant à l'échelle nationale qu'à celle des communautés locales.

513. Au cours des débats, on s'est aperçu qu'il y avait une volonté commune d'axer toutes ces activités sur la mise en place, à l'échelle nationale, d'un dispositif pour la défense des droits de l'enfant. Le Comité s'est notamment intéressé aux systèmes qui permettent d'assurer l'évaluation et le suivi des programmes d'assistance technique en cours après avoir été

mis au courant de la pratique en vigueur dans le système des Nations Unies.

514. À sa troisième session, le Comité a souligné l'importance qu'il attachait aux domaines où une assistance technique serait appropriée, et qui ressortaient de l'examen du rapport d'un État partie, compte tenu de l'alinéa b) de l'article 45 de la Convention.

515. Il a réaffirmé l'importance de la coopération avec les différents organismes des Nations Unies et les autres organes compétents dans les domaines intéressant l'application de la Convention. Dans ce contexte, il a souligné en particulier la nécessité d'être informé des programmes spécifiques d'assistance technique existants au niveau des pays et des difficultés qui se posaient dans les domaines où il était nécessaire de faire un effort pour mettre en place et développer la capacité au plan national.

516. Le Comité a reconnu que le groupe de travail de présession devrait servir d'organe centralisateur pour cette évaluation, en mettant donc l'accent sur la nécessité d'assurer la représentation des organes qui coopèrent avec lui dans la mise en oeuvre de la Convention au groupe de travail technique informel créé pour l'aider dans l'examen préliminaire des rapports des États parties.

517. Le Comité a reconnu en outre que, eu égard aux dispositions de l'alinéa b) de l'article 45 de la Convention, il serait important de préciser les domaines particulièrement intéressants ou de fournir des orientations pour la mise en oeuvre des programmes en cours ou proposés afin de garantir que le système de coopération internationale soit parfaitement adapté aux besoins et aux aspirations réels des enfants et soit conforme à l'esprit de la Convention.

518. À cette fin, le Comité a décidé de porter, selon les cas, ces considérations dans ses observations finales sur le rapport de chaque pays.

519. Il a décidé aussi, dans le cas où un programme d'assistance technique ou de services consultatifs précis était défini, d'encourager la convocation d'une réunion entre la délégation du gouvernement et les organes de l'ONU ou autres organes compétents, conformément à l'esprit de

dialogue et de coopération préconisé par la Convention relative aux droits de l'enfant, afin d'étudier à titre préliminaire le programme proposé.

b) *Services consultatifs*

520. À sa deuxième session, le Comité a examiné les différentes activités entreprises dans le cadre du programme considéré ainsi que les possibilités qu'il offrait de mieux faire connaître la Convention relative aux droits de l'enfant et de favoriser sa mise en oeuvre. Il a rappelé qu'il aurait l'occasion, après l'examen des rapports des États parties, de formuler des suggestions et des propositions concrètes d'activités qui seraient examinées et mises à exécution dans le cadre du programme d'assistance technique et de services consultatifs, activités dont l'exécution devrait à son tour être soumise à évaluation.

521. Les membres du Comité ont réitéré l'importance que revêtait, en matière de droits de l'enfant, le programme d'assistance technique et de services consultatifs. Ils ont souligné la nécessité de bien signaler l'existence de ce programme aux États parties qui pourraient avoir des difficultés à élaborer et à présenter leurs rapports ou à mettre en oeuvre la Convention, programme grâce auquel ils pourraient se procurer l'appui nécessaire à cette fin.

522. Le Comité a prié le Secrétaire général de renforcer, dans le cadre du programme de services consultatifs et d'assistance technique du Centre pour les droits de l'homme, les activités de formation relatives à l'application de la Convention, ainsi que l'organisation de séminaires et ateliers nationaux et locaux pour assurer la formation des personnes qui prendront part à l'établissement des rapports des États parties conformément aux directives adoptées en la matière (CRC/C/10, recommandation 3, par. 4). Il a également encouragé le Secrétaire général à considérer, dans le cadre du programme de bourses, l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, comme une question prioritaire (voir CRC/C/10, recommandation 3, par. 6).

523. À sa troisième session, le Comité a poursuivi l'examen des questions concernant le programme d'assistance technique et de services consultatifs. Il a été souligné que, si l'assistance technique et les services consultatifs du Centre pour les droits de l'homme étaient demandés par un

État partie, une réunion avec les responsables du Centre serait encouragée pour permettre une évaluation préliminaire des possibilités d'appui, en particulier en vue d'accroître la connaissance de la Convention de manière à assurer des activités de formation à l'intention de tous ceux qui participent à sa mise en oeuvre ou pour aider à élaborer la législation en la matière.

524. On trouvera à l'annexe VII au présent rapport un tableau indiquant les domaines où il est jugé nécessaire de fournir une assistance technique et des services consultatifs compte tenu des conclusions adoptées par le Comité à ses troisième à cinquième sessions.

E. RÉSERVES

525. À sa deuxième session, le Comité était saisi de la liste des réserves, des déclarations et des objections concernant la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC/C/2/Rev.1) ainsi que d'une note informelle du Secrétariat traitant des réserves formulées par les États parties, comme il l'avait demandé à sa première session. Certains de ses membres ont souligné qu'il importait de contribuer à la réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et que la question des réserves et des déclarations revêtait pour ces organes un intérêt commun (voir chap. I. H, deuxième session, recommandation 5 D).

526. Le Comité a souligné que le nombre sans précédent des États qui avaient ratifié la Convention relative aux droits de l'enfant ou y avaient adhéré dans des délais particulièrement courts reflétait bien l'appui universel dont jouissent les principes qui y sont énoncés et la volonté politique des États parties de mettre en oeuvre ses dispositions.

527. Il a noté que certaines des réserves et des déclarations formulées au sujet de la Convention ont contribué à renforcer les normes qui y sont énoncées. Tel est le cas par exemple des réserves et des déclarations qui ont été formulées à l'égard des dispositions de l'article 38 par quelques États parties qui souhaitent élever la limite d'âge minimale du service militaire. En revanche, certaines réserves et déclarations procéderaient plutôt d'une interprétation restrictive des dispositions de la Convention. Le Comité a

estimé qu'il fallait préserver l'esprit de compréhension et de consensus qui en émane et ne pas considérer la question des réserves et déclarations comme un facteur de division qui serait contraire à cet esprit.

528. Il a en outre souligné que la Convention témoignait d'une approche holistique des droits de l'enfant qui sont interdépendants. Le fait que chacun de ces droits constitue un élément fondamental de la dignité de l'enfant et qu'il influe sur la jouissance d'autres droits doit être pris en compte dans l'examen de la question des réserves et des déclarations.

529. Le Comité a estimé qu'il importait d'examiner la question des réserves et des déclarations lorsqu'il examinerait les rapports des États parties. Au cours des échanges de vues qu'il aura à cette occasion avec les États, il devrait encourager ceux qui ont formulé des réserves ou fait des déclarations à en réexaminer l'utilité et, éventuellement, à les retirer. Il devrait en outre demander aux États parties de l'informer de la façon dont les réserves et déclarations qu'ils ont formulées étaient reflétées dans la législation nationale et appliquées, étant bien entendu qu'en tout ce qui touche à l'enfant, la considération primordiale doit être de servir aux mieux ses intérêts.

530. À sa troisième session, le Comité a été extrêmement encouragé par le sérieux avec lequel les présidents, à la réunion tenue à Genève du 12 au 16 octobre 1992, avaient traité la question des réserves émises à l'égard des principaux instruments relatifs aux droits de l'homme, reconnaissant qu'il y avait lieu de s'en inquiéter en raison de leur nombre, de leur nature et de leur portée. Il a pris note de la recommandation selon laquelle les organes conventionnels qui constataient que des réserves posaient de graves problèmes d'incompatibilité manifestes avec l'objet et le but du traité devaient envisager de prier le Conseil économique et social ou l'Assemblée générale, selon le cas, de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice²¹.

531. Le Comité a rappelé qu'il avait examiné la question des réserves et déclarations à l'égard de la Convention relative aux droits de l'enfant à sa deuxième session et a insisté sur la nécessité de continuer à réfléchir à

²¹ A/47/628, annexe, par. 61.

la question. Il a souligné combien il importait de poser systématiquement la question lors de l'examen des rapports soumis par les États parties, idée à laquelle les présidents avaient souscrit.

532. À sa quatrième session, le Comité a continué à se pencher sur la question des réserves à la Convention dans le cadre de l'examen des rapports présentés par les États parties.

533. Il a rappelé à ce sujet que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme avait accordé une attention particulière à cette importante question et qu'elle avait notamment encouragé les États à envisager de limiter la portée de leurs réserves, à les formuler avec autant de précision et de circonspection que possible et à veiller à ce qu'elles ne soient pas incompatibles avec l'objet et le but de la Convention ou contraires au droit des traités.

534. Le Comité a décidé de poursuivre son dialogue avec les États parties sur cette question afin de les encourager à retirer leurs réserves.

F. DÉBATS GÉNÉRAUX SUR DES THÈMES PARTICULIERS

535. Conformément à l'article 75 de son règlement intérieur provisoire, le Comité avait décidé, à sa première session, de consacrer une ou plusieurs séances de ses sessions ordinaires à un débat général sur un article particulier de la Convention ou sur un sujet connexe pour favoriser une meilleure compréhension du contenu et des incidences de la Convention.

