

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO COMPARADO

LISBOA

1998

BOLETIM DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

Director

Procurador-Geral da República

Proprietário

Ministério da Justiça

Editor

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Rua do Vale de Pereiro, 2

1269-113 LISBOA

Tel. 382 03 00 — Fax 382 03 01

Condições de assinatura anual

Portugal e PALOP 6500\$00

Estrangeiro 8000\$00

Composição em processo informático

Paula Cintra Reis

Revisão gráfica

Carlos Lacerda

Impressão

Rainho & Neves, L.^{da}

4520 Santa Maria da Feira

Depósito legal n.º

127 561/98

ISSN 0870-7138

Tiragem

4200 exemplares

DIREITO COMUNITÁRIO

LUÍS MORAIS
Advogado e Docente Universitário

**LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE
DE CONTRÔLE
DES CONCENTRATIONS
ET LA DOMINANCE OLIGOPOLISTIQUE ***

LE CAS NESTLÉ-PERRIER

* O presente relatório agora publicado com algumas alterações que o autor decidiu por bem introduzir face à revisão, em curso, do regulamento das concentrações, foi apresentado e discutido num Seminário de Política Económica Europeia, orientado pelo Prof. Michel Waelbroeck, conducente à obtenção do grau de Mestre em Direito Comunitário pela Universidade Livre de Bruxelas.

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho que agora se publica corresponde a um dos Relatórios de Mestrado apresentado e discutido com os Professores Michel Waelbroeck e F. Ilkovitz, a quem tanto devo, na Universidade Livre de Bruxelas.

O *Caso Nestlé-Perrier* foi pioneiro por ter sido das primeiras decisões tomadas pela Comissão relativamente às concentrações de dimensão comunitária. Ainda hoje continua a ser um *case study* para aqueles que se debruçam sobre estas matérias quase que intangíveis mesmo para os práticos do direito.

Importa, em meu entender, publicá-lo como se encontrava, dada a sua acuidade, introduzindo apenas algumas alterações relacionadas com o Livro Verde sobre a Revisão do Regulamento n.º 4064/89, relativo às concentrações.

O Autor

TABLE DES MATIÈRES

| | Page |
|--|------|
| INTRODUCTION | 15 |
| | |
| I. LA THEORIE DE LA DOMINANCE OLIGOPOLISTIQUE | |
| | |
| A. Définition de la dominance oligopolistique | 17 |
| | |
| B. Conditions favorisant la dominance oligopolistique | 17 |
| B. 1 «The concentration school» | 18 |
| B. 2 «The coordination school» | 19 |
| B. 2. 1 <i>Hétérogénéité des produits</i> | 20 |
| B. 2. 2 <i>La concentration des acheteurs</i> | 20 |
| B. 2. 3 <i>Les points-témoins</i> | 21 |
| B. 2. 4 <i>Les caractéristiques des commandes</i> | 21 |
| B. 2. 5 <i>Les changements technologiques et la croissance du marché</i> | 21 |
| B. 3 «The contestability school» | 21 |
| B. 3. 1 <i>Le concept de contestabilité</i> | 22 |
| B. 3. 2 <i>Les facteurs de la non-contestabilité</i> | 23 |
| B. 3. 3 <i>Structure interne du marché de contestabilité</i> | 23 |
| B. 4 «The cross parry-school» | 23 |

| | Page |
|--|------|
| II. LE RÈGLEMENT CEE N° 4064 ET SON APPLICATION | |
| A. Historique | 24 |
| B. Le règlement | 25 |
| B. 1 Applicabilité (articles 1 et 3) | 25 |
| B. 2 Critères d'appréciation (article 2) | 25 |
| B. 3 Les étapes de la procédure (articles 4, 6, 7 et 10) | 26 |
| B. 4 Le pouvoir de décision de la Commission (articles 8 et 9) | 26 |
| C. L'application du règlement par la Commission | |
| C. 1 Conditions d'engagement de la procédure | 27 |
| C. 2 Le marché de référence des produits | 27 |
| C. 3 Le marché géographique | 28 |
| C. 4 Evaluation de la compatibilité | 29 |
| | |
| III. LE CAS NESTLÉ-PERRIER | |
| A. Chronologie | 30 |
| B. Analyse de la décision | 30 |
| B. 1 Les marchés concernés | |
| B. 1. 1 <i>Le marché des produits de référence</i> | 30 |
| B. 1. 2 Le marché | 34 |
| B. 2 Compatibilité avec le marché commun | 36 |
| B. 2. 1 <i>Les parts de marché</i> | 36 |
| B. 2. 2 <i>Capacités et portefeuille de sources</i> | 36 |
| B. 2. 3 <i>Les prix</i> | 37 |
| B. 2. 4 <i>La structure des coûts</i> | 37 |
| B. 2. 5 <i>Concurrence des producteurs d'eaux locales</i> | 37 |
| B. 2. 6 <i>Le pouvoir économique des acheteurs</i> | 38 |
| B. 2. 7 <i>La concurrence potentielle</i> | 39 |
| B. 2. 8 <i>Effet sur la préservation et le développement d'une concurrence effective</i> | 40 |

| | Page |
|--|------|
| C. La décision | |
| C. 1 L'autorisation sous conditions | 41 |
| C. 2 La réalisation de ces conditions | 41 |
| D. Commentaires | |
| D. 1 Lien entre la théorie et les critères utilisés par la Commission | 41 |
| D. 2 Critiques | 43 |
| IV. ANALYSE CRITIQUE DU RÈGLEMENT N° 4064/89 | 44 |
| V. CONCLUSION | 46 |
| VI. ADENDA | |
| La révision du règlement sur les concentrations | 46 |
| <i>La règle des deux tiers</i> | 48 |
| <i>Appréciation globale</i> | 50 |
| <i>De la nécessité de changer?</i> | 51 |
| <i>Chiffre d'affaires</i> | 54 |
| Conclusions | 54 |
| BIBLIOGRAPHIE | 55 |

INTRODUCTION

En 1929, Camberlin avait déjà remarqué que dans un oligopole produisant un bien homogène, les firmes prenaient conscience de leur interdépendance et étaient donc capables de maintenir un prix monopolistique sans collusion explicite.

La construction du Marché Unique a poussé les firmes communautaires à se repositionner au plan européen. De plus, pour s'assurer une assise sur le marché mondial, elles se sont regroupées pour former des ensembles transnationaux. La mise en oeuvre de ces stratégies mondiales a diminué la capacité du monde politique à contrôler les réalités économiques.

En effet, l'anticipation de l'achèvement du marché unique a entraîné une vague importante de restructuration des entreprises européennes. C'est dans un tel cadre qu'il ne faut pas perdre de vue les idées de Camberlin, car elles sont particulièrement d'actualité. Ces restructurations peuvent permettre d'améliorer l'efficacité économique de certains groupes ou alors au contraire, de créer des situations de dominance oligopolistique. Le but du contrôle des concentrations est d'empêcher l'émergence de ces situations hégémoniques.

L'accroissement du nombre d'opérations de concentration dans la Communauté nécessitait qu'un contrôle soit effectué pour préserver les conditions de concurrence. La Commission a répondu à ce besoin par un règlement régissant ce contrôle. Notre travail a pour but de décrire ce règlement et d'étudier une de ses applications.

Dans la première partie du travail, nous décrirons les différentes théories économiques qui déterminent les conditions favorisant l'émergence d'une situation de dominance oligopolistique.

La deuxième partie du travail sera consacré à la description du règlement CEE N° 4064/89 que régit le contrôle des concentrations.

Nous décrirons l'application de ce règlement dans le cas NESTLÉ-PERRIER dans la troisième partie. Nous ferons également le lien entre la théorie vue dans la première partie et les critères utilisés par la Commission pour prendre sa décision.

Finalement, dans la quatrième partie, nous ferons une analyse critique de ce règlement et de son application.

I. LA THÉORIE DE LA DOMINANCE OLIGOPOLISTIQUE

A. Définition de la dominance oligopolistique

On parle de dominance oligopolistique sur un marché lorsqu'un petit nombre de firmes sont dans une position qui leur permet de coordonner leurs actions respectives de telle sorte qu'une ou plusieurs d'entre elles aient la possibilité de se comporter indépendamment des autres concurrents, des fournisseurs et des clients. Pour qu'il y ait dominance oligopolistique, la coordination est nécessaire et de ce fait, une nouvelle entité créée par fusion ou acquisition n'engendra une situation de dominance oligopolistique que si elle coordonne ses actions avec certaines des firmes subsistant sur le marché.

B. Conditions favorisant la dominance oligopolistique

Nous allons voir dans cette partie les différentes conditions qui favorisent l'émergence et la persistance d'une dominance oligopolistique sur un marché. Généralement, on distingue quatre écoles différentes:

- *The concentration school,*
- *The coordination school,*
- *The contestability school,*
- *The cross-parry school.*

B. 1. *The concentration school*

Cette école ne tient compte que d'un seul indicateur: le degré de concentration sur un marché. En effet, selon cette école, c'est le degré de concentration qui détermine la possibilité pour des oligopoleurs de coordonner leurs actions respectives. Ce concept implique les deux idées suivantes: d'une part, les incitant à coordonner ils sont d'autant plus importants que le marché est concentré et que les parts de marché des firmes concernées sont identiques. D'autre part, si les firmes ont la possibilité de coopérer, alors la perte de bien-être supportée par les consommateurs augmentera avec la concentration du marché.

L'incitation à la coopération ne suffit pas pour que les firmes coordonnent leurs opérations. En effet, il est nécessaire qu'elles en aient la *possibilité* pratique. La coordination engendre un coût lié à l'échange d'informations nécessaires entre les participants et ce coût augmente de façon combinatoire avec le nombre de participants.

Dans le cadre du contrôle d'une opération de fusion/acquisition, cette école nous suggère donc de prendre en compte trois indicateurs: le niveau de concentration sur le marché concerné, le degré d'inégalité des parts de marché des grandes firmes et le nombre de grandes firmes présentes sur le marché.

Le problème réside dans la fixation de seuils de concentration à partir desquels il y a un risque majeur de voir apparaître une situation de dominance oligopolistique. Quelques études empiriques ont tenté de déterminer la combinaison nombre de firmes/degré de concentration à partir de laquelle il y a incitation et possibilité de coordonner les actions. Leurs résultats sont les suivants:

- Pas de risque de dominance oligopolistique si la coordination nécessite plus de 8 firmes contrôlant 70% du marché (Bain, 1956).
- Pas de risque de dominance oligopolistique si la coordination nécessite plus de 4 firmes contrôlant 50% du marché (Dalton et Penn, 1976; Geithman et al., 1981).
- Avec un oligopole de plus de 3 firmes, la coordination a peu de chances d'apparaître (Bresnahan et Reiss, 1991).

La disparité des résultats montre bien la difficulté à établir un seuil théorique. Même si l'on arrive à fixer un tel seuil, un problème important subsiste encore. Il faut savoir laquelle des deux situations suivantes sera la plus dommageable pour l'état de la concurrence sur le marché: une opération

de fusion/acquisition qui augmente très peu le degré de concentration mais dépasse le seuil critique ou une opération de fusion/acquisition qui augmente très fort la concentration mais sans toutefois dépasser le niveau critique. Selon cette école, c'est la première situation qui n'est pas souhaitable. En effet, il faut tenir compte de l'impact d'une fusion/acquisition sur le bien-être des consommateurs. Pour une même augmentation du degré de concentration, cet impact sera d'autant plus important que le niveau de concentration initial est élevé. De ce fait, une opération de fusion/acquisition sera d'autant plus "suspecte" que le marché concerné est fortement concentré au départ.

Toutefois, il ne faut pas négliger l'effet d'apprentissage engendré par les fortes augmentations de concentration (même sur un marché faiblement concentré au départ) car cet effet permet aux firmes de mieux connaître les fonctions de réaction de leurs concurrents, ce qui augmente la probabilité d'une collusion tacite. De telles opérations de concentration sont donc tout autant "dangereuses".

L'approche développée par cette école offre donc un indicateur intéressant mais elle contient quelques lacunes. Comme nous l'avons déjà expliqué, il est en effet très difficile de fixer un taux critique de concentration. De plus, de récentes analyses empiriques ont montré que dans un certain nombre de marchés, le lien positif entre concentration et profit ne se vérifie pas. Or, c'est l'hypothèse sur laquelle se base cette école.

B. 2. *The coordination school* ¹

Selon cette école, une forte concentration n'est pas une condition suffisante à l'émergence d'une situation de dominance oligopolistique. Il existe d'autres facteurs qui caractérisent un marché et qui permettent de déterminer si la coordination entre les firmes est possible. En effet, sur un marché concentré, certaines caractéristiques du marché peuvent rendre la coordination difficile ou au contraire, la faciliter sur un marché peu concentré.

Nous allons présenter quelques-unes de ces caractéristiques en portant notre intérêt sur celles qui se rattachent au cas que nous aurons à étudier par après.

¹ Cette école est basée sur les travaux de Fellner (1949): "Competition among few: oligopoly and similar market structures", New-York: Knopf.

B. 2. 1. Hétérogénéité des produits

Sur un marché où les produits en concurrence sont parfaitement homogènes, la coordination entre oligopoleurs ne pourra porter que sur les prix et sera donc plus facile à mettre en oeuvre. Une opération de fusion/acquisition sera donc d'autant moins suspecte que les produits sont hétérogènes.

Il faut néanmoins faire attention à la notion d'hétérogénéité, car à partir d'un certain degré, une augmentation du marché sera possible et la coordination sera donc susceptible d'apparaître au sein des différentes "niches" créées.

B. 2. 2. La concentration des acheteurs

Si les firmes font face à des acheteurs qui sont concentrés, c'est-à-dire qui possèdent un certain pouvoir de marché, il y a peu d'incitation à participer à une entente. En effet, en pratiquant des prix supérieurs au prix concurrentiel, il y a un risque de perdre un débouché important, ce qui occasionnerait des pertes conséquentes.

La coordination est donc probable sur un marché où les acheteurs sont fortement concentrés.

Toutefois, cet argument n'est valable que si le client n'encourt aucun coût à changer de fournisseur sans quoi il perdrait sa crédibilité. Dans certains marchés, l'image de marque de certains produits enlève le pouvoir de marché des clients vis-à-vis des producteurs.

B. 2. 3. Les points-témoins

Certaines pratiques entraînent l'existence de "points-témoins" qui facilitent la coordination tacite sur le marché. Ces points-témoins sont des indications sur les prix que pratique une firme sur le marché (en général, c'est le "price-leader") et représentent donc des informations permettant aux autres firmes de s'aligner. La publication des prix, l'approvisionnement des mêmes clients, etc... sont autant de moyens de connaître la politique de prix des autres entreprises.

L'existence de tels points favorise la coordination entre les firmes qui peuvent facilement détecter ces points.

B. 2. 4. Les caractéristiques des commandes

Comme dans le cas précédent, les firmes effectuent un arbitrage entre les gains obtenus en déviant par rapport à la politique de coordination et les pertes si cette déviation est découverte et entraîne une guerre des prix. Lorsque les producteurs font face à des commandes régulières, fréquentes et représentant de faibles quantités, la coordination entre eux sera d'autant plus stable. En effet, une telle situation entraîne une détection rapide de la part des autres membres de l'entente de la moindre déviation.

Si les commandes ont les caractéristiques précitées, la coordination sera d'autant plus facile car il y a peu d'incitants à dévier.

B. 2. 5. Les changements technologiques et la croissance du marché

Si la technologie évolue à un rythme rapide, l'émergence d'une situation de dominance oligopolistique sera peu probable. La raison en est la suivante: une firme qui introduit un nouveau produit suite à une innovation, aura tendance à casser les prix de façon à constituer une base installée suffisamment importante de sorte à empêcher l'entrée ou la concurrence d'un autre produit. Il n'y a pas d'incitant à coordonner les actions puisque le marché atteint rapidement la maturité et les produits sont rapidement remplacés. Ce phénomène est accentué si la demande a un fort taux de croissance car les entreprises veulent se positionner avant que le marché n'atteigne sa maturité.

Cet argument rejoint celui concernant l'hétérogénéité des produits. La situation est différente s'il existe des accords de coopération en matière de R&D, entre autres pour l'élaboration de normes et de standards communs.

B. 3. *The contestability school*

B. 3. 1. Le concept de contestabilité

Selon l'école de la contestabilité, si le degré de concentration et les conditions favorisant la coordination permettent l'émergence d'une situation de dominance oligopolistique, ceci ne sera dommageable à long terme que si le marché n'est pas contestable. Le concept de *marché contestable* a été introduit comme suit par Baumol en 1982 ²: un marché contestable est un marché sur

² Baumol W. J., 1982, "Contestable markets: Un Uprising in theory of the industry structure", *American Economic Review*, 72, pp. 1-15.

lequel les firmes peuvent entrer tout à fait librement et sortir sans encourir de coûts. La concurrence peut donc exister sur des marchés de type oligopolistique en raison de la concurrence exercée par les entrants potentiels.

Dans un marché contestable, les firmes ne sont pas protégées des entrants potentiels qui pourraient facilement tenter une action de “hit and run”. En effet, si les firmes existant sur le marché décident de former une entente pour pratiquer des prix non concurrentiels, il y a un incitant important à pénétrer le marché rapidement, à vendre au prix concurrentiel pour faire de gros profits à court terme et quitter ensuite le marché. Dans un marché non contestable, c’est-à-dire où il existe des barrières à l’entrée et à la sortie, une telle action serait non profitable.

B. 3. 2. Les facteurs de la non-contestabilité

Il y a quatre éléments qui déterminent le degré de contestabilité et donc la menace de voir un entrant potentiel pénétrer sur le marché:

- Le commerce international peut être une source de contestabilité. Dans les marchés où l’importation nécessite d’importants investissements tels que la création d’infrastructures de distribution, des dépenses de marketing..., la menace d’une action de “hit and run” par un importateur est peu crédible. Dans ce cas, une situation de dominance oligopolistique a de fortes chances d’être viable à long terme.
- L’existence de coûts d’entrée élevés et irrécupérables rend l’entrée sur le marché financièrement risquée.
- L’existence d’économies d’échelle empêchera un entrant potentiel d’atteindre une taille suffisante (et donc des coûts suffisamment bas) pour concurrencer les firmes en place et faire face à une éventuelle guerre des prix.
- Si le temps requis pour entrer sur le marché et devenir rentable est trop long, la menace d’une action de “hit and run” n’est plus crédible. En effet, pendant la période d’installation, les firmes en place peuvent coordonner leurs actions et infliger des pertes à l’entrant qui l’obligeront à sortir du marché.

L’existence de ces conditions sont favorables à la création ou au renforcement d’une situation de dominance oligopolistique.

B. 3. 3. Structure interne du marché et contestabilité

Si les entreprises d'un marché donné produisent des biens différenciés nécessitant des investissements spécifiques, on assistera à une fragmentation du marché en groupes stratégiques. L'existence de ces investissements spécifiques rend le passage d'un groupe à un autre très coûteux et crée donc des barrières à la mobilité au sein du marché, ce qui diminue la contestabilité.

La fragmentation en groupes stratégiques a pour conséquence de réduire le nombre de concurrents directs ainsi que la contestabilité provenant de concurrents indirects. De ce fait, la possibilité d'une coordination dans chaque sous-groupe est grande et ne nécessite pas l'existence de degré de concentration élevé sur l'ensemble du marché en question.

Le contrôle d'une fusion/acquisition dans ce cadre-ci doit donc se faire selon deux axes: le degré de concentration et les barrières à la mobilité au sein du secteur en question. C'est la combinaison de ces deux facteurs qui rend une concentration suspecte ou non. La difficulté réside dans l'identification des différents groupes stratégiques et de la potentialité de l'émergence de tels groupes.

B. 4. *The cross-parry school*

Selon cette école, une entente entre différentes firmes sera d'autant plus stable que ces mêmes firmes se rencontrent sur différents marchés. Il y a deux phénomènes qui sont observables:

- Une entreprise va créer un réseau (au moyen d'acquisitions) à travers différents marchés où ses concurrents sont également présents. Par ce fait, elle augmente la crédibilité de représailles en réponse à un comportement agressif d'un de ses concurrents directs. Ceci augmente la probabilité d'une collusion tacite et cela permet donc à une coordination d'être viable.
- Le fait que plusieurs firmes se retrouvent sur plusieurs marchés augmente la discipline entre elles. Ceci a pour conséquence qu'une firme n'apparaissant que sur un des marchés concernés se sentira menacée face à ce groupe. Elle aura donc une forte incitation à coopérer avec ces firmes.

Tous ces résultats impliquent que le contrôle d'une fusion/acquisition doit tenir compte des deux éléments suivants: premièrement, une fusion/acquisition qui favorise l'émergence d'une dominance oligopolistique sur un marché sera d'autant plus dangereuse que les firmes concernées se retrouvent également sur d'autres marchés. Deuxièmement, il faut faire attention aux fusions/acquisitions qui augmentent les contacts sur différents marchés entre un nombre restreint de firmes.

II. LE RÈGLEMENT N° 4064/89 (CEE) ET SON APPLICATION

A. Historique

Avant l'entrée en vigueur du règlement n° 4064/89, le 21 septembre 1990, la Communauté Économique Européenne ne disposait que de deux outils pour mettre en oeuvre sa politique de la concurrence, à savoir les articles 85 et 86 du Traité de Rome. Une lacune existait donc en matière de contrôle des opérations de concentration car ces deux articles ne permettaient un contrôle des concentrations qu'à *posteriori* (dès qu'une entente ou un abus de position dominante étaient observés). Cette absence ne résultait pas d'un oubli mais d'une volonté historique. En effet, il fallait encourager les entreprises européennes à acquérir une *taille européenne* pour pouvoir faire face aux concurrents étrangers, en particulier aux entreprises américaines et japonaises.

Suite à l'arrêt Continental Can en 1973, la première proposition de règlement concernant le contrôle des concentrations a été soumise au Conseil des Ministres où elle fut accueillie avec peu d'enthousiasme. La Commission a relancé sa proposition en 1987 et a reçu un accueil plus favorable de la part des douze ministres européens. Le texte définitif a été voté à l'unanimité au Conseil du 21 décembre 1989. Il aura donc fallu 17 ans de négociations pour que la CEE se dote d'un outil nécessaire au contrôle des concentrations.

La conception de ce règlement a visé à permettre aux entreprises européennes de renforcer leurs avantages stratégiques vis-à-vis du reste du monde sans toutefois mettre en péril le processus concurrentiel du Marché Unique. En effet, pour la Commission, le maintien d'un haut niveau de concurrence interne est un gain de compétitivité au niveau international.

B. Le règlement

Dans ce chapitre, nous allons décrire les principales dispositions du règlement n° 4064/89.

B. 1. *Applicabilité (articles 1 et 3)*

Le règlement s'applique aux opérations de concentration de dimension communautaire. Sont considérées comme opérations de concentration, les fusions ou acquisitions d'entreprises, les prises de participation contrôlante et les créations d'entreprises communes. Ces opérations ont une dimension communautaire lorsque *“le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées, représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus³ et le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par ou moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus de 2/3 de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat-Membre⁴”*.

B. 2. *Critères d'appréciation (article 2)*

La Commission est chargée d'apprécier si les opérations de concentration visées par le règlement sont compatibles ou non avec le Marché Commun. Le règlement énonce certains principes qui constituent des guides dont la Commission devra tenir compte lors de son appréciation. Elle doit *“préserver et développer une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté”*. Pour ce faire, le règlement propose de tenir compte *“de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et*

³ La façon dont sont calculés les différents chiffres d'affaires est présentée dans l'article 5 du règlement.

⁴ Notons que ces seuils doivent être révisés avant la fin de l'année 1994. Vide *adenda* sur la révision du règlement des concentrations.

économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence". Une opération de concentration doit être déclarée incompatible avec le marché commun si elle "crée ou renforce une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci".

B. 3. *Les étapes de la procédure (articles 4, 6, 7 et 10)*

Le mécanisme de contrôle des concentrations comprend les éléments suivants:

- Les entreprises concernées doivent introduire une notification préalable à la Commission dans un délai d'une semaine à compter du début de la réalisation de la concentration. Il y a un effet suspensif pendant un délai de trois semaines suite à la notification.
- Trois situations peuvent apparaître suite à la notification: la Commission peut juger soit que l'opération de concentration ne relève pas du règlement, soit qu'elle relève du règlement sans toutefois soulever de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun soit finalement qu'elle relève du règlement et qu'elle soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, dans quel cas, une procédure approfondie sera ouverte.
- Les délais que la Commission doit respecter sont les suivants:
 - La Commission dispose d'un délai d'un mois à partir de la réception de la notification pour engager la procédure d'analyse approfondie de la compatibilité.
 - Elle dispose ensuite d'un délai maximal de quatre mois pour déclarer l'opération compatible ou non avec le marché commun.

B. 4. *Le pouvoir de décision de la Commission (articles 8 et 9)*

Suite à l'engagement de la procédure approfondie, la Commission peut prendre une des trois décisions suivantes:

- La concentration est jugée compatible avec le marché commun et est donc autorisée.

- La concentration est jugée compatible conditionnellement à la modification du projet initial par les parties concernées.
- La concentration est jugée incompatible avec le marché commun et donc interdite. Au cas où elle aurait déjà été réalisée, la Commission impose alors la déconcentration.

C. L'application du règlement par la commission

C. 1. Conditions d'engagement de la procédure

La Commission doit faire une première distinction entre les mouvements coopératifs et concentratifs. Les premiers tombent sous l'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome, et les seconds sous celle du règlement 4064/89. Cette distinction se fait sur base de l'existence ou non d'un changement de structure durable des entreprises concernées.

Le mouvement concentratif doit avoir pour objet une coordination de comportements non concurrentiels et revêtir une dimension communautaire. Dès ce moment-là, la Commission engage une procédure qui devra déterminer le marché géographique et des produits de référence ainsi que la compatibilité avec le marché commun.

C. 2. Le marché de référence des produits

Le premier problème à résoudre est la détermination du marché de référence. Nous verrons plus tard que cette étape est primordiale pour la décision qui sera prise par la suite. Le marché de référence est le marché où la concurrence produit son impact, c'est donc le marché des produits en cause. A cet effet, la Commission utilise deux critères de base qui sont la substituabilité et les conditions de la concurrence:

- Pour déterminer le degré de substituabilité, la Commission utilise une combinaison de l'optique demande et de l'optique offre. La première considère que le marché de référence est composé de tous les produits qui, du point de vue du consommateur, sont substituables en termes de caractéristiques, prix, utilisation ... La seconde optique analyse la possibilité pour de nouveaux producteurs de se substituer aux producteurs en place.

- Les conditions de la concurrence doivent être prises en compte car des produits techniquement substituables peuvent, de par la structure de l'offre et de la demande, appartenir à différents marchés. Dans le même ordre d'idées, des produits plus ou moins hétérogènes peuvent être considérés comme appartenant à un même marché. Cela sera le cas si par exemple, ils sont distribués à travers les mêmes réseaux de distributions.

C. 3. *Le marché géographique*

La Commission a défini le marché géographique comme suit: *“c'est le territoire sur lequel les entreprises concernées sont impliquées dans l'offre ou la demande des produits ou services, dans lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et que l'on peut distinguer de territoires voisins car les conditions de concurrence y sont significativement différentes”*. La détermination du marché géographique résulte d'une évaluation économique qui doit inclure un caractère dynamique. Ce marché peut revêtir un caractère local, régional, national, communautaire voire mondial.

Nous allons maintenant énoncer les indicateurs utilisés par la Commission pour analyser les conditions de la concurrence sur un marché géographique. Ces indicateurs sont les suivants:

- La distribution géographique des parts de marché;
- la distribution géographique des prix relatifs;
- la distribution géographique des principaux fournisseurs;
- les exportations et importations transfrontalières;
- les barrières à l'entrée (fiscales, techniques, réglementaires et culturelles);
- les préférences des consommateurs;
- les coûts de transport;
- les systèmes de distribution;
- la différenciation des produits et des marques;
- l'impact des changements à venir (par exemple: de l'environnement technique ou réglementaire);
- les préférences nationales des acheteurs publics.

Nous remarquons que ces indicateurs feront ressortir des barrières à l'entrée tangibles et non tangibles, ces dernières étant très difficiles à identifier.

L'analyse devra également tenir compte des développements structurels futurs et particulièrement, de l'élimination des entraves au commerce (barrières tarifaires et non tarifaires).

C. 4. *Evaluation de la compatibilité*

Une fois que le marché géographique et des produits de référence a été identifié, la Commission doit établir si la concentration créera ou renforcera une position dominante au sens de l'article 2 sur ce marché. Pour ce faire, la Commission procède à l'évaluation de quatre éléments structurels caractérisant le marché de référence identifié:

La position de la nouvelle entité sur le marché: Pour apprécier le pouvoir de marché des entreprises qui se concentrent, la Commission calcule les parts de marché et estime les avantages sur les autres concurrents.

La structure de la demande: La Commission estime le pouvoir de marché des consommateurs et des autres clients.

La structure de l'offre: La Commission estime la force concurrentielle des concurrents subsistant sur le marché.

La concurrence potentielle: Finalement, la Commission doit tenir compte de la force de la concurrence potentielle. Celle-ci est déterminée par l'importance des barrières à l'entrée, par la pression des importations ou des produits imparfaitement substituables ainsi que par la possibilité pour les concurrents en place d'augmenter leur capacité de production.

La part de marché est un point très important pris en compte dans l'analyse de l'évolution passée et future des parts de marché, et ce en termes absolus et relatifs par rapport aux concurrents les plus proches. Cette analyse sera complétée par la prise en compte des avantages et désavantages concurrentiels de la firme concentrée par rapport aux concurrents subsistant sur le marché. En autres, la Commission examinera: le pouvoir financier de la firme concentrée, les économies d'échelle, les autres avantages en termes de coût, la gamme de produits, l'accès à la technologie, la position en termes de qualité et de technologie, l'image de marque résultant d'une politique de marketing de longue haleine, l'intégration verticale, etc. ... La combinaison de plusieurs de ces facteurs entraîne la création de barrières à l'entrée.