1. Les enfants dans les conflits armés

536. Lors de sa première session, le Comité avait décidé de consacrer une journée de sa deuxième session à l'examen du sujet «Les enfants dans les conflits armés». La décision d'examiner cette question se fondait sur les éléments suivants :

- a) L'importance exceptionnelle de cette question dans le cadre de la promotion et de la protection des droits des enfants et le rôle que peut jouer la Convention à cet égard;
- b) Le fait que, depuis quelques années, on assiste à une augmentation du nombre de conflits (plus de 150 depuis la seconde guerre

mondiale), qui mettent en jeu des armes et des méthodes de combat toujours plus sophistiquées et brutales et affectent de plus en plus les populations civiles et en particulier les enfants;

- c) La nécessité urgente d'informer l'opinion publique de ce problème et de l'y sensibiliser, et d'encourager la prise de mesures appropriées;
- d) La nécessité de faire ressortir la complexité de la question des enfants dans les conflits armés, qui ne doit pas seulement se limiter à l'examen d'une seule disposition de la Convention, en l'occurrence l'article 38.

537. L'examen de cette question pouvait, à la lumière des dispositions pertinentes de la Convention, faire émerger des préoccupations d'une nature différente, concernant, entre autres choses :

- a) La pertinence et l'adéquation des instruments internationaux existants, y compris du droit humanitaire international, et l'opportunité de nouvelles activités normatives;
- b) La nécessité de promouvoir fermement l'adoption de mesures préventives, visant soit à prévenir les conflits, soit à empêcher que les enfants ne participent directement ou indirectement aux hostilités et qu'ils n'en supportent les conséquences;
- c) La nécessité de garantir une protection efficace aux enfants en période de conflit armé, dans le contexte général de la réalisation de tous les droits de l'enfant, inhérents à sa dignité et essentiels au développement total et harmonieux de sa personnalité;
- d) La nécessité de garantir la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime d'un conflit armé, ou qui en subirait les effets, dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

538. À sa deuxième session, le Comité a consacré ses 38^e et 39^e séances, le 5 octobre 1992, à un débat général sur le thème : «Les enfants dans les conflits armés».

Pertinence et adéquation des normes existantes

539. Mention a été faite des différentes dispositions applicables, s'agissant des enfants dans les conflits armés, notamment des quatre Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, de la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé, de la Déclaration des droits de l'enfant et de la Convention relative aux droits de l'enfant; ainsi que d'autres normes des Nations Unies, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'Observation générale 17 adoptée par le Comité des droits de l'homme sur l'article 24 du Pacte.

540. On a fait observer qu'il y avait des situations dans lesquelles les enfants ne jouissent pas de la protection des normes existantes, ce qui est très souvent le cas lorsqu'un pays est en proie à des tensions internes. Il serait donc nécessaire d'envisager une série de normes humanitaires minimales, applicables en période de conflit armé, dans toutes les situations à tous les enfants sans discrimination, de manière à combler quelque lacune que ce soit.

541. Lorsque le Comité a examiné la question des enfants dans les conflits armés au regard des dispositions de la Convention, il a été rappelé que les États parties s'étaient engagés à respecter les droits qui y sont énoncés et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction (art. 2). Les États parties se sont également engagés à prendre toutes les mesures appropriées à cette fin (art. 4) et pour que, dans toutes les décisions prises, l'intérêt supérieur de l'enfant soit la considération primordiale (art. 3). Aucune de ces dispositions générales ne souffre de dérogation en temps de guerre ou d'état d'urgence.

542. Il a été rappelé par ailleurs que la Convention, dans son article 41, invite les États parties à toujours appliquer les normes les plus propices à la réalisation des droits de l'enfant, qui peuvent figurer dans le droit international ou dans la législation d'un État partie. Enfin, l'attention du Comité a été appelée sur le fait que les États parties peuvent aussi lorsqu'ils ratifient la Convention ou qu'ils y adhèrent faire des déclarations dans lesquelles ils s'engagent devant la communauté internationale à appliquer des normes plus favorables que celles qui dérivent directement de cet

instrument, et notamment à ne pas incorporer dans les forces armées d'enfants de moins de 18 ans.

543. Dans ce contexte, le Comité a été amené à envisager différentes mesures nécessaires: a) ratification des instruments internationaux pertinents existants ou adhésion à ces instruments; b) application efficace des normes correspondantes; et c) amélioration du cadre normatif existant.

Renforcement des mesures préventives

544. La discussion a porté sur des mesures générales visant à prévenir le déclenchement de conflits. L'accent a été mis sur le rôle que peut jouer l'éducation :

- a) Éducation dans un esprit de compréhension, de solidarité et de paix, en un processus général et continu, comme il est indiqué à l'article 29 de la Convention relative aux droits de l'enfant;
- b) Éducation et formation à l'intention des militaires et des groupes travaillant avec et pour les enfants;
- c) Éducation et diffusion d'informations destinées spécifiquement aux enfants.

On a également mis l'accent sur la nécessité de sensibiliser l'opinion publique aux motivations politiques qui sous-tendent les conflits. La prise de conscience aux motivations pourrait amener à envisager des solutions de médiation ou de conciliation visant à éviter le conflit ou à en atténuer les effets.

545. L'importance de la question des dépenses d'armement, de la vente d'armes et de l'opportunité d'envisager un mécanisme de surveillance approprié à cet égard, n'a pas été négligée. On a fait valoir dans ce contexte qu'en veillant à mettre l'enfant à l'abri des brutalités et de la négligence, on contribuerait à prévenir le recours à la violence dans l'avenir ce qui constituerait une mesure préventive générale.

546. On a débattu d'autre part de mesures préventives spécifiques visant à empêcher que les enfants ne participent à des conflits armés: interdiction d'enrôler les enfants dans les forces armées avant un certain âge

et adoption de mesures garantissant que les enfants ne participeront pas aux hostilités et n'en supporteront pas les conséquences.

Mise en oeuvre d'une protection efficace pour les enfants dans les situations de conflit armé

547. Il a été rappelé que, au-delà de l'article 38, l'esprit général dans lequel est envisagée la réalisation des droits de l'enfant énoncés dans la Convention doit être garanti. C'est du même esprit, très souvent, que procèdent également les dispositions du droit humanitaire. Les membres du Comité ont ainsi souligné l'importance des dispositions visant à protéger le milieu familial, garantir l'assistance et les soins fondamentaux, garantir l'accès à la santé, à l'alimentation et à l'éducation; interdire l'usage de la torture, les brutalités ou la négligence; interdire la peine de mort; préserver l'environnement culturel des enfants et les protéger dans les situations où ils sont privés de liberté. Le Comité a particulièrement insisté sur la nécessité, dans les situations de conflit armé, de garantir une assistance et des secours humanitaires aux enfants ainsi que la possibilité d'accéder à eux pour des raisons humanitaires. Il a mentionné, spécialement, à cet égard, les importantes mesures que représentaient la déclaration de jours de trêve et la délimitation de couloirs de la paix.

Facilitation de la réadaptation physique et psychologique et de la réinsertion sociale

548. L'article 39 de la Convention a fait l'objet d'un examen particulier. Divers programmes et expériences ont été portés à l'attention du Comité, qui ont mis en évidence les besoins en ressources et en denrées et produits divers (alimentation et médicaments). En outre, on a insisté sur la nécessité d'envisager un programme cohérent pour la réadaptation et la réinsertion, qui serait conçu et appliqué dans le cadre d'un effort concerté entre les organes des Nations Unies et les organisations non gouvernementales. A cet égard, il faudrait veiller à : a) appliquer et contrôler les stratégies appropriées et b) renforcer la participation de la famille et de la communauté locale à ce processus.

Suivi de la discussion générale

549. Étant donné la diversité des contributions apportées à la discussion et la nature des problèmes considérés, le Comité a reconnu la nécessité de suivre continûment, dans le cadre de son mandat, la question exceptionnelle et complexe des enfants dans les conflits armés. Il a donc envisagé les différentes mesures qu'il pourrait prendre à cet égard :

- a) Mise au point de directives plus spécifiques pour l'application des dispositions les plus pertinentes, à savoir les articles 38 et 39;
- b) Formulation d'une série de recommandations;
- c) Examen d'une observation générale préliminaire;
- d) Réalisation d'études générales portant sur certains aspects du problème;
- e) Rédaction préliminaire d'un futur protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, qui ferait passer l'âge de recrutement des enfants dans les forces armées à 18 ans.

550. Pour étudier ces différentes mesures à la lumière du débat général, le Comité a décidé d'établir un groupe de travail composé de certains de ses membres, qui seraient chargés de soumettre des propositions finales lors de la prochaine session ordinaire, prévue en janvier 1993.

551. Le Comité a précisé, en outre, qu'au moment où il examinerait les rapports des États parties, il pourrait :

- a) Se féliciter de la déclaration dans laquelle certains d'entre eux s'engageaient à ne pas enrôler dans l'armée d'enfants âgés de moins de 18 ans;
- b) Souligner la nécessité de recueillir des informations sur la législation et la pratique en vigueur dans les États parties quant à l'application de l'article 38;
- c) S'efforcer de vérifier dans quelle mesure, au regard de l'article 41, les normes les plus favorables sont appliquées, ou encourager l'adoption de dispositions plus protectrices au niveau national;
- d) Encourager les États parties, qui autorisent l'enrôlement dans les forces armées avant l'âge de 18 ans, à s'interroger sur le point de

savoir si l'intérêt supérieur de l'enfant est bien en l'occurrence la considération primordiale;

- e) Encourager les États parties à examiner, dans le cadre du processus continu de suivi des progrès, si toutes les mesures nécessaires ont été adoptées pour garantir la réalisation totale des droits de l'enfant à tous les enfants relevant de leur juridiction.

552. À la troisième session, le groupe de travail chargé de présenter des propositions concernant la suite à donner à ce débat a présenté oralement au Comité un rapport sur ses activités, rendant compte de son examen des diverses mesures qui pouvaient être prises à cet égard, en indiquant la priorité que chacune méritait. Il a souligné une fois encore l'importance du débat général pour étudier et mieux comprendre cette réalité essentielle et pour mettre en place un cadre efficace pour ses activités futures.