La pression concurrentielle pousse les firmes à reporter les gains d'efficacité engendrés par la concentration sur les consommateurs. Une telle pression n'existera que si les barrières à l'entrée sont inexistantes. Ceci justifie

l'analyse par la Commission de l'ampleur des facteurs énoncés ci-dessus.

Dans la partie suivante, nous allons donner un exemple d'application de ce règlement en expliquant toutes les étapes de la procédure engagée pour déterminer si une opération de concentration est compatible ou pas avec le marché commun. Le cas étudié est celui de l'acquisition de PERRIER par le groupe NESTLÉ.

III. LE CAS NESTLÉ-PERRIER

A. Chronologie

Suite à la tentative de prise de pouvoir de EXOR, principal actionnaire du groupe PERRIER par la société d'investissement de G. Agnelli, IFINT, la Banque INDOSUEZ et le groupe NESTLÉ ont créé une filiale commune, DEMILAC, pour lancer une O.P.A. sur 100% des actions du groupe PERRIER. Lors de cette bataille pour la prise de contrôle du fleuron des sources d'eau minérale françaises, de nombreux jeux d'alliance se sont développés. Parmi ces derniers, BSN s'est rallié à NESTLÉ. Cette alliance se basait sur l'accord suivant: NESTLÉ a promis à BSN de lui revendre VOLVIC pour 20% du prix payé pour l'acquisition de PERRIER dans le cas où celle-ci réussirait. Notons qu'ils espéraient que cet accord leur permettrait d'éviter une décision négative de la part de la Commission.

Pour BSN, premier groupe alimentaire français, l'achat de VOLVIC représentait une opération très fructueuse car cela lui permettait de tripler ses réserves d'eau minérale et d'augmenter sa part de marché de 21% (détenue grâce à EVIAN et BADOIT) à 33%.

NESTLÉ, premier groupe alimentaire mondial et propriétaire d'une part de marché des eaux minérales françaises de 14% au travers des marques VITTEL et HEPAR, désirait améliorer sa position sur le marché français et européen. C'est à cette fin qu'il désirait contrôler PERRIER et qu'il a lancé la contre offensive face à Agnelli.

Source PERRIER SA détient 41% du marché des eaux minérales françaises. Outre la fameuse eau de Vergèse, le groupe possède également les marques VOLVIC, CONTREXEVILLE, VICHY, SAINT-YORRE et CELESTIN. Parmi les

actionnaires du groupe PERRIER, on retrouvait EXOR qui détenait 28,7% des parts et devait offrir à Agnelli une porte d'entrée pour le contrôle des sources.

Le 25 février 1992, NESTLÉ a notifié à la Commission le lancement d'une O.P.A. sur la totalité des actions du groupe PERRIER par DEMLAC. NESTLÉ a réussi à obtenir le contrôle de PERRIER⁵ mais a dû s'abstenir d'exercer les droits de vote attachés à ses parts conformément à l'effet suspensif consécutif à toute notification. La Commission a déclaré par décision du 25 mars 1992 que cette opération soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun et a donc engagé une procédure d'analyse approfondie.

B. Analyse de la décision

Le 5 décembre 1992 a paru au Journal officiel des Communautés européennes, la décision de la Commission du 22 juillet 1992 relative à la procédure au titre du règlement CEE N° 4064/89 du Conseil engagée dans le cadre de l'affaire Nestlé-Perrier (affaire n° IV/M. 190).

B. 1. *Les marchés concernés*

B. 1. 1. Le marché des produits de référence

Le marché des produits qui a été identifié est celui de **l'eau embouteillée provenant d'une source naturelle.**

Au départ, NESTLÉ considérait qu'il n'existait pas de marché distinct pour l'eau de source embouteillée. Selon eux, le marché concerné était celui des boissons rafraîchissantes sans alcool (en incluant l'eau) car «*la fonction fondamentale de toutes les boissons est d'étancher la soif du consommateur*». Il était dans l'intérêt de NESTLÉ que le marché de référence soit le plus large possible pour camoufler sa position dominante.

La Commission n'a pas été dupe, et par une analyse précise des conditions de l'offre et de la demande, elle a déclaré que les boissons rafraîchissantes sans alcool ne faisaient pas partie du marché de référence.

⁵ Nestlé disposait d'une option d'achat sur les actions d'Indosuez dans Demilac.

Les conditions de la demande: Dans ce cadre, la Commission a analysé les quatre points suivants:

- 1) Motivations des consommateurs dans l'achat d'eau embouteillée provenant d'une source naturelle: il ressortait de différentes enquêtes que les consommateurs justifiaient leurs achats d'eau de source embouteillée par l'image (pureté, propreté, santé, ...) du produit et son caractère naturel.
- 2) Différences dans la composition des produits, leur goût et l'usage prévu: mis à part la différence de goût, les eaux de source sont consommées en grande quantité pour répondre à un besoin alimentaire fondamental alors que les boissons rafraîchissantes sont bues pour *«étancher la soif, mais également afin de se procurer un plaisir gustatif particulier, souvent en société»*.
- 3) Faible élasticité-prix de la demande: trois caractéristiques du marché de l'ensemble des boissons rafraîchissantes ont été prises en compte. A savoir, que les boissons rafraîchissantes sans alcool sont deux à trois fois plus chères que les eaux de source embouteillées; que le marché français des eaux de source embouteillées est caractérisé par une activité intensive en marketing qui a permis aux différentes marques de fidéliser la clientèle par leur image; que les prix des boissons rafraîchissantes ont diminué ces cinq dernières années tandis que ceux des eaux ont augmenté sans que leurs parts respectives de marché ne soient fortement modifiées. Ceci a permis d'établir qu'une forte augmentation des prix des eaux de source embouteillées ne provoquait pas un déplacement de la demande vers les boissons rafraîchissantes non alcoolisées.
- 4) L'opinion des détaillants: la Commission a interrogé certains détaillants qui ont déclaré que selon eux, le marché des eaux de source embouteillées constituait un marché distinct. Ce marché est caractérisé par une forte fidélité des consommateurs vis-à-vis des marques, ce qui implique qu'ils sont obligés de leur offrir les grandes marques nationales et qu'ils n'ont pas la possibilité de leur offrir des substituts.

Les conditions de l'offre: Trois points ont été examinés pour déterminer la structure de l'offre:

- 1) Les conditions de production et de commercialisation: Il existe des dispositions réglementaires en France qui obligent les producteurs d'eau

de source à embouteiller à la source. Les producteurs de boissons rafraîchissantes quant à eux peuvent optimiser leur localisation sans contrainte de façon à bénéficier au maximum des économies d'échelle. Pour cela, ils octroient des licences sur leurs marques à des embouteilleurs indépendants. Par contre, l'eau de source ne peut porter que la marque associée à la source dont elle provient. Ces deux contraintes différencient fortement les deux marchés. Il a d'ailleurs été observé par la Commission que les opérateurs sont distincts sur ces deux marchés ⁶.

- 2) La politique des prix appliquée par les producteurs: la Commission a observé le même phénomène que précédemment en ce qui concerne les prix (départ usine, hors TVA et sans remise), à savoir que ces prix ont évolué dans des directions opposées. Les prix des boissons rafraîchissantes ont en effet baissé depuis 1987 alors que ceux des eaux minérales ont augmenté. Dans la formation des prix, les producteurs des deux marchés obéissent à des logiques différentes en ce sens qu'ils ne tiennent pas compte des prix fixés sur l'autre marché pour fixer les leurs. De plus, une corrélation négative a été décelée entre les prix des boissons rafraîchissantes et les prix des eaux embouteillées. Toutes ces constatations ont amené la Commission à déclarer que les conditions de concurrence étaient différentes sur ces deux marchés.
- 3) La substituabilité de l'offre: de par la réglementation qui régit l'embouteillage de l'eau de source, un producteur de boissons rafraîchissantes ne pourrait utiliser un excédent de capacité de production à la commercialisation d'eau de source. A cela, NESTLÉ a répondu qu'un tel excédent pourrait être utilisé pour produire de l'eau de robinet purifiée qui serait considérée par les consommateurs comme un substitut parfait à l'eau de source. La Commission n'a pas daigné tenir compte de cet argument vu qu'aucune preuve de l'existence de capacités excédentaires n'a été apportée, et qu'aucun des producteurs de boissons rafraîchissantes n'a tenté d'entrer sur le marché de cette façon et ne compte le faire à court terme. De plus, les caractéristiques de la demande sont telles qu'aux yeux des consommateurs, ces deux produits ne sont pas substituables.

⁶ Perrier a vendu sa marque de boissons rafraîchissantes OASIS à SCHWEPPEES en 1990 dans le cadre de sa stratégie de spécialisation dans les eaux de source.

En conclusion, la Commission a décidé de considérer le marché des eaux de sources distinctement de celui des boissons rafraîchissantes non alcoolisées du fait de la non-substituabilité de ces deux types de produits au niveau de l'offre (formation et structure de prix différentes) et de la demande (perception différente de par leur image).

B. 1. 2. Le marché géographique de référence

Le marché géographique de référence identifié par la Commission est **la France**. Selon NESTLÉ, les régions limitrophes à la France telles la Belgique et quelques régions de l'Allemagne devaient être prises en compte. La raison invoquée était que sa politique de prix en France doit tenir compte de la menace d'importations parallèles en provenance de ces régions. Cet argument a été rejeté par la Commission. Cette dernière a utilisé les éléments que nous allons énoncer pour démontrer que le comportement concurrentiel de la nouvelle entité n'est soumis à aucune contrainte étrangère sur le territoire français.

Les conditions de concurrence dans la communauté: Trois éléments ont permis de déterminer que les conditions de concurrence étaient fondamentalement différentes à travers la Communauté.

- 1) La demande ne présente pas les mêmes caractéristiques selon les régions car la consommation d'eau de source répond à des habitudes différentes.
- 2) Les flux d'échanges sont très faibles au sein de la Communauté car l'eau de source embouteillée est un produit de faible valeur mais important en volume, ce qui rend son coût de transport particulièrement élevé. Les marchés sont donc principalement régionaux.
- 3) L'offre est très morcelée dans la plupart des Etats. En effet, il n'existe en Europe aucune société comparable en taille aux trois grands producteurs français. Seule la Belgique possède un marché fortement concentré (SPADEL et CHAUDFONTAINE) mais celui-ci est de très petite taille par rapport au marché français.

Les exportations françaises et la menace d'importations parallèles:

Les importations parallèles sont peu probables. En effet, la combinaison des trois facteurs suivants rend les importations parallèles non rentables:

- 1) Le contrôle par les grands producteurs français des quantités exportées (les exportateurs sont des filiales des producteurs).
- 2) Les prix dans les régions limitrophes sont supérieurs aux prix pratiqués en France.
- 3) Outre le prix plus élevé à payer, l'exportateur parallèle aurait à supporter des frais de reconditionnement et de transport élevés.

Barrières à l'entrée isolant le marché français: Il existe de nombreuses barrières à l'entrée sur le marché français qui isolent ce marché du reste de la Communauté.

- 1) **Absence d'importations:** La Commission n'a observé aucun flux significatif d'exportation vers le marché français, et ce malgré l'inexistence de barrières tarifaires et/ou légales. D'ailleurs, SPADEL qui possède des sources proches du marché français et qui pourrait bénéficier d'avantages au niveau des coûts de transport, n'exporte qu'une quantité négligeable d'eau de source en France ⁷.
- 2) **Logistique de la distribution:** Les clients ont développé une logistique basée sur le transport par chemin de fer qui n'a été adoptée que par les producteurs français. Si elles voulaient exporter sur le marché français, les firmes étrangères devraient utiliser le transport par camion car elles ne produisent pas un volume d'eau suffisant pour utiliser le transport ferroviaire (qui est plus compétitif).
- 3) **Accès à la distribution:** Il est difficile d'avoir accès aux réseaux de distribution car ceux-ci sont arrivés à saturation.
- 4) **Dépenses publicitaires:** Les trois grands producteurs français ont acquis une image de marque très importante au niveau national grâce à une politique intensive de publicité. Ils ont ainsi réussi à fidéliser la clientèle aux différentes marques proposées. L'introduction d'une nouvelle marque serait particulièrement risquée car elle nécessiterait un investissement à fonds perdus long et coûteux en publicité.
- 5) **Autres barrières à l'entrée:** Le degré de concentration de NESTLÉ, PERRIER et BSN est une barrière en soi (82% en valeur). Ces cinq

⁷ SPADEL exporte principalement des canettes d'eau pour les distributeurs de Coca-Cola.

dernières années, quinze tentatives d'entrée sur le marché français ont été observées. Seules quatre de ces sociétés sont encore présentes, dont deux sont contrôlées par BSN (FERRARELLE) et PERRIER (SAN PELLEGRINO). Une preuve supplémentaire de la difficulté d'entrer sur le marché français, est que SPADEL a définitivement décidé d'orienter ses exportations vers le marché britannique.

B. 2. *Compatibilité avec le marché commun*

La compatibilité avec le marché commun a été analysée sur base du marché de référence déterminé ci-dessus, à savoir **le marché français de l'eau de source embouteillée**. La Commission a également tenu compte de l'existence de l'accord conclu entre NESTLÉ et BSN pour la revente de VOLVIC. L'analyse de la Commission comporte huit points que nous allons exposer ci-dessous:

B. 2. 1. Les parts de marché

Les parts de marché utilisées sont celles exprimées en valeur et non en volume car celles-ci reflètent mieux la puissance des grands producteurs. De plus, leur estimation est plus facile. Le marché est déjà fortement concentré et la nouvelle entité créée renforcera cette concentration. Les deux producteurs restant contrôleraient effectivement 82,4% du marché ⁸ alors qu'auparavant, ils étaient trois à se partager ces 82,4% du marché.

B. 2. 2. Capacités et portefeuille de sources

PERRIER possédait les capacités de production les plus importantes du marché français. Après l'acquisition de PERRIER par NESTLÉ et la revente de VOLVIC à BSN, ces deux producteurs posséderaient des réserves supérieures au volume du marché, ce qui leur permettrait de faire face à tout accroissement de la demande. Cette réorganisation des sources entre NESTLÉ et BSN leur permettrait d'améliorer leur gamme de produits. A un tel point, qu'aucun producteur local ne posséderait de sources en nombre et taille comparables aux leurs.

⁸ Les chiffres exacts des parts de marché des différents producteurs n'ont pas été publiés au Journal Officiel pour des raisons de confidentialité.

B. 2. 3. Les prix

La Commission a remarqué qu'une coordination tacite existait entre les trois producteurs nationaux et que le leader était PERRIER. En effet, les prix n'ont cessé d'augmenter et chaque augmentation de prix effectuée par un producteur était suivie par les autres. Cette très faible concurrence en prix a été rendue possible grâce aux mécanismes⁹ de transparence mis en place par ces trois producteurs. Les prix pratiqués sont d'ailleurs supérieurs au prix concurrentiel de par la faible élasticité croisée de la demande et la capture des détaillants par les producteurs.

B. 2. 4. La structure des coûts

L'obligation d'embouteiller à la source ainsi que l'inexistence de progrès technique empêchent les producteurs de bénéficier d'économies d'échelle. De ce fait, les trois producteurs nationaux ont des structures de coût similaires et aucun d'entre eux n'est incité à avoir une politique agressive vis-à-vis des deux autres. Notons également que les coûts de transport sont supportés par les clients.

B. 2. 5. Concurrence des producteurs d'eaux locales

NESTLÉ et BSN affirmaient que les producteurs locaux exercent une contrainte concurrentielle sur le marché de l'eau. La Commission a rétorqué que les petits producteurs locaux n'ont pas un pouvoir de marché suffisant pour empêcher les producteurs nationaux d'augmenter leurs prix. Ceci est prouvé par l'évolution des prix que nous avons déjà décrite. La concurrence qui existe entre les petits producteurs n'influence en rien la politique de prix des gros producteurs. L'objectif des petits producteurs est de compléter la gamme de produits offerts par les trois producteurs nationaux et sûrement pas de la concurrence. Ces producteurs sont des petites sociétés dispersées, nombreuses et indépendantes qui ne possèdent pas de parts de marché ni de puissance financière individuelles suffisamment importantes pour rivaliser avec les trois gros producteurs nationaux.

⁹ Publication des prix avec les rabais, approvisionnement des mêmes clients qui donnent beaucoup d'informations, communications des volumes de ventes à la Chambre syndicale des eaux minérales, etc.

B. 2. 6. Le pouvoir économique des acheteurs

Selon NESTLÉ, les gros détaillants sont fortement concentrés et possèdent donc un pouvoir de marché considérable. La Commission a reconnu que la concentration des acheteurs était élevée car les dix plus gros acheteurs représentent environ 70% du chiffre d'affaires des trois producteurs nationaux. Seulement, la concentration des producteurs lui est supérieure, ce qui leur permet d'adopter plus facilement «*un comportement parallèle anti-concurrentiel*». De plus, la part individuelle de ces dix acheteurs varie de 1,9% à 11,6% du chiffre d'affaires total de NESTLÉ. Ils n'ont donc pas tous le même poids. Ceci est confirmé par le fait que les rabais accordés diffèrent fortement d'un acheteur à l'autre. Leur pouvoir n'est donc pas similaire.

Il était également important d'analyser la position des petits détaillants et des grossistes. Contrairement aux gros acheteurs, ces derniers ont très peu de poids. La fidélité des consommateurs par rapport aux grandes marques nationales entraîne une dépendance des détaillants. Comme nous l'avons déjà souligné, ils ne peuvent se permettre de ne pas vendre ces grandes marques. Après le rachat de PERRIER par NESTLÉ, ils deviendraient donc encore plus dépendants puisque seulement deux producteurs subsisteraient sur le marché. Le seul pouvoir de négociation qu'ils détiennent est associé à la possibilité qu'ils ont de retirer des marques de leur catalogue. Mais cette menace n'a eu aucun effet disciplinaire sur les deux producteurs et n'a d'ailleurs pas permis aux détaillants de contrer l'évolution à la hausse des prix. Il apparaît clairement que ces derniers n'exercent aucune contrainte concurrentielle sur les grands producteurs nationaux. La concentration ne ferait qu'accentuer cet état de fait.

NESTLÉ a tenté de minimiser la dépendance des détaillants en comparant la part importante des eaux embouteillées dans son chiffre d'affaires et la part dérisoire des eaux embouteillées dans les ventes d'un détaillant (1%). Seulement, un détaillant qui perd un client car il ne vend pas les grandes marques d'eau, perdra tous les achats de ce client. Cet argument n'est donc pas pertinent.

La conclusion de toutes ces considérations est que les détaillants ne possèdent pas un pouvoir de marché suffisant pour contrer la puissance des producteurs nationaux. La concentration limiterait encore plus ce pouvoir et augmenterait la dépendance des détaillants en réduisant à deux les sources d'approvisionnement.

B. 2. 7. La concurrence potentielle

Toujours selon NESTLÉ, étant donné la croissance importante de la demande du marché des eaux embouteillées, la concurrence potentielle est constituée des divers producteurs de boissons et de produits alimentaires. De plus, NESTLÉ a mentionné sa crainte de voir arriver sur le marché les producteurs français locaux et étrangers à cause du nombre important de sources existant en France.

Pour évaluer la concurrence potentielle, la Commission a regardé si de nouvelles sociétés, ayant une puissance suffisante pour limiter le pouvoir des deux producteurs subsistants, pouvaient pénétrer le marché. Ce qui importe, c'est la probabilité que ces firmes puissent limiter la hausse des prix. De plus, il faut que cette entrée puisse se faire dans un délai très court.

Le résultat de l'étude est que la concurrence potentielle est fortement limitée en raison des barrières et des risques à l'entrée que nous allons citer:

- 1) La croissance de la demande en France est plutôt restreinte.
- 2) Au niveau de la gamme de produits et des marques, le marché français est arrivé à maturité. La notoriété des firmes en place est telle que les consommateurs sont fidélisés et ont donc une très faible élasticité des prix croisée pour les eaux locales. L'introduction d'une nouvelle marque est particulièrement risquée car cela demande des dépenses considérables de publicité et de promotion qui sont irrécupérables en cas d'échec. Notons que le temps qu'une telle entreprise demanderait est extrêmement long.
- 3) Les rabais offerts par les producteurs ont pour objectif de fidéliser leur clientèle et constituent donc une barrière supplémentaire à l'entrée. Un nouveau producteur devrait effectivement offrir des rabais proportionnellement plus grands.
- 4) La concentration en elle-même est également une barrière car les quelques producteurs présents sur le marché peuvent se concerter facilement pour défendre leur position. La preuve en a été faite par la réaction de NESTLÉ et de BSN face à l'annonce de O.P.A. par IFINT sur EXOR.
- 5) Finalement, au niveau de la concurrence potentielle exercée par les producteurs étrangers, nous avons déjà vu qu'elle est négligeable.

Aucune concurrence potentielle pouvant limiter la puissance des producteurs français n'a donc pu être décelée.

B. 2. 8. Effet sur la préservation et le développement d'une concurrence effective

Réalisation de la vente de VOLVIC à BSN: Dominance duopolistique

En raison de toutes les raisons exposées ci-dessus, la Commission a conclu que cette opération résulterait en la création d'une situation de dominance duopolistique. La concurrence effective sur le marché français des eaux embouteillées serait donc significativement entravée. C'est d'ailleurs la première fois que la Commission a appliqué le règlement à une situation de dominance oligopolistique. Tous les cas précédents relevaient de situations de dominance monopolistique. NESTLÉ a d'ailleurs tenté d'échapper au règlement en soutenant que celui-ci n'est applicable qu'aux situations de dominance monopolistique. Dans ce cas de duopole, la Commission a jugé que NESTLÉ et BSN étaient en mesure de maximiser leur profit conjoint. Le fait que les deux entités soient de même taille, aient les mêmes coûts, que le marché français soit très concentré et très transparent, qu'il n'y a aucune concurrence potentielle, *«facilite les comportements parallèles anti-concurrentielles conduisant à des abus collectifs»*.

Notons que cette opération de concentration réduit le nombre d'opérateurs sur le marché de deux à trois mais elle fait surtout disparaître un opérateur qui possédait d'énormes réserves de capacités et qui vendait quantités les plus importantes.

Pas de vente de VOLVIC à BSN: Dominance monopolistique

Sans la vente de VOLVIC à BSN, NESTLÉ serait beaucoup plus puissant que son plus proche rival puisqu'il posséderait la quasi-totalité des marques d'eau de source embouteillée. BSN a atteint sa capacité maximale de production, ce qui lui enlève toute tentation agressive vis-à-vis de NESTLÉ. Ces deux sociétés se rencontrent sur d'autres marchés dans le secteur agro-alimentaire et ceci réduit encore plus le pouvoir de pression de BSN. De ce fait, NESTLÉ peut s'approprier une rente de monopole sans contrainte.

Dans les deux cas, la concentration créerait donc une dominance oligopolistique de nature à entraver de manière significative une partie substantielle du marché commun.

C. La décision

C. 1. L'autorisation sous conditions

Sous réserve de la réalisation de certaines conditions, la Commission a déclaré l'opération de concentration notifiée par NESTLÉ SA, le 25 février 1992, relative à l'acquisition du contrôle de SOURCE PERRIER SA comme étant compatible avec le marché commun. En effet, la concentration est autorisée si un troisième producteur, capable de rivaliser avec BSN et NESTLÉ, apparaît sur le marché français.

A cet effet, NESTLÉ s'est engagé à modifier le projet initial. NESTLÉ a effectivement promis qu'après le rachat de PERRIER, elle vendrait les marques suivantes à un concurrent viable pouvant exercer une concurrence effective: VICHY, THONON, PERVAL, SAINT-YORRE et un certain nombre d'autres eaux de source. Le choix de ce concurrent est soumis à des conditions strictes d'indépendance vis-à-vis de NESTLÉ, PERRIER et BSN, et doit recevoir l'assentiment de la Commission. Tant que n'apparaît pas le troisième concurrent, NESTLÉ doit gérer séparément les actifs de PERRIER et ne peut en modifier la structure sans l'accord préalable de la Commission. Cela implique le retardement de la revente de VOLVIC à BSN. En outre, NESTLÉ a accepté de ne fournir aucune information antérieure à un an sur ses volumes de vente. La vente doit se réaliser dans un délai tenu secret, fixé par la Commission, sans quoi celle-ci révoquera sa décision de compatibilité.

C. 2. La réalisation de ces conditions

Début février 1993, NESTLÉ a fait savoir à la Commission que le producteur français de boissons CASTEL était disposé à racheter les sources à vendre sauf PIERVAL. Suite à l'avis négatif de la Commission sur cet accord, une renégociation entre NESTLÉ et CASTEL a abouti à l'annonce, le 23 février 1993, de la vente de PIERVAL à CASTEL. La Commission n'a pas encore rendu son avis mais il est fort probable que celui-ci soit positif.

D. Commentaires

D. 1. Lien entre la théorie et les critères utilisés par la Commission

Comme nous l'avons déjà dit, le cas NESTLÉ-PERRIER est le premier où le règlement s'applique à une dominance oligopolistique. Nous ne pensons

pas qu'il s'agisse là d'une déviation par rapport au règlement comme NESTLÉ voulait le faire croire. La création d'un oligopole étroit n'est pas une condition suffisante pour interdire une concentration, encore faut-il qu'elle aie un impact négatif sur la concurrence, ce qui est le cas ici.

Les éléments qui ont joué un rôle décisif dans l'analyse de la Commission sont les suivants:

- La non-substituabilité des boissons rafraîchissantes dans la détermination du marché des produits.
- Les barrières à l'entrée, les habitudes de consommation et la différenciation des marques, les coûts de transport et les caractéristiques du système de distribution dans la détermination du marché géographique.
- L'élimination du plus proche concurrent et le renforcement de la concentration des producteurs, ainsi que leur gamme de produits et leur image de marque dans la détermination de l'incompatibilité.

L'analyse effectuée par la Commission tient compte des apports théoriques que nous avons décrit dans la première partie du travail. Nous allons voir maintenant quelles sont les conditions théoriques qui ont été utilisées pour effectuer l'analyse du cas NESTLÉ-PERRIER:

Critères de la *concentration school*: Le degré de concentration du marché de référence et l'égalité des parts de marché des entreprises concernées ont été pris en compte pour voir si il y avait un risque que l'opération de concentration n'entrave la concurrence sur ce marché.

Critères de la *coordination school*: Différents facteurs théoriques favorisant la coordination ont été décelés dans le cas NESTLÉ-PERRIER:

- *Homogénéité du bien*: L'eau de source embouteillée par les trois gros producteurs est un bien totalement homogène et comme nous l'avons vu cet aspect facilite la coordination entre les firmes puisque cette coordination ne pourra porter que sur les prix.
- *Concentration des acheteurs*: Les gros acheteurs sont fortement concentrés mais leur pouvoir est miné par la notoriété des trois grandes marques.
- *Les points-témoins*: Nous avons vu que ces points-témoins favorisent la coordination entre les firmes et c'est ce qui apparaît dans le cas que nous avons étudié.

- *Le progrès technologique*: Comme la théorie le prédit, l'absence de progrès technologique favorise l'émergence d'une position dominante. Le marché de l'eau de source embouteillée est en effet caractérisé par un très faible progrès technologique, ce qui limite la concurrence potentielle.

Les critères de contestabilité: La Commission a déterminé que le marché de l'eau de source embouteillée était un marché non-contestable et donc sur lequel il est possible de pratiquer des prix non-concurrentiels. La non-contestabilité a pu être établie grâce à l'absence d'échanges internationaux, à l'existence de coûts d'entrée à fonds perdus élevés (marketing, ...) et par le temps requis à l'installation.

Les critères de la *cross parry school*: Les critères de cette école n'ont pas été utilisés pour établir la décision malgré l'existence de liens entre NESTLÉ et BSN sur différents marchés. Ceci aurait pu être utilisé pour renforcer la présomption qu'une coordination entre ces deux firmes serait très facile après l'opération de concentration.

D. 2. *Critiques*

La Commission, lors de son enquête sur les conditions de la concurrence sur le marché, a décelé que même avant la concentration, le marché français de l'eau de source était caractérisé par un triopole au sein duquel la concurrence était considérablement affaiblie.

Ce qui nous paraît pour le moins surprenant, c'est que malgré cet avis, et après avoir démontré qu'il y avait:

- Une collusion tacite sur les prix;
- un *price-leader*: PERRIER;
- un niveau de prix pratiqué par ces firmes supérieur au niveau concurrentiel, la Commission déclare qu'avant la concentration, NESTLÉ, PERRIER et BSN n'exerçaient pas une dominance oligopolistique. Or selon nous, le comportement de ces trois firmes aurait du tomber depuis longtemps sous le coup des articles 85 et 86 du Traité de Rome pour pratiques concertées et abus de position dominante.

C'est peut-être pour faire oublier l'absence d'une telle procédure que la Commission a voulu se montrer sévère envers NESTLÉ en choisissant le marché de référence le plus restreint possible. Toutefois est-il que l'on est parti d'un triopole à la limite de la légalité pour aboutir à un nouveau triopole qui se dépêchera de reprendre les pratiques abusives de son prédécesseur.

IV. ANALYSE CRITIQUE DU RÈGLEMENT N° 4064/89

De nombreuses critiques se sont élevées envers la réglementation et son application. Ce fut principalement le cas après un certain nombre de décisions litigieuses. Parmi celles-ci, nous ne citerons que les cas suivants:

- 1) TETRA PAK/ALFA LAVAL: TETRA PAK a été condamné pour abus de position dominante suite au rachat du brevet d'un nouveau système d'emballage, sans intention de l'exploiter, mais dans le seul but d'empêcher la concurrence. Par contre, TETRA PAK, détenteur de 90% du marché des emballages conditionnés, ne fut pas condamné lorsqu'il a acquis son seul concurrent, ALFA LAVAL.
- 2) AEROSPATIALE-ALENA/de HAVILLAND: Jusqu'à présent, il s'agit là de la seule affaire ayant mené la Commission à interdire la concentration. C'est également la plus controversée. La Commission a vu dans cette concentration le risque de l'émergence d'une position dominante durable. C'est principalement le choix du marché de référence qui fut critiqué, or ce choix détermine bien souvent la décision finale. Le fait est que d'autres analyses de ce cas, fondées également sur des critères de concurrence et sur des réalités objectives, auraient pu conduire à un résultat différent.
- 3) MITSUBISHI/UNION CARBIDE: Dans cette opération, aucune intégration n'avait lieu, elle aurait donc dû tomber sous l'application de l'article 85. En tant qu'entente, cette opération aurait vraisemblablement reçu un avis négatif, tandis que dans le cadre du règlement sur les concentrations, elle a été jugée compatible avec le marché commun.