553. Le Comité a reconnu la nécessité de veiller à ce que ce problème fasse l'objet d'une attention continue et de tirer parti de l'expérience acquise de l'examen des rapports des États parties pour concevoir de nouvelles mesures, en particulier en ce qui concernait l'examen d'une observation générale ou l'élaboration d'un ensemble de recommandations ou de directives spécifiques.

554. Le Comité a envisagé l'adoption des mesures prioritaires ci-après:

- a) Eu égard à la gravité des atteintes causées par les conflits armés aux droits essentiels des enfants et afin de s'occuper davantage de cette réalité, recommander à l'Assemblée générale de prier, à sa quarante-huitième session, le Secrétaire général d'entreprendre, à la lumière de l'article 45 c) de la Convention, une étude des moyens d'améliorer la protection des enfants contre les effets négatifs des conflits armés (voir chap. I. J, troisième session, recommandation 1 et annexe V au présent rapport);
- b) Charger l'un de ses membres d'établir un avant-projet de protocole facultatif se rapportant à la Convention, pour porter à 18 ans l'âge fixé à l'article 38 de la Convention. Le texte de l'avant-projet figure à l'annexe VIII du présent rapport. Dans ce contexte, le Comité a encouragé les États parties à réfléchir à l'adoption de mesures visant à porter à 18 ans l'âge fixé à l'article 38;

- c) Traiter de la question de l'utilisation d'enfants dans les conflits armés dans une recommandation à soumettre à la quatrième session du Comité préparatoire de la Conférence mondiale (voir chap. I. I et CRC/C/16, annexe V);
- d) Inclure dans la liste des sujets éventuels d'étude dressée par le Comité la question de la réadaptation et de la réinsertion eu égard à l'article 39 de la Convention.

555. Enfin, le Comité s'est félicité de la contribution capitale au débat général sur les enfants dans les conflits armés apportée par les organes invités, le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, les organismes des Nations Unies, les institutions spécialisées et autres organismes compétents, y compris les organisations non gouvernementales, contribution qui avait permis un dialogue vivant, un examen poussé de chaque aspect et un mode d'approche global à cette réalité, dans le cadre de la Convention relative aux droits de l'enfant.

556. Le Comité a donc décidé d'adresser à tous ceux qui avaient participé au débat général une lettre pour les remercier de leur contribution et les informer des mesures de suivi qu'il avait adoptées.

557. Dans le cadre du débat général sur les enfants dans les conflits armés, le Comité a examiné la situation critique des enfants dans l'ancienne Yougoslavie et les rapports faisant état de violations des droits fondamentaux, y compris de viols de jeunes filles et de femmes en Bosnie-Herzégovine.

558. Le Comité a rappelé que la Yougoslavie avait ratifié en janvier 1991 la Convention relative aux droits de l'enfant. Il a aussi pris note de l'examen par le Comité des droits de l'homme de la situation en Croatie, en Bosnie-Herzégovine et en Yougoslavie. Eu égard à la gravité de cette situation et à la nécessité de réfléchir aux moyens de soulager le sort des enfants et de garantir le respect et la protection sans réserve de leurs droits, le Comité a décidé de porter ses préoccupations à l'attention du Rapporteur spécial désigné par la Commission des droits de l'homme pour suivre la situation dans le territoire de l'ancienne Yougoslavie, et l'a invité à prendre part aux travaux sur la question des enfants dans les conflits armés. Le Comité espérait par ce dialogue mieux faire comprendre les souffrances

causées aux enfants par les conflits armés, en particulier quand ils sont utilisés comme cible de la stratégie militaire, et encourager l'examen de mesures conçues en fonction de l'intérêt supérieur des enfants. Il espérait aussi que ces préoccupations pourraient être reflétées dans les rapports que le Rapporteur spécial soumettrait à la Commission des droits de l'homme. Comme le Rapporteur spécial n'avait pu être présent, le Comité a décidé de lui adresser une recommandation lui demandant, lorsqu'il s'acquitterait de son mandat et établirait ses rapports, de tenir pleinement compte de la Convention relative aux droits de l'enfant (voir chap. I.G, troisième session, recommandation 3). Il s'est en outre déclaré disposé à rencontrer le Rapporteur spécial à une autre de ses sessions pour poursuivre l'examen de la question.

559. À sa quatrième session, prenant note du fait que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme lui a demandé d'étudier la question du relèvement de l'âge minimum de l'enrôlement dans les forces armées, a prié le Secrétaire général de transmettre à la Commission des droits de l'homme, à sa cinquantième session, l'avant-projet de protocole facultatif qu'il avait établi sur cette question à sa troisième session²².

2. Exploitation économique des enfants

560. À sa deuxième session, le Comité a décidé de consacrer une journée de sa quatrième session au débat général sur le thème «Exploitation économique de l'enfant».

561. À sa troisième session, le Comité a confié à certains de ses membres la tâche d'élaborer un schéma identifiant ses principales préoccupations à cet égard (voir CRC/C/16, annexe III).

562. Le Comité a également décidé d'adresser ce schéma aux institutions spécialisées, à des organes compétents de l'ONU, tels que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité des droits de l'homme et le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage de la Sous-Commission, ainsi qu'à des organisations non gouvernementales et à d'autres organes compétents, en les invitant à participer à ce débat général et à présenter à l'avance des contributions écrites.

²² Voir chap. I.J, quatrième session, recommandation 5 et E/CN.4/1994/91.

563. À sa quatrième session, le Comité a consacré ses 95^e et 96^e séances au débat général sur le thème de l'exploitation économique des enfants. Par cette décision, le Comité a voulu montrer l'importance qu'il attache à cette question dans le cadre de la promotion et de la protection des droits de l'enfant, sa volonté de sensibiliser l'opinion publique au sort des enfants de plus en plus nombreux qui sont soumis à une exploitation économique, la nécessité d'une action intégrée et concertée de la part des gouvernements, des organismes des Nations Unies et des autres organismes qui s'occupent des droits de l'enfant, et le rôle décisif que la Convention relative aux droits de l'enfant peut jouer à cet égard.

564. Le Comité était saisi de quelques documents de base importants, en plus des deux programmes d'action adoptés par la Commission des droits de l'homme – le programme d'action pour l'élimination de l'exploitation de la main-d'oeuvre enfantine et le programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants.

565. Le Comité a noté que la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités avait décidé, dans sa résolution 1993/5 du 20 août 1993, de nommer un rapporteur spécial chargé de mettre à jour le rapport de M. Abdelwahab Boudhiba sur l'exploitation de la main-d'oeuvre infantile⁶.

566. Le Rapporteur spécial chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants a aussi présenté un document indiquant les mesures qu'il avait prises dans le cadre de son mandat et a fait une déclaration devant le Comité.

567. Le débat général a été l'occasion d'un échange de vues fructueux entre les membres du Comité et les organismes des Nations Unies, les institutions spécialisées et autres organismes compétents, notamment les organisations non gouvernementales.

568. Les participants ont examiné différentes formes d'exploitation de la main-d'oeuvre infantile, y compris l'emploi d'enfants comme domestiques, la prostitution des enfants, la pornographie impliquant des enfants et la vente d'enfants. Au cours du débat, qui a été ouvert par des membres du

Comité (Mme Marta Santos Pais, M. Thomas Hammarberg et Mme Akila Belembaogo – voir CRC/C/20, annexe V), on a insisté particulièrement sur la nécessité de placer l'enfant au centre de toutes les politiques, qu'elles soient adoptées par des institutions financières internationales, des organismes de développement ou des gouvernements. On a aussi appelé l'attention sur la nécessité de respecter la dignité de l'enfant, en mettant l'accent sur les valeurs de solidarité, de participation et d'équité.

569. La discussion a fait ressortir la nécessité d'une action globale et concertée en matière de prévention, de protection et de réadaptation. On a également souligné la nécessité de renforcer l'action préventive, en mettant l'accent sur le rôle essentiel que l'éducation devait jouer à cet égard. On a aussi recommandé des mesures à prendre dans le domaine de la protection des droits de l'enfant, y compris la nomination d'un médiateur qui pourrait intervenir pour aider les enfants victimes d'exploitation économique. On a reconnu l'importance du rôle de la réadaptation et de la réinsertion sociale des enfants victimes d'une forme quelconque d'exploitation économique. On a estimé qu'une coordination efficace à tous les niveaux était indispensable pour réaliser des progrès, tant sur le plan national que sur le plan international.

570. Le débat a montré qu'il fallait se référer aux principes généraux de la Convention pour évaluer la situation réelle, élaborer des politiques adéquates et appliquer des plans d'action efficaces pour lutter contre l'exploitation des enfants et leur assurer la jouissance de leur droit à une enfance normale.

571. Vu la contribution des participants au débat et l'importance des problèmes examinés, le Comité a estimé qu'il fallait poursuivre l'examen de cette question urgente. Il a donc décidé : a) de faire une déclaration publique sur les résultats de la journée de débat général (voir CRC/C/20, annexe VI); b) de constituer un groupe de travail composé de certains de ses membres qui serait chargé de préparer, à la lumière du débat et des dispositions de la Convention, une série de recommandations que le Comité examinerait à la session ordinaire qu'il devait tenir en janvier 1994; c) d'envisager la publication d'un document basé sur le débat général relatif à l'exploitation économique des enfants.

572. À la cinquième session du Comité, à la lumière du mandat susmentionné, le Groupe de travail a fait deux propositions, que le Comité a approuvées à sa cinquième session :

- a) Compilation d'un dossier, sorte de rapport détaillé de la journée consacrée à la question, contenant les déclarations faites au nom du Comité (ibid., annexes V et VI), les comptes rendus analytiques du débat reflétant les déclarations faites par les participants à la réunion, y compris l'exposé du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants, ainsi que les documents de base adoptés dans le cadre du système des Nations Unies en ce qui concerne la protection des enfants contre l'exploitation économique – à savoir, les deux Programmes d'action adoptés par la Commission des droits de l'homme pour l'élimination de l'exploitation de la main-d'oeuvre enfantine (résolution 1993/79, annexe) et pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants (résolution 1992/74, annexe). Ce dossier, qui serait produit et distribué en coopération étroite avec le Bureau international du Travail, devrait être porté à l'attention de tous les États parties, des organes des Nations Unies, des institutions spécialisées, des institutions financières et des organismes de développement, ainsi que des autres organismes compétents en la matière, dont INTERPOL et la communauté des organisations non gouvernementales (voir CRC/C/24, annexe IV);
- b) Adoption de la série de recommandations ci-après en vue d'initiatives de suivi, pour améliorer le système de prévention, de protection et de réadaptation des enfants se trouvant dans des situations d'exploitation économique :

Recommandations concernant l'exploitation économique des enfants

À sa cinquième session, le Comité des droits de l'enfant, conscient de la gravité des problèmes examinés à l'occasion du débat général consacré à l'exploitation économique des enfants, liée au travail des enfants, y compris dans le secteur non structuré, comme c'est le cas des employés de

maison, à la vente d'enfants, à la prostitution infantine et à la pornographie impliquant des enfants, et à la lumière de l'échange de vues fructueux que le Comité a eu avec d'autres organes des Nations Unies, des institutions spécialisées et divers organismes compétents, en particulier des organisations non gouvernementales, a décidé de continuer de prêter attention à cette réalité dans le cadre de ses activités et d'adopter une série de recommandations en la matière.

Introduction

1. Le débat général consacré à l'exploitation économique des enfants reflétait l'approche globale des droits de l'homme des enfants sur laquelle insiste la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans cet esprit, le Comité des droits de l'enfant rappelle que tous les droits sont indissociables et interdépendants, ces droits étant tous inhérents à la dignité humaine de l'enfant. La mise en oeuvre de chaque droit énoncé dans la Convention, comme c'est le cas du droit à être protégé de l'exploitation économique, devrait donc aller de pair avec la mise en oeuvre et le respect de tous les autres droits de l'enfant.

2. Le Comité rappelle aussi qu'aux termes de la Convention, les États parties se sont engagés à respecter tous les droits qui sont énoncés dans la Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune (art. 2), à prendre toutes les mesures appropriées nécessaires à cet effet (art. 4) et, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, de faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale (art. 3). De plus, pour tout ce qui intéresse l'enfant, les opinions de l'enfant devraient être dûment prises en considération et l'enfant devrait avoir la possibilité de participer à toute décision l'intéressant (art. 12).

3. Ces dispositions de caractère général s'appliquent naturellement aussi dans les situations d'exploitation économique des enfants. Dans ce domaine comme dans d'autres, la Convention invite les États parties à prendre des mesures en mettant en place, conformément à ses principes et à ses dispositions, le cadre juridique voulu et les mécanismes de mise en oeuvre nécessaires.

4. Ces mesures contribueront à empêcher que ne se produisent des situations d'exploitation économique ou que celles-ci n'aient des effets préjudiciables pour les enfants; elles devraient viser à renforcer le système de protection des enfants et encourageront leur rétablissement physique et psychologique ainsi que la réinsertion sociale des enfants victimes de toute forme d'exploitation économique, dans un environnement propice à la santé, à l'estime de soi et à la dignité de l'enfant.

5. Par le système d'établissement de rapports qu'elle institue (voir deuxième partie de la Convention), la Convention souligne aussi que les États parties doivent procéder à une évaluation périodique des progrès réalisés dans l'application de la Convention. Cette activité de suivi permettra aux États parties de passer régulièrement en revue leur législation et leur politique et de se concentrer sur les domaines où de nouvelles mesures s'imposent. Le Comité rappelle par conséquent la contribution que le système de rapports peut apporter à l'amélioration de la situation des enfants et invite les États, les autres organes des Nations Unies, les institutions spécialisées et les divers organismes compétents à prêter attention, dans le cadre spécifique de la protection des enfants contre l'exploitation économique, aux recommandations ci-après:

6. Le Comité reconnaît que seule une action globale et concertée de toutes les entités compétentes permettra d'améliorer les politiques de prévention, de protection et de réadaptation arrêtées en faveur des enfants victimes d'une exploitation économique et d'en assurer le succès. Aussi souligne-t-il l'importance et la nécessité d'une coordination tant nationale qu'internationale.

7. Le Comité recommande à cet égard la mise en place d'un mécanisme national de coordination des politiques et de suivi de l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, doté de compétences spécifiques dans le domaine de la protection de l'enfant contre l'exploitation économique. Un mécanisme de coordination de ce type (comme c'est le cas de tout comité ou commission nationale des droits de l'enfant), composé des représentants des différentes entités compétentes au niveau du pays, a les moyens d'assurer une approche globale et pluridisciplinaire de l'application de la Convention et d'encourager une interaction et une complémentarité effectives des activités mises en oeuvre. Par ailleurs, il peut faciliter la

collecte des informations pertinentes et l'évaluation systématique et fiable de la réalité, et préparer la voie à l'examen de nouvelles stratégies de promotion et de protection des droits de l'enfant, y compris dans le domaine de la protection contre l'exploitation économique.

8. Ce mécanisme de coordination jouera aussi un rôle important en tant que centre de référence pour les organisations non gouvernementales, y compris les organisations de travailleurs et d'employeurs, dont il faudrait rechercher le concours. En fait, comme la Conférence mondiale sur les droits de l'homme l'a reconnu, ces organisations jouent un rôle non négligeable dans l'application effective de la Convention, sur le plan de la défense de la cause des enfants, de l'éducation, de la formation et de la réadaptation, domaines qui revêtent aussi une importance critique pour la protection des enfants contre toute forme d'exploitation économique.

9. Le Comité rappelle le rôle essentiel que la Convention relative aux droits de l'enfant accorde à la coopération internationale. Il rappelle aussi que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a reconnu la nécessité de susciter un surcroît de coopération et de solidarité internationales pour étayer l'application de la Convention et que les droits de l'enfant devraient avoir priorité dans l'action menée à l'échelle du système des Nations Unies.

10. Le Comité encourage de ce fait les États à étudier les moyens de renforcer leur coopération et leur solidarité en faveur de la promotion des droits de l'enfant, aux niveaux bilatéral et régional.

11. Le Comité encourage aussi les organes compétents des Nations Unies et les institutions spécialisées, les institutions financières internationales et les organismes de développement à améliorer la coordination et l'interaction de leurs activités, notamment dans le domaine de la protection des enfants contre toute forme d'exploitation économique.

12. Le Comité encourage par ailleurs les organes des Nations Unies et les institutions spécialisées à passer régulièrement en revue et à suivre les droits de l'homme et la situation des enfants, conformément à leur mandat. À ce propos, le Comité rappelle l'intérêt capital que présente la Convention en tant que cadre juridique susceptible d'inspirer les programmes de services

consultatifs et d'assistance technique et réaffirme le rôle moteur qu'il se propose de continuer à jouer en tant que centre de coordination pour les droits de l'enfant dans l'action menée à l'échelle du système des Nations Unies.

13. Le Comité souligne l'importance capitale de l'information et de l'éducation pour empêcher que ne se produisent des situations d'exploitation économique ainsi que pour protéger et réadapter les enfants qui en ont été victimes.

14. Le Comité rappelle à ce propos que les États parties se sont engagés à faire largement connaître les principes et les dispositions de la Convention relative aux droits de l'homme, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes comme aux enfants (art. 42).

15. A cet effet, le Comité recommande que les États parties lancent de vastes campagnes d'information sur la Convention axées spécifiquement sur les enfants, afin de leur faire prendre conscience de leurs droits (y compris de leurs droits à l'étude, aux loisirs et au repos), des mesures de protection dont ils peuvent bénéficier et des risques qu'ils rencontrent lorsqu'ils se trouvent placés dans des situations d'exploitation économique – comme c'est le cas d'activités qui nuisent à leur santé, qui empêchent leur développement harmonieux, qui compromettent leur éducation ou qui les amènent à participer à des activités criminelles.

16. De même, il faudrait envisager des campagnes d'information de l'opinion publique en général, y compris au niveau de la famille et de la collectivité et destinées aux travailleurs et aux employeurs, pour les sensibiliser à la Convention et la leur faire mieux connaître, afin notamment d'assurer le respect de la dignité de l'enfant, d'empêcher les pratiques discriminatoires et de garantir la protection efficace des enfants contre les situations d'exploitation économique. Il faudrait aussi former les personnels qui travaillent auprès des enfants ou dans l'intérêt des enfants, notamment les enseignants, les responsables de l'application des lois, les juges et les travailleurs sociaux; des mesures en ce sens contribueraient à empêcher que l'enfant ne soit victime de discrimination, de marginalisation et d'autres pratiques susceptibles de lui porter préjudice, ainsi qu'à encourager la prise en compte des vues de l'enfant.

17. Ces différentes activités, qui devraient être développées de concert entre services gouvernementaux et non gouvernementaux et dans lesquelles les médias ont un rôle non négligeable à jouer, contribueront à mettre en lumière les situations d'exploitation économique, souvent illicites et clandestines, ainsi qu'à surmonter l'apathie et l'indifférence de l'opinion à leur égard. Elles permettront aussi de faire mieux comprendre l'étendue des problèmes actuels et d'envisager l'adoption des mesures voulues pour y remédier.

18. Le Comité souligne l'importance de l'éducation en tant que mesure de prévention indispensable pour lutter contre les situations d'exploitation économique des enfants. Il recommande par conséquent d'accorder toute l'attention voulue à l'éducation, en rendant notamment l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous les enfants. De plus, il faudrait aussi considérer l'éducation, comme on l'a reconnu dans la Convention relative aux droits de l'enfant, comme le meilleur moyen d'assurer le plein épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes, et comme l'occasion donnée à l'enfant de profiter de ses premières années tout en se préparant à vivre en assumant ses responsabilités au sein de la société, en bénéficiant de l'égalité des chances pour opérer des choix librement et en connaissance de cause.