Ce que ces exemples nous montrent, c'est qu'il n'existe aucune sécurité juridique pour les entreprises. Le fait que le règlement énumère une série de critères, applicables au bon vouloir de la Commission et au gré des pressions, introduit une forte incertitude. Or, dans des phases de restructuration rapide,

les entreprises ont besoin de pouvoir s'appuyer sur un cadre juridique précis et stable. C'est un outil juridique formalisé qui est nécessaire, et non un règlement énumérant une procédure à mener sans préciser les critères d'appréciation à utiliser pour déterminer l'existence d'une position dominante.

Le manque de cohérence, d'impartialité de la Commission et les pressions politiques auxquelles elle fait face font qu'il y a une autocensure des projets trop certains d'être refusés par Bruxelles alors qu'ils peuvent revendiquer une certaine légitimité. De par sa liberté d'action dans la détermination du marché pertinent, la Commission peut fausser le résultat. En effet, en définissant le marché de façon très étroite, elle pourra toujours proclamer que la concurrence est menacée. Tandis qu'en définissant le marché le plus large possible, elle pourra soutenir qu'il n'y a aucune crainte.

Dans le règlement, aucun critère de nationalité des entreprises n'est imposé, ce qui importe, c'est que l'opération ait une influence substantielle et durable sur la concurrence dans le marché commun. Cet aspect (qui paraît juste) pourrait être utilisé par la Commission comme un outil contre les entreprises étrangères. Elle pourrait effectivement favoriser les restructurations des entreprises européennes et être plus sévère avec les entreprises étrangères pour éviter qu'elles ne deviennent trop puissantes au sein de la Communauté ¹⁰.

De plus, aucune défense d'efficacité n'est envisagée. Or, la CE a pour légitimité d'unir ses efforts pour améliorer la compétitivité de ses entreprises vis-à-vis des autres grands ensembles mondiaux. Il est dès lors étonnant que le règlement n'implique aucune appréciation des gains potentiels d'efficacité. C'est sous la pression des Etats Membres que cette disposition n'a pas été introduite. En effet, ils avaient peur que la Commission ne favorise l'émergence de «champions européens» avec cet argument. De toute façon, la Commission peut utiliser l'argument du «*progrès technique et économique*» (article 2) pour légitimer la création de ces «champions» en prétendant que c'est à l'avantage des consommateurs. Cela étant, dans la plupart des décisions, il apparaît que la Commission s'est beaucoup plus appliquée à défendre les intérêts des concurrents au gré des pressions, en négligeant souvent ceux des consommateurs. Ceci d'autant plus qu'il n'y a aucun recours pour les parties concernées. En effet, l'action de la Cour de Justice se limite à examiner la logique suivie par la Commission dans ses décisions, ainsi que l'absence d'erreurs et de détournement de pouvoir.

¹⁰ Toutefois, de telles pratiques pourraient également être le fait de pays tiers sur les entreprises de la Communauté.

Le système de contrôle des concentrations dans la Communauté peut être qualifié d' "antidémocratique". En effet, dans ce domaine les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont concentrés aux mains de la Commission. C'est elle qui a écrit le règlement, elle la seule habilitée à l'appliquer et à définir les sanctions qui en découlent.

V. CONCLUSION

Grâce à l'exemple de la décision NESTLÉ-PERRIER, nous avons vu que l'application du règlement n° 4064/89 par la Commission lève de nombreuses critiques. Le texte du règlement ne donne que des critères d'appréciation très vagues pour la prise de décision et la jurisprudence était donc chargée de définir des indicateurs plus clairs. La réalité nous a malheureusement montré que la jurisprudence n'a pas réussi à lever le voile sur les ambiguïtés et les imprécisions du règlement. La Commission a adopté des pratiques changeantes suivant les cas, ce qui a accentué le phénomène d'autocensure de la part des entreprises.

La révision des seuils d'applicabilité est prévue avant la fin de l'année prochaine. Nous pensons qu'il faudrait profiter de cette occasion pour introduire dans le règlement une liste non exhaustive d'indicateurs précis à prendre en compte dans tous les cas.

Certaines propositions ont d'ailleurs été faites à cet effet par des économistes, dont Williamson. La Commission pourrait également s'inspirer des législations étrangères, en essayant de prendre les points positifs de chaque type de réglementation et de profiter de l'expérience des différents Etats Membres en la matière.

VI. ADENDA

La révision du règlement sur les concentrations

Le livre vert concernant la révision du règlement sur les concentrations expose de façon détaillée le cadre réglementaire existant pour assurer le contrôle des concentrations tant au niveau communautaire qu'au niveau des Etats Membres. Il propose ensuite une série d'options qui peuvent être résumées comme suit:

Seuils: Actuellement, le chiffre d'affaires des entreprises concernées dans une concentration doit dépasser 5 milliards d'écus au niveau mondial, et deux

entreprises au moins doivent réaliser 250 millions d'écus dans la Communauté. Un nombre important de concentrations qui sont susceptibles d'affecter la structure des marchés dans plus d'un seul Etat membre tombent en-dessous de ces seuils élevés. Les informations dont la Commission dispose ont tendance à suggérer qu'une réduction des seuils à 2 milliards d'écus et 100 millions d'écus, respectivement serait plus appropriée.

Compte tenu de qui précède, la dimension communautaire d'une concentration devrait être définie, logiquement, en fonction de ses effets sur le marché mais, pour plus de commodité et dans l'intérêt de la sécurité juridique, le règlement sur les concentrations prévoit des critères quantitatifs servant à déterminer les opérations qui présentent des effets transfrontaliers. Il s'agit des chiffres d'affaires totaux réalisés par les entreprises concernées sur le plan mondial et dans la Communauté.

Lorsque le règlement a été adopté, le niveau des seuils de chiffre d'affaires retenu était, naturellement, le résultat d'un compromis politique. C'est pourquoi le Conseil a prévu qu'à l'issue d'une phase initiale d'application, il y aurait lieu de réviser ces seuils à la lumière de l'expérience acquise. La Commission et le Conseil se sont également déclarés disposés à envisager, lors de cette révision, la possibilité de prendre en considération d'autres éléments, en plus du chiffre d'affaires.

Dans son rapport de 1993, la Commission a conclu que l'intégration progressive des marchés à l'intérieur de la Communauté et la multiplication des opérations transfrontalières qui en résultait plaident en faveur d'un abaissement des seuils. Le rapport fournit des exemples particuliers de concentrations tombant en dehors du champ d'application du règlement, alors qu'elles affectaient très probablement les conditions de concurrence dans toute la Communauté. Sur cette base, la Commission concluait que les seuils du règlement devaient être abaissés. Les résultats du présent exercice de révision ont tendance à suggérer que les raisons pour lesquelles une réduction des seuils paraissait être appropriée en 1993 sont toujours valables aujourd'hui. Alors qu'avec l'intégration continue des marchés, l'activité de concentration transfrontalière a considérablement crû en taille et en importance, il existe des indications selon lesquelles un nombre important de concentrations ayant des effets transfrontaliers tombent en-dessous des seuils actuels. Ceci est dû pour l'essentiel à la taille et aux caractéristiques des secteurs dans lesquels l'activité de concentration transfrontalière qui s'effectue et à la taille des entreprises impliquées dans ces concentrations. De plus, il apparaît que des concentrations ayant des effets transfrontaliers significatifs et tombant en-dessous des seuils, font probablement l'objet de notifications nationales multiples qui augmentent

l'incertitude juridique et les coûts pour les entreprises et peuvent conduire à des décisions contradictoires.

La compétence de la Commission dépend du montant d'affaires totaux réalisés par les entreprises concernées sur le plan mondial et dans la Communauté. Le règlement sur les concentrations a donc plus de chances de s'appliquer à des concentrations auxquelles participent des entreprises actives sur des marchés avec un chiffre total très grand et/ou des conglomérats. En revanche, les concentrations dans le cadre desquelles l'acquéreur et/ou l'entreprise cible sont des entreprises spécialisées, présentes sur des marchés plus limités, mais encore importants économiquement, ont moins de probabilités d'atteindre les seuils fixés.

Les seuils ne captent qu'une petite partie des entreprises européennes. Sur les 2200 premières entreprises européennes citées dans la base données DABLE (Synopsis of European Enterprises 1995)¹¹, seules 152 entreprises de l'Union européenne et de l'AELE (soit 7% de toutes les sociétés retenues par DABLE) dégageaient, en 1993, un chiffre d'affaires mondial supérieur à 5 milliards d'écus. Un nombre total de 293 entreprises (13% de toutes les entreprises citées par DABLE) avaient réalisé un chiffre d'affaires, au niveau mondial, de plus de 2,5 milliards d'écus et, partant, relèveraient du contrôle communautaire en cas de concentration entre des entreprises de même taille.

Même si les entreprises entrant dans le champ d'application du règlement ne sont pas toutes comptabilisées dans ces statistiques, notamment les entreprises de pays tiers, il en ressort, néanmoins, que ce champ d'application est relativement limité. Cette constatation est d'autant plus importante que la mondialisation des marchés et leur intégration croissante dans la Communauté devraient inciter un plus grand nombre d'entreprises, y compris des entreprises moyennes, à s'engager à l'avenir dans des opérations de concentration transfrontalières. Les entreprises de taille moyenne, qui ne bénéficient pas du "guichet unique", relèveraient probablement de la compétence de plusieurs Etats Membres et, de ce fait, devraient procéder à des notifications nationales multiples.

La règle des deux tiers

D'une façon générale, il n'existe aucune donnée sur le nombre d'entreprises européennes qui tombent sous le coup de la règle des deux tiers.

¹¹ Base de données de la Commission européenne sur les Grandes Entreprises.

Cependant, la Commission sait qu'un certain nombre de grands groupes européens, comme Siemens, qui satisfont à la règle des deux tiers, réalisent aussi un important chiffre d'affaires dans la Communauté en dehors de leurs marchés d'origine. Toute concentration à laquelle participeraient au moins deux de ces groupes, de même nationalité, serait en dehors du champ d'application du règlement, malgré les effets notables qu'une telle opération pourrait avoir dans toute la Communauté.

Notifications multiples: Les entreprises dont les chiffres d'affaires n'atteignent pas les seuils actuellement élevés, doivent faire face à 13 systèmes nationaux de contrôle des concentrations dans l'EEE. Les notifications nationales multiples accroissent l'incertitude, les efforts et les coûts pour les entreprises et peuvent conduire à des décisions contradictoires. Une réduction des seuils résoudrait ce problème dans une large mesure. Comme «meilleure seconde solution», on pourrait envisager que dans les affaires de notification multiple en-dessous des seuils actuels, la Commission aurait une compétence exclusive de contrôle.

Les concentrations ayant des effets transfrontaliers mais n'atteignant pas les seuils prévus par le règlement sont soumises à la législation des Etats Membres applicable aux concentrations. En raison de leur caractère transfrontalier, ces opérations ont des chances de devoir être notifiées aux autorités de plus d'un Etat Membre.

Ces notifications nationales multiples sont une conséquence directe du niveau actuel des seuils communautaires et de la multiplication, dans l'Union européenne, des systèmes nationaux de contrôle des concentrations. D'une façon générale, l'existence de notifications nationales multiples, dans un cas donné, est un indice du caractère transfrontalier des effets de la concentration considérée. Il faudrait donc que les concentrations de ce type soient contrôlés à l'échelon communautaire.

Les notifications multiples entraînent des coûts et des efforts supplémentaires, tant externes qu'internes. Les économies qui résultent de l'application du principe du "guichet unique" sont très difficiles à quantifier, dans la mesure où elles dépendent de la taille de l'entreprise, de la complexité de l'affaire et du nombre d'autorités nationales qui devraient participer à la procédure si la Commission n'était pas compétente. D'après l'enquête, il semble toutefois qu'en règle générale, et pour des affaires comparables, l'application du règlement représente, pour les entreprises, un avantage considérable en termes de coûts.

Le “guichet unique” du règlement crée des règles du jeu égales pour toutes les entreprises qui procèdent à la restructuration de leurs activités en Europe. D’après l’enquête, le caractère transnational de la Commission facilite l’appréciation globale des affaires transfrontalières et limite les difficultés techniques qu’implique l’examen de marchés plus grands que nationaux; l’unicité du contrôle élimine le risque de décisions contradictoires. En outre, il est plus facile et plus efficace de négocier des mesures correctives et les parties tierces peuvent intervenir plus efficacement, lorsqu’une seule autorité est impliquée dans le contrôle.

Le nombre de notifications multiples auprès des autorités nationales ne dépend qu’en partie du caractère obligatoire ou facultatif de la notification dans le cadre de la loi nationale. Pour des motifs de sécurité juridique, les entreprises peuvent se sentir obligées de notifier l’opération de concentration, même si la notification est facultative, du moins lorsqu’elles détiennent d’importantes parts de marché. En effet, il leur faut évaluer le risque qu’entraîne l’absence de notification, notamment si les autorités nationales ont la faculté de prendre des mesures *a posteriori*, après la réalisation de l’opération.

Appréciation globale

Les informations disponibles actuellement ont tendance à suggérer que les seuils actuels devraient être réduits de telle sorte que l’essentiel des opérations ayant des effets transfrontaliers significatifs puisse être contrôlé au niveau communautaire. Ceci permettant à la Commission, non seulement de traiter plus d’affaires transfrontalières à l’issue desquelles une position dominante pourrait être créée ou renforcée, mais aussi d’accélérer et d’accroître la cohérence de l’examen de ces affaires, sur la base du principe du guichet unique.

Entreprises communes: Deux approches principales pour l’amélioration du traitement des entreprises communes dans le cadre législatif communautaire sur la concurrence sont exposées dans le Livre vert. Ces deux approches sont illustrées au travers de plusieurs options.

Dans les règles de concurrence communautaire, une distinction est faite entre les entreprises communes concentratives et les entreprises communes coopératives. Les premières relèvent du champ d’application du règlement sur les concentrations, tandis que les secondes relèvent de celui du règlement n° 17/62 et d’autres règlements d’application de l’article 85, du Traité CE.

Selon l'article 3, paragraphe 2 du règlement sur les concentrations, dans l'interprétation qu'en donne la Commission dans sa communication de 1994¹², une entreprise commune concentrative est une entité "de plein exercice"¹³ n'entraînant pas une coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes. La coordination n'entre en ligne de compte que si elle est de nature à entraîner une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du Traité CE. Les entreprises communes qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement sont considérées comme étant de nature coopérative. Les entreprises communes coopératives englobent un large éventail de transactions allant des opérations de caractère structurel à des formes de coopération s'apparentant à une entente.

De la nécessité de changer?

Les entreprises communes coopératives "de plein exercice" entraînent un changement important dans la structure des entreprises concernées. Elles peuvent présenter, à cet égard, des effets sur la structure des marchés similaires à ceux des entreprises communes de nature concentrative. La différence majeure entre ces deux types d'opérations est que, dans le cas des entreprises communes coopératives de "plein exercice", la présence indépendante des sociétés mères dans les mêmes marchés que ceux de l'entreprise commune ou dans des marchés voisins est considérée comme pouvant donner lieu à la coordination du comportement concurrentiel de leurs sociétés mères. Pour cette raison, les entreprises communes coopératives de "plein exercice" ont fait l'objet d'un test différent quant au fond. Des règles de procédure différentes ont également été appliquées, avec un traitement spécifique pour ce qui concerne les détails et la sécurité juridique. Puisque les entreprises communes coopératives de "plein exercice" peuvent entraîner un transfert de ressources substantielles des sociétés mères, il convient de s'interroger dans quelle mesure ces différences de traitement devraient être réduites.

Dans le cadre des règles actuelles, la plupart des entreprises communes concentratives sont appréciées dans un délai d'un mois (phase I) et les autres dans un délai de cinq mois (phase II avec enquête approfondie). Dans tous les

¹² Communication de la Commission du 21 décembre 1994 relative à la distinction entre entreprises communes concentratives et entreprises communes coopératives, JOCE n° C 385 du 31 décembre 1994, p. 1.

¹³ C'est-à-dire qu'elles disposent des ressources financières et autres, nécessaires à la réalisation de leurs activités sur une base durable.

cas de figure, cette procédure s'achève par une décision formelle d'autorisation ou d'interdiction qui ne peut être révoquée que dans des circonstances exceptionnelles (cf. article 8, paragraphe 5 du règlement concentration). Si aucune décision n'est adoptée aux termes fixés, ces entreprises communes sont considérées comme ayant été autorisées.

Il n'existe pas de tels termes légaux pour les entreprises communes coopératives de nature structurelle. Le délai de deux mois qui s'applique à certaines opérations de cette sorte n'est qu'un délai administratif interne. En outre, compte tenu des contraintes de procédure actuelles dans le cadre du règlement n° 17/62, il est impossible d'adopter une décision formelle dans un délai de deux mois, mais seulement d'adresser une lettre administrative qui ne lie les autorités ni les tribunaux des Etats Membres. Il n'existe aucun terme légal ou interne pour la conclusion d'une enquête approfondie. Enfin, dans le cadre du règlement n° 17/62, lorsqu'une exemption est accordée, celle-ci ne l'est que pour une période donnée et la décision peut être révoquée ou modifiée conformément aux dispositions mentionnées dans l'article 8, paragraphe 3 de ce règlement.

Les différences mentionnées ci-dessus trouvent leur origine dans les différents règlements d'application qui concernent les entreprises communes coopératives et concentratives est dans cette idée qu'il existe une différence de fond entre les restrictions de concurrence, qui sont analysées sous l'angle de l'article 85, et les concentrations qui ne sont pas sujettes à l'interdiction fondamentale des accords et des pratiques restrictives qui entraînent des distorsions de concurrence. Toute réforme des dispositions actuelles devraient demeurer dans les limites du cadre légal communautaire. Changer le contenu de l'article 85, paragraphe 1 dépasserait les pouvoirs des institutions communautaires.

Il n'en reste pas moins qu'il faut encore apprécier dans quelle mesure le système actuel a donné lieu à des problèmes pratiques. Cependant, des changements peuvent également trouver leur justification dans des considérations générales de politique de concurrence, notamment pour rendre le système plus simple, plus transparent et plus efficace.

Un certain nombre d'améliorations pour l'essentiel procédurales sont proposées; elles sont notamment relatives à l'acceptation des engagements de première phase:

- a) Créer de nouvelles procédures de traitement pour les entreprises communes coopératives de plein exercice par le biais d'un nouveau règlement de sorte que les procédures soient simplifiées, que les

- décisions soient adoptées rapidement, et que la sécurité juridique y soit apportée.
- b) Soumettre les entreprises communes coopératives de plein exercice aux procédures du règlement concentrations, tout en laissant les deux tests au fond distincts.
 - c) Étendre le champ d'application des règlements d'exemption par catégories de la Commission relatifs à la coopération horizontale (et adopter un nouveau règlement pour les domaines qui ne sont pas couverts par les règlements existants) afin de couvrir les entreprises communes coopératives de plein exercice, avec des procédures d'opposition et des seuils en part de marché.

Chiffre d'affaires du secteur bancaire et financier: Des propositions sont faites, visant à la simplification de la méthode de calcul du chiffre d'affaires des institutions financières et de crédit et celle de l'allocation géographique de ce chiffre d'affaires.

Pour les établissements de crédit et les autres établissements financiers, à l'instar d'un certain nombre de législations nationales, le règlement sur les concentrations utilise les actifs au lieu du chiffre d'affaires aux fins de l'application de l'article 1, paragraphe 2. Pour le calcul du chiffre d'affaires à l'échelle communautaire et l'application de la règle de deux-tiers, les actifs sont répartis entre la Communauté et les Etats Membres selon le rapport entre les créances résultant d'opérations réalisées respectivement avec des résidents de la Communauté et des Etats Membres et le montant total de ces créances.

L'approche suivie actuellement par la Commission pose deux problèmes:

- 1) Un chiffre d'affaires théorique calculé sur la base des actifs exclut certaines opérations (par exemple le revenu des opérations de change et des opérations sur titres);
- 2) Dans la pratique, le lieu de résidence d'un emprunteur peut être difficile à déterminer et il peut varier pendant la durée du prêt. L'affectation géographique du chiffre d'affaires constitue par conséquent une lourde charge pour les banques.

Pour remédier à ces problèmes, la Commission envisage de modifier son approche.

Chiffre d'affaires

La Commission a étudié la question de savoir si l'utilisation du produit bancaire brut au lieu des actifs entraînerait une variation significative du nombre ou du type de banques qui seraient soumises au règlement sur les concentrations. Cette évaluation a abouti à la conclusion que les deux bases donnent des résultats assez similaires. Il est néanmoins admis que l'utilisation du produit bancaire refléterait plus fidèlement la réalité économique de l'activité des banques.

Le produit bancaire brut comprend, au moins, les éléments énumérés à l'article 28 B, points 1, 2, 3, et 4 de la directive 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers. Les intérêts perçus, les revenus de titres, les commissions perçues et le bénéfice provenant d'opérations financières seraient par conséquent inclus dans cette définition.

Il pourrait être plus approprié d'utiliser le produit bancaire brut — par opposition au produit bancaire net — comme base du calcul du chiffre d'affaires. En effet, le produit bancaire net équivaut en fait au bénéfice brut, et non aux ventes, par exemple dans le secteur manufacturier ou celui des services. L'utiliser comme base de calcul pour les banques ne serait par conséquent pas conforme à l'approche générale de la Commission en matière de calcul du chiffre d'affaires. Cependant, il reste encore à examiner lequel de ces deux types de produit bancaire refléterait le plus exactement la réalité économique de l'ensemble du secteur bancaire.

Conclusions

À la lumière de ce qui précède, les conclusions du livre vert présentées par la Commission sont les suivantes:

- Conformément au principe de subsidiarité, il apparaît que les seuils actuels d'application du règlement sur les concentrations devraient être réduits de manière à couvrir un plus grand nombre d'opérations ayant des effets transfrontaliers significatifs. A cet égard, un seuil à l'échelle mondiale de 2 milliards d'écus et un seuil à l'échelle communautaire de 100 millions d'écus seraient plus appropriés;
- afin de résoudre plus spécifiquement le problème des notifications nationales multiples, une autre solution, plus limitée, pourrait consister à étendre la compétence exclusive de la Commission aux seuls cas de notifications multiples d'opérations n'atteignant pas les seuils actuels;

- un certain nombre d'autres améliorations du règlement, principalement d'ordre procédural, devraient être envisagées, notamment en ce qui concerne le traitement des entreprises communes et l'acceptation des engagements pris dans la première phase de la procédure.

BIBLIOGRAPHIE

Commission des Communautés européennes, «Décision de la Commission du 22 juillet 1992 relative à une procédure au titre du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil — Affaire n° IV/M. 190 — Nestlé/Perrier»; *Journal Officiel des Communautés européennes*, n° L 356, 5 décembre 1992.

Commission des Communautés européennes, «Droit communautaire du contrôle des concentrations», *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 2/90.

Daoût R., «L'application du règlement CEE n° 4064/89 sur le contrôle des concentrations — les premières décisions de la Commission: inventaire et typologie», Séminaire d'Isdasi, Instituto Internazionale per la promozione della cultura arbitrale, Milan, 4 juin 1992.

Daoût R., «La mise en place et les premières expériences d'application du règlement sur le contrôle des concentrations dans la Communauté européenne», Séminaire international de la Banexi, Nice, 2 octobre 1992.

Daws E., Lievin A., Van Droogenbroeck E. et Watelet O., «The French regulation of public takeover bids and offers of exchange — the Perrier case», MEB, ULB, 1991-1992.

Financial Times, «Disposals bring Nestlé to EC compliance», 10 février 1993.

Financial Times, «La Nestlé bows to EC over Perrier deal», 24 février 1993.

George K. et Jacquemin A., «Competition policy in the european community», discussion paper n° 90-03, février 1990, Department of Economics, University of Swansea.

Gudin C-E, «La pratique décisionnelle de la «Task-Force» concentration (un an d'application du règlement sur le contrôle des concentrations d'entreprises)», *Revue des affaires européennes*, n° 1, 1992.

Taddei D. et Coriat B., *Made in France*, à paraître.

Wacziarg R., «Les critères d'appréciation de la concentration entre entreprises dans l'optique du nouveau droit européen de la concurrence», Séminaire de M. Bienayme, Economie Industrielle, *D.E.A.* 111, août 1992.

Waelbroeck, Michel, *Le droit économique des communautés européennes*, 1972, éditions Université Libre de Bruxelles.

Waelbroeck, Michel, *Le droit économique des communautés européennes*, 1994 PUB, éditions Université Libre de Bruxelles.

Williamson P. J., «Oligopolistic dominance and EC merger policy», a paper prepared for the Commission of the European Communities DG for Economic and Financial affairs.

CONSELHO DA EUROPA

DIREITOS DO HOMEM

**COLÓQUIO EM HOMENAGEM
AO
EXCELENTÍSSIMO JUIZ CONSELHEIRO
JOÃO DE DEUS PINHEIRO FARINHA**



**O PROCESSO PENAL
À LUZ
DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM**

*Supremo Tribunal de Justiça
Lisboa, 4 de Abril de 1997*

MESSAGE DE M. ROLV RYSSDAL,
PRESIDENT DE LA COUR EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME

Mesdames, Messieurs,

Je regrette beaucoup de ne pouvoir me trouver aujourd'hui à Lisbonne pour rendre avec vous hommage à la mémoire de M. le juge João de Deus Pinheiro Farinha qui fut mon collègue au sein de la Cour européenne des Droits de l'Homme ainsi que mon ami. J'ai cependant tenu à adresser ces quelques lignes à ceux qui l'ont connu et apprécié.

M. le juge Pinheiro Farinha a commencé sa brillante carrière de magistrat en 1943 comme substitut du procureur. Il fut nommé au tribunal du travail de Leiria en 1950, puis à la cour d'appel de Coimbra en 1970. La richesse et la qualité de son expérience juridique et judiciaire sont notamment illustrées par le fait qu'entre 1974 et 1977, il fut successivement procureur général de la République, ministre de la Justice et président de la Cour des comptes. En 1975, il devint également membre de la Cour permanente d'arbitrage.

Cette éminente carrière au plan national lui valut d'être élu à la Cour européenne des Droits de l'Homme en 1977 et réélu en 1986; il démissionna en juin 1991 pour des raisons de santé. Il fut ainsi le premier membre portugais de la Cour et se réjouissait de voir son pays rejoindre la famille des démocraties européennes.

M. le juge Pinheiro Farinha siégea à Strasbourg pendant plus de quatorze ans, durant la phase la plus active de la vie de la Cour. Ses interventions passionnées et son franc-parler sur les questions qui lui tenaient à coeur l'ont fait aimer de

ses collègues et désigné comme un juge à fortes convictions. Un trésor d'expérience judiciaire nationale lui permettait d'apporter, avec la modestie qui le caractérisait, une contribution importante au travail de la Cour.

Parallèlement à ses activités "strasbourgeoises", M. le juge Pinheiro Farinha se dépensait sans compter au Portugal pour faire connaître la Convention européenne des Droits de l'Homme, avec une patience remarquable et un enthousiasme juvénile. Il avait en effet le souci de communiquer à ses compatriotes, avec clarté et simplicité, le message de cet instrument international. C'est pourquoi il a multiplié les conférences devant les auditoires les plus divers, rédigé d'innombrables articles, y compris pour des quotidiens, publié la première édition portugaise annotée de la Convention, enseigné à l'Université à Lisbonne.

Peu de mes collègues ont manifesté autant d'activité et d'énergie au service de la diffusion du contenu de la Convention et de la jurisprudence de la Cour!

C'est un homme de bien, intègre et généreux qui nous a quitté le 25 septembre 1994.

(Mensagem lida pelo Juiz Conselheiro Manuel António Lopes Rocha).

**DISCURSO DE ABERTURA
DE SUA EXCELÊNCIA O PRESIDENTE
DO
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A Magistratura assume tradicionalmente uma imagem de discrição convivendo com o meio social em que geograficamente se integra, mas sempre com a preocupação de se apresentar como uma referência de sobriedade e de independência. Não tomava a Magistratura com particular atenção a opinião pública dirigida globalmente à instituição, mais cuidando do prestígio local do Juiz.

Olhava-se para o Magistrado, individualmente considerado, sem a preocupação da imagem de um corpo institucional.

A modificação das estruturas sociais, com o surgimento dos grandes centros urbanos, veio alterar a visibilidade da Magistratura, agora apreciada pelos grandes números da estatística e pelos «faits divers» judiciários.

Deixou de haver o Juiz da Comarca, para haver Juízes.

Com a massificação das populações e da comunicação, há que procurar novos modos de defender o prestígio da instituição, o que passa por testemunhos credenciados e acolhidos pela comunicação social, seja genericamente, seja quanto a exemplos a ter como paradigmáticos.

Não está em causa uma preocupação corporativista, aliás legítima, mas a defesa do prestígio de um dos pilares do Estado democrático.

Esta homenagem ao Juiz Pinheiro Farinha representa, assim, um acto de justiça pessoal, mas, também, pela força do seu exemplo, um modo de dar prestígio à instituição que serviu e a que dedicou a sua existência: a Magistratura.

Por isso, foi logo acolhida com entusiasmo a iniciativa tomada por ilustres membros do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de lembrar aquele que foi, com brilho e propriedade, o nosso primeiro Juiz naquela cúria.

Senhor Presidente da República:

Conhecedor Vossa Excelência desta sensibilidade dos Juizes Portugueses, na última comemoração do dia de Portugal dignou-se agraciar um Juiz jubilado, Conselheiro Roseira de Figueiredo, de mérito incontroverso.