19. Le Comité recommande par ailleurs de considérer la Convention, dans le cadre des programmes scolaires, comme une illustration précieuse de l'éducation aux droits de l'homme, ainsi que comme un encouragement aux enfants à participer à la vie scolaire et sociale, notamment en constituant des associations ou en s'y affiliant. Quant aux enfants au bénéfice d'un emploi conformément à la loi et à l'article 32 de la Convention, ils devraient bénéficier d'un système d'éducation adapté.

20. Sur le plan de la protection de l'enfant contre l'exploitation économique, le Comité considère l'enfant comme une personne devant bénéficier du respect et de la solidarité au sein de la famille et de la société.

21. En cas d'exploitation sexuelle et par le travail, le Comité considère l'enfant comme une victime devant bénéficier d'une protection particulière sur le plan de la santé, de l'éducation et du développement.

22. En tout état de cause, doivent être absolument interdites :

- a) Les activités portant atteinte au développement de l'enfant ou contraires à la dignité et aux valeurs humaines;
- b) Les activités impliquant des traitements cruels, inhumains ou dégradants, la vente d'enfants ou des situations de servitude;
- c) Les activités s'avérant dangereuses ou nuisibles au développement harmonieux de l'enfant sur le plan physique, mental et spirituel ou s'avérant susceptibles de compromettre l'éducation et la formation future de l'enfant;
- d) Les activités impliquant une discrimination, notamment à l'égard des groupes vulnérables et marginalisés de la société;
- e) Toutes activités au-dessous des âges minimums, comme prévu au paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention relative aux droits de l'enfant et en particulier de ceux recommandés par l'OIT;
- f) Toutes activités utilisant l'enfant pour des actes criminels punis par la loi tels que le trafic de stupéfiants ou de marchandises prohibées.

23. Conformément à l'article 32 de la Convention relative aux droits de l'enfant, tout enfant a le droit d'être protégé contre l'exploitation économique. Prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, les États parties doivent élaborer des normes ou réviser la législation en vigueur en vue d'assurer la protection juridique de l'enfant contre toute forme d'exploitation. Les États parties sont invités à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres visant à assurer la protection de l'enfant, en prenant en considération toutes les formes d'emploi, y compris au sein de la famille, dans le secteur agricole et non structuré.

24. Les États parties doivent également prendre des mesures afin d'assurer la réadaptation des enfants qui, du fait de l'exploitation économique, sont exposés à de graves dangers physiques et moraux. Il est essentiel d'apporter à ces enfants l'assistance sociale et médicale nécessaire et d'envisager pour eux des programmes de réinsertion sociale à la lumière de l'article 39 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

3. Rôle de la famille dans la protection des droits de l'enfant

573. À sa quatrième session, le Comité a décidé de consacrer sa future journée de débat général qui se tiendrait dans le courant de l'Année internationale de la famille au thème «Rôle de la famille dans la promotion des droits de l'enfant» (CRC/C/20, par. 18) (voir aussi chap. I. G, troisième session, recommandation 3 et quatrième session, recommandation 4). À sa cinquième session, il a décidé que le débat général aurait lieu le 10 octobre 1994.

574. Pour préparer cette discussion thématique, le Comité a créé un groupe de travail composé de plusieurs de ses membres, chargé de faire une description schématique des principales questions à traiter au cours du débat. Cette description schématique (voir CRC/C/24, annexe V) met en relief les principes généraux de la Convention relative aux droits de l'homme et identifie deux grands secteurs d'intérêt:

- a) l'évolution et l'importance de la famille;
- b) les droits civils et les libertés au sein de la famille.

575. Rappelant l'expérience qu'il a acquise avec l'organisation de débats thématiques et compte tenu de l'esprit de l'article 45 de la Convention, le Comité a aussi décidé d'envoyer cette description schématique aux autres organes des Nations Unies, aux institutions spécialisées et à divers organismes compétents, y compris aux organisations non gouvernementales et institutions universitaires et de recherche.

576. Le Comité a aussi souligné l'importance d'assurer le suivi de la recommandation adoptée à sa première session²³ et a adressé une invitation au Comité des droits de l'homme, au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes pour leur demander de participer au débat général et, dans ce cadre, de débattre des questions d'intérêt mutuel.

577. Par ailleurs, le Comité s'est félicité du rapport soumis par le HCR sur les préparatifs qu'il avait consacrés à l'Année internationale de la famille, envisagée comme l'occasion de mieux planifier ses programmes avec les réfugiés comme partenaires et d'accroître son efficacité.

²³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 41 (A/47/41)*, chap. I, recommandation 3.

DOCUMENTAÇÃO

**CONVENTION INTERAMERICAINE SUR LE TRAFIC
INTERNATIONAL DES MINEURS***

(Adoptée le 18 mars 1994)

* Organisation des États Américains, Cinquième Conférence Spécialisée sur le Droit International Privé.

Les Etats Parties à la présente Convention,

CONSIDERANT qu'il est important d'assurer une protection intégrale et effective du mineur en dotant de mécanismes appropriés les instruments qui permettent de garantir le respect de ses droits;

CONSCIENTS du fait que le trafic international des mineurs est un sujet de préoccupation universelle;

TENANT COMPTE du droit conventionnel en matière de protection internationale des mineurs, et en particulier, des dispositions des articles 11 et 35 de la Convention sur les droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989;

CONVAINCUS de la nécessité de régler les aspects civils et pénaux du trafic international des mineurs;

REAFFIRMANT l'importance que revêt la coopération internationale pour l'obtention d'une protection efficace de l'intérêt supérieur du mineur,

Sont convenus de ce qui suit:

CHAPITRE PREMIER

Dispositions générales

Article premier

La présente convention a pour objet d'organiser, en vue de la protection des droits fondamentaux du mineur et de son intérêt supérieur, la prévention et la sanction du trafic international des mineurs, ainsi que la réglementation des aspects civils et pénaux de ce trafic.

A cet effet, les Etats parties à la présente convention s'engagent:

- a. à assurer la protection du mineur en tenant compte de son intérêt supérieur;
- b. à instaurer entre eux un système de coopération juridique qui consacre la prévention et la sanction du trafic international des mineurs, et à adopter les règles juridiques et administratives nécessaires à cet effet;
- c. à assurer le prompt retour du mineur, victime du trafic international, à l'Etat de sa résidence habituelle en tenant compte de son intérêt supérieur.

Article 2

La présente convention est applicable à tout mineur qui réside habituellement ou qui se trouve dans un Etat partie au moment où se produit l'acte de trafic international à l'encontre de ce mineur.

Au sens de la présente Convention on entend par:

- a. «Mineur» tout être humain âgé de mois de dix-huit ans.
- b. «Trafic international des mineurs» l'enlèvement, le déplacement ou la retenue, ou la tentative d'enlèvement, de déplacement ou de retenue d'un mineur, à des fins ou par des moyens illicites.
- c. «Fins illicites», entre autres, la prostitution, l'exploitation sexuelle, la servitude ou toute autre fin illicite, que ce soit dans l'Etat de la résidence habituelle du mineur ou dans l'Etat partie où se trouve le mineur.
- d. «Moyens illicites», notamment, l'enlèvement, le consentement obtenu frauduleusement ou par coercition, la remise ou la réception de

paiements ou d'avantages illicites visant à obtenir le consentement des parents, personnes ou institutions qui ont la charge du mineur, ou tout autre moyen qualifié d'illicite, soit dans l'Etat de résidence habituelle du mineur, soit dans l'Etat partie où se trouve celui-ci.

Article 3

La présente convention porte aussi sur les aspects civils de l'enlèvement, du déplacement et de la retenue illicites des mineurs dans la sphère internationale, qui ne sont pas envisagés par d'autres conventions internationales en la matière.

Article 4

Les Etats parties coopérant, dans la mesure du possible, avec les Etats non parties pour assurer la prévention et la sanction du trafic international des mineurs ainsi que la protection et la garde des mineurs qui sont victimes de cet acte illicite.

A cet effet, les autorités compétentes des Etats parties doivent notifier aux autorités compétentes d'un Etat non partie la découverte du fait qu'un mineur se trouve sur leur territoire et a été victime du trafic international des mineurs dans un Etat partie.

Article 5

Aux fins de la présente convention, chaque Etat partie désigne une Autorité centrale et notifie cette désignation au Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains.

Un Etat fédéral, ou un Etat dans lequel des systèmes juridiques différents sont en vigueur, ou un Etat comportant des unités territoriales autonomes, peut désigner plusieurs Autorités centrales et préciser leur compétence juridique ou territoriale. L'Etat qui fait usage de cette faculté doit désigner l'Autorité centrale à laquelle toute communication peut être adressée.

Lorsqu'un Etat partie désigne plusieurs Autorités centrales, il notifie cette désignation au Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains.

Article 6

Les Etats parties doivent veiller, dans l'intérêt du mineur, à ce que les procédures d'application de la Convention restent à tout moment confidentielles.

CHAPITRE II **Aspects pénaux**

Article 7

Les Etats parties s'engagent à prendre des mesures efficaces, conformément à leur droit interne, pour prévenir et sanctionner sévèrement le trafic international des mineurs comme il est défini dans la présente Convention.

Article 8

Les Etats parties s'engagent à :

- a. Se prêter mutuellement assistance, sans délai, par l'intermédiaire de leurs Autorités centrales, en respectant les limites prescrites par la loi interne de chacun d'eux, et conformément aux traités internationaux applicables, pour les formalités judiciaires et administratives, l'obtention de preuves et les autres actes de procédure qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la présente Convention;
- b. Etablir, par l'intermédiaire de leurs Autorités centrales, des mécanismes d'échange d'informations sur la législation nationale, la jurisprudence, les pratiques administratives, les statistiques et les formes que revêt le trafic international des mineurs dans leurs Etats respectifs;

- c. Prendre les mesures nécessaires pour supprimer dans ceux-ci les entraves à l'application de la présente Convention dans leurs Etats respectifs.