E hoje, com a vossa presença e com a vossa palavra, consagra o Homem, o Juiz e o Jurista de excelência que foi João de Deus Pinheiro Farinha, o que entendemos como reconhecimento do correcto cumprimento dos seus deveres funcionais, com reflexo na instituição a que se dedicou em autêntico espírito de doação — a Magistratura Judicial.

Em representação dos Juizes Portugueses, pelo valor do vosso gesto e pelo seu significado intrínseco, o nosso reconhecimento sentido.

Lembrar Pinheiro Farinha é reviver a vivacidade do seu espírito, entregar-nos ao entusiasmo do seu racionalismo fulgurante, em embate constante com sentimentos intensamente vividos. Como diálogo aceso entre Descartes e Montaigne.

Nascido no dia dedicado a João de Deus — 8 de Março, que foi o de 1919 — na vila de Redondo, filho de beirão migrante estabelecido com o comércio de fazendas e panos e de uma senhora da vila, fez a sua instrução primária na escola local.

Ainda rapazinho, foi a Lisboa, ao Teatro Nacional Dona Maria, ver uma peça onde se assistia a um julgamento. Entusiasmado com a actuação do juiz, ditou a sua primeira sentença:

— Pai, vou seguir Direito, quero ser juiz!

E foi cumprido.

Fez o liceu em Évora, liceu misto, tendo tido por colega Maria das Dores, que o acompanha com êxito nos estudos secundários e universitários e com ele vem a casar, depois da licenciatura de ambos em Direito.

Tomam o grau na Universidade Clássica de Lisboa, alcançando ele a elevada classificação de 17 valores. Não fora uma valente ‘pega’ com o Prof. Marcelo Caetano e teria conquistado cátedra ... Foi no ano de 1943.

São nessa altura reformulados os Serviços Prisionais e, dado o prestígio decorrente da sua carreira académica, é convidado para neles ingressar como inspector. Porém, por ter protegido um cunhado, preso por pertencer ao Partido Comunista, foi afastado.

Ingressa na Magistratura do Ministério Público, percorrendo as comarcas de Estremoz, Sintra e Torres Vedras. Passa pelos Tribunais de Trabalho e é

promovido a Juiz de direito, após concurso. Exerce em Vila Nova de Ourém, Cartaxo, Cantanhede, Almada, Setúbal e Lisboa (aqui, na qualidade de Corregedor). Teve nova passagem pelo Ministério Público, como ajudante do Procurador da República, em Lisboa. Promovido a Desembargador em 1970, integrou as Relações de Coimbra e de Lisboa.

A 22 de Agosto de 1974 é nomeado Procurador-Geral da República, sendo Ministro da Justiça Salgado Zenha, a quem o ligavam laços de profunda amizade.

Na sua posse, disse Salgado Zenha:

“Mais do que esconjurar o pesadelo do passado, interessa aportar ao ancoradouro almejado. V.^a Ex.^a é um Magistrado dos mais distintos. E toda a sua vida foi dedicada à função pública com o maior apurmo e distinção. Mas V.^a Ex.^a é também, e sempre foi, um antifascista e um democrata que, de cabeça erguida, nunca alterou a conduta que a sua consciência lhe ditava, a troco de benesses ou recompensas.”

Respondeu o Magistrado:

“As atribuições do Ministério Público ... só poderão ser bem cumpridas com o espírito de equipa que desejo ligue todos os que têm a honra de servir no Ministério Público ..., já que só com a unidade e convergência de esforços será possível defender a legalidade e a ordem jurídica, promover a repressão da criminalidade e contribuir para a construção de um Estado de Justiça, onde ... a par da legalidade democrática que a todos obriga, estejam presentes a justiça social e o progresso da comunidade.”

De 19 de Setembro de 1975 a 23 de Julho de 1976 exerce as funções de Ministro da Justiça (3.º Governo Provisório), regressando à Procuradoria-Geral, cargo que abandona para voltar à Relação de Lisboa, mas sendo nomeado para colaborar no Gabinete do Ministro, no que concerne a assuntos relacionados com o Conselho da Europa, Conferência de Direito Internacional Privado de Haia e Conferência de Ministros da Justiça Hispano-Luso-Americanos e Filipino.

É conhecida a sua valiosa intervenção nas negociações com a Santa Sé a propósito da admissibilidade do divórcio entre casados catolicamente.

Em 23 de Maio de 1977 foi nomeado Presidente do Tribunal de Contas, sendo o primeiro presidente nomeado após a aprovação da Constituição. A sua

acção neste Tribunal Superior é descrita pelo respectivo ‘Centro de Documentação e Informação’ nestes termos:

“Um breve bosquejo dos principais diplomas legislativos produzidos naquele período – da actividade do Cons. Pinheiro Farinha como Presidente do Tribunal de Contas – revela todo um esforço de modernizar uma instituição ... à qual foram sendo atribuídas cada vez mais competências e responsabilidade nem sempre com a necessária correspondência em termos de um reforço das suas estruturas.”

“Acompanham esta evolução as sucessivas alterações na estrutura orgânica da Direcção-Geral do Tribunal de Contas no período em que o Conselheiro Pinheiro Farinha exerceu as funções de Presidente.”

Integrou as Comissões de Reforma do Tribunal de Contas de 1979 e de 1983, em cujos trabalhos se aponta para o reforço da sua independência, tida como fundamental na moralização da actividade administrativa, e na extensão da sua actividade fiscalizadora ao sector empresarial da administração central e regional, e com a criação de secções regionais.

A estas suas largas intervenções no âmbito das altas funções por si desempenhadas, deve juntar-se uma valiosa produção bibliográfica, em que se evidencia a ‘Convenção Europeia dos Direitos do Homem, anotada’, ‘Interpretação dos tratados e das convenções’, ‘Sociedades Comerciais’, ‘Títulos de crédito’, ‘Expropriações’, ‘Código Penal português, actualizado e anotado’. A sua colaboração em revistas da especialidade é extensa, ultrapassando os 30 títulos.

Da valia da sua colaboração no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dirão os Ilustres Conferencistas.

Uma emotiva saudação para aquela que foi companheira e colaboradora indefectível, nas boas e más horas, de Pinheiro Farinha: a Dr.^a Maria das Dores Pombinho Pinheiro Farinha.

Finalizo, em nome dos Juízes Portugueses, com o agradecimento pela presença de todos VV.^{as} Ex.^{as} neste acto e, particularmente, pela intervenção de Sua Excelência o Presidente da República que temos como momento grande desta cerimónia.

Excelências: muito obrigado.

Pedro de Lemos e Sousa Macedo

**DISCURSO
DE SUA EXCELÊNCIA
O MINISTRO DA JUSTIÇA**

Senhor Presidente da República, Excelência,
Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça,
Senhor Presidente do Tribunal Constitucional,
Senhor Procurador-Geral da República,
Senhor Presidente do Tribunal de Contas,
Senhora Vice-Presidente do Supremo Tribunal Administrativo,
Senhor Provedor de Justiça,
Senhor Secretário de Estado Adjunto,
Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados,
Senhoras e Senhores Conselheiros e Magistrados Judiciais
e do Ministério Público,

Minhas Senhoras e meus Senhores:

Entendeu o Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça que também deveria o membro do Governo, responsável do Ministério da Justiça, tomar a palavra nesta cerimónia, em boa hora organizada pelo Supremo Tribunal de Justiça para lembrar e homenagear o Senhor Conselheiro Pinheiro Farinha.

É com muito gosto que o faço e também com a consciência de cumprimento dum dever estrito da parte do Governo em homenagear aquele cidadão, quando 20 anos são passados sobre a sua posse como primeiro magistrado português do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de Estrasburgo. Posse, aliás, contemporânea do início de funções como membro da Comissão dos Direitos do Homem, do distinto advogado Dr. Jorge Sampaio, actual Presidente da República.

Conheci e privei de perto com o Conselheiro Pinheiro Farinha em várias ocasiões e a títulos diversos. Como magistrado judicial, trabalhei com ele, em Lisboa, designadamente, nas varas cíveis, então situadas no Príncipe Real.

Depois, num caso que defendi, em Estrasburgo, relativo a um cidadão português que denunciara o Estado por atraso nos processos judiciais (já nessa altura a morosidade da justiça era problema) encontrava-se, na tribuna, naturalmente dos magistrados, o Conselheiro Pinheiro Farinha, como magistrado português, membro do tribunal.

Mas privei com ele, sobretudo, como um dos co-fundadores da “Associação para o Progresso do Direito”, que iniciou os seus trabalhos nos finais da década de setenta, sob a presidência do também saudoso Dr. José Magalhães Godinho.

Sempre me habituei a ver em Pinheiro Farinha um homem frontal na defesa das suas opiniões, rígido na afirmação dos princípios fundamentais e entusiasta sempre que se tratava de os levar à prática.

Permitam que recorde um episódio passado quando era eu ainda um jovem advogado, que pela primeira vez trabalhava com o então corregedor Pinheiro Farinha, numa das varas cíveis de Lisboa.

Eu era um fumador, não direi inveterado. Hoje, sim, já tenho direito a esse título. Enquanto os advogados aguardavam a entrada dos magistrados, eu ia fumando o meu cigarrinho na sala de audiências. Mal chegaram os magistrados, logo fui admoestado pelo então corregedor Pinheiro Farinha que presidia ao Tribunal, dizendo-me que não podia fumar na sala de audiências. Aliás, estava já a apagar o meu cigarro, quando se me dirigiu nos seguintes termos:

Senhor Advogado, a sala de audiências é como se fosse um templo. Deve ter-se respeito pelas salas de audiências como se tem pelos templos religiosos. Certamente V. Ex.^a neles não puxa do seu cigarro.

Eu que também tinha a frontalidade correspondente à minha juventude de então, respondi ao magistrado Pinheiro Farinha:

Mas, Senhor Presidente, se é certo que a sala de audiências é como um templo, a verdade é que o “Senhor” não estava exposto. E eu tomei a liberdade de entender que, de um templo se tratando, dado que o “Senhor” não estava exposto, o respeito devido era menor.

Pinheiro Farinha atenuou a sua acutilância, dizendo assim:

Talvez tenha razão. Realmente o “Senhor” não estava exposto e há que fazer alguma distinção entre a sala de audiências com o Senhor no sacrário, ou sem o Senhor no sacrário.

É um episódio que mostra, por um lado, a frontalidade do então juiz Pinheiro Farinha e que todos aqueles que com ele trabalharam se habituaram a reconhecer, mas também o respeito pela opinião alheia e a prontidão com que, embora talvez contrafeito face ao argumento que lhe era posto, rapidamente se prontificava a aceitar que nas suas posições iniciais poderia haver, apesar de tudo, algumas correcções a fazer.

Era um homem de profundas convicções religiosas, e foi no culto profundo dos valores do catolicismo que encontrou a fonte inspiradora para a defesa intransigente dos direitos do homem.

Da força que encontrava na sua fé, Pinheiro Farinha retirou os fundamentos para a defesa da dignidade da pessoa humana e para uma leitura dos direitos do homem iluminada pelos valores da transcendência e do divino.

Comemorámos há bem poucos dias mais um aniversário da Constituição da República, por iniciativa feliz do Parlamento que colheu o alto patrocínio de Sua Excelência o Senhor Presidente da República. Homenagearam-se dois homens – Sá Carneiro e Salgado Zenha – neste caso dois políticos, que também se notabilizaram pela defesa dos ideais inscritos no nosso texto fundamental e que radica, digamos, na Declaração Universal da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Hoje, em feliz iniciativa do Supremo Tribunal de Justiça, é ocasião de lembrar um homem com os mesmos ideais de Democracia num Estado de Direito e que lutou noutros campos da batalha cívica do respeito pelos direitos do homem nas sociedades modernas.

O mundo mudou muito desde que Pinheiro Farinha tomou posse como juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Mas relembando quem raramente situava a defesa da Democracia e dos Direitos na barricada da luta meramente ideológica, na estratégia dos jogos do poder, quem sentia que com o desaparecimento dos muros e das cortinas um período da História terminara e outro recomeçava, sente-se de novo claro que a luta pelo Direito e pelos direitos não só não perdera a sua actualidade, como está cada vez mais presente no quotidiano da vida dos povos como matriz fundamental da vida em sociedades orientadas pelas regras do Direito.

Pinheiro Farinha foi também, como já foi referido pelo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Ministro da Justiça do III Governo Provisório.

Embora em época em que já se podiam adivinhar problemas complexos na área da Justiça, esta estava ainda longe de ter assumido a importância que hoje tem como aparelho regulador da vida social. Vivia-se ainda um mundo de justiça reservado, localizado nos tribunais, funcionando no silêncio dos gabinetes e das salas das audiências, longe, na maior parte dos casos, da atenção da opinião pública.

Hoje a Justiça ocupa as *prime time* das televisões, salta para a primeira página dos jornais, é aberta e, por vezes, severamente criticada pelas suas múltiplas disfunções.

Não goza, infelizmente, na generalidade dos países europeus, dum grau de confiança aceitável por parte das populações. Passámos, por outro lado, para o tratamento das questões de justiça em termos que em tudo se aparentam aos da gestão empresarial. Fala-se nos *stocks* processuais, da gestão dos processos, da produtividade dos magistrados, dos custos/ benefícios, de planeamento e programação.

A Justiça é hoje um banco de consumo das sociedades dominadas pela óptica da racionalidade, da produtividade, da celeridade. Estamos longe, muito longe, do mundo de há 20 anos. Os processos são hoje dez vezes mais do que eram então, o número de advogados mais que quintuplicou ou sextuplicou. O de magistrados triplicou.

A preocupação fundamental dum Ministro da Justiça de qualquer país europeu é hoje fazer face a esta explosão. Todos os anos ganha novos ritmos, cada vez mais os cidadãos exigem celeridade, eficácia e protecção. Também por isso cabe ao membro do Governo, que tem a seu cargo este difícil sector, participar na educação para um humanismo reforçado. É que a tentação gestionária não pode abafar os fundamentos últimos da Justiça, o humanismo que deve inspirar todas as reformas para que ela permaneça, num mundo, em tantos domínios mais desumano, como um baluarte da afirmação dos valores e da liberdade da pessoa humana.

Muito obrigado.

José Eduardo Vera Jardim

INTERVENÇÕES

**DE SUA EXCELÊNCIA
O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

Excelências,

Senhores Embaixadores, Ilustres Magistrados,

Permitam-me os magistrados que, dado o conjunto de manifestações que durante o dia de hoje aqui vão decorrer, a memória de Pinheiro Farinha justifique que eu comece por saudar a presença dos senhores Embaixadores de França, da Itália e da Áustria.

Não é habitual que, no Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça, estejam tão ilustres representantes de Estados Estrangeiros; e por isso mesmo, a vossa presença é mais uma clara e sólida indicação de que quando falamos de Pinheiro Farinha, da sua memória, falamos também da democracia, falamos do nosso regresso à Europa.

Quero, por isso, saudar, na pessoa de Vossas Excelências, os vossos Países. E invocar a minha vida profissional, para sublinhar os contributos que os juristas dos países que Vossas Excelências representam, os vossos cultores do Direito e da Justiça, têm trazido para o desenvolvimento da humanidade.

Quem, de entre os presentes nesta sala, não terá, na verdade, beneficiado, na sua vida profissional, melhor ou pior, consoante a sua capacidade linguística, dos ensinamentos dos autores franceses, italianos ou austríacos?

Quero também saudar os membros das instâncias europeias que aqui estão hoje entre nós: os Senhores Juízes Carlo Russo, Lopes Rocha, Franz Matscher, Louis Gadmond e Pettiti, que representam o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Esse Tribunal foi por nós, durante muitos anos, completamente ignorado. Felizmente, agora, vai fazendo, lentamente, a sua aparição sólida, não podendo, obviamente, e muito bem, ser esquecido.

Saúdo também o Senhor Dr. Ireneu Barreto, ilustre magistrado português, membro da Comissão Europeia dos Direitos do Homem. Compreender-se-á que para o primeiro membro português que eu fui, naquela Comissão, lhe seja grato ver hoje, além do Dr. Ireneu Barreto, o próprio Dr. Almeida Ribeiro, que também passou por aquelas cadeiras.

É da maior justiça lembrar, a esse propósito, o que representa para a jurisprudência portuguesa e internacional o esforço permanente que, desde 1978, a Procuradoria-Geral da República, os vários Procuradores-Gerais e os vários Agentes do Governo e do Estado Português têm desenvolvido junto da Comissão e do Tribunal, recordando o contributo que todos deram para a pedagogia junto dos Governos e dos Estados que representam e junto dos advogados e da opinião pública, e que se encontra expresso no acervo jurisprudencial em movimento, digamos assim, que é o conjunto das decisões da Comissão e do Tribunal Europeu.

Pude apreciar e beneficiar desse trabalho; e fico contente pelo facto de hoje, nos termos reunido, nesta sala, sob a égide do Conselheiro Pinheiro Farinha, assinalando que o primeiro Agente do Governo Português junto das Instâncias Europeias foi precisamente o hoje Procurador-Geral da República, que dirigiu um serviço que se prestigiou, e que era, para os advogados que apareciam a sustentar queixas, extremamente combativo e extremamente informado.

E, por tudo isto, as minhas saudações e o meu agradecimento para todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para o labor da Comissão e do Tribunal Europeu — os vossos Países, os Senhores Magistrados, os Senhores Conselheiros, os Senhores Procuradores, os Agentes do Estado Português. Agradecimento que faço, também, na pessoa da Sr.^a Dr.^a Maria das Dores Farinha, aliás sempre presente em Estrasburgo, como sabemos todos os que por lá andámos, ao Senhor Conselheiro Pinheiro Farinha.

Quero saudar também todos os Magistrados portugueses, mas sobretudo aqueles que, na esteira do Conselheiro Pinheiro Farinha, começam a aplicar a Convenção nas suas decisões.

Esse passo foi um passo de grande importância, porque, como tudo na vida, e nomeadamente no direito, as realidades andam mais depressa e a internacionalização que o nosso regresso à Europa comportou foi revolucionando lentamente as coisas, nem sempre sem resistências e desconhecimentos. E, por isso, foram necessários impulsos; e na primeira linha desses impulsos, esteve, evidentemente, o Conselheiro Pinheiro Farinha.

Nele, quero destacar o Juiz, o Procurador-Geral da República, o negociador que, com o Dr. Francisco Salgado Zenha, junto da Santa Sé, negociou a

admissibilidade do divórcio entre casados catolicamente, com um sucesso que teve a maior importância para milhares de portugueses.

Mas quero saudar ainda o grande Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que foi o Conselheiro Pinheiro Farinha.

Posso testemunhar o que foram para nós todos, aqueles primeiros tempos, o regresso à Europa, essa coisa difícil que é vir da periferia para o centro, com a curiosidade que os mais radicados e os mais estabelecidos, por assim dizer, na democracia, tinham para conosco.

Portadores de uma cultura grande, tínhamos sido, tão à nossa maneira, profundamente europeus, embora separados, por razões conhecidas, dos grandes fluxos da cultura e da ciência europeias. Éramos assim, como que uns exemplares humanos que eram vistos com a curiosidade: afinal quem são eles depois deste tempo todo?

E, no fundo, era para nós uma grande honra demonstrarmos, com simplicidade, que, afinal, também falávamos francês ou inglês, também tínhamos lido, porventura, os mesmos livros, o Emílio Betti, o Larenz e toda aquela parafernália de processualistas penais italianos (e os franceses porque não?). Afinal de contas éramos como eles, de quem tínhamos ficado separados por um mundo e por uns muros — que também os tivemos, tão profundos e tão fortes.

O Senhor Conselheiro Pinheiro Farinha foi o precursor deste relacionamento, desta possibilidade, para um País que então se abria, de ter a sensação de que afinal de contas as nossas próprias decisões, após esse acto histórico que foi a ratificação da Convenção dos Direitos do Homem, também poderiam, uma vez esgotados os recursos internos, ser apreciadas naquela jurisdição internacional.

Tudo isto foi possível porque houve o 25 de Abril, porque houve a Constituição Democrática de 1976, porque houve a adesão ao Conselho da Europa e porque, naturalmente, se ratificou a Convenção Europeia.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, instrumento que só o pós-guerra possibilitou, e que ganha cada vez mais importância e novos adeptos, é hoje profundamente conhecida em Portugal; e esse facto deve-se, sem dúvida, ao Tribunal Constitucional e aos nossos constituintes, e aos Tribunais de 1.ª e 2.ª Instâncias, e ao próprio Supremo, para todos se tornando um instrumento indispensável.

Tenho algumas dúvidas sobre se seria possível, hoje, os Estados terem a capacidade de se autocriticarem, que os legisladores de então revelaram perante os escombros do pós-guerra. Ainda bem que foram capazes de o fazer. De outro modo teríamos de ser amputados de toda uma experiência e da importância de estarmos sob a égide dessa jurisdição internacional. Facto tanto

mais importante quanto partilhamos de um sistema que, de algum modo, não tem igual e que, com o seu direito de queixa, porventura sem par noutros sistemas, surge como de profunda actualidade, como o chamado grito da cidadania perante todos os poderes.

E esse direito é hoje, de forma mais essencial, um diálogo que se quer renovado e esperançoso, que tem de atravessar e superar a crise, crise que existe com certeza — dizemo-lo todos os dias — no relacionamento entre os cidadãos e a administração, crise que se revela, como exemplo mais impressionante, nesse subproduto que são as tentativas de milícias populares.

Temos todos nesta sala, e não vou obviamente repetir o que aqui tive o prazer de dizer em Janeiro deste ano, na abertura do ano judicial, uma importante responsabilidade; e a obrigação de sermos fiéis àquilo que foi a lição de isenção, de dedicação, de respeito e de capacidade de aprendizagem e de entendimento que o Conselheiro Pinheiro Farinha sempre mostrou.

A forma como também nessa altura, Excelências, tínhamos que ultrapassar a ideia terrível — e também nisso o Conselheiro Pinheiro Farinha foi precursor — que hoje deve fazer rir o Conselheiro Lopes Rocha e o Sr. Dr. Ireneu Barreto — a ideia que muitos portugueses têm de que aqueles Senhores iam passear a Estrasburgo. É uma ideia que sempre me deixou profundamente incomodado e que, aliás, merecia a ironia do Conselheiro Pinheiro Farinha — porque era duro, era duro o trabalho, era ainda mais do que hoje, e era de uma enorme importância na consolidação dos sistemas jurídicos democráticos e dos Estados de Direito na Europa.

Nós temos de ter esta enorme capacidade de sermos modestos perante o edifício jurisprudencial que Vossas Excelências, através dos anos, foram construindo.

É um edifício de grande importância, de grande rigor, e que tem a seu favor aquilo que, por vezes, nos falta a nós.

É que as pessoas conhecem, as pessoas são informadas das vossas decisões; e, por isso, elas existem, em meios jurídicos diversos — que o digam os ingleses, que o digam os irlandeses, que o digam os italianos, os alemães, os franceses e agora também os portugueses. E nada pode avançar se não for conhecido. A vossa jurisprudência é conhecida, começa a sê-lo cada vez mais e julgo que isso é um contributo decisivo. Também o deve ser para nós, de alguma maneira.

Tenho dito muitas vezes que “flashes informativos” — o Sr. Ministro perdoar-me-á que eu também use agora uma palavra tipicamente de gestão da comunicação sobre uma decisão judicial podem fazer imenso para a percepção dos cidadãos sobre aquilo que Vossas Excelências decidiram; podem ser um

elemento de grande contributo para a percepção dos congestionamentos dos tribunais, dos pressupostos do direito aplicável, dos factos apurados.

Tudo isto é um convite que eu faço: para a urgência de, todos nós, cidadãos, jornalistas, políticos, magistrados podermos ter, na informação correcta e na responsabilidade deontológica e profissional de cada uma das profissões que se cruzam neste Mundo, uma espécie de alicerce para as nossas convicções e para a nossa capacidade de perceber o real. Porque, na verdade, as instituições, todas elas, aquelas a que se referia o Senhor Conselheiro Presidente — a quem agradeço o convite que me formulou — definem-se pelo que fazem, sobretudo pelo que fazem; definem-se pelo que é visível que estão a fazer, e, naturalmente, pela apreciação que os cidadãos fazem delas e pelo resultado das suas acções.

As instituições não se prestigiam apenas pela forma, prestigiam-se, no fundo, pela sua capacidade de resolver as expectativas e os anseios quotidianos. Mas, de algum modo, as instituições também são naturalmente inseparáveis das mulheres e dos homens que as servem. E é exactamente por isso que estamos aqui a homenagear quem tão fundamentalmente e tão dignamente serviu a Justiça e a Magistratura como conselheiro e juiz.

Por isso, Excelências, quero uma vez mais agradecer ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e aos seus Conselheiros e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Sem eles esta cerimónia não seria possível.

Desejo que a memória do Dr. Pinheiro Farinha e a sua determinação continuem a iluminar as nossas acções em prol da Justiça, dos Direitos do Homem, da Solidariedade e da Vida em Democracia.

Jorge Sampaio

CARLO RUSSO

Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

EGUAGLIANZA DELLE ARMI

Vi sono grato, Signore e Signori, di avermi consentito di esprimermi in lingua italiana: so che la comprendete bene perchè essa, come il portoghese, ha le sue radici nella lingua d'Oc.

Prima di tutto mi associo al ricordo commosso del Giudice João de Deus Pinheiro Farinha, illustre giurista e caro amico che ha dato un altissimo contributo di dottrina, di saggezza, di umanità alla Corte Europea.

La sua memoria, gentile Signora Farinha, resterà viva in quanti hanno avuto la ventura di conoscerlo.

Nel suo saggio pubblicato nella «Convention Européenne des Droits de l'Homme» diretto dal Giudice Luis Edmond Pettiti, il prof. Jean Claude Soyer, membro della Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, osserva che l'articolo 6, uno dei più importanti diritti di salvaguardia, è un articolo capitale e nota come sia quello che è stato più applicato sulle quattrocento sentenze rese dalla Corte dal 1960 ad 1993, più della metà riguardano l'articolo 6.

Il Giudice belga Ganshof Van der Mersch, già Vice Presidente della Corte Europea ha definito l'articolo 6 «un prodigioso compendio di diritto giudiziario anche se, come bene ha sottolineato il prof. Melchior, già membro della Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, in alcune parti contiene 'norme vaghe' che hanno dovuto essere definite dalla giurisprudenza della Corte (estensione ad es. del termine 'diritti e doveri di carattere civile' alle procedure amministrative e dell'«accusa penale» a procedimenti disciplinari in applicazione del principio di autonomia.).

Fondamento dell'articolo 6 è il «primato del diritto»: per questo il diritto ad un «equo processo» occupa un posto così eminente così che, come ha affermato la Corte Europea nella sentenza *Artico* contro *Italia* (del 13 maggio 1980 —

A.n.37), una interpretazione restrittiva non corrisponde nè allo scopo nè all'oggetto della disposizione.

Sostanzialmente l'articolo 6 detta regole di procedure valide per i Paesi del Consiglio d'Europa, anche se per alcuni casi (eguaglianza delle armi — facoltà di interrogare testimoni e di valutare prove) può incidere sul fondo.

A questo proposito occorre tenere presente un principio chiaro e ben consolidato nella giurisprudenza della Corte:

Spetta in primo luogo ai Giudici Nazionali applicare la Convenzione.

I Giudici di Strasburgo devono esercitare il controllo e supplire alla giurisdizione nazionale quando questa non interviene con la dovuta efficacia.

Di qui la necessità che la convenzione e l'interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza della Corte siano bene conosciute a livello nazionale per poter essere correttamente applicate.

L'importanza della interpretazione giurisprudenziale per una più esatta definizione della vaghezza di alcune norme della Convenzione — fu richiamata con mirabile lungimiranza nel dibattito parlamentare svoltosi nell'assemblea di Strasburgo nel settembre 1949 dal relatore Pier Henry Teitgen, che può a giusto titolo essere definito “padre della Convenzione”.

Ne discende come logica conseguenza che la Corte Europa non può e non vuole trasformarsi in una Corte d'Appello sostituendosi alle Corti nazionali.

Il diritto ad un'equa e pubblica udienza (par. 3 dell'articolo 6) impone “di interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle *stesse condizioni dei testimoni a carico*”.

Ciò è stato ben precisato nelle sentenze *Neumeister* contro *Austria* (27 giugno 1968) e *Delcourt* contro *Belgio* (17 gennaio 1970).

Ragioni di tempo mi impongono di limitarmi e ciò vale anche per il seguito della mia esposizione, a citare le sentenze alle quali intendo riferirmi senza approfondire l'analisi, come sarebbe opportuno.

Nell'affrontare la nozione di *processo equo* la Corte Europea ha fatto una netta distinzione tra processo penale e civile.

Nella sentenza *Dombo Beheer* contro *Paesi Bassi* (27 ottobre 1993), la Corte ha sottolineato come “gli imperativi inerenti alla nozione di processo equo non sono necessariamente gli stessi nei litigi riguardanti diritti ed obbligazioni di carattere civile che nelle cause riguardanti accuse in materia penale”, con la conseguenza di un maggior margine di apprezzamento riconosciuta agli Stati in materia civile.

Per quanto riguarda l'eguaglianza delle armi nel processo penale le questioni di maggiore interesse esaminate dalla Corte riguardano:

1. La presenza del procuratore generale in Camera di Consiglio (sentenza *Delcourt* contro *Belgio* precedentemente citata — sentenza *Borgers* contro *Belgio* (30 ottobre 1991) — sentenza contro il Portogallo ...

2. La valutazione delle prove (sentenza *Barbera Messegue' ed Jabardo* contro *Spagna* 86 dicembre 1988) — *Bricmont* contro *Belgio* (7 luglio 1989).

3. La partecipazione dell'imputato all'udienza (sentenza *Monnell e Morris* contro *Regno Unito* (2 marzo 1987) — sentenza *Ekbatani* contro *Svezia* (26 maggio 1988) — sentenza *Kamasinski* contro *Austria* (19 dicembre 1989) — *Delta* contro *Francia* (19 dicembre 1990) — *Ludi* contro *Svizzera* (15 giugno 1992).

4. Utilizzazione di testimoni anonimi.

Nell'affrontare questo tema la Corte ha sottolineato la sua particolare importanza in un tempo in cui esiste la necessità di combattere con sempre maggiore efficacia la criminalità organizzata sul piano internazionale (terrorismo, mafia, traffico di droga).

Occorre allora trovare un punto di equilibrio tra questa esigenza e le garanzie previste nella Convenzione a garanzia dell'imputato).

Particolarmente significativa è a questo riguardo la sentenza *Kostovski* contro *Paesi Bassi* (30 novembre 1989) nella quale la Corte, pur riconoscendo il giusto peso alle osservazioni del Governo olandese sulla crescente intimidazione dei testimoni e sulla necessità di un equilibrio tra gli interessi in gioco, ha concluso per la violazione perchè ha ritenuto che gli interessi della difesa fossero stati ristretti in modo non compatibile con le garanzie previste dall'articolo 6.

Ho già osservato come la Corte abbia distinto per l'eguaglianza delle armi tra materia penale e civile; ciò non significa che, pur riconoscendo per i litigi civili un maggior margine di apprezzamento per gli Stati nazionali, il principio non debba essere rispettato anche in questo caso (sentenza *Feldbrugge* contro *Paesi Bassi* (23 giugno 1993), *Brandstetter* contro *Austria* (28 agosto 1991), *Helmers* contro *Svezia* (29 ottobre 1991), *Bonisch* contro *Austria* (6 maggio 1985)).

Sono giunto così alla conclusione, Signore e Signori, della mia relazione, e vi ringrazio per la vostra attenzione tanto più significativa perchè ho parlato in lingua straniera.

Ho coscienza di avere parlato troppo a lungo e nello stesso tempo, non vi è contraddizione nonostante le apparenze, tra le due affermazioni, 'so che vi sono molte lacune nella mia esposizione e che l'argomento non è stato

approfondito come sarebbe stato necessario. Ve ne chiedo scusa, ma il tempo è tiranno. Nonostante questo, spero di essere riuscito a dimostrare come per la Giurisprudenza della Corte il rispetto dell'eguaglianza delle armi sia elemento essenziale per l'equità del processo.

CARLO RUSSO — Advogado, Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, deputado ao Parlamento italiano durante 7 legislaturas (1948-1979), Presidente da Comissão de Negócios Estrangeiros da Câmara dos Deputados, por 2 legislaturas, várias vezes Ministro e Subsecretário de Estado. Presidente da Associação Italiana para estudos da política externa, Director da revista Negócios Estrangeiros, docente da Universidade “Luiss”, de Roma. Autor de numerosas publicações de direito, história e política internacional.

MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA

*Juiz do Supremo Tribunal de Justiça
e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*

A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA

Prólogo

Senhoras e Senhores:

Permitam-me um breve prólogo à leitura da minha comunicação de hoje. O elogio de João de Deus Pinheiro Farinha está feito e por quem dispõe da maior autoridade para o fazer.

O Homem a cuja memória dedicamos este Colóquio está vivo na lembrança dos muitos amigos e admiradores que soube granjear, entre nós e no estrangeiro.

Deixou-nos prematuramente, quando muito havia ainda a esperar da sua acção em prol da nobre causa dos Direitos Humanos.

Tive o privilégio de iniciar, junto dele, no já longínquo dia 7 de Outubro de 1956, uma carreira de magistrado que está prestes a terminar.

Dos muitos ensinamentos que me prodigalizou ao longo de mais de 40 anos de convívio gratificante, gostaria de recordar um que nem sempre soube seguir: as decisões judiciais devem ser breves, concisas e compreensíveis para os seus destinatários. Vou esforçar-me por segui-lo hoje, adaptado à presente comunicação.

Deixou-me ainda um legado que, para mim, tem um valor altamente simbólico: justamente a caneta com que redijo estas linhas e que tão bem soube usar nas suas sentenças e nos primorosos estudos jurídicos que publicou.

Se está a ouvir-me — e acredito que sim — antevejo o seu sorriso bondoso e compreensivo com que ouvia as minhas opiniões, mesmo quando delas discordava, mas que se comprazia em estimular. Era um homem tolerante e foi um cristão sincero e convicto.

Merece, pois, descansar em paz e alegrar-se pela presença, aqui, de tantos amigos que o não esquecem, a tratarem de temas que eram muito gratos à sua inteligência e à sua preocupação pelos valores da justiça.

SUMÁRIO

1. A motivação como garantia integrante do conceito de Estado de Direito democrático
2. O Código de Processo Penal Português de 1987 (ref.^a aos artigos 374.º e 379.º), influência da legislação processual penal italiana
3. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Conteúdo e limites do dever de motivar, à luz do artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem
4. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça
5. Conclusões

Anexo: Conteúdo e forma da sentença penal
— Motivação de facto e de direito

Indicações bibliográficas

1 — Como justamente observa o juiz Franz Matscher na sua comunicação, a necessidade de motivar a decisão é uma das exigências do *processo equitativo*, um dos Direitos do Homem consagrado no artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia ¹.

Mas logo acrescenta que a motivação não deve ter um extensão “épica” sem embargo de dever permitir ao destinatário da decisão e ao público em geral apreender o raciocínio que conduziu o juiz a proferir tal e tal sentença.

Corolariamente, só uma decisão revestida de motivação suficiente, permite de modo eficaz o exercício do direito de recurso para um Tribunal Superior ².

A Constituição da República Portuguesa dispõe que as decisões dos Tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei (artigo 208.º, n.º 1).

A doutrina constitucionalista mais reputada tem formulado algumas reservas a este texto, em todo o caso entendendo que a sua frase final não implica uma discricionariedade legislativa total, havendo que interpretá-la como uma garantia integrante do próprio conceito de *Estado de Direito Democrático* (artigo 2.º da mesma Constituição), ao menos quanto às decisões judiciais que tenham por objecto a solução da causa em juízo, como instrumento de ponde-

¹ Todos têm direito a que a sua causa seja apreciada equitativamente, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, instituído pela lei, que decidirá das contestações relativas a direitos e obrigações de carácter civil ou do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal.

² Direito consagrado no artigo 2.º do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em vigor desde 1 de Novembro de 1984:

1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal, tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, incluindo os motivos pelos quais pode ser exercido, são regulados pela lei.

2. Este direito pode ser objecto de excepções relativamente a infracções menores definidas na lei ou quando o interessado foi julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição.

ração e de legitimação da própria decisão judicial e de garantia do direito ao recurso. Nestes casos, particularmente, impõe-se a fundamentação ou motivação fáctica dos actos decisórios através da exposição concisa e completa dos motivos de facto bem como das razões de direito que justificam a decisão ³.

Devemos, por conseguinte, concluir, que a fundamentação das decisões judiciais tem assento na Lei Fundamental como garantia integrante do conceito de *Estado de Direito Democrático*, cabendo à lei ordinária desenvolver tal garantia através de normas que realizem de um modo mais perfeito possível os pressupostos da necessidade da fundamentação, abreviadamente o direito dos cidadãos à compreensão do raciocínio do juiz e proporcionar, do modo mais eficaz, o exercício do direito de submeter a sentença à apreciação de uma jurisdição superior pela via do recurso.

2 — A nível da lei ordinária, as leis de processo cuidam do desenvolvimento do princípio (constitucional) subjacente ao dever de fundamentação (ou de motivação, expressões fungíveis), tanto no domínio penal como no civil e até no âmbito do direito administrativo ⁴.

No presente colóquio, a nossa atenção incide primordialmente sobre o processo penal, posto que constitui o seu tema geral, à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O Código Processo Penal de 1987 deu um passo muito importante nesta matéria ⁵.

É assim que o seu artigo 374.º descreve de modo pormenorizado o conteúdo da sentença.

Deve esta começar por um relatório, em que se identifique o arguido, o assistente e as partes civis, se os houver, bem como a indicação sumária das conclusões da contestação, caso exista.

³ Cfr., de Gomes Canotilho e Vital Moreira, a obra *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, 3.ª edição, Coimbra Editora, págs. 798 e 799.

⁴ Quanto ao processo civil, v., entre outros, os artigos 659.º, 660.º e 668.º (versão de 1996). Quanto ao direito administrativo, artigos 208.º e 268.º, n.º 3, da Constituição da República.

⁵ Na vigência do Código de Processo Penal de 1929 discutiu-se muito a questão da motivação das decisões judiciais, na vertente da fundamentação das respostas aos quesitos em processo de querela. Tal questão foi levada até ao Tribunal Constitucional que não se pronunciou pela inconstitucionalidade do artigo 469.º daquele código (cfr. acórdãos de 9 de Março e de 12 de Outubro de 1988, respectivamente no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 375, e *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 380). Todavia, em ambos os acórdãos, houve extensos votos de vencido que defenderam a solução contrária, com largas citações de doutrina nacional e estrangeira e referências ao direito comparado com invocação do disposto no artigo 374.º, n.º 2, do Código de Processo Penal aprovada pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

Segue-se a motivação propriamente dita, que exige uma enumeração dos factos provados e não provados, os motivos de facto e de direito fundantes da decisão bem como a indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal. Enfim, o dispositivo, que implica, entre outras coisas, a referência às disposições legais aplicáveis e a conclusão (o chamado “silogismo judiciário”).

A omissão da motivação, nos aspectos indicados, implica a sanção da nulidade da sentença (artigo 379.º, alínea *a*), do referido código). Não se compreenderia esta sanção particularmente severa se o legislador não tivesse considerado a motivação como elemento essencial de um processo justo e equitativo.

Na ordem prática, todavia, o cumprimento da injunção constitucional e legal da motivação defronta-se com algumas dificuldades, sendo tema favorito de muitos recursos para os Tribunais Superiores, dificuldades que são comuns a outras ordens jurídicas e mereceram a atenção dos órgãos de Estrasburgo, como veremos mais adiante.

Começaremos por recordar que o conteúdo da artigo 374.º do Código Processo Penal Português se inspira visivelmente no direito processual penal italiano, embora no decurso dos trabalhos preparatórios daquele código ainda não estivesse em vigor o Código de Processo Penal italiano, posto que foi aprovado pelo Decreto do Presidente da República de 22 de Setembro de 1988 e entrou em vigor um ano após a sua publicação na *Gazetta Ufficiale*. Mas a comissão que preparou o projecto do Código de Processo Penal português conhecia já o projecto do italiano, depois convertido em lei.

Basta comparar o artigo 546.º do Código italiano com o artigo 374.º do nosso para que não se suscitem quaisquer dúvidas ⁶.

A preocupação com as exigências da fundamentação é revelada no Código Processo Penal alemão (*Strafprozessordnung*) através de um conjunto de disposições, como as dos §§260 (*Urteil*, sentença), 261 (*Frei Beweiswürdigung*, livre apreciação da prova), 264 (*Gegenstand des Urteils*, o objecto da sentença) e 267.º (*Urteilsgrunde*, fundamentação da sentença), que não interessa aqui

⁶ Em particular, a comparação do texto do n.º 2 do artigo 374.º com o da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 546.º do Código Italiano:

“La concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione é fondata, con l’indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie”.

As diferenças textuais são de pequena monta. O texto português tem a mais a “enumeração dos factos provados e não provados” e, a menos, a “enunciação das razões pelas quais o juiz considera não atendíveis as provas contrárias”.

examinar em profundidade. Mas, sobretudo a última, regula com notável minúcia a questão da fundamentação dos julgados.

Significativas das dificuldades apontadas que surgem na transposição dos princípios para a prática quotidiana dos Tribunais, no tocante ao conteúdo da motivação, são as decisões da Cassação italiana, cuja resenha devo à gentileza do juiz Carlo Russo e que se anexam à presente comunicação (a tradução é da minha responsabilidade).

3 — A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não é muito abundante em tema da motivação de sentença, e tem-se movido em torno da noção de *processo equitativo* constante do citado artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia. Esta noção respeita tanto ao processo civil como ao processo penal. Mas é quanto a este que reportamos preferentemente as presentes considerações, face ao tema geral do presente Colóquio.

Começaremos por recordar, *ab initio*, que o § 3 daquele artigo consagra o direito de qualquer acusado, nomeadamente, a ser informado ... da natureza e da causa da acusação contra ele deduzida.

Por “natureza” entende-se a qualificação jurídica da acusação, relativamente ao direito interno. E por “causa”, devem entender-se os factos materiais imputados ao acusado. Tanto a Comissão como o Tribunal são unânimes quanto a este ponto ⁷.

A jurisprudência do Tribunal Europeu tem observado que, não obstante os Estados contratantes gozarem de uma grande liberdade na escolha dos meios adequados ao respeito do imperativo do artigo 6.º do Convenção, sempre os juízes devem indicar com suficiente clareza os motivos fundantes da decisão, pois só assim o acusado pode exercer o direito aos recursos disponíveis. E a tarefa do Tribunal Europeu consiste em averiguar se a via seguida na matéria conduz, em determinado litígio, a resultados compatíveis com a Convenção ⁸.

O artigo 6.º, § 1, obriga de facto os tribunais a motivarem as suas decisões, mas não pode ser entendido como exigindo uma resposta pormenorizada

⁷ O acusado deve ser prevenido da base jurídica e fáctica das reprovações contra ele formuladas. A base jurídica é a natureza da acusação. A base fáctica é a causa da acusação. Sobre o assunto, cfr. o artigo de Jean-Claude Soyer e Michele de Salvia, na obra colectiva *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*, sob a direcção de Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux e Pierre-Henri Imbert, Economica — pág. 273, com citação do caso *Kamasinky* c. Áustria de 19 de Dezembro de 1989, sentença publicada na Série A, n.º 168, § 79.

A Série A refere-se à Colectânea *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, do Greffe de la Cour, Ed. Card Heymanns Verlag KG.

Doravante, qualquer referência a essa Série reporta-se às ditas *Publications*.

⁸ Sentença de 16 de Dezembro de 1992, no Caso *Hadjianastassiou* c. Grécia, Série A, vol. 52, pág. 16, § 39.

a cada argumento. De igual modo, o Tribunal Europeu não é chamado a averiguar se os argumentos foram adequadamente tratados.

A extensão da motivação, por outro lado, pode variar consoante a natureza da decisão. É necessário atender, nomeadamente, à diversidade dos meios de que um litigante pode usar em justiça e às diferenças, nas disposições legais, costumes, concepções doutrinárias, apresentação e redacção das sentenças. Assim sendo, a questão de saber se um Tribunal faltou à obrigação de motivar, que decorre do artigo 6.º da Convenção, só pode analisar-se à luz das circunstâncias do caso concreto ⁹.

Por seu turno, a doutrina da especialidade tem desenvolvido o tema da motivação no quadro do direito a um processo equitativo.

Começa por recordar que o direito a um processo equitativo exige, em regra, que as decisões sejam motivadas, o que se compreende facilmente: o interessado deve ser persuadido de que se fez justiça e que os meios articulados foram examinados pelo juiz; e a enumeração dos pontos de facto e de direito sobre os quais se funda a decisão deve permitir-lhe avaliar as probabilidades de sucesso dos recursos.

A motivação é, por conseguinte, um elemento de transparência da justiça, inerente a qualquer acto jurisdicional.

Todavia, esta regra não é absoluta. Constitui objecto de uma apreciação relativa, na base de uma certa latitude deixada do juiz nacional. E a extensão da motivação depende das circunstâncias específicas, nomeadamente da natureza e da complexidade do caso.

Assim, quando a lei nacional subordina a receptibilidade de um recurso de uma decisão pela qual a jurisdição competente declara que o recurso levanta uma questão de direito muito importante e apresenta probabilidades de sucesso (processo anglo-saxónico de *leave of appeal*), pode bastar que a decisão se limite à citação da disposição legal que prevê motivos de rejeição da autorização de apelação ¹⁰.

⁹ Sentenças nos casos Van de Hurk c. Holanda e Ruiz Torija e Hiro Balani c. Espanha, respectivamente de 19 de Abril de 1994 e de 9 de Dezembro de 1994, Série A, vol. 288, pág. 20, § 61, e vol. 303, págs. 12, § 29, e pág. 29, § 27.

¹⁰ Compare-se com o disposto nos artigos 417.º, n.º 2, alínea c), e 420.º do Código de Processo Penal português (rejeição por falta de motivação ou por manifesta improcedência do recurso). Neste caso o acórdão limita-se a identificar o tribunal recorrido, o processo e os seus sujeitos e a especificar sumariamente os fundamentos da decisão.

Sobre as razões de política criminal que subjazem ao instituto da rejeição, v. o preâmbulo do Código de Processo Penal, III, alínea c), e os artigos de José Narciso Cunha Rodrigues (*O novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Almedina, pág. 386) e de Figueiredo Dias ("O Novo Código de Processo Penal", separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 369, pág. 18).

De acordo com a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, ao rejeitar um recurso, a jurisdição competente pode, em princípio, limitar-se à apropriação dos motivos da decisão.

Aliás, a exigência de motivação deve acomodar-se às particularidades do processo perante tribunais de júri, caso em que os jurados não têm que motivar a sua convicção.

A Comissão considera igualmente que os motivos expostos por uma jurisdição não devem tratar em particular todos os pontos que uma das partes considera fundamentais na sua argumentação. As partes não têm o direito (absoluto) de exigir do tribunal que enuncie os motivos pelos quais ele rejeita cada um dos seus argumentos.

Dito de outra maneira, o juiz não é obrigado a responder às conclusões que se revelem sem pertinência. Do simples facto de as sentenças criticadas serem menos longas e pormenorizadas do que as conclusões formuladas em apelação e nas memórias em cassação, não pode indeferir-se que se ilide a presunção segundo a qual uma decisão motivada responde às exigências do artigo 6.º

O princípio do processo equitativo pode, por conseguinte, acomodar-se com motivações *sumárias*.

Impõe-se, todavia, uma motivação precisa quando o meio invocado perante o juiz, supondo que é fundado, é de natureza a influenciar a decisão.

A obrigação de motivar assume uma importância particular quando se trata de rejeitar uma pretensão na base de uma disposição de sentido ambíguo.

Assim, no caso H. c. Bélgica, o requerente criticava um processo de reinscrição no quadro da Ordem dos Advogados, solicitada perante o Conselho dessa Ordem. O artigo 471.º do Código Judiciário subordinava semelhante reinscrição à existência de “circunstâncias excepcionais”. Neste caso, o Tribunal Europeu considerou que o requerente tinha sérias dificuldades em fornecer prova adequada das “circunstâncias excepcionais” que poderiam autorizar a sua reinscrição e que, em particular, nem as disposições pertinentes nem a jurisprudência do Conselho da Ordem forneciam indicações sobre o que deveria entender-se por “circunstâncias excepcionais”. Breve, essa imprecisão exigia uma motivação adequada das decisões pelas quais o pedido da requerente havia sido rejeitado ¹¹.

Por último, convém distinguir entre *defeito* de motivação e *erro* de motivação. Assim, em vão um requerente pode queixar-se de que um tribunal havia fundado a decisão sobre uma *ficção*. Com efeito, os órgãos da Conven-

¹¹ Sentença de 30 de Novembro de 1987, Série A, n.º 127, pág. 35, § 53.

ção são incompetentes para censurar erros de facto ou de direito pretensamente cometidos pelas jurisdições internas, salvo se, e na medida em que, esses erros lhes pareçam de natureza a constituir um atentado aos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ¹².

4 — Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

Questões de motivação da sentença constituem tema predilecto em inúmeros recursos para o Supremo Tribunal de Justiça, abrangendo variados aspectos, como a falta de indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal ou a falta de indicação das fontes de prova, a apreciação crítica dessas provas, a falta de indicação dos factos provados e não provados, a incompreensão do raciocínio lógico ou racional dos julgadores, omissões de pronúncia, a fundamentação deficiente, a deficiente exposição dos motivos da decisão, e as referências à matéria da contestação criticadas pela omissão da mesma, etc.

Todavia, só em casos muito contados este Supremo tem anulado julgamentos por violação do artigo 374.º do Código de Processo Penal.

Quer isto dizer que a lei de processo propicia frequentes impugnações, a partir de uma concepção, diríamos maximalista, das prescrições relativas à motivação da sentença.

A falta de indicação das provas que fundamentam a decisão, quando total, é considerada causa de nulidade por força do artigo 379.º do Código de Processo Penal, conjugado com o artigo 374.º, n.º 2.

Idem, em geral, quando a sentença impugnada omite qualquer menção relativa aos factos não provados, o que não se confunde com a exigência de grande minúcia na indicação, devendo o tribunal deixar bem claro que todos os factos alegados com interesse para a decisão foram apreciados.

Relativamente aos factos alegados na contestação, a tendência é no sentido de que nem tudo o que dela consta tem de ser levado à fundamentação, impondo-se a selecção dos factos com interesse para a decisão, quer se considerem provados ou não provados.

Uma fundamentação deficiente pode ser causa de nulidade, dado que a motivação deve ser tal que, intraprocessualmente, permita aos sujeitos proces-

¹² O que se diz no texto é respigado da obra *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, de Rusen Ergec e Jacques Velu, Bruylant — Bruxelles, 1990, págs. 408 e segs. Ver também, a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, de Ireneu Cabral Barreto, Aequitas/Ed. Notícias, pág. 96 e seguintes.

suais e ao tribunal superior o exame do processo lógico ao racional que lhe subjaz; e, extraprocessualmente, a fundamentação deve assegurar, pelo seu conteúdo, um respeito efectivo do princípio de legalidade na sentença.

Em termos doutrinários, interessa destacar um acórdão de 19.5.94 (processo n.º 46 279) no qual se ponderou que o comando do artigo 374.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, mandando proceder a uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, com indicação das provas que serviram para fundamentar a sua convicção, não pode ser entendido no sentido de que se exige que o julgador exponha pormenorizada e completamente todo o raciocínio lógico que se encontra na base da sua convicção de dar como provado um certo facto.

Justamente porque a lei de processo fala em indicação sumária das conclusões contidas na contestação, se tiver sido apresentada e em exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão (artigo 374.º, n.ºs 1, alínea *d*, e 2) é evidente que uma sentença não releva da necessidade de uma pormenorização excessiva ou desproporcionada, devendo conter aquele mínimo de referências que persuadam os interessados de que se fez justiça e lhe possibilitem avaliar as probabilidades de sucesso nos recursos que decidam interpor, do mesmo modo que faculte ao tribunal superior as condições necessárias e suficientes à apreciação dos meios de impugnação contra ela deduzidos.

Neste sentido, a sentença assume-se mais como uma arte de bem julgar do que como um trabalho científico ou doutrinário, e nessa medida, satisfaz as exigências da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, acima recordadas, em tema de motivação.

Como sucede com a jurisprudência italiana, a que se reporta a resenha que vai em anexo.

O que não significa que se espere uma contenção nos recursos, dado que, como a jurisprudência europeia revela, não existe um critério seguro e infalível na matéria de motivação, apto a resolver todos os casos.

Como se observa nas sentenças acima citadas, se é certo que o artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia obriga os tribunais a motivar as suas decisões, tal não significa que exija uma resposta detalhada a cada argumento.

A extensão do dever de motivar pode variar segundo a natureza da decisão e o Tribunal Europeu não se dispensou de sublinhar que é necessário ter em conta a diversidade dos meios que um litigante pode invocar em justiça e as diferenças entre os Estados em matéria de disposições legais, costumes, concepções doutrinárias, apresentação e redacção das sentenças. É por isso que a questão de saber se um tribunal faltou à sua obrigação de motivar só pode

analisar-se à luz das circunstâncias da espécie, cuja variedade não consente a formulação de um critério unitário.

5 — Conclusões:

- a) O processo equitativo garantido no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pressupõe a motivação das decisões judiciais, que consiste na correcta enunciação dos pontos de facto e de direito fundantes das mesmas, em ordem a garantir a transparência da justiça, a persuadir os interessados e a permitir-lhes avaliar as probabilidades de sucesso nos recursos;
- b) Uma motivação deficiente ou inexacta deve ser equiparada à falta de motivação;
- c) A motivação conforme as exigências do processo equitativo não obriga a uma resposta minuciosa a todos os argumentos das partes, contentando-se com uma descrição clara dos motivos fundantes da decisão;
- d) A extensão da motivação é função das circunstâncias específicas, nomeadamente da natureza e da complexidade do caso;
- e) O princípio do processo equitativo é compatível com motivação sumária, mas impõe-se uma motivação precisa quando o meio submetido à apreciação do juiz, caso se revele fundado, é de natureza a influenciar a decisão;
- f) A obrigação de motivar reveste uma importância peculiar quando se trate de apreciar uma pretensão na base de uma disposição de sentido ambíguo, caso em que é exigível uma motivação adequada e proporcional à complexidade da hipótese.

MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA — *Nascido a 21 de Julho de 1931, foi sucessivamente magistrado do Ministério Público e judicial, Juiz do Supremo Tribunal Administrativo, sendo actualmente Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e, desde 1991, Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. É, ainda, membro do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Autor de projectos de textos legislativos sobre direito económico e penal e ainda estudos sobre direito penal, do ambiente, bioética e criminalidade informática. Membro das comissões de revisão dos códigos penal e de processo penal.*

ANEXO

CONTEÚDO E FORMA DA SENTENÇA PENAL MOTIVOS DE FACTO E DE DIREITO

O tema da sentença penal é tratado no Título III do Código de Processo Penal (artigos 525.º-548.º).

O artigo 546.º é dedicado especificamente aos “requisitos da sentença” e diz o seguinte:

“1. A sentença contém:

- a) A menção “em nome do povo italiano” e a indicação da autoridade que a profere;
- b) A identidade do acusado ou outras indicações pessoais destinadas a identificá-lo bem como a identidade das outras partes privadas;
- c) A acusação;
- d) A indicação das conclusões das partes;
- e) Uma concisa exposição dos *motivos de facto e de direito* que fundamentam a decisão, com a indicação das provas que baseiam a mesma decisão e a enunciação das razões pelas quais o juiz considera não atendíveis as provas em contrário;
- f) O dispositivo, com a indicação das normas legais aplicáveis;
- g) A data e a assinatura do juiz.

2. A sentença do tribunal colegial é subscrita pelo presidente e pelo juiz-relator. Se, por morte ou outro impedimento, o presidente não puder subcrever, provê à assinatura, com prévia menção do impedimento, o membro mais antigo do colégio; se o relator não puder assinar, assina unicamente o presidente, mediante prévia menção do impedimento (artigo 615.º).

3. Além do caso previsto no artigo 125.º, n.º 3, a sentença é nula se falta ou são incompletos os elementos essenciais do dispositivo ou na falta de assinatura do juiz.”

Em termos gerais, o princípio adoptado no Código é o de que a *motivação* tem por escopo “permitir o controlo do processo lógico através do qual o julgador chega à decisão”.

Na especificidade, não suscitando questões particulares (de interpretação e de aplicação) os requisitos formais indicados nas alíneas *a*) e *b*) do artigo 546.º, todavia convém relevar a indicação da “imputação” exigida na alínea *c*), e sua correlação com o disposto nos artigos 405.º, n.º 1, e 417.º, alínea *b*): a “imputação” é formulada pelo Ministério Público aquando do exercício da acção penal, em sede de requerimento (promoção) do reenvio a juízo (artigo 405.º) e deve conter — de acordo com o artigo 417.º, alínea *b*) — a “enunciação do facto, das circunstâncias agravantes e das que possam implicar a aplicação de medidas de segurança, com indicação dos correspondentes artigos da lei”.

Com a previsão da alínea *d*), o legislador instituiu o dever do juiz, de dar conta (referir) das “conclusões das partes”.

Todavia, desatendeu as pretensões da Doutrina que propunha que a sentença indicasse *todos os argumentos* das partes durante a discussão. Claro que a conformidade entre a decisão e os argumentos das partes pode ser assegurada através da indicação a que se refere a alínea *e*), onde devem ser enunciadas as razões da inatendibilidade das provas aduzidas (cfr. D’Ambrosio, no *Comentário ao Novo Código*, pág. 588).

Relativamente à indicação dos motivos de *facto* e de *direito* que fundamentam a decisão, a sentença deve conter uma “exposição concisa” (alínea *e*)).

A propósito, a Jurisprudência, já na vigência do velho Código, vinha afirmando que a motivação da sentença deve conter os requisitos de “correção” de “completamento” e de “lógica”.

Neste sentido, ver *Cass. Pen. 10/6/1982*:

“Em tema da obrigação de motivação da sentença, esta, para ser legal, deve apresentar as características fundamentais da ‘correção’, no sentido da sua aderência aos elementos probatórios adquiridos, do ‘completamento’, no sentido da sua extensão a todos os elementos relevantes para a formação dos juízos sectoriais conducentes ao juízo decisório e da ‘lógica’, no sentido da sua conformidade aos cânones que presidem às formas do raciocínio e que a este confirmam a natureza de acto de demonstração da realidade”.

Viola, por conseguinte, tais princípios, a sentença que, num processo indiciário para o crime de “massacre”, omite o exame pormenorizado da eficácia probatória de todos os elementos processuais (constituídos por elemen-

tos de prova directa ou indirecta) não os avaliando na sua globalidade e na sua concatenação lógica e cronológica, de modo que venha a faltar a síntese do juízo de valor dos elementos considerados, sobre os quais deve basear-se qualquer estatuição (*Cass. Penal Mass.* 1983, 958).

E ainda, mais recente, *Cass. Penale* 27/5/1992:

“A obrigação de motivação da sentença é satisfatória quando o juiz valora criticamente todos os elementos de prova, indicando, com total coerência lógico-jurídica, aqueles cuja relevância interessa à sua convicção; assim, não cumpre esse dever — e, conseqüentemente, está ferida de nulidade — a sentença, em cuja motivação, conforme resulta do texto da decisão impugnada, o juiz utiliza, ao explicar o seu raciocínio, argumentos apodícticos e, por isso, inaceitáveis no plano lógico, sem referência a específicos e bem individualizados elementos de facto” (in *Mass. Cass. Pen.*, 1992, fasc. 10, 81).

Ainda sobre o tema, ver: *Cassazione Penale sez. V*, 21 de Maio de 1992, *Cass. Pen.* 1993, 2909 (s.m.):

“Na motivação da sentença o juiz de mérito não é obrigado a uma análise aprofundada de todas as deduções das partes e a proceder a um exame pormenorizado de todos os elementos do processo, sendo suficiente que, mesmo por meio de uma valoração global daquelas deduções e elementos, explique, de forma lógica e adequada, as razões que determinaram a sua convicção, assim demonstrando que considerou todos os factos decisivos, caso em que devem considerar-se implicitamente desatendidas as deduções da defesa que, ainda que não expressamente refutadas, sejam logicamente incompatíveis com a decisão adoptada;

Cassazione Penale, sez. V, 21 de Maio de 1992, *Cass. Pen.* 1993, 2909 (s.m.):

“A deficiência de motivação, enquanto causa de nulidade da sentença, não pode ser invocada com base numa crítica fragmentária dos singulares pontos da mesma. Com efeito, a sentença constitui um todo coerente e orgânico, no qual, para os fins de controlo crítico sobre a existência de uma motivação válida, nenhum ponto pode ser apreciado isoladamente, mas sim em relação com os restantes. Por conseguinte, a razão de uma determinada estatuição pode

resultar de outros pontos da sentença relativamente aos quais seja feita referência, ainda que implícita”.

Cassazione Penale sez. VI, de 11 de Julho de 1990, *Cass. pen.* 1992, 1294 (s.m.):

“Não pode denunciar-se, por vício de motivação, a sentença que, mesmo sinteticamente, mas de forma completa e adequada, mostra que o juiz tomou em consideração os factos relevantes evidenciados nos autos e indicou as razões essenciais da convicção a que chegou, em ordem a uma correcta qualificação jurídica dos mesmos factos e à congruência da pena aplicável, quando for consentido que a medida desta possa obter acordo das partes, ainda que mediante certas condições (em sede de motivação, a S.C. esclareceu que não relevam as fórmulas utilizadas pelo juiz para exteriorizar a sua convicção e cumprir a obrigação de motivar, sendo suficiente que revele o resultado da sua convicção através de expressões adequadas às finalidades da providência, ainda que sinteticamente, no caso concreto, a expressão ‘concorrendo as condições da lei’”.

Cass., 27 de Junho de 1989, *Modeo*, *Cass. pen.*, 1991, 113. *Confirme Cass.*, de 6 de Dezembro de 1986, *Usai*, *ivi* 1988, 1932:

“Se o juiz de mérito considerou provado que o facto foi praticado pelo acusado e se correctamente deu parte, na motivação, da existência de provas que nesse sentido levam a uma certeza, não pode exigir-se ao mesmo juiz que se detenha sobre eventuais hipóteses que a defesa propõe como teoricamente capazes de orientar as indagações para pistas alternativas, salvo tratando-se de factos específicos e objectivamente certos, capazes de fazer seriamente vacilar o juízo de responsabilidade que deriva dos elementos probatórios adquiridos”.

Cass., 23 de Novembro de 1988, *Uliana*, *Cass. pen.*, 1991, 606:

“A motivação da sentença constitui uma incidível unidade lógico-jurídica, não uma soma de segmentos autónomos, cada um dos quais concerne o autónomo e separado exame de uma questão singular, divorciada das restantes; enquanto, pelo contrário, a solução de toda e qualquer questão singular, de modo a que não subsistam contradições intrínsecas, deve coerentemente coincidir e compenetrar-se com a dada a todas as outras, a fim de dar vida a uma

unidade racional concreta e incindível. Por conseguinte, é de excluir, na motivação da decisão, a necessidade de renovadas e separadas argumentações sobre cada um dos singulares pontos em apreciação, sempre que estes se refiram a questões sobre as quais o juiz já havia dado as razões da sua convicção.”

(No caso concreto, o recorrente lamentava uma motivação deficiente, em ordem ao *quantum* de pena aplicada pelo juiz de fundo, não lhe parecendo suficiente o exposto na sentença em tema de exame dos aspectos objectivos e subjectivos atinentes ao tipo legal).

A motivação é considerada como uma garantia fundamental do “direito do acusado a um processo justo”.

A *Suprema Corte di Cassazione* tem afirmado que, para se respeitar o princípio expresso no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao “acusado deve ser garantido o direito de, no decurso do processo, fazer valer uma diversa leitura do facto constante da acusação”; e, com isto relacionado, a motivação da sentença “não deve deixar espaço para outra alternativa válida, ainda que relativamente àquelas deduções defensivas através das quais se propõe uma diversa reconstrução e valoração do facto” (*Cass. Pen.*, 10/2/1986; *Cass. Pen.*, 3/6/1986).

O artigo 546.º, alínea *e*), impõe ao juiz o seguinte:

- 1) Que indique todas as provas, a favor ou contra, que constituem a base da decisão;
- 2) Diga as razões pelas quais não atendeu às provas contrárias à decisão tomada.

Esta disposição é considerada como um *elemento essencial* para que a motivação constitua um *remédio contra o arbítrio*, ou, dito de outro modo, para sujeitar a decisão a um maior controlo da parte da colectividade.

Esta disposição deve ser coordenada com a norma do artigo 192.º, I, do Código de Processo Penal, que dispõe, em tema de avaliação da prova, que o “juiz avalia a prova dando conta, na motivação, dos resultados adquiridos e dos critérios adoptados”.

Assinale-se, por fim, sempre em tema de motivação da sentença, que a “falta de apreciação de uma prova decisiva, quando a parte a requereu ao abrigo do artigo 495.º, n.º 2”; e “a falta ou manifesto ilogismo da motivação, quando o vício resulta do texto da decisão impugnada” constituem fundamento de

interposição de recurso para a Cassação, conforme o artigo 606.º, I, do citado Código.

Os elementos constantes das alíneas *f)* e *g)* não suscitam problemas particulares de interpretação.

(Tradução da resenha jurisprudencial do Juiz Carlo Russo pelo Juiz Conselheiro Lopes Rocha).

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

— “Atti del Procedimento penal — Forma e struttura”, in *Giurisprudenza Sistematica di diritto processuale penale* diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, *UTET* 1996;

— *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. V, *UTET* 1991.

Altra Bibliografia ivi indicata.

— D’Ambrosio — *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*.

— “Atti del Procedimento Penale — Forma e Struttura”, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario e E. Marzaduri, *UTET* 1996

— *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, Coordinato da M. Chiavario, vol. V, *UTET* 1991.

FRANZ MATSCHER

Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

I. Introduction

II. La notion du contradictoire dans la théorie générale du procès

III. Les exigences du contradictoire d'après la jurisprudence de la CEDH

1. Observations préliminaires
2. Le contradictoire limité dans la phase de préparation d'un procès pénal
3. Le contradictoire dans la phase de jugement
4. Le contradictoire en procédure civile

IV. Conclusions

I. INTRODUCTION

C'est à la fois un honneur et un plaisir pour moi de prendre la parole à l'occasion de ce colloque qui commémore la personnalité de mon ami João Deus Pinheiro Farinha (né le 8 mars 1919), éminent juriste et juge apprécié de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Après une carrière juridique et politique remarquable dans son pays il avait été élu juge le 25 avril 1977 et a travaillé à la Cour pendant quinze ans jusqu'au mois de juin 1991 où, au regret de ses collègues, il avait démissionné pour des raisons de santé; il est décédé le 26 septembre 1994.

Sa première affaire avait été *König/A*, arrêt du 28.6.1978 A/27 et la dernière *Campbell/GB* arrêt du 25.2.92 A/233. En tant que juge titulaire, il avait participé à l'élaboration de 90 arrêts — sans parler du nombre d'affaires, ou il avait siégé comme juge suppléant. Sa contribution à ces arrêts a été remarquable. Il avait toujours été bien préparé, il connaissait le dossier, la jurisprudence de la Cour et la doctrine. En font preuve ses interventions, toujours engagées et parfois même émotionnelles, pendant les délibérations et aussi les fréquents entretiens privés que j'ai eus avec lui; pour le lecteur des arrêts, ses contributions émergent des 36 opinions séparées — qu'elles soient dissidentes ou concordantes — et qui sont citées fréquemment en doctrine.

Je ne peux rien dire au sujet de ses nombreuses oeuvres doctrinales relatives tout particulièrement à la procédure civile et au droit pénal publiées en portugais; néanmoins, je voudrais mentionner sa remarquable contribution aux mélanges Wiarda (1988), p. 521, sur "L'art. 15 de la Convention".

Je traiterai dans mon rapport le principe du contradictoire, aspect central des garanties procédurales, qui ont toujours retenu l'attention particulière du juge Pinheiro Farinha.

Dans un premier chapitre, je voudrais exposer en bref la notion du contradictoire à la lumière de la théorie générale du procès, pour passer, dans les chapitres suivants, à l'application de ce principe dans la jurisprudence de la Cour.

II. LA NOTION DU CONTRADICTOIRE DANS LA THEORIE GENERALE DU PROCÈS

Le principe du contradictoire, l'*audiatur et altera pars*, le droit à être entendu, est inhérent à toute fonction juridictionnelle.

En effet, un organe de décision ne possède la caractéristique de "tribunal" que, lorsqu'avant de décider, le juge ne donne aux parties la possibilité de présenter chacune son point de vue.

Bien sur, le juge n'est pas tenu à suivre les arguments de fait et de droit avancés par les comparants, mais ceux-ci doivent avoir la chance de faire connaître au juge leurs arguments.

Ce que je viens d'expliquer vaut tant pour le civil que pour le pénal.

Il vaut en substance également pour les procédures qui sont unilatérales, dans le sens qu'il n'y a qu'une partie demandresse ou défendresse et pas nécessairement un vrai adversaire, comme par exemple en matière de juridiction gracieuse (je me réfère aux affaires de tutelle d'interdiction etc.). Là, on ne peut parler de contradictoire dans le sens propre du mot, mais bien du droit à être entendu.

Il y a plusieurs possibilités techniques pour satisfaire aux exigences du contradictoire:

1. La situation classique est celle de deux parties — le demandeur et le défendeur au civil, l'accusation et le prévenu au pénal. Là, chacune des deux parties présente sa demande ou son point de vue et l'autre présente le sien.

Dans une procédure évoluée, en particulier au pénal, l'accusé doit aussi pouvoir prendre position au sujet du point de vue de l'accusation; et, en tout cas, il doit avoir le "dernier mot" (Borgers/B 1/214-B, § 27).

2. Le contradictoire peut être assuré par une procédure écrite ou par une procédure orale.

En particulier pour le pénal, la procédure orale me paraît bien être essentielle parce que le contradictoire est moins bien assuré par une procédure purement écrite; au moins à un degré — ce sera en principe

le premier — la procédure doit être orale, ce qui exige aussi l'art. 6, al. 1, de la Convention. En disant cela, je songe à une oralité réelle, et ne pas à une farce de celle-ci, comme nous la rencontrons souvent devant les juridictions civiles des différents pays.

3. Le contradictoire n'exige pas nécessairement la réplique et la triplique ou, si la procédure est écrite, un double ou même un triple échange de mémoires.

En particulier en appel et devant les cours suprêmes on se contente souvent de la présentation d'un seul mémoire de chaque partie.

4. Pour des motifs d'économie procédurale, en particulier pour les affaires simples, ou pour celles qui commencent une décision rapide, il existe des procédures sommaires qui, dans leur première phase, sont unilatérales: injonction de paiement, mesures provisoires ou conservatoires, contraventions administratives etc. Là, le juge décide sur la base des allégations de la seule partie demanderesse ou autorité de poursuite, dans la mesure qu'elles possèdent au moins un *fumus boni iuris* et qu'elles sont concluantes; pourtant, la décision du juge n'est que provisoire et la partie peut faire opposition; celle-ci annéantit la décision provisoire du juge et la procédure devient contradictoire par la suite.
5. Ni le principe du contradictoire, ni celui du procès équitable exigent que le juge donne connaissance aux parties des arguments de fait et de droit qu'il retiendra dans sa décision, dans la mesure qu'ils ont été plaidés, et qu'il donne aux parties l'occasion de les commenter. Mais, au sujet des arguments, qui n'ont pas été plaidés, il est essentiel qu'il le fasse et qu'il ne surprenne pas les parties par une décision qui est basée sur des arguments de fait ou de droit auxquels les parties n'ont pas pensé (voir Salvador Torres/E, 24.10.96, § 30ss, Rec 1996, p. 1577; Gea Catalán/E 10.2.95 A/309, §§ 28, 29).
6. En cas de procédure par contumace le contradictoire fait défaut. Mais, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, l'institution de la procédure par contumace est une sanction nécessaire contre une partie qui, de son gré, ne se présente pas devant le juge ou qui, au pénal, s'y soustrait.

A la condition qu'au civil la partie qui était absente, parcequ'elle n'a pas été atteinte par la notification, ou qui, pour des raisons de force majeure, était dans l'impossibilité de se présenter, ait la chance de combattre la décision par contumace (*restitutio in integrum* etc.), il n'y a rien à objecter contre l'institution de la procédure par contumace.

La question est plus délicate pour le pénal; j'y reviendrai dans le chapitre suivant (IIV3/g).

7. Le droit d'appel contre la décision du juge n'est pas un essentiel mais bien un desideratum du procès équitable. C'est pour cela que le double degré a été introduit par l'art. 2 du protocole no. 7 pour les affaires pénales d'une certaine gravité. Mais, je tiens à le souligner, le principe du contradictoire comme tel n'exige pas l'existence d'un moyen de recours contre la décision du juge; en effet, le contradictoire concerne les relations entre les parties, mais pas celles entre ces dernières et le tribunal.

A la rigueur, on pourrait voir dans le droit d'appel plutôt un problème du procès équitable.

8. On peut dire autant de la nécessité de motiver la décision. En tout cas, la motivation ne doit pas être d'une largeur épique, mais elle doit permettre au destinataire de la décision et au public en général de suivre le raisonnement qui a conduit le juge à une telle ou telle décision. D'ailleurs, seulement une décision assortie d'une motivation suffisante rend efficace le droit d'appel.

Il s'agit là d'un problème qui a été traité en profondeur par le juge Lopes Rocha.

9. Le contradictoire doit être appliqué en égalité d'armes; c'est l'idée générale du procès équitable qui le commande. Ce que cela comporte vient d'être traité dans le rapport du juge Russo.
10. Dans une certaine mesure, le contradictoire est à voir également à la lumière du principe de la présomption d'innocence consacré à l'art. 6, al. 2. Mais, là aussi, il me paraît plus approprié de parler d'un aspect spécifique du principe du procès équitable, que d'un vrai problème du contradictoire.

III. LES EXIGENCES DU CONTRADICTOIRE D'APRES LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH

1. Observations préliminaires

La Convention européenne de 1950 ne mentionne pas expressément le principe du contradictoire, mais il est inclus dans la notion plus large du procès équitable au sens de l'art. 6, al. 1, et plus spécifiquement y fait référence l'al. 3, lit. c, qui parle du "droit ... à interroger les témoins à charge et obtenir la

convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge”.

Comme nous le savons, la Convention européenne n'est qu'une concrétisation des principes de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies de 1948 (je me réfère à ses art. 10 et 11). Le même discours vaut, à l'échelle mondiale, pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 14) et, également sur le plan régional, pour la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 (art. 8) ainsi que pour la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 (art. 7). Mais revenons, et limitons-nous à la Convention européenne.

Il est bien vrai que les garanties procédurales spécifiques énumérées au troisième alinéa de l'art. 6 se réfèrent au pénal mais, dans la jurisprudence de la Cour, il est incontesté que, d'un côté ces garanties ne sont que des précisions du principe du procès équitable au sens du premier alinéa (voir par ex. Artico/13.5.80/A-37, § 32; Bönisch/A 6.5.85 A/92 § 29) et que, d'autre part, elles valent, *mutatis mutandis*, également pour le civil (Airey/IRL 9.10.79 A/32, § 26; Le Compte II/B 10.2.83 A/58, § 39; Dombó Beheer B.V./NL 27.10.93 A/274, § 32).

Or, comment la Cour interprète et applique-t-elle le principe du contradictoire? Je voudrais en donner quelques exemples tirés de la jurisprudence de la Cour; bien sur, la jurisprudence de la Commission est, à cet égard, beaucoup plus riche et seulement un petit nombre des affaires traitées par celle-ci a été, par la suite, déféré à la Cour. Il ne s'agit donc que de quelques exemples, une exposition systématique de problèmes qui ont trait au principe du contradictoire me paraissant être difficile à établir. Néanmoins, je tâcherai d'exposer ces exemples suivant un certain ordre.

A titre de prémisse, je dois mentionner que, pour les organes de la Convention, le principe du contradictoire, tel que le conçoit l'art. 6, n'entre en ligne de compte que pour les affaires civiles et pénales auxquelles cet article s'applique. Or, en dépit du fait que le texte de la Convention n'envisage que les affaires civiles et pénales classiques qui, dans les ordres juridiques internes, sont de la compétence des tribunaux ordinaires, il est connu que la jurisprudence de Strasbourg a étendu — outre mesure, d'après moi — la portée des notions de “civil” et de “pénal” pour y englober une grande partie de ce qui, d'après les législations nationales, est considéré comme administratif ou disciplinaire. Pourtant, il n'est pas question ici de se pencher sur l'étendu des notions de civil et de pénal au sens de cette jurisprudence. Pour les développements qui suivent, sera considéré comme “civil” ou “pénal” ce qu'il est selon cette jurisprudence.

J'ai déjà constaté que les garanties procédurales de l'art. 6 — y compris le principe du contradictoire — valent tant pour le pénal que pour le civil. Pourtant, en ce qui concerne le dernier, la Cour a affirmé à maintes reprises que ces garanties ne s'appliquent pas de la même manière, qu'elles y ont donc ce qu'on pourrait appeler un "effet atténué" et que, pour la réglementation du contentieux civil, les Etats jouissent d'une latitude plus grande que pour les poursuites pénales (voir par ex. *Dombo Beheer B.V./NL*, cit., § 32; *Levages Prestations Services/F 23.10.96*, § 46, Rec. 1996, p. 1530).

2. Le contradictoire limité dans la phase de préparation d'un procès pénal

Pour ce qui est de l'application du principe du contradictoire en matière pénale, il échet de distinguer entre la phase policière et de l'instruction préparatoire d'un côté, et la phase de jugement d'autre côté.

En ce qui concerne la première phase, celle de l'instruction, on ne peut pas parler d'un contradictoire proprement dit, mais plutôt d'une anticipation à celui-ci.

En effet, là il s'agit de la recherche des preuves pour voir s'il y a des raisons suffisantes pour procéder à une inculpation et, dans cette phase, la procédure est essentiellement secrète.

Bien sur, le juge d'instruction et même l'enquêteur de police peuvent confronter le prévenu avec les indices à sa charge; mais c'est moins pour faire régner le contradictoire que pour recueillir et évaluer les preuves qu'on est en train d'établir.

Toutefois, l'art. 6, al. 3, lit. a, énonce le droit de tout accusé d'être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, cette disposition devant être vue en relation avec celle de la lettre et qui garantit le droit de toute personne accusée de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense.

Pourtant, il n'est pas clair, dans quelle mesure l'art. 6, al. 3, lit. a, s'applique à la phase de l'instruction. De la jurisprudence des organes de la Convention on peut néanmoins déduire que, même dans cette phase, — bien que l'art. 6, al. 3, ne parle que de l'«accusé» — le prévenu ne doit pas être laissé dans l'obscurité des charges que l'on entend porter contre lui, au moins à partir du moment, ou l'enquêteur ou le juge d'instruction prend contact avec lui ou que l'affaire exteriorise d'une autre manière. D'ailleurs, c'est aussi à partir de ce moment que court le délai raisonnable au sens de l'art. 6, al. 1.

On pourrait à en dire plus: c'est lors de la phase de l'instruction qu'on jette la base de l'accusation et il est plus difficile de démolir celle-ci durant l'audience, si le prévenu n'a pas eu l'occasion de faire valoir ses arguments déjà au stade de l'instruction (Barberà, Messegué et Jabardo/E 6.12.88 A/146, § 81ss; Lamy/F 30.3.89 A/151, § 29, §§ 36, 37; Kamasinski/A 19.12.89 A/168 § 41, §§ 76-81; Imbrioscia/CH 24.11.93 A/275, § 36; voir en particulier l'opinion dissidente Pettiti, au sujet de cet arrêt, p. 16; voir en général Le Gall. A quel moment le contradictoire? Une application de la CEDH [dans: Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Actes du colloque à la Cour de cassation, Paris, 22 mars 1996], p. 55. C'est ce qu'on appelle en technique "le contrôle continu, en phase d'exécution d'un projet, qui est plus efficace qu'un contrôle *ex post*.

Ce n'est qu'après la clôture de l'instruction que le prévenu sera confronté avec l'acte d'accusation, qui contient les chefs d'inculpation, en mentionnant les preuves sur lesquelles cet acte se base, et le prévenu aura la possibilité d'y faire opposition. Ce n'est qu'à partir de ce moment que les garanties procédurales, énoncées à la lit. a de l'al. 3 de l'art. 6 s'appliquent pleinement, même si là non plus il s'agit du contradictoire à vrai dire (je dis en passant que, au sujet de l'organisation et la procédure d'enquête et d'instruction en vue de préparer l'inculpation, en particulier en fonction de la gravité du délit, les systèmes juridiques varient beaucoup de l'un à l'autre mais, quant à leur essence, ils se ressemblent [Soyer, Manuel de droit pénal et de procédure pénale, 11 éd, 1994, p. 233s].

La situation est différente en cas de détention provisoire. Là, suivant l'art. 5, al. 2, le détenu a droit à être informé dans le plus court délai et dans une langue qu'il comprend des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre lui et, d'après l'al. 3, il a droit d'être aussitôt traduit devant un magistrat — évidemment pour combattre les motifs qui ont conduit à son arrestation — et, suivant l'al. 4, il a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de la détention. Là, le contradictoire entre en jeu (voir par ex. Sanchez-Reisse/CH 21.10.86 A/107, § 51).

Pourtant — et je tiens à le souligner encore une fois — pendant toute la phase de l'instruction, qui culmine dans l'acte d'accusation (ou qui constitue la première étape de la phase de jugement), il ne s'agit pas d'un contradictoire proprement dit. En effet, celui-ci présuppose la présence d'un adversaire et le juge d'instruction n'est pas un tel. C'est seulement dans la mesure que le juge d'instruction agit à la requête du ministère public et l'instruction assume donc un caractère accusatoire, qu'on peut parler d'un vrai contradictoire. Pourtant,

même ou cela n'est pas le cas, et la procédure d'instruction est essentiellement inquisitoire, le prévenu a le droit à être informé des charges que l'on entend porter contre lui et à exposer ses arguments contre celles-ci, ce qui rapproche ses droits à ceux que commande le principe du contradictoire.

Par ailleurs, en grande partie le principe du contradictoire, qui a inspiré la Convention, a été développé avant tout dans le procès du common law, celui étant essentiellement accusatoire, et les réformes des codes de procédure pénale des pays continentaux, introduites dans les dernières décennies, vont également dans ce sens.

Mais, je le répète, ce n'est que dans la phase de jugement que le contradictoire se présente dans toute son ampleur.

3. Le contradictoire dans la phase de jugement

Comme je viens de le dire, c'est à cette phase que le contradictoire déploie tous ces effets; il domine avant tout l'administration des preuves qui doit en principe être orale et publique (je me réfère à ce qui va être exposé par le juge Cabral Barreto). En plus, je voudrais rappeler que — à l'instar de l'égalité des armes — le contradictoire n'est qu'un aspect d'un procès équitable.

Voilà quelques applications pratiques du principe du contradictoire dans la phase de jugement:

- a) L'acte d'accusation (ou l'acte en faisant fonction) dans lequel l'autorité de poursuite présente sa demande de condamnation, doit, d'après l'art. 6, al. 3, lit. a, être porté à la connaissance de l'inculpé "dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée; le cas échéant, cela implique la nécessité que l'acte en question soit accompagné d'une traduction au sens de l'art. 6, al. 3, lit. e (Brozicek/ I 19.12.89 A/167, § 41; Kamasinski/A cit., § 78ss).
D'autre part, le droit à faire opposition à l'acte d'accusation, tel que nous le trouvons dans nos codes de procédure pénale, n'est pas garanti par la Convention. Les exigences de celle-ci sont satisfaites si l'inculpé a une possibilité suffisante de combattre l'acte d'accusation au début de l'audience.
- b) Que ce soit dans la phase de l'instruction que dans celle de jugement, l'inculpé a droit à un accès suffisant au dossier (Kamasinski/A cit., §§ 87, 88; Foucher/F 18.3.97, Rec. 1997, p. 452).

- c) A l'audience, l'inculpé doit jouir d'une possibilité adéquate de présenter son point de vue, le cas échéant avec l'assistance d'un avocat (art. 6, al. 3, lit. c) et d'un interprète (art. 6, al. 3, lit. e).
- d) L'inculpé a le droit d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge, dans les mêmes conditions que les témoins à charge (art. 6, al. 3, lit. d). Soulignons que le mot "témoin" ne se limite pas à la notion technique de ce terme; en effet, il vaut pour tous les moyens de preuve, y compris les experts, les dépositions de la partie privée qui a porté plainte ou une descente sur les lieux (Bönisch A cit., § 29).

Pourtant, le droit garanti par l'art. 6, al. 3, lit. d, n'est pas absolu. Le juge ne doit assumer que les preuves qui lui paraissent pertinentes (Bricmont/B 7.7.89 A/58, §§ 89, 91; Delta/F 19.12.90 A/191, § 33ss; Brandstetter/A 28.1.91 A/211 § 49, §§ 62, 63; Vidal/B 22.4.92 A/235-B, § 33) et il peut passer outre à celles qui ne sont pas accessibles (témoins introuvables en dépit de plusieurs tentatives de les repérer, dans la mesure qu'il existe d'autres éléments aptes à constater les faits (Isgrò/I 19.2.91 A/194-A, § 34ss; Artner/A 28.8.92 A/242-A, §§ 21, 22).

Le tout se situe sur la ligne de démarcation, souvent difficile à tracer, entre l'administration ainsi que l'évaluation des preuves, et du procès équitable. Bien sur, la Cour affirme constamment que les premières appartiennent en principe au juge national et que les organes de la Convention n'ont qu'à contrôler le respect du dernier, que dès lors, il incombe en principe au juge national de décider de la nécessité ou opportunité de citer un témoin, et que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la Cour pourrait conclure à l'incompatibilité de l'art. 6 de la non-audition d'une personne comme témoin (Bricmont/B cit., § 89).

Mais quand est-ce que nous sommes en présence de telles circonstances exceptionnelles? J'admets que parfois la Cour franchit la ligne de démarcation qui sépare les tâches du juge national du rôle qui revient aux organes de la Convention (voir par ex. Barberà Messegué et Jabardo cit. § 73/89; voir l'opinion dissidente commune des juges Bindschedler-Robert, Thor Vilhjalmsson, Gölcüklü, Matscher, Russo, Valticos, Torres Borsault, p. 41).

- e) Des problèmes particuliers touchant au contradictoire peuvent surgir lorsque certaines preuves qui ont été assumées au cours de l'instruction — en général, il s'agira de dépositions de témoins — ne sont — par diverses raisons — pas reproduites, pour ainsi dire "en original", à

l'audience, de sorte que l'inculpé n'a pas de possibilité ou n'a qu'une possibilité restreinte de les contrecarrer à l'audience.

Il y a de différentes hypothèses à distinguer:

- Des témoins ont déposé devant la police ou devant le juge d'instruction mais ils se sont légitimement récusés à l'audience; néanmoins, le juge de jugement donne lecture du procès verbal de leurs dépositions et les utilise dans son jugement; (Unterpertinger/A 24.11.86 A/110; Asch/A 26.4.91 A/203);
- Pour des raisons de sûreté, certains témoins, que ce soient des particuliers ou des agents de police, qui ont déposé devant le juge d'instruction veulent garder l'anonymat (Kostovski/NL 21.11.89 A/166; Windisch/A 27.9.90 A/186; Doorson/NL 26.3.96, Rec. 1996, p. 446; Van Mechelen et aut./NL 23.4.97 Rec. 1997, p. 691) ou il serait recommandable de le garder, par ex. en ce qui concerne les agents couverts qui, une fois leur identité dévoilée, ne pourraient plus être employés comme tels. (Lüdi/CH 15.6.92 A/238).
En ce qui concerne cette deuxième hypothèse, j'ai l'impression que les organes de la Convention, en y constatant une violation de l'art. 6, al. 3, lit. d, méconnaissent parfois les nécessités de recourir à des moyens extraordinaires, en particulier dans la poursuite de la criminalité organisée (voir les opinions dissidentes au sujet des arrêts cités auparavant). Bien sûr, dans la mesure que faire se peut, le principe du contradictoire doit être sauvegardé, et lorsque un constat de culpabilité peut s'appuyer aussi sur d'autres moyens de preuve, on devrait se contenter d'un contradictoire, à certains égards limité (auditions des témoins par le juge d'instruction, en la présence de la défense, ces témoins restant pourtant invisibles à la dernière).
- En appel ou, en général, dans la procédure devant une juridiction supérieure, le principe du contradictoire ne commande pas la présence de l'accusé en personne lorsque la juridiction de recours ne peut revoir les jugements du premier degré que sur des questions de droit matériel et de procédure; ici, la présence d'un avocat est suffisante (Kremzow/A 21.9.93 A/268-B, § 60ss), et, lorsque l'accusé n'a pas les moyens d'en rémunérer un, ou lorsque les intérêts de la justice l'exigent, le principe du contradictoire commandant d'accorder au requérant l'assistance d'un avocat d'office pour les débats devant le tribunal (Pakelli/D 25.4.83 A/64).

La situation est différente lorsque la juridiction supérieure traite (ou peut traiter) aussi des points de fait relatifs à la culpabilité de l'accusé et des questions relatives à la peine; ici, la présence de l'accusé (ou la possibilité d'être présent en personne à l'audience publique) est de rigueur (voir par ex. Ekbatani/S 26.5.88 A/134, § 31; Kremzow cit., § 65ss; Botten/N 19.2.96, § 48ss, Rec. 1996, p. 123) et, lorsque l'accusé est détenu, c'est aux autorités de l'Etat d'organiser sa comparution. D'autre part, dans les affaires Andersson/S et Feide/S 29.10.91 A/212-B-C resp. § 28ss, § 33ss, la Cour avait opéré une distinction quelque peu artificielle entre ces affaires et l'affaire Ekbatani, en arrivant ainsi à un constat de non-violation de l'art. 6, al. 1.