Article 9

Ont compétence pour connaître des délits se rapportant au trafic international des mineurs:

- a. l'Etat partie où s'est produite la conduite illicite.
- b. l'Etat partie où le mineur a sa résidence habituelle;
- c. l'Etat partie où se trouve le délinquant présumé, si celui-ci n'a pas été extradé;
- d. l'Etat partie où se trouve le mineur victime de ce trafic.

Aux fins du paragraphe précédent, la préférence est accordée à l'Etat partie qui a été le premier à connaître de l'acte illicite.

Article 10

Lorsque l'un des Etats parties qui assujettit l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un Etat partie avec lequel il n'a pas conclu de traité, ou avec lequel il a conclu un traité qui ne prévoit pas le trafic des mineurs parmi les causes donnant lieu à extradition, il peut considérer la présente Convention comme la base juridique nécessaire pour consentir à l'extradition dans le cas du trafic international des mineurs.

De ce fait, les Etats parties qui n'assujettissent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent que le trafic international des mineurs constitue, entre eux, un motif d'extradition. Même lorsqu'il n'existe pas de traité d'extradition, celle-ci est assujettie aux autres conditions prévues par la loi de l'Etat requis.

Article 11

Les mesures prises en application des dispositions du présent chapitre n'empêchent pas les autorités compétentes de l'Etat partie où se trouve le mineur d'ordonner, à tout moment, son retour immédiat dans l'Etat où il réside habituellement, en tenant compte de son intérêt supérieur.

CHAPITRE III

Aspects civils

Article 12

La demande de localisation et de retour du mineur, visée par la présente Convention, est introduite par les titulaires des droits désignés par la loi de l'Etat de la résidence habituelle du mineur.

Article 13

Sont compétentes pour connaître de la demande de localisation et de retour, au choix des demandeurs, les autorités judiciaires ou administratives de l'Etat partie où le mineur a sa résidence habituelle ou celles de l'Etat partie où le mineur se trouve ou est présumé être retenu.

Lorsque, selon les demandeurs, des raisons urgentes peuvent être invoquées, la demande peut être introduite devant les autorités judiciaires ou administratives du lieu où s'est produit l'acte illicite.

Article 14

La demande de localisation et de retour est instruite par l'intermédiaire des autorités centrales ou directement devant les autorités compétentes mentionnées à l'article 13 de la présente Convention. Les autorités requises arrêteront les procédures les plus rapides pour concrétiser ce retour.

Dès réception d'une demande, les autorités requises prennent les mesures nécessaires, conformément à leur loi, pour entamer, faciliter et appuyer les procédures judiciaires et administratives relatives à la localisation et au retour du mineur. Des mesures seront également prises pour assurer le retour immédiat du mineur et, le cas échéant, les soins, la surveillance ou la garde provisoire, selon les circonstances, et pour prévenir le déplacement indu du mineur dans un autre Etat.

La demande fondée de localisation et de retour doit être produite dans les cent vingt jours qui suivent la date où sont connus l'enlèvement, le déplacement ou la retenue illicites du mineur. Lorsque la demande de

localisation et de retour est présentée par un Etat partie, celui-ci dispose d'un délai de cent quatre-vingt jours pour l'introduction de la demande.

Lorsqu'il s'avère nécessaire de prendre ces mesures préalablement à la localisation du mineur, le délai mentionné au paragraphe précédent commence à courir à partir du jour ou le lieu où se trouve le mineur aura été porté à la connaissance des personnes ou des autorités pouvant introduire une demande.

Sans préjudice des dispositions des paragraphes précédents, les autorités de l'Etat partie où le mineur aura été retenu peuvent ordonner, à tout moment, le retour de ce dernier lorsque l'exige son intérêt supérieur.

Article 15

Les demandes de coopération visée par la présente Convention, acheminées par la voie consulaire ou diplomatique, ou par l'intermédiaire des autorités centrales ne sont pas assujetties à la légalisation ou à d'autres formalités analogues. Les demandes de coopération adressées directement aux tribunaux de la zone frontalière des Etats parties ne sont non plus astreintes à la condition de légalisation. Les documents afférents à la demande de coopération, retournés par les mêmes voies, sont également dispensés de la légalisation dans l'Etat partie requérant.

La traduction des demandes est fournie, au besoin, dans la ou les langues officielles de l'Etat partie auquel celles-ci sont adressées. En ce qui concerne les annexes, il suffira de fournir la traduction d'un résumé de leurs données essentielles.

Article 16

Les autorités compétentes de l'Etat partie qui constatent la présence, sur le territoire soumis à leur juridiction, d'une victime du trafic international de mineur doivent adopter immédiatement les mesures nécessaires à sa protection, y compris les mesures préventives destinées à empêcher le déplacement indu du mineur vers un autre Etat.

Ces actions sont notifiées, par l'intermédiaire des Autorités centrales, aux autorités compétentes de l'Etat où le mineur avait précédemment sa résidence habituelle. Les autorités qui interviennent ainsi, prennent les

mesures nécessaires pour les demandeurs de la localisation ou du retour du mineur en soient informés.

Article 17

Conformément aux objectifs de la présente Convention, les Autorités centrales des Etats parties échangent des informations et collaborent avec leurs autorités judiciaires et administratives compétentes, pour tout ce qui a trait au contrôle, sur leur territoire, des entrées et sorties des mineurs.

Article 18

Les adoptions et toutes autres institutions similaires dans un Etat partie sont sujettes à annulation lorsqu'elles ont pour origine ou pour objectif le trafic international des mineurs.

Toute mesure d'annulation prendra en compte, à tout moment, l'intérêt supérieur du mineur.

L'annulation est soumise à la loi et aux autorités compétentes de l'Etat de l'adoption ou de l'institution similaire en cause.

Article 19

La garde ou la surveillance peuvent être révoquées lorsqu'elles ont pour origine ou pour objectif le trafic international des mineurs, dans les mêmes conditions que celles visées à l'article précédent.

Article 20

La demande de localisation et de retour des mineurs peut être produite sans préjudice des mesures d'annulation et de révocation édictées aux articles 18 et 19.

Article 21

Dans les procédures visées dans le présent chapitre, l'autorité compétente peut ordonner que les personnes physiques ou morales responsables du

trafic international des mineurs prennent en charge les frais et les dépenses entraînées par la localisation et le retour du mineur, dans la mesure où ces personnes physiques et morales sont parties à ces procédures.

Toute partie qui introduit une demande ou, le cas échéant, toute autorité compétente, peut intenter une action civile en recouvrement englobant les frais, y compris les honoraires et dépenses occasionnées par la localisation et le retour du mineur, à moins que ceux-ci aient été fixés dans une procédure pénale ou de retour conformément aux dispositions de la présente Convention.

L'autorité compétente ou toute partie lésée peut intenter des poursuites en dommages-intérêts au civil contre les personnes physiques ou morales responsables du trafic international impliquant le mineur.

Article 22

Les Etats parties prennent les mesures nécessaires pour assurer la gratuité des procédures de retour du mineur, dans la mesure où leur droit interne le permet, et informent les personnes qui ont un intérêt légitime dans le retour du mineur, de la disponibilité des avocats commis d'office, du bénéfice de l'assistance publique et des autres formes d'assistance judiciaire gratuite auxquels elles peuvent avoir droit, conformément à la loi et au règlement des Etats parties respectifs.

CHAPITRE IV **Dispositions finales**

Article 23

Les Etats parties peuvent déclarer, au moment de signer ou de ratifier la présente Convention ou d'y adhérer, ou ultérieurement, qu'ils reconnaissent et exécuteront les condamnations pénales prononcées dans les autres Etats parties en ce qui concerne l'indemnisation des dommages et préjudices causés par le trafic international des mineurs.

Article 24

Au regard d'un Etat, qui connaît, dans les questions régies par la présente Convention, deux ou plusieurs systèmes de droit applicable dans des unités territoriales différentes, toute mention:

- a. de la loi dans cet Etat vise la loi dans l'unité territoriale en question;
- b. de la résidence habituelle dans cet Etat vise la résidence habituelle dans une unité territoriale de cet Etat;
- c. des autorités compétentes de cet Etat vise les autorités habilitées à agir dans l'unité territoriale concernée.

Article 25

Lorsque le territoire d'un Etat comporte deux ou plusieurs unités territoriales ou différents systèmes de droit régissant les questions qui font l'objet de la présente Convention, cet Etat peut, au moment de signer la Convention, de la ratifier ou d'y adhérer, déclarer que celle-ci s'appliquera dans toutes ses unités territoriales, dans une seule, ou dans plusieurs d'entre elles.

L'Etat en question pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration qui mentionnera expressément l'unité territoriale ou les unités territoriales auxquelles s'appliquera la présente Convention. Les déclarations ultérieures seront notifiées au Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains et prendront effet quatre-vingt-dix jours après leur réception.

Article 26

Les Etats parties peuvent déclarer, au moment de signer ou de ratifier la présente Convention ou d'y adhérer, ou à toute date ultérieure, que ne pourront être opposés au civil, dans cet Etat partie, une exception ou un moyen de défense qui aurait pour objet de démontrer l'inexistence du délit ou de l'irresponsabilité d'une personne condamnée, telles qu'elles ont été déterminées dans un jugement exécutoire rendu dans un autre Etat partie sur ce délit.

Article 27

Les autorités compétentes des zones frontalières des Etats parties peuvent convenir, directement et à tout moment, de procédures de localisation et de retour plus rapides que celles prévues dans la présente Convention et sans préjudice de celle-ci.

Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme restreignant les pratiques plus favorables que les autorités compétentes des Etats parties peuvent observer dans leurs rapports aux fins visées par la présente Convention.

Article 28

La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres de l'Organisation des Etats Américains.

Article 29

La présente Convention est sujette à ratification. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains.

Article 30

La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tout Etat après son entrée en vigueur. Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains.

Article 31

Chaque Etat peut formuler des réserves à la présente Convention au moment de la signer, de la ratifier ou d'y adhérer, à la condition que la réserve porte sur une ou plusieurs dispositions spécifiques, et qu'elle ne soit pas incompatible avec l'objet et les fins de la présente Convention.

Article 32

Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme constituant une restriction à d'autres traités bilatéraux ou multilatéraux ou à d'autres accords intervenus entre les Parties.

Article 33

La présente Convention entre en vigueur à l'égard des Etats qui l'on ratifiée le trentième jour à partir de la date du dépôt du deuxième instrument de ratification.

La Convention entre en vigueur à l'égard de chaque Etat qui la ratifie ou y adhère après le dépôt du deuxième instrument de ratification, le trentième jour à partir de la date à laquelle cet Etat a déposé son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 34

La présente Convention produit ses effets indéfiniment, mais n'importe quel Etat partie peut la dénoncer. L'instrument de dénonciation sera déposé auprès du Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains. Un an après la date du dépôt de l'instrument de dénonciation, la Convention cesse de produire ses effets à l'égard de l'Etat qui l'aura dénoncée.

Article 35

L'instrument original de la présente Convention dont les textes en espagnol, en français, en anglais et en portugais font également foi, est déposé auprès du Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains. Celui-ci transmet une copie authentique du texte au Secrétariat des Nations Unies pour être enregistré et publié conformément à l'article 102 de sa Charte. Le Secrétariat général de l'Organisation des Etats Américains notifie aux Etats membres de cette Organisation et aux Etats qui ont adhéré à la Convention, les signatures, les dépôts d'instruments de ratification, d'adhésion et de dénonciation, ainsi que les réserves éventuelles et le retrait de celles-ci.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, dûment autorisés par leurs Gouvernements, signent la présente Convention.

**DECREE-LAW No. 313/93
OF 15th SEPTEMBER***

* Hereinafter "this law".

This law transposes into the domestic legal system Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.

The liberalisation of the movement of capital and the freedom to provide financial services, which are inherent to the operation of the Community's internal market, constitute an environment which may favour the multiplication of criminal laundering activities in the European financial area.

Hence the idea that both the prevention and the punishment of such criminal behaviour would be more effective if carried out by means of Community action, as opposed to diversified measures taken by individual member States and not always compatible with the said market.

The recent adoption of Decree-Law No. 15/93, of 22 January, changed the Portuguese legal system with respect to illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances, in particular Article 23 thereof which incriminates the laundering of money obtained by such means.

Legislative logics and the coherence of the system are such that the legal provisions now adopted are aimed at preventing money from being laundered through the financial system.

In general terms and in accordance with the above-mentioned Directive, this law is limited in scope to entities that provide services of a financial nature.

Amongst the principal measures provided for in the said Directive, those deemed to be the most adequate for the purposes both of preventing money laundering and carrying out effective criminal investigations were the following: the duty to identify the clients, the duty to refrain from carrying out the transaction when the client refuses to provide identification, the duty to keep identification documents on record, the duty to stay the execution when there is suspicion of laundering, the duty to provide adequate training for employees and the dispensation from restrictions on disclosure of information on certain typified cases upon authorization from the competent judicial authority.

Article 14 of the Directive leaves it to the discretion of member States to decide upon the measures that they take in order to ensure full application of its provisions.

Thus, it was deemed that any reactions of a penal nature were inadequate and it was decided that typified breaches of the provisions of this Law were to be made regulatory offences. This option is in line with modern theories on decriminalisation and follows the same pattern as that followed with respect to other situations of a similar nature.

Without prejudice to the principle according to which legal provisions concerning regulatory offences in general apply subsidiarily to the offences provided for in this Law, a special punitive system has been designed that is in harmony with the system already applicable in matters concerning the financial system.

Thus:

Giving effect to the authorization given by Parliament to the Government in the Law No. 16/93, of 3 June, to legislate in the following matters, and under the terms of Article 201, paragraph 1, sub-paragraphs *a* and *b*, of the Constitution, the Government decides as follows:

CHAPTER I

Purpose and scope

Article 1

Purpose

This law transposes into the domestic legal system the Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.

Article 2

Scope

1. This law shall apply to credit institutions, financial corporations, insurance companies in so far as they carry out activities in the area of “life insurance”, and corporations which manage pension funds, which have their head offices on Portuguese territory.

2. This law also applies to branches or general agencies located in Portuguese territory of undertakings of the type mentioned in the preceding paragraph, which have their head offices outside Portugal, as well as their off-shore branches.

3. This law also applies to entities operating the public postal service, in so far as they provide financial services.

4. For the purposes of this law, the entities mentioned in paragraphs 1 to 3 above shall be designated as “financial institutions”.

CHAPTER II

Duties of financial institutions

Article 3

Duty to identify

1. Financial institutions must require identification from their customers by means of valid supporting evidence when entering into business relations, particularly when opening an account or savings accounts, when offering safe custody facilities, when offering stock investment services, when issuing insurance policies or when managing pension schemes.

2. The identification requirement shall also apply when the financial institutions enter into occasional transactions involving a sum amounting to Portuguese Escudos (PTE) 2 500 000 or more, whether the transaction is carried out in a single operation or in several operations, including transactions in respect of which identification did not take place in the way provided for in the preceding paragraph.

3. Where the sum is not known at the time when the transaction is initiated, the institution concerned shall proceed with identification as soon as it is made aware of the sum and establishes that the threshold mentioned in the preceding paragraph has been reached.

4. Financial institutions must also require identification, as provided for in paragraph 1, of their customers' representatives.

Article 4 *Derogations*

1. The provisions of Article 3 do not apply:

- a. to insurance policies or pension funds where the annual premium or contribution amount to be paid does not exceed PTE 150 000 or where a single premium or contribution is paid amounting to PTE 400 000 or less;
- b. to insurance policies in respect of pension schemes taken out by virtue of a contract of employment or the insured's occupation, provided that such policies contain no surrender clause and may not be used as collateral for a loan;
- c. to insurance policies, transactions within the area of "life insurance" or pension schemes, provided that the payment for the premium or the contribution is to be debited or drawn by cheque from an account opened in the customer's name with a credit institution subject to the duty provided for in Article 3.

2. If the annual premium or contribution amount to be paid is increased so as to exceed the threshold mentioned in sub-paragraph a, identification as provided for in Article 3 shall be required.

3. Financial institutions shall not be subject to the identification requirement where the customer is one of the entities mentioned either in this law or in the first or second indents of Article 1 of Directive 91/308/EEC of 10 June.

Article 5

Special duty to identify

In any event, including where the amount of the transaction does not reach the figures mentioned in Article 3, paragraph 2, or in Article 4, paragraph 1, sub-paragraph a, financial institutions must require identification from their customers and, where appropriate, from the latter's representatives or any other person acting on their behalf, as well as the beneficiaries of an insurance policy or transaction within the area of "life insurance" or a pension scheme, where there is good reason to believe that an offence, as provided for in Article 23 of Decree-Law No. 15/93, of 22 January, has been committed or is being committed.

Article 6

Acts committed on behalf of third parties

Where it is certain that the customer is not acting on his own behalf or there is good reason to believe that this is so, the financial institutions shall obtain from him information as to the identity of the person on whose behalf that customer is actually acting.

Article 7

Refusal to carry out transactions

Financial institutions shall refrain from carrying out any transaction with a customer who does not identify himself or does not provide information as to the identity of the person on whose behalf that customer is actually acting.

Article 8

Special duty of diligence

1. Financial institutions shall examine with special attention any transaction which, by its nature, complexity or volume, or because of its unusual type, having regard to the customer's activities, they regard as particularly likely to constitute an offence as provided for in Article 23 of the Decree-Law No. 15/93, of 22 January.

2. In cases such as those provided for in the preceding paragraph and where the value of the transaction exceeds the amount mentioned in Article 3, paragraph 2, the financial institutions shall obtain from the customer written information as to the origin and the purpose of the funds as well as to the identity of the beneficiaries and the reasons for the transaction.

Article 9

Duty to keep documents

1. Financial institutions shall keep a copy or the references of the evidence required for identification for a period of at least five years after the relationship with their customer has ended.

2. Financial institutions shall also keep the original documents, or supporting evidence, by way of copies thereof or microforms with equivalent evidential value, records of the transactions, as well as evidence of the information obtained in accordance with the provisions of Article 8, paragraph 2, for a period of at least ten years after having carried out the transactions.

Article 10

Special duty to cooperate

1. Financial institutions shall inform the competent judicial authorities as soon as they have knowledge or grounds for suspicion that any amounts recorded in their books are the result of the commission of one or another of the crimes provided for in Articles 21 to 23, 25 or 28 of the Decree-Law No. 15/93, of 22 January, or as soon as they learn about any facts that may constitute evidence of the commission of the crime provided for in the said Article 23.

2. Financial institutions shall also provide any cooperation requested of them under the terms of Article 60 of the Decree-Law No. 15/93, of 22 January.

3. Any information supplied to the authorities in accordance with paragraphs 1 and 2 may be used only for the purposes of the investigation

and punishment of any of the crimes provided for in Articles 21 to 23, 25 or 28 of the Decree-Law No. 15/93, of 22 January; the identification of the persons who supplied the information may not be disclosed.