- f) Peut enfreindre soit le principe de l'égalité des armes, soit celui du contradictoire, le fait que le ministère public auprès d'une cour d'appel ou de la cour suprême remet à l'avance et par écrit ses observations (*croquis*) au sujet du recours de l'accusé, sans que ces observations soient communiquées au dernier (Brandstetter/A cit., § 67ss; Bulut/A 2.2.96, § 44ss; Rec. 1996, p. 346).
- g) Procédure par contumace
La présence de l'inculpé à l'audience est un élément fondamental du procès équitable.

Le contradictoire exige que le prévenu soit informé de la date fixée pour l'audience. S'il ne s'y rend pas de son gré, c'est-à-dire qu'il y a renoncé, c'est son affaire et une condamnation par contumace ne peut pas être mise à la charge de l'Etat. D'autre part, c'est la jurisprudence constante de la Cour qu'une renonciation à un droit garanti par la Convention doit être établie de manière non équivoque. D'autre part, lorsque l'absence du prévenu a été involontaire, soit qu'il n'a pas été atteint par la notification, soit qu'il était empêché par des raisons de force majeure, il doit disposer de la possibilité de provoquer une réfonte du procès que soit par la voix d'une *restitutio in integrum* ou par celle d'une demande en révision (Colozza/I 12.2.85 A/89, § 27ss; F.C.B./I 28.8.91 A/208-B, § 33ss), tandis que la seule présence du défenseur — de confiance ou commis d'office — ne suffit pas.

Bien sur, on peut penser que dans nombre d'affaires de cette sorte, l'inculpé habile s'était soustrait délibérément à la justice, que son absence était donc volontaire, sans que les organes de la Convention soient arrivés à constater cette circonstance et, en cas de doute, ils ont donné plus de poids au principe du contradictoire et ont constaté une violation.

4. Le contradictoire en procédure civile

A la différence des affaires criminelles, en matière civile, ce sont des intérêts privés qui sont en cause et où la conduite du procès dépend dans une large mesure des parties elles-mêmes, les garanties de l'art. 6 jouent un rôle atténué, et l'Etat jouit d'une plus grande marge dans l'organisation et la conduite des procédures en question. Néanmoins, les garanties fondamentales de l'art. 6, al. 1., en particulier en ce qui concerne le principe du procès équitable, restent pleinement applicables (Zakine, L'exigence du contradictoire [dans: Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH, Actes du colloque à la Cour de cassation, Paris, 22 mars 1996], p. 69).

Pour ce qui est du principe du contradictoire, chacune des deux parties doit avoir l'occasion de participer à l'audience, même si ce sont en premier lieu les déclarations et les dépositions des avocats qui comptent. Néanmoins, il peut y avoir aussi dans le civil des situations où la présence personnelle d'une partie est importante, comme par ex. dans les affaires du droit de la famille et de la personne. Cela peut rendre nécessaire un traitement libéral d'une demande de *restitutio in integrum*, lorsque la partie était dans l'impossibilité de participer à l'audience, ou l'octroi d'un permis d'entrée, lorsque cette partie réside à l'étranger.

Pourtant, en ce qui concerne les affaires civiles qui ont été portées devant les organes de la Convention, des différents aspects d'un procès équitable, c'étaient moins des problèmes du contradictoire que d'égalité des armes qui ont été en cause. Cependant, il y a eu récemment une affaire civile, où la Cour a constaté un manquement aux exigences du contradictoire dans le fait qu'une partie n'a pas été présente à une expertise. En effet, la Cour a considéré comme insuffisante la possibilité pour cette partie de combattre à l'audience le rapport écrit de l'expert (Mantovanelli/F 18.3.96, Rec. 1997, p. 424).

D'ailleurs, une situation analogue à celle lui avait été décrite auparavant (III/3/f) à l'égard du pénal peut se présenter également au civil, lorsque le juge du fond, en remettant son dossier à la juridiction supérieure, y ajoute ses commentaires au sujet du recours présenté par une partie, sans que cette dernière puisse prendre connaissance de celles-ci (Nideröst-Huber/CH 18.2.97, Rec. 1997, p. 101).

Dans ce contexte, je voudrais mentionner également les affaires Lobo-Machado/P et Vermeulen/B, 20.2.96, Rec. 1996, resp. p. 195 et p. 124, où le grief avait consisté dans le fait de l'impossibilité de la partie privée de répondre aux conclusions écrites de l'avocat général de la présence du dernier à la délibération à huis clos devant la Cour de cassation. Pourtant, il me paraît

discutable de voir dans le représentant du ministère public qui, suivant certains systèmes juridiques peut (ou doit même) intervenir également dans les affaires civiles devant les juridictions supérieures, un adversaire de l'une des deux parties privées, sa fonction étant plutôt celle d'un *amicus curiae*, voisine à celle de l'avocat général devant la Cour de justice des Communautés ou du délégué de la Commission devant la Cour des droits de l'homme.

IV. CONCLUSIONS

Je résume: le contradictoire est un aspect essentiel de la notion plus large du procès équitable; en partie, ces exigences se confondent avec celles de l'égalité des armes, c'est-à-dire que le contradictoire doit avoir lieu en parité avec l'adversaire, que ce soit au pénal ou au civil.

Dans ce qui précède, j'ai essayé de donner quelques exemples pour expliquer comment le principe du contradictoire est traité dans la jurisprudence de la Cour, une jurisprudence à laquelle Pinheiro Farinha a contribué d'une manière substantielle pendant ses quinze années de juge à la Cour de Strasbourg.

FRANZ MATSCHER — *Nasceu em 1928, em Merano, Tirol do Sul (Itália). Doutor em Direito pelas Universidades de Graz (Áustria) e Paris. De 1953 a 1970, serviço diplomático austríaco. De 1970 a 1996, professor de processo civil, de direito comparado e direito internacional, na Universidade de Salzburgo, decano da Faculdade de Direito e Reitor da Universidade. Desde 1977, Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Director do Instituto Austríaco dos Direitos do Homem, Salzburgo. Membro da Academia das Ciências da Áustria, do Instituto do Direito Internacional e do Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia. Árbitro junto da Câmara Federal do Comércio de Viena e junto da Câmara de Comércio Internacional de Paris. Autor de várias obras em matéria de processo civil, direito comparado, direito internacional público e privado, direitos do homem e direito das minorias.*

LOUIS-EDMOND PETTITI

*Président de l'Institut des Droits de l'Homme du Barreau de Paris
Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme*

DROIT AU SILENCE

Très sensible à l'honneur de présenter cet exposé devant votre haute juridiction qui montre l'exemple dans sa perception des droits fondamentaux, je présenterai une analyse de l'évolution de la jurisprudence de la Commission et de la Cour Européenne dans le domaine du droit au silence et du droit de ne pas s'auto-incriminer.

Cette jurisprudence n'est pas univoque ainsi qu'en témoignent les opinions séparées des juges, car le thème est complexe et il interfère avec d'autres principes et normes.

Le droit au silence est issu du mythe de la parole, de la conquête organique et spirituelle de celle-ci par l'*homo sapiens sapiens*. Pouvoir conférer à l'être de nommer les vivants, pouvoir de méditer sans parler.

La parole est au coeur de la personnalité, sa contre-face est le silence, le droit à garder celui-ci. Par rapport à la liberté d'expression, cela signifie le droit d'être maître de sa communication avec autrui.

Par rapport à la justice, le droit au silence est le corollaire du libre aveu, conçu comme comportement moral et religieux impliquant liberté de repentir et faculté de pardon.

Il ne faut donc pas circonscrire ce problème à la seule dimension du droit pénal et à l'exercice des droits de la défense, moyens indirects de faire échec au droit au silence ... L'approche est différente dans un système de type *Common law*, axé sur la cross examination et la production des évidences, et un système continental axé sur l'intime conviction du juge. C'est une philosophie du droit de la preuve qui est également en question. L'aspect du droit à ne pas s'auto-incriminer est une variante du droit au silence (cf. arrêt *Cremieux c. France CEDH*). En tout cas, le refus de répondre ou de s'auto-accuser ne peut être retenu comme soupçon plausible.

En tout cas, on observe dans ce domaine combien la protection des droits de l'homme est liée à l'éthique et à la morale, dans le prolongement des idéaux de Platon, Rant et Hering.

Le droit au silence n'est pas formellement inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme. Il est, en revanche, de manière explicite, dans l'article 14, littéra g du Pacte international relative aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966, qui énonce: "*Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes:*

(...)

g) à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable."

On sait que les organes de la Convention européenne ont développé, par une interprétation extensive de l'article 6 de la Convention, et plus particulièrement à partir de la notion du droit à un "procès équitable", des garanties non expressément prévues qui s'inspirent de l'article 14 du Pacte de New York. C'est le cas précisément du droit de toute personne de ne pas être forcée de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable.

On peut lire dans l'arrêt *Funke c. la France* du 25 février 1993:

"La Cour constate que les douanes provoquèrent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude.

Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises. Les particularités du droit douanier (paragraphe 30-31 ci-dessus) ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout 'accusé' au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination.

L'arrêt *Murray c. le Royaume Uni* rendu le 8 février 1996, l'a confirmé de manière on ne peut plus formelle:

"Il ne fait aucun doute que, même si l'article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre

incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 (arrêt Funke précité, loc. cit.) En mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6 .”

L'affaire *Murray* portait principalement sur l'application de la législation spéciale de prévention du terrorisme en Irlande du Nord. L'intéressé, qui *avait refusé de décliner* son identité, avait demandé la possibilité de consulter un avocat une demi-heure après son arrestation. Cette demande avait été ajournée pour quarante-huit heures, le commissaire de police s'estimant fondé à croire que l'exercice du droit de consulter un avocat entraverait l'enquête sur les actes du terrorisme commis. L'intéressé a été ensuite invité à expliquer sa présence dans la maison où il avait été arrêté. Il a été précisé qu'*en cas de silence* le juge pourrait tirer toutes conclusions légitimes. Malgré cet avertissement, l'intéressé garda le silence. Par la suite, il a été interrogé un certain nombre de fois, mais il n'a fourni aucune réponse. Il devait conserver cette attitude de mutisme, même après qu'il se fut entretenu avec un avocat.

Renvoyé devant le juge de jugement, l'intéressé devait être reconnu coupable de complicité dans la séquestration d'un membre de l'I.R.A., également indicateur. Il fut condamné à huit ans d'emprisonnement, décision qui devait être confirmée pour la cour d'appel.

Devant la Commission de Strasbourg, M. Murray invoquait une violation des articles 6, 1.º et 6, 2.º de la Convention car il avait été privé du droit de garder le silence. Il se prévalait aussi d'une violation de l'article 6, 3.º en ce qu'il n'avait pas pu consulter un avocat au cours de sa détention. Le premier grief n'était pas retenu par la Commission, à la différence du deuxième, du fait des expositions combinées des articles 6, 1.º et 6, 3.º de la Convention.

Devant la Cour des droits de l'homme, l'intéressé reprenait son argumentation, à savoir que la législation de 1988 était contraire aux articles 6, 1.º et 6, 2.º La Cour devait examiner très attentivement cette question, au regard du droit de la preuve dans une procédure. Elle indique que, même sans mention expresse dans la Convention, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues et des normes qui se trouvent au coeur de la notion de “procès équitable”. Elle ajoute qu'en mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités tendent à éviter des erreurs judiciaires.

Toutefois, elle n'estime pas devoir rechercher dans l'abstrait l'étendue de l'immunité, ni davantage la notion de "coercition abusive." Dans le cas d'espèce, elle doit rechercher si l'interdiction revêt un caractère absolu. A cet égard, elle indique qu'on ne peut pas condamner une personne sur son seul silence ou sur le refus de déposer. Mais on peut tenir compte du silence pour des situations qui appellent une explication. En d'autres termes, garder le silence du début à la fin de la procédure peut emporter des conséquences. Mais comme l'intéressé avait pu garder le silence sans être punissable, le silence n'avait pas été considéré comme un indice de culpabilité, de sorte que le cas était différent de l'affaire *Funke* où ce dernier avait été contraint puisqu'il avait été condamné.

Finalement la Cour estime qu'elle n'a pas à spéculer sur ce qu'il se serait passé si le requérant avait effectué des déclarations à la police; il avait été avisé et avait compris le sens de l'avertissement, de sorte qu'il n'était ni inique ni déraisonnable de tirer des conclusions de son attitude. En conséquence, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas eu violation des articles 6, 1.º et 6, 2.º de la Convention.

En revanche, en ce qui concerne l'accès à un avocat, la Cour devait admettre une violation de l'article 6, 1.º combiné avec l'article 6, 3.º, c. Elle rappelle les thèses en présence, à savoir le refus de tout conseil pendant 48 heures, ce qui aurait nui à la défense des intérêts, et l'absence de démonstration d'un préjudice effectif et de toute contestation. Elle rappelle aussi que l'article 6 s'applique au stade de l'instruction préliminaire menée par la police. Puis elle précise que lorsqu'une législation nationale attache à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police, des conséquences déterminantes pour les perspectives de police, des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense, l'article 6 exige normalement que ce prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès ce stade.

Suivant le Professeur Bouloc dans ce contexte,

"Ce droit, bien que non énoncé par la Convention, peut être soumis à des restrictions pour des raisons valables qu'il faut examiner dans chaque cas. En l'espèce, on pouvait craindre une entrave à la recherche ou à la prévention d'actes de terrorisme. Mais du fait du système prévu par l'ordonnance, il était primordial qu'un prévenu ait accès à un homme de loi pendant la phase initiale des interrogatoires de police, car garder le silence pouvait emporter des conclusions défavorables, et le rompre pouvait compromettre la défense sans lever le risque que des conclusions soient tirées en la défaveur du prévenu. C'est donc la notion d'équité qui commandait l'assistance d'un conseil.

Aussi bien, la Cour a jugé qu'il y avait eu violation des articles 6, 1.º et 6, 3.º, c, et de la Convention. On peut, dès lors estimer que le silence, quand il doit produire des effets, doit être soumis à une Procédure spécifique destinée à garantir les droits de la défense."

Quant à l'affaire *Saunders*, examinée par la Commission, elle avait trait à la recherche d'un délit de corruption à l'occasion d'une offre d'achat de titres d'une société. Selon la législation de la Grande-Bretagne, des témoins avaient été interrogés par des inspecteurs de l'administration. Au vu des premiers éléments, on laissa se poursuivre les investigations. Le dirigeant de Guinness fut entendu par les inspecteurs à différentes reprises, puis arrêté quelques mois plus tard. Il lui a été reproché par la suite de très nombreuses infractions. Devant les juridictions nationales, l'intéressé avait fait valoir qu'il n'avait pas été mis en garde contre un risque d'auto-incrimination. Mais cet argument a été écarté car les dépositions avaient été faites sans aucune contrainte. En 1990, l'intéressé devait être déclaré coupable de douze infractions et condamné à cinq ans d'emprisonnement. On relèvera que la juridiction avait comparé les déclarations faites aux inspecteurs avec celles présentées au tribunal.

Si l'on fait abstraction des questions portant sur un éventuel appel, la Commission s'est surtout intéressée à la mission des inspecteurs de l'administration, et a attentivement examiné le point de savoir si des déclarations compromettantes avaient été obtenues dans l'exercice du pouvoir de contrainte. Sans doute, appartient-il au juge national de statuer sur la question des preuves, mais le rôle de la Commission est rechercher si la manière d'obtenir et d'utiliser les preuves est équitable. A cet égard, la Commission rappelle la position adoptée dans l'affaire *Funke*, et que le droit au silence, non défini dans l'article 6, n'est pas absolu. En revanche, ce qui est prohibé c'est l'emploi d'une pression ou d'une contrainte, contre lesquelles le droit de ne pas s'auto-incriminer constitue un contrepoids.

Or, en l'espèce, la Commission relève que l'intéressé, en refusant de répondre, pouvait être sanctionné par le tribunal d'une peine de deux années d'emprisonnement ou d'amende. De plus, même si certains interrogatoires avaient été écartés, d'autres étaient demeurés dans la procédure, le gouvernement reconnaissant que certains témoignages avaient joué un rôle déterminant. Dans ces conditions, l'utilisation de pièces à conviction obtenues par la contrainte a été abusive et a porté atteinte la capacité de se défendre contre les accusations pénales portées contre l'intéressé. En conséquence, pour la Commission, il y avait eu méconnaissance de l'article 6, 1.º, de la Convention.

En définitive, il faut bien voir que le droit au silence n'est pas un droit absolu. Dans certaines circonstances, il peut être déduit du silence, des conséquences défavorables, surtout s'il est observé du début à la fin de la procédure, alors que certaines situations appelaient des explications. Toutefois, le droit de ne pas s'auto-incriminer est beaucoup plus important. Il consiste dans l'élimination de toute forme de contrainte pouvant amener une personne à faire des déclarations. Ces précisions faites, il importe de voir dans quelle mesure ces principes peuvent avoir une incidence en droit interne. (M. Bouloc)

La Cour relève d'abord que la plainte du requérant porte essentiellement sur l'usage, dans la procédure pénale dirigée contre lui, des déclarations recueillies par les inspecteurs du DTI. Une enquête administrative peut certes impliquer une décision sur une "accusation en matière pénale", compte tenu de la jurisprudence de la Cour sur le caractère autonome que revêt cette notion; les comparants n'ont toutefois pas indiqué dans leurs plaidoiries devant la Cour que l'article 6 § 1 s'appliquerait à la procédure menée par les inspecteurs ou que celle-ci impliquerait elle-même une décision sur une accusation en matière pénale au sens de cette disposition (voir, entre autres, l'arrêt Deweer c. Belgique du 27 février 1980, série A n° 35, pp. 21-24, §§ 42-47). La Cour rappelle à cet égard son arrêt Fayed c. Rouvume-Uni; elle y a estimé que l'article 432 § 2 de la loi de 1985 sur les sociétés confiait aux inspecteurs une mission essentiellement d'investigation et qu'ils ne rendaient aucune décision juridictionnelle ni dans la forme ni quant au fond. Leur enquête avait pour finalité l'établissement et la consignation de faits qui pourraient par la suite servir de base à l'action d'autres autorités compétentes — de poursuite, réglementaires, disciplinaires, voire législatives (arrêt du 21 septembre 1994, série A no. 294-B, p. 47, § 61). Comme le dit encore cet arrêt, exiger que semblable enquête préparatoire soit assujettie aux garanties d'une procédure judiciaire énoncées à l'article 6 § 1 gênerait indûment, en pratique, la réglementation efficace, dans l'intérêt public, d'activités financières et commerciales complexes (ibidem, p. 48, § 62).

La Cour se préoccupera donc seulement, en l'espèce, de l'usage qui a été fait dans la procédure pénale des déclarations pertinentes du requérant.

La Cour rappelle que, même si l'article 6 de la Convention ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et — l'une de ses composantes — le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par ledit article. Leur raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6 (arrêts John

Murray précité, p. 49, § 45, et Funke précité, p. 22, § 44). En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6 § 2 de la Convention.

Toutefois, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN.

En l'espèce, la Cour doit seulement rechercher si l'emploi que l'accusation a fait des déclarations obtenues du requérant par les inspecteurs a porté une atteinte injustifiable à ce droit. Elle doit examiner cette question à la lumière de toutes les circonstances de la cause. Elle déterminera en particulier si des pressions ont été exercées sur l'intéressé pour qu'il déposât et si l'utilisation dans son procès de ces éléments s'est heurtée aux principes fondamentaux d'un procès équitable inhérents à l'article 6 § 1, dont le droit en question est une composante.

Le Gouvernement ne conteste pas que la loi faisait obligation au requérant de déposer devant les inspecteurs. L'intéressé fut tenu, en vertu des articles 434 et 436 de la loi de 1985 sur les sociétés (voir aussi les paragraphes 48-49 ci-dessus), de répondre aux questions que les inspecteurs lui posèrent au cours de neuf longs entretiens, dont sept furent recevables comme preuves à son procès. S'il avait refusé de répondre aux questions, le requérant aurait pu être convaincu de *contempt of court* et condamné à un emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans (paragraphe 50 ci-dessus); il ne pouvait arguer pour sa défense que ces questions revêtaient un caractère incriminatoire (paragraphe 28 ci-dessus).

Le Gouvernement a toutefois souligné devant la Cour qu'aucun des propos tenus par le requérant au cours des entretiens n'était auto-incriminant et que M. Saunders avait uniquement fourni des réponses le disculpant ou qui, si elles se révélaient exactes, confirmeraient sa défense. Seules les déclarations auto-incriminatoires pourraient relever du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

La Cour ne souscrit pas à la thèse du Gouvernement sur ce point puisque, en fait, certaines réponses de l'intéressé revêtaient un caractère incriminatoire en ce sens qu'il y avouait avoir eu connaissance de données qui tendaient à l'accuser (paragraphe 31 ci-dessus). En tout état de cause, compte tenu de la notion d'équité consacrée par l'article 6, le droit pour l'accusé de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne saurait raisonnablement se limiter aux aveux de méfaits ou aux remarques le mettant directement en cause. Un témoignage obtenu sous la contrainte, qui semble de prime abord dépourvu de caractère incriminatoire — telles des remarques disculpant leur auteur ou de simples informations sur des questions de fait — peut par la suite être utilisé dans une procédure pénale à l'appui de la thèse de l'accusation, par exemple pour contredire ou jeter le doute sur d'autres déclarations de l'accusé ou ses dépositions au cours du procès, ou encore saper sa crédibilité. Dans le cas où celle-ci est soumise à l'appréciation d'un jury, le recours à semblables témoignages peut particulièrement nuire à leur auteur. Partant, c'est l'utilisation qui sera faite, au cours du procès pénal, des dépositions recueillies sous la contrainte qui importe dans ce contexte.

A ce propos, la Cour relève que pendant trois jours, l'avocat de l'accusation a donné lecture au jury d'une partie du procès-verbal des réponses du requérant, en dépit des objections de celui-ci. Que l'accusation ait fait un aussi large usage des entretiens donne fort à penser qu'elle croyait que cette lecture conforterait sa thèse en ce qu'elle établirait la malhonnêteté de M. Saunders. Cette interprétation de l'impact ainsi recherché se trouve confirmée par les remarques du juge à l'audience en *voir dire* portant sur les huitième et neuvième interrogatoires, remarques d'après lesquelles chacune des déclarations de l'intéressé pouvait constituer un aveu aux fins de l'article 82 § I de la loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale (paragraphe 53 ci-dessus). De même, la Cour d'appel estima que les entretiens constituaient "une partie importante", du dossier de l'accusation (paragraphe 40 ci-dessus). D'ailleurs, il est clair que, par moments, l'accusation a utilisé les déclarations de manière incriminatoire afin d'établir que le requérant avait connaissance de versements effectués aux personnes qui avaient participé à l'opération de soutien des actions et de mettre ainsi son honnêteté en cause (paragraphe 31 ci-dessus). L'avocat du coaccusé de M. Saunders s'en est lui aussi servi pour jeter le doute sur la version des événements donnée par ce dernier (paragraphe 32 ci-dessus).

En bref, les éléments du dossier étaient la thèse que les procès verbaux des réponses du requérant, qu'elles le mettent ou non directement en cause, furent utilisés au cours de la procédure d'une manière qui tendait à l'incriminer.

M. Saunders comme la Commission affirment que les aveux contenus dans les interrogatoires ont dû exercer sur l'intéressé une pression supplémentaire pour qu'il témoignât au cours du procès plutôt que d'exercer son droit de garder le silence. Le Gouvernement estime en revanche que M. Saunders a choisi de déposer en raison de l'effet néfaste des dispositions du principal témoin à charge, M. Roux.

Sans pouvoir exclure que cette décision s'explique notamment par l'ample usage fait des dépositions par l'accusation, la Cour n'estime pas devoir spéculer sur les raisons qui ont poussé le requérant à témoigner à son procès.

La Cour ne juge pas nécessaire non plus, eu égard à l'appréciation qui précède de l'usage des dépositions lors du procès, de dire si le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est absolu ou s'il peut, dans certains cas, s'avérer justifié de l'enfreindre.

Elle ne souscrit pas à la thèse du Gouvernement d'après laquelle la complexité des fraudes dans le domaine des sociétés ainsi que l'intérêt public essentiel à la poursuite de ces fraudes et à la sanction des responsables peuvent justifier que l'on s'écarte à ce point de l'un des principes fondamentaux d'une procédure équitable. Avec la Commission, elle estime que les exigences générales d'équité consacrées à l'article 6, y compris le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, s'appliquent aux procédures pénales concernant tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe. L'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation de réponses obtenues de force dans une enquête non judiciaire pour incriminer l'accusé au cours de l'instance pénale. Il faut noter à cet égard qu'en application de la législation pertinente, les déclarations obtenues par le bureau de la répression des fraudes dans l'exercice de ses pouvoirs coercitifs ne peuvent en principe être produites comme preuves au procès ultérieur de l'intéressé. D'ailleurs, ce n'est pas parce que le requérant a formulé des déclarations avant d'être inculpé que leur usage ultérieur dans la procédure pénale ne constitue pas une atteinte à ce droit.

Il découle de l'analyse qui précède et du fait que l'article 434 § 5 de la loi de 1985 sur les sociétés autorise, comme le juge et la Cour d'appel le relevèrent, à utiliser ultérieurement, dans une procédure pénale, des déclarations obtenues par les inspecteurs, que les diverses garanties procédurales mentionnées par le gouvernement défendeur (paragraphe 63 ci-dessus) ne peuvent constituer un moyen de défense en l'espèce car elles n'ont pas joué de manière à empêcher l'emploi des déclarations lors de la procédure pénale ultérieure.

Partant, il y a eu en l'occurrence une atteinte au droit de ne pas s'incriminer soi-même.

Mr. le juge Morenilla a écrit:

“Après quelques hésitations, j’ai décidé de me rallier à l’avis de la majorité concernant le jugement des circonstances de l’espèce et le constat de violation du droit du requérant à un procès équitable (article 6 § 1 de la Convention). A mon avis, l’usage comme preuve, dans la procédure pénale dirigée par la police contre M. Saunders, des procès-verbaux de plusieurs entretiens impliquant le requérant, viole le droit absolu de ne pas contribuer, sous la contrainte, à sa propre incrimination, corollaire de la présomption d’innocence consacrée par le paragraphe 2 du même article 6. Ces entretiens faisaient partie d’une enquête, ordonnée par le ministre du Commerce et de l’Industrie, pour vérifier les allégations concernant les agissements répréhensibles de M. Saunders dans le cadre d’une opération illégale de soutien d’actions. Ils furent conduits par les inspecteurs du ministère du Commerce et de l’Industrie (“DTI”), conformément aux articles 434 et 436 de la loi de 1985 sur les sociétés, sous la menace de poursuites pour *contempt of court*.”

L’intérêt général à diriger honnêtement des entreprises et à poursuivre efficacement les personnes impliquées dans des affaires complexes de fraude ne doit pas cependant contredire les garanties procédurales qui défendent le droit du requérant à un procès équitable.

Depuis son arrêt *Delcourt* du 17 janvier 1970 (série A no. 11, p. 15, § 25), la Cour ne cesse de souligner la place éminente du droit à une bonne administration de la justice dans toute société démocratique.

L’administration possède ses propres procédures et moyens juridiques de mener à bien ses enquêtes, mais lorsqu’il s’agit de réprimer pénalement le manquement d’un citoyen à ses obligations de coopération, les garanties procédurales de la personne accusée d’une infraction pénale au sens de l’article 6 doivent être respectées et, en cas de désaccord, doivent l’emporter. Ces garanties dépassent l’intérêt personnel du requérant, puisqu’elles constituent les bases fondamentales de toute société démocratique.

En l’espèce, le droit interne examiné *oblige les dirigeants et employés d’une société à coopérer* avec les inspecteurs afin de clarifier la situation financière de l’entreprise. L’administration a, elle aussi, le pouvoir d’imposer des sanctions dans la limite de ses compétences, et de signaler au tribunal le refus d’un dirigeant ou d’un employé de la société de répondre à une question posée par les inspecteurs. Le tribunal peut alors infliger une amende ou une

peine d'emprisonnement de deux ans au plus à l'auteur de l'infraction (voir l'article 434 de la loi sur les sociétés et le paragraphe 50 de l'arrêt).

La Cour s'est récemment exprimée de façon explicite à ce sujet dans son arrêt *Fayed* du 21 septembre 1994 (série A no. 294, pp. 47-48, §§ 60-61). Elle a déclaré que "les inspecteurs avaient, en pratique comme en théorie, essentiellement une mission d'investigation (...). Les inspecteurs ne statuèrent point, ni dans la forme ni quant au fond (...). Ils ne statuèrent pas sur la responsabilité pénale ou civile concernant les frères Fayed (...). Leur enquête avait pour finalité l'établissement et la consignation de faits qui pourraient par la suite servir de base à l'action d'autres autorités compétentes — de poursuite, réglementaires, disciplinaires, voire législatives. La Cour conclut enfin que l'enquête des inspecteurs n'était pas de nature à faire jouer l'article 6 § 1".

La Cour a par conséquent établi, à mon avis, une nette distinction entre le but et la portée de l'enquête administrative conduite par les inspecteurs et la procédure en cas de responsabilité pénale des dirigeants et employés d'une société. Ce principe ne doit pas être interprété de façon à permettre l'usage comme preuve, au cours d'une procédure pénale où l'accusé est interrogé, des données obtenues sous la contrainte par les inspecteurs, grâce aux pouvoirs que leur confère la loi sur les sociétés.

L'utilisation des déclarations faites par M. Saunders sous la contrainte de la loi et contre sa volonté viole le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Or, ce droit est inclus, tout comme le droit de se taire, dans le principe de la présomption d'innocence consacré par le paragraphe 2 de l'article 6. Comme l'a indiqué la Cour dans son arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo* du 6 décembre 1988 (série A, no. 146, p. 33, § 77), "la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé". Les preuves produites doivent toutefois être obtenues de façon licite, c'est-à-dire qu'elles doivent, *en principe*, être fournies librement par l'accusé lors du procès, sous le contrôle du juge.

Il existe certainement des cas exceptionnels où des preuves, obtenues avant le procès contre le gré du suspect, peuvent légalement servir à incriminer l'intéressé. L'objectif est en général d'éviter que les preuves ne disparaissent. Ces cas sont prévus par la loi et visent à protéger les intérêts les plus importants de la population, à savoir la vie, l'ordre public, l'environnement, la santé publique ou le contrôle du trafic. Toutefois, dans ces cas précis, le suspect n'est pas contraint

de contribuer activement à sa propre incrimination, mais doit subir les mesures d'investigation qui l'y mènent.

En l'espèce cependant, l'usage par le ministère public des déclarations litigieuses obtenues sous la contrainte n'est pas justifié. D'autre part, la loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale, et en particulier les articles 76, 78 et 82 § 1 (voir §§ 51, 52 et 53 de l'arrêt), excluent l'usage de tout aveu obtenu par pression exercée sur son auteur.

Quant aux autres observations faites par le Gouvernement mis en cause, il n'appartient pas à la Cour de juger de l'efficacité ou de la pertinence des déclarations ou des réponses faites par M. Saunders au cours des entretiens présentés en détail devant le jury, mais simplement de retenir que ceux-ci visaient à incriminer l'intéressé. La Cour ne saurait statuer sur des bases hypothétiques, ni se substituer au juge national pour évaluer les preuves."

D'autres opinions séparées des juges nuancent la décision de la Cour. Les avis précités de la doctrine soulignent également les difficultés d'analyse, développées en 1997 au cours d'un séminaire des Instituts des Droits de l'Homme des Barreaux de Paris et de Bruxelles. (Communication de MM. Lambert, Pettiti, Legros, Bouloc, de Beco, *Droit et Justice*, Bruylant).

En Belgique, le Professeur P. Legros fait l'analyse suivante:

"Citant le professeur J. Leaute, à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation de France, l'avocat général observe que:

"[en dehors des nullités textuelles, prévues par la loi écrite, il en est d'autres, virtuelles, qui doivent être prononcées, même sans texte, parce qu'elles sont la sanction de formalités substantielles, qui constituent des garanties essentielles des droits de la défense.]"

Et le magistrat de conclure, logiquement, qu'il convient, dans notre système juridique, de sanctionner par la nullité la violation des principes essentiels du droit.

Le fraudeur a été trompé, dans l'exercice de ses droits de défense, dans la mesure où "*son droit au silence fait partie de ces droits*".

La Cour a estimé qu'il était surabondant de répondre aux autres moyens soulevés par l'inculpé qui se fondaient sur la violation de l'article 6, 1^o de la Convention européenne, parce qu'ils n'auraient pas entraîné une cassation plus étendue.

Certes, la seule violation d'un principe général de droit, par exemple les droits de la défense et, parmi ceux-ci, le droit au silence, suffit à entraîner l'irrégularité des poursuites.

Mais il n'est pas inutile de constater que ces principes généraux du droit ont inspiré la rédaction de certains textes qui ont des effets directs en droit interne, tels que:

- l'article 6, 1^o de la Convention européenne qui assure à l'inculpé un procès équitable;
- l'article 10 de la Convention européenne qui consacre la liberté d'expression.

La Commission européenne des droits de l'homme a eu l'occasion d'interpréter cette disposition dans le sens où elle implique le respect de liberté d'expression et censure l'ingérence (...) qui n'est pas nécessaire dans une société démocratique.

- l'article 14, 3, g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York 19 décembre 1966) qui garantit à toute personne accusée d'une infraction pénale de n'être pas forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable.

En réalité, la "philosophie" du procès pénal qui transparaît à travers ces dispositions écrites repose, à l'évidence, sur le principe de "présomption d'innocence" combiné avec les règles relatives au fardeau de la preuve.

Finalement, toute la question est celle de savoir dans quelle mesure la présomption d'innocence subsiste dans l'esprit du juge dès l'instant où l'inculpé se réfugie dans le droit au silence qui constitue un de ses droits de défense.

Comme le souligne le professeur De Page, "il n'est pas possible d'ériger en règle juridique l'adage 'qui ne dit mot consent'".

Contrairement aux règles de la preuve en matière civile, le prévenu n'a pas l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve en matière pénale.

Non seulement il a le droit au silence mais son mensonge n'est pas punissable, sauf s'il est constitutif d'une infraction. Et pour éviter une "pression" sur le prévenu au cours de son interrogatoire par le juge d'instruction, le législateur a expressément stipulé que "cette mesure (décerner un mandat d'arrêt) ne peut être prise dans le but d'exercer une répression immédiate ou toute autre forme de contrainte".

Je ne peux y avoir une doctrine "ne varietur". Chaque cas d'espèce à chaque stade d'une procédure situe différemment la notion du droit au silence.

Son fondement principal est d'ordre moral. Il est un élément du respect dû à la dignité de la personne.

Au plan juridique et judiciaire, il doit surtout être reconnu comme n'obligeant pas le justiciable à s'auto-incriminer et comme ne permettant pas la contrainte à l'aveu.

Dans cette double perspective et finalité, le droit au silence trouve sa place dans la philosophie et la thématique de la Convention Européenne.

LOUIS-EDMOND PETTITI — *Nascido em 14 de Janeiro de 1916. Advogado, Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem desde 1980. Antigo Bastonário da Ordem dos Advogados de Paris (1978-1979). Presidente do Comité Nacional Francês para a Década das Nações Unidas «Educação para os Direitos do Homem». Presidente do Movimento Internacional dos Juristas Católicos «Pax Romana».*

IRENEU CABRAL BARRETO

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

DIREITO AO EXAME DA CAUSA PUBLICAMENTE

1 — Num Estado de direito democrático, um processo justo e equitativo, é uma exigência elementar na administração da justiça.

A garantia de um processo equitativo tornou-se, assim, um pressuposto fundamental da preeminência do Direito numa sociedade democrática.

Os princípios e elementos dessa garantia constituem hoje património das sociedades democráticas, proclamados nos textos de direito internacional e nas leis fundamentais de vários países, traduzindo a preocupação de salvar e proteger direitos fundamentais, muitos deles ligados directamente à pessoa humana, na sua dignidade, liberdade e segurança.

Para a concretização da figura do processo equitativo são chamados diversos factores, desde logo o de um tribunal independente e imparcial que, com respeito pelos princípios do contraditório e da igualdade de armas, examine publicamente as causas que lhe forem submetidas.

O exame das causas publicamente é reclamado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem¹, pelo Pacto internacional sobre direitos civis e políticos (artigo 14.º), pela Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (artigo 8.º), pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) (artigo 6.º), e pela generalidade das leis fundamentais dos Estados membros do Conselho da Europa.

A Constituição da República Portuguesa estabelece no seu artigo 209.º:

“As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvar a dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento”.

¹ Artigo 10.º: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

Este preceito encontra-se explicitado nos Códigos de Processo Civil ², e de Processo Penal ³.

2 — Com esta publicidade pretende-se proteger o indivíduo de uma justiça secreta que escape ao controlo do público.

Já Alberto dos Reis afirmava que “a publicidade é até encarada como uma das garantias de correcção e legalidade dos actos judiciais. Visto as sessões serem públicas, qualquer pessoa tem o direito de assistir e portanto de fiscalizar o comportamento da lei” ⁴.

Recorde-se que os tribunais administram a justiça em nome do povo, o que implica que o povo conheça o modo como decorrem os actos processuais

² Artigo 656.º, n.º 1: “A audiência é pública, salvo quando o tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública, ou para garantir o seu normal funcionamento”.

³ Artigo 87.º:

“1 — Aos actos processuais declarados públicos pela lei, nomeadamente às audiências, pode assistir qualquer pessoa. Oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente pode, porém, o juiz decidir, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade.

2 — O despacho referido na segunda parte do número anterior deve fundar-se em factos ou circunstâncias concretas que façam presumir que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto e deve ser revogado logo que cessarem os motivos que lhe deram causa.

3 — Em caso de processo por crime sexual que tenha por ofendido um menor de dezasseis anos, os actos processuais decorrem em regra com exclusão da publicidade.

5 — A exclusão da publicidade não abrange, em caso algum, a leitura da sentença.

Artigo 88.º:

“1 — É permitido aos órgãos de comunicação social, dentro dos limites da lei, a narração circunstanciada do teor de actos processuais que se não encontrem cobertos por segredo de justiça ou a cujo decurso for permitida a assistência do público em geral.

2 — Não é, porém, autorizada, sob pena de desobediência simples:

b) A transmissão de imagens ou de tomadas de som relativas à prática de qualquer acto processual, nomeadamente da audiência, salvo se a autoridade judiciária referida na alínea anterior, por despacho, a autorizar;

Artigo 321.º:

“1 — A audiência de julgamento é pública, sob pena de nulidade insanável, salvo nos casos em que o presidente decidir a exclusão ou a restrição da publicidade”.

⁴ *Código de Processo Civil anotado*, vol. IV (reimpressão), Coimbra, 1981, pág. 575.

bem como as decisões dos tribunais, assumindo com a sua presença a garantia da comunicação entre o sentimento da comunidade e a decisão individual ⁵.

Os cidadãos devem não só poder constatar que a justiça é aplicada num caso concreto mas também o modo como é feita, reforçando o sentimento de co-responsabilidade, tanto dos cidadãos como dos órgãos estaduais, naquela administração ⁶.

O povo é o juiz dos juízes ⁷.

A publicidade contribui também para preservar a confiança nos tribunais, transmitindo transparência à administração da justiça, permitindo verificar como a lei é aplicada ao caso concreto e observar os diversos operadores judiciais a agir e interagir ao longo do processo, de forma a dissipar quaisquer desconfiças que se possam suscitar sobre a independência e a imparcialidade com que é exercida a justiça e são tomadas as decisões ⁸.

A publicidade traduz-se, assim, numa garantia para todos os intervenientes directos no processo e para a própria comunidade de uma correcta e ímpoluta administração da justiça, ao possibilitar que ela seja conhecida e discutida ⁹.

Publicidade pressupõe a possibilidade de acesso ao processo, ao conhecimento dos actos de processo que não sejam secretos por lei ou pela natureza das coisas, o que implica nomeadamente a livre assistência à prática desses actos ou a ser informado pessoalmente ou através de relatos públicos sobre os mesmos.

Ou seja, o direito a uma imediata percepção das actuações do tribunal e das pessoas a ele convocadas.

Contudo, esta prática não necessita de ser anunciada: basta que o público e a imprensa sejam admitidos a entrar na sala ou no local onde se prevê a sua realização ¹⁰.

A publicidade de que gostaria de vos falar, sobretudo à luz da jurisprudência dos órgãos de controlo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — a Comissão e o Tribunal —, reporta-se à das audiências de discussão e julgamento e à das decisões judiciais.

⁵ Gil Moreira dos Santos, *Noções de Processo Penal*, 2.ª edição, Porto, 1994, pág. 65.

⁶ Figueiredo Dias, *Direito Processual*, I, Coimbra, 1974, pág. 223.

⁷ Eduardo Conturbe, *Fundamentos de Derecho Civil*, citado por Ernesto Pedraz Penalva, "Notas sobre Publicidad y Proceso", *Poder judicial*, n.º XI, especial, pág. 123, recolhido em Artur Rodrigues da Costa, "Publicidade do julgamento e direito de comunicar", na *Revista do Ministério Público*, ano 15.º, Janeiro-Março 1994, n.º 57, págs. 53 e seguintes.

⁸ Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 223.

⁹ Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 223.

¹⁰ O que nada impede que a realização dos actos processuais seja anunciada por qualquer forma adequada. Em São Marinho, a leitura das sentenças é anunciada com o toque dos sinos.

3 — Antes de me ocupar da publicidade na audiência de discussão e julgamento, permitam-me uma referência breve a outros princípios que surgem por vezes confundidos com aquele.

Refiro-me nomeadamente ao princípio da imediação, traduzido numa “relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão”¹¹.

Possibilita-se, assim, ao responsável pelo julgamento captar uma série valiosa de elementos (através do que pode perguntar, observar e depreender do depoimento, da pessoa e das reacções do inquirido) sobre a realidade dos factos que a mera leitura do relato escrito do depoimento não pode facultar”¹².

Princípio intimamente relacionado com os da concentração da prova na audiência e da oralidade (provas orais e não escritas), que lhe são instrumentais, e onde entroncam os princípios da concentração e da continuidade das audiências bem como o da plenitude da assistência dos juízes¹³.

Todos eles visam objectivos diversos mas convergentes, como seja o de proporcionar a quem tem de decidir uma adequada aproximação às provas, potencializando uma maior segurança e precisão.

Dir-se-á que sempre que houver publicidade da audiência, respeitar-se-ão, em regra, todos aqueles princípios; mas os princípios da imediação, da oralidade, da concentração e da plenitude da assistência dos juízes podem conviver também numa audiência que decorra à porta fechada.

4 — A Convenção Europeia dos Direitos do Homem determina no seu artigo 6.º que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente”.

Com esta publicidade pretende-se contribuir para a realização de um objectivo essencial: toda a causa deve ser decidida através de um processo equitativo¹⁴.

¹¹ Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 232.

¹² Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra, 1985, pág. 657.

¹³ Só devem intervir na decisão os juízes que tenham assistido a todos os actos de instrução e discussão praticados na audiência.

¹⁴ Acórdãos *Pretto e outros*, A 71, pág. 11, § 21, *Sutter*, A 74, pág. 12, § 26, *Campbell e Fell*, A 80, pág. 43, §§ 90-91, *Diennet*, A 325-A, § 33.

4.1 — A exigência de uma audiência pública coloca-se sempre que um tribunal tenha que decidir de direitos e obrigações de carácter civil ou de uma acusação em matéria penal.

Impõe-se, como regra, nos processos cíveis e nos processos crime.

Mas também nos processos disciplinares que apliquem sanções que venham a afectar direitos ou obrigações de carácter civil ou que pretendam aplicar sanções que pela sua natureza, severidade ou gravidade devam ser consideradas de natureza penal.

Definir liminarmente um direito ou uma obrigação de carácter civil para aquele efeito apresenta alguma dificuldade, pois os órgãos de Estrasburgo recusam uma afirmação genérica, preferindo uma aproximação caso a caso ¹⁵.

É notória, no entanto, uma tendência interpretativa no sentido de que tudo o que tenha implicações de natureza patrimonial assume aquelas características.

Quanto à sanção de natureza penal, Estrasburgo há muito que definiu três critérios alternativos e não cumulativos para sanções que se dirijam a todos com fim preventivo ou repressivo:

- a) a qualificação dada pelo direito interno do Estado em causa;
- b) a própria natureza da infracção;
- c) o grau de severidade ou gravidade da pena.

Com a audiência pública, pretende-se que todos os elementos de prova sejam ali produzidos na presença do acusado, tendo em vista um debate contraditório.

Deste modo, a decisão judicial poderá ser compreendida e avaliada pelo público, como se habilita o acusado a exercer eficazmente o seu direito ao controlo das provas.

Mas, levada ao extremo esta exigência, ela acabaria por impedir a valoração de provas que são impossíveis de reproduzir numa sala de audiências ou que não são repetíveis, como, por exemplo, exames para detectar dados que evoluem ou desaparecem com o tempo, como impediria que se considerassem depoimentos prestados anteriormente, numa fase prévia do processo ou de depoimentos que, por razões válidas, não devam ou não possam ser feitos na audiência.

¹⁵ Cfr. Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, 1995, págs. 87 e seguintes.

Por isso, o princípio de que o depoimento de uma “testemunha”¹⁶ deve ser feito sempre perante o tribunal e em público para poder servir de prova comporta algumas excepções.

4.2 — Diga-se antes de tudo que a recolha das provas releva das regras de direito interno, competindo às jurisdições internas apreciar os elementos de prova recolhidos.

A tarefa dos órgãos da Convenção consiste em examinar se o processo, no seu conjunto, incluindo o modo de apresentação das provas, reveste um carácter equitativo e, no que importa, se a garantia da audiência pública foi respeitada.

Como ideia base a reter, entende-se que a utilização de provas recolhidas na fase da instrução ou fora da audiência não colide em si com as garantias previstas no artigo 6.º da Convenção, desde que seja concedida ao acusado uma oportunidade adequada e suficiente para contestar o testemunho ou interrogar o seu autor, no momento da sua deposição ou mais tarde.

Efectivamente, a produção de prova, nomeadamente a testemunhal, deve revestir um carácter contraditório, concedendo-se à defesa a oportunidade de contestar todo o elemento de prova produzido perante o tribunal, de modo a poder combater eficazmente as acusações que lhe são feitas.

Mas podem existir razões várias para que uma testemunha seja ouvida fora da presença da pessoa contra a qual presta o seu depoimento.

E, se o artigo 6.º não consagra expressamente que os interesses das testemunhas, em geral, e os das vítimas chamadas a declarações, em particular, sejam tomados em consideração, o facto é que outras normas da Convenção se preocupam nomeadamente com a vida, a liberdade e a segurança das pessoas.

O que obriga os Estados contratantes a organizar o seu processo de maneira a que estes interesses não sejam indevidamente postos em perigo, ponderando os interesses da defesa em conjugação com os das testemunhas ou das vítimas chamadas ao processo¹⁷.

A compatibilização daqueles interesses poderá contentar-se com a possibilidade de o defensor interrogar a testemunha.

E este interrogatório da testemunha pelo defensor poderá efectivar-se através de meios técnicos adequados, ainda que fora da sua presença física,

¹⁶ Utiliza-se o termo testemunha para designar todos os que para além do “acusado”, são chamados a informar o tribunal dos seus conhecimentos de matéria que interessa para a decisão, ou seja, para além das testemunhas, os declarantes e os peritos.

¹⁷ Acórdão *Doorson*, de 6 Março de 1996, a publicar no *Recueil* de 1996, § 70.

de modo a permitir a guarda do anonimato¹⁸ ou uma melhor, por que menos constrangente, declaração¹⁹.

A falta de comparência das pessoas pode derivar de razões admissíveis e o seu testemunho, recolhido por carta precatória, poderá ser lido e aceite desde que o acusado não conteste a sua veracidade ou então se ele for corroborado por outros dados na posse do tribunal²⁰.

Mas, se um acusado renunciou ele próprio a participar nos actos do processo, não poderá em seguida queixar-se de estar privado ou de ter sido privado de interrogar as testemunhas.

Neste contexto, a leitura dos actos de processo na audiência, assegurados os referidos direitos de defesa não se mostra incompatível com o artigo 6.º²¹.

4.3 — Quando o processo se desenvolve perante um único tribunal, o direito ao exame da causa publicamente pode implicar, em princípio, o direito a uma audiência pública²².

Esta hipótese foi estudada nomeadamente no caso H\Bélgica, relativo à reinscrição de um indivíduo como advogado.

A decisão de exclusão foi tomada pela Ordem e confirmada pelo Tribunal da Relação de Bruxelas, tendo o Tribunal de Cassação rejeitado o recurso pelo requerente.

Mais tarde, a pessoa em causa pediu à Ordem respectiva a sua reinscrição como advogado.

Este seu pedido foi objecto de um processo, organizado pela Ordem, entidade que decidiu, em primeira e única instância, negativamente.

Um segundo pedido não obteve melhor sorte, tendo a Ordem continuado a recusar a reinscrição.

Quer a Comissão quer o Tribunal entenderam que o pedido de reinscrição como advogado, que possibilitava o exercício de uma profissão, se reflectia

¹⁸ O que se coloca muitas vezes, no quadro do combate à grande criminalidade, em relação a agentes infiltrados ou mesmo com as autoridades policiais que investigam este tipo de crimes.

¹⁹ Nos crimes sexuais, a vítima terá normalmente dificuldades em prestar declarações na presença de pessoas estranhas.

O mesmo poderá acontecer nos casos de grande criminalidade onde uma actuação tendente a intimidar as testemunhas não será de afastar.

²⁰ Acórdãos *Saidi*, de 20 de Setembro de 1993, A 261-C, págs. 56-57, § 44, e *Arner*, de 28 de Agosto de 1992, A 242-A, pág. 10, § 22.

²¹ Acórdão *Arner*, A 242-A, pág. 10, § 22, e Queixa n.º 17 256/90, Decisão de 21 de Outubro de 1993, *DR* 75, pág. 76.

²² Acórdão *Fredin* (2), de 23 de Fevereiro de 1994, A 283-A, pág. 10, § 21.

num direito de carácter civil do requerente, mau grado os aspectos públicos que a organização da profissão reclama.

Ora a Ordem tinha tomado as suas decisões recusando a reinscrição sem que houvesse debate público, pelo que não se respeitou o disposto no n.º 1 do artigo 6.º²³

4.4 — Quando o processo se desenrola em várias instâncias, será necessário que, pelo menos, o último “tribunal” com plena jurisdição que conheça dos factos, proceda a uma audiência pública.

Admite-se, assim, que a causa seja examinada inicialmente por um órgão que não preveja no seu procedimento a necessidade de uma audiência prévia à decisão, desde que desta seja possível recorrer para um órgão com plena jurisdição que, ele sim, antes de decidir, proceda a uma audiência.

Esta situação será aliás frequente nos processos disciplinares, onde as decisões da entidade detentora do poder disciplinar serão proferidas, em regra, sem audiência pública.

Alguns países, como a França e a Bélgica, foram obrigados a alterar a sua legislação nesta matéria na sequência da jurisprudência de Estrasburgo.

Veja-se, por exemplo, o caso *Diennet*, que surgiu já na sequência de situações anteriores que tiveram resultado semelhante.

Médico francês, o Dr. Diennet foi sujeito a procedimento disciplinar por faltas às regras deontológicas da profissão.

O Conselho Regional da Ordem dos Médicos de l’Ile-de-France pronunciou a sua irradiação.

O médico recorreu desta decisão para a Secção Disciplinar do Conselho Nacional da Ordem, última instância que conhecia de facto e de direito, e que lhe substituiu aquela sanção pela interdição de exercer a medicina durante três anos.

Foi interposto um recurso de “cassação” para o Conselho de Estado limitado a questões de direito.

O médico queixou-se à Comissão da falta de publicidade dos debates quer no Conselho Regional quer na Secção disciplinar.

A Comissão e o Tribunal concluíram que o n.º 1 do artigo 6.º tinha sido violado.

²³ Acórdão de 30 de Novembro de 1987, A 127-B, pág. 36, § 54. Para uma situação semelhante relativa a médicos que foram sujeitos a procedimento disciplinar, ver o acórdão *Albert e Le Compte*, de 28 de Maio de 1982, A 58, págs. 18 e segs., §§ 33 e seguintes.

E isto fundamentalmente porque quando o Conselho de Estado decide em “cassação” sobre as decisões da Secção Disciplinar do Conselho Nacional da Ordem, ele não pode ser considerado como um órgão de plena jurisdição, nomeadamente porque não tem o poder de apreciar a proporcionalidade entre a falta e a sanção.

Assim, a audiência pública perante o Conselho de Estado não chega para suprir as lacunas constatadas anteriormente a este nível no processo disciplinar²⁴.

Em resumo: quando a mais alta jurisdição não conhece do fundo do processo, numerosos aspectos da “contestação” relativos aos direitos e obrigações de carácter civil escapam ao seu controlo²⁵, pelo que a audiência pública ali ocorrida não chega para apagar a referida omissão entretanto verificada nas instâncias.

4.5 — A audiência pública nas instâncias de recurso, quando já se observou esta regra na primeira instância, dependerá das questões a decidir.

Se as questões a decidir são apenas de direito, um processo escrito mostra-se compatível com as garantias do processo equitativo.

Nos seus acórdãos *Axen*²⁶ e *Sutter*²⁷, o Tribunal, seguindo o Relatório da Comissão, considerou que um processo escrito era compatível com as exigências de um exame em Cassação que se limitou a interpretar e a aplicar regras de direito num processo onde nas instâncias inferiores foram observadas todas as garantias previstas no n.º 1 do artigo 6.º

É que, se a publicidade constitui um dos meios de preservar a confiança nos tribunais, outras considerações como o direito a um julgamento em prazo razoável ou a necessidade de um tratamento rápido dos casos pendentes entram em linha de conta para determinar se os debates públicos correspondem a uma necessidade após a decisão em primeira instância.

Se os debates públicos aqui tiveram lugar, a sua falta no segundo ou terceiro grau de jurisdição pode justificar-se pelas características de que se reveste o processo.

Mesmo que as instâncias de recurso gozem de plena jurisdição, e conheçam portanto de facto e de direito, tudo dependerá da natureza e da valoração dos factos a que o tribunal se deve devotar.

²⁴ Acórdão *Diennet*, de 26 de Setembro de 1995, A 325, pág. 15, § 34.

²⁵ Acórdão *Le Compte, Van Leuven et de Meyere*, de 23 de Junho de 1981, A 43, pág. 26, § 60.

²⁶ De 8 de Dezembro de 1983, A 72.

²⁷ De 22 de Fevereiro de 1984, A 74.

Se o recurso suscita questões de facto ou de direito que podem ser resolvidas de maneira adequada com base no processo escrito, a audiência tornar-se-á supérflua.

Neste contexto, o Tribunal considerou dispensável a audiência numa instância de recurso de plena jurisdição no caso *Fejde* ²⁸, mas já não no caso *Ekbatani* ²⁹.

No caso *Ekbatani*, o requerente, acusado de ter ameaçado um funcionário, negou os factos em 1.ª instância, tendo ali sido condenado sobretudo com base nas declarações do queixoso.

Tratava-se, na instância de recurso, de formar uma opinião sobre a credibilidade das declarações de um e de outro, pelo que o Tribunal entendeu que a questão da culpa ou inocência do requerente não se podia resolver sem uma apreciação directa das declarações do arguido e do queixoso.

Já no caso *Fejde*, todas as questões suscitadas no recurso — de facto e de direito — ³⁰, podiam resolver-se de forma adequada com base no processo escrito.

4.6 — Problema distinto, embora conexo, é saber se, quando uma audiência é exigida nas instâncias de recurso, o acusado deve ou não comparecer; em princípio, essa comparência é necessária se o tribunal, na apreciação do recurso, tem de tomar em consideração factores que tocam com a personalidade do acusado, como o seu carácter, o seu estado de espírito na época da prática dos factos bem como a sua motivação ³¹; já se o recurso incide principalmente sobre questões de direito, a presença do acusado na audiência pode ser dispensada ³².

4.7 — Se a publicidade dos debates constitui um princípio fundamental, consagrado no n.º 1 do artigo 6.º, nem a letra nem o espírito deste texto impedem uma pessoa de a eles renunciar expressa ou tacitamente.

Por vezes, o princípio da publicidade poderá ceder face aos interesses da vida privada das partes ou da salvaguarda da justiça.

²⁸ Acórdão de 29 de Outubro de 1991, A 212-C, pág. 69, § 33.

²⁹ Acórdão de 26 de Maio de 1988, A 134, pág. 14, § 34.

³⁰ No processo por posse ilegal de arma, discutia-se se havia ou não licença da arma, se esta pertencia ou não ao arguido, e se a arma estava ou não equipada com a culatra, para além da severidade da pena.

³¹ Acórdão *Kremzow*, de 21 de Setembro de 1993, A 268-B, pág. 45, § 67.

³² Acórdão *Botten*, de 19 de Fevereiro de 1996, *Recueil des Arrêts et Décisions*, n.º 2, 1996-1, pág. 141, § 39, que se apoia em jurisprudência anterior. Cfr. acórdãos *Kremzow*, A 268-A, pág. 43, §§ 56-59, e *Bullet*, de 22-2-96, § 41.

Porque não são apenas os interesses do acusado que estão em causa na audiência pública, a sua renúncia, que deve ser inequívoca, só poderá ser atendida quando não colidir com nenhum interesse público importante³³.

Mas, por outro lado, poderá acontecer que as imposições legais para que a audiência decorra à porta fechada venham a colidir com os interesses das partes.

Competirá então ao interessado na publicidade dos debates solicitar ao tribunal que pondere os interesses em jogo e decida em conformidade³⁴.

5 — Este princípio da publicidade não é um princípio absoluto, pois para além das vantagens acima referidas, ele não deixa de nalguns casos acarretar inconvenientes.

Por isso, as excepções previstas na própria Constituição — salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o normal funcionamento dos Tribunais — artigo 209.º, no Código de Processo Civil — (que acolhe, *ipsis verbis*, no seu artigo 656.º, o inciso constitucional), no Código de Processo Penal — (grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal funcionamento do acto — artigo 87.º, n.º 2)³⁵, e no artigo 6.º da Convenção — a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses dos menores, a protecção da vida privada das partes no processo ou os interesses da justiça assim o exigirem.

Todas estas disposições se preocupam em ressaltar a dignidade das pessoas, ou seja, de todos os envolvidos no processo, a moral pública, pois haverá julgamentos onde a verdade que necessariamente terá de ser descrita para apreciação venha chocar com ordem moral prevalecte num determinado lugar ou época³⁶, a dignidade e a disciplina do acto³⁷ e a segurança do acto em si ou das pessoas que nele devam participar activa ou passivamente.

³³ Acórdão *Hakanson et Sturesson*, de 21 de Fevereiro de 1991, A 171-A, pág. 20, § 66.

³⁴ Queixa n.º 13 562/88, Decisão de 2 de Julho de 1990, DR 66, pág. 181.

³⁵ Aliás, só a Constituição e não a lei ordinária pode excluir a publicidade — Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª edição, Coimbra, 1993, pág. 803.

³⁶ Por vezes, o legislador presume que a audiência pública ofenderá sempre ou dignidade da pessoa ou a moral pública, e decreta que ela decorrerá com exclusão da publicidade.

Assim acontece no processo por crime sexual que tenha por ofendido um menor de dezasseis anos — n.º 2 do artigo 87.º do Código de Processo Penal.

De outro modo se deverá ler a possibilidade de o juiz excluir da assistência os menores de dezoito anos; parece aflorar aqui a ideia da co-responsabilidade do “povo”, povo que só ganha maioridade aos dezoito anos.

³⁷