4. Financial institutions, members of their respective bodies, their directors, managers or heads, their employees, their representatives and other persons that permanently or occasionally render services to them, shall not disclose, neither to the customer concerned nor to third parties, that information has been transmitted in accordance with the provisions of the preceding paragraphs or that a criminal investigation is being carried out.

Article 11 *Duty to abstain*

1. Financial institutions shall refrain from carrying out any transaction which they suspect to be related to the commission of the crime provided for in Article 23 of the Decree-Law No. 15/93, of 22 January and shall notify the Attorney-General or the Public Prosecution's magistrate appointed by the latter who may give instructions to stay the execution of the transaction.

2. Financial institutions may carry out the transaction where the instructions to stay its execution are not confirmed by the Criminal Investigation Judge within 24 hours from the time of the communication provided for in the preceding paragraph; that lapse of time may be widened to 48 hours where exceptional circumstances occur and with respect to transactions whose value is higher than a threshold determined by the Minister of Finance.

3. Where it is not possible for a financial institution, in compliance with the provisions of paragraph 1, to refrain from carrying out a transaction, or where the authority mentioned in that paragraph deems that not carrying out the transaction might prevent it from gathering evidence, or hinder the gathering of evidence, or hinder its preventive goals, the financial institution may execute the operations and shall in that case immediately forward to that authority all the information relating thereto.

Article 12

Duties of the supervisory authorities

1. Where an authority entrusted with supervising financial institutions, in the course of inspections or otherwise, discovers facts that could constitute evidence of the crime provided for in Article 23 of the Decree-Law No. 15/93, of 22 January, it shall inform the competent judicial authority.

2. The provisions of Article 10, paragraph 3, apply to the information supplied pursuant to the provisions of the preceding paragraph.

Article 13

Exclusion of liability

The disclosure in good faith of information pursuant to the provisions of Articles 10, 11 and 12 shall not constitute a breach of any restriction on disclosure of information and shall not involve the persons who disclosed the information in liability of any kind.

Article 14

Control procedures

1. Financial institutions, including their agencies and branches abroad, shall establish adequate procedures of internal control and communication in order both to ensure compliance with the provisions of this law and prevent operations related to the commission of the crime provided for in Article 23 of the Decree-Law No. 15/93, of 22 January.

2. Financial institutions, including their agencies and branches abroad, shall provide their directors and employees with adequate training programmes in order to allow them to recognize operations which may be related to the commission of the crime provided for in Article 23 of the Decree-Law No. 15/93, of 22 January, and proceed in accordance with the provisions of this law.

CHAPTER III **Regulatory offences**

SECTION I *General provisions*

Article 15 *Subsidiary law*

The legal provisions concerning regulatory offences in general shall subsidiarily apply to the offences provided for in this Chapter, provided that they do not go against the provisions of this Chapter.

Article 16 *Territorial application*

Regardless of the nationality of the person concerned, the provisions of this Chapter shall apply to:

- a. acts committed in Portuguese territory;
- b. acts committed outside Portuguese territory where responsibility for such acts lies, either on any one or more of the entities mentioned in Article 2, paragraph 1, performing through their branches or rendering services, or on any one or more of the persons mentioned in Article 17, sub-paragraph b;
- c. acts committed on board Portuguese vessels and aircraft, unless otherwise provided for in any international treaty or convention.

Article 17 *Liability*

The following may be held liable for committing any of the offences provided for in this Chapter:

- a. financial institutions;
- b. natural persons that are either members of bodies of legal persons or their directors, managers or heads; natural persons acting, voluntarily or by virtue of the law, on behalf of legal persons; in the case

of a breach of the duty provided for in Article 10, paragraph 4, the employees or other persons that permanently or occasionally render services.

Article 18

Liability of financial institutions

1. Financial institutions shall be liable for any offence committed by members of their respective bodies, their directors, managers or heads, within the exercise of their duties; they shall also be liable for any offence committed by their representatives by way of acts carried out on their behalf and in their interest.

2. Where the deed justifying the relationship between the person and the financial institution is void or null, that shall not preclude the provisions of the preceding paragraph from being applied.

Article 19

Liability of natural persons

The liability of the financial institution shall not preclude the individual liability of natural persons acting as members of their respective bodies, their directors, managers or heads; the natural persons shall be punished:

- a. even where legally there can be no regulatory offence without certain personal elements, and such elements are present only in respect of the financial institution;
- b. even where legally there can be no regulatory offence without the person having acted in his own interest, and the person acted in the interest of the financial institution.

Article 20

Accomplishment of an omitted duty

Where the regulatory offence amounts to abstaining from accomplishing a duty, the imposition of the sanction and the payment of the *coima*

[pecuniary sanction specific to regulatory offences] shall not dispense the offender from accomplishing that duty if possible.

Article 21

Destination of coimas

1. The sums collected from the payment of coimas shall constitute a revenue of the State, save the provisions of the next paragraph.

2. The sums collected from the payment of coimas by financial institutions shall be apportioned as follows: 60% for the State and 40% for the Deposits Guarantee Fund set up in Article 154 of “*Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*”, approved by the Decree-Law No. 298/92, of 31 December.

Article 22

Negligence

Negligence may be punished.

Article 23

Time-limitation

1. Proceedings concerning regulatory offences provided for in this Chapter shall lapse within five years from the date of their being committed.

2. Coimas and ancillary sanctions shall lapse within five years from either the end of the delay for judicial review of the decision of the Finance Minister, or the date when the sentence became *res judicata*.

SECTION II

Special provisions

Article 24

Regulatory offences

The following shall be regulatory offences punishable with coimas from PTE 150 000 to PTE 150 000 000, or from PTE 50 000 to

PTE 50 000 000, depending on whether they are applied respectively to financial institutions or to any of the persons mentioned in Article 17, sub-paragraph b:

- a. breach of any of the duties of identification provided for in Article 3, Article 4, paragraph 2, Article 5 or Article 6;
- b. breach of any of the special duties of diligence provided for in Article 8;
- c. breach of any of the duties to keep documents provided for in Article 9.

Article 25

Particularly serious regulatory offences

The following shall be regulatory offences punishable with coimas from PTE 1 000 000 to PTE 500 000 000, or from PTE 5 000 000 to PTE 200 000 000, depending on whether they are applied respectively to financial institutions or to any of the persons mentioned in Article 17, sub-paragraph b:

- a. the carrying out of transactions with any person who neither identifies himself nor the person on behalf of whom he acts;
- b. the breach of any of the special duties to cooperate provided for in Article 10, paragraph 1;
- c. the breach of any of the duties to abstain or to inform provided for respectively in Article 11, paragraph 1, and in Article 11, paragraph 3;
- d. the disclosure by any means to the customer concerned or to third parties that information has been transmitted to the competent authorities in accordance with the provisions of Article 10, paragraphs 1 and 2, or that a criminal investigation is being carried out;
- e. the breach of the duties provided for in Article 14.

Article 26

Amount of coimas

The amount of the coima imposed for a regulatory offence committed with negligence may not be in excess of half of the maximum prescribed for that regulatory offence.

Article 27
Ancillary sanctions

The following ancillary sanctions may be imposed concomitantly with the coimas provided for in Articles 24 and 25:

- a. disqualification to take office as a member of any body of a financial institution, or as a director, a manager or a head in a financial institution;
- b. publicity of the final decision imposing the sanction, promoted by the supervising authority at the expense of the offender.

SECTION III
Procedure

Article 28
Powers

1. The supervising authority within the sector of activity of the entity involved shall be competent to investigate the regulatory offences provided for in this law and to organise and institute proceedings with respect to such offences.

2. The Minister of Finance shall be empowered to impose the sanctions provided for in the preceding articles.

Article 29
Payment of the coimas

1. Financial institutions shall be jointly responsible for the payment of coimas, justice levies, legal costs and other expenses imposed on their respective directors, managers, heads, employees or representatives for any offence provided for in this law.

2. Members of the bodies of financial institutions who, having had the possibility to do so, did not prevent the offence from being committed shall be personally and subsidiarily responsible for the payment of coimas and

legal costs imposed on the respective financial institution even where the latter had gone into liquidation at the date of the decision imposing the coima.

Article 30
Jurisdiction

The *Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa* [Judicial Court of Lisbon] shall have jurisdiction to hear appeals against, and to review, any decision imposing a coima, as well as the implementation of the latter.

(Tradução de Cândido Cunha)

ÍNDICE

XIV^{ème} CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ

- Le statut des biens culturels en Droit international privé 7
António Marques dos Santos
- Banking confidentiality and State control of currency transactions
and related criminal activities 45
Mónica Quintas Roma
- Les droits collectifs des travailleurs du secteur public 69
A. Nunes de Carvalho
- Droit constitutionnel et Droit international 107
- Le principe de subsidiarité comme principe de Droit
constitutionnel 127
- Les développements récents du parlementarisme 171
Paulo Marrecas Ferreira
- La liberté religieuse 205
Miguel Almeida Andrade

- La responsabilité pénale des personnes morales et entités assimilées dans le Droit portugais 231

*José Lobo Moutinho
e Henrique Salinas Monteiro*

- Le terrorisme 269

Mariana Sotto Maior

- Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions 293

Rui Manuel Moura Ramos

DIREITO COMUNITÁRIO

- Arbitration issues in EC Law 325

Miguel de Avillez Pereira

- Unimplemented directives and the interpretative obligation 347

Nuno Paixão

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

DIREITOS DA CRIANÇA

- Rapport du Comité des Droits de l'Enfant à l'Assemblée Générale
– 49^{ème} session, Supplément 41 (A/49/41) 423

DOCUMENTAÇÃO

- Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs 523

- The prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering (Decree-Law No. 313/93 of the 15th September) 537

A correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
All correspondence concerning this Review should be addressed to
La correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

RUA DO VALE DE PEREIRO, 2, 4.º – 1250 LISBOA – PORTUGAL
Tel. 388 11 41 – Telex 42 701 PROCUR P
Fax 387 13 60
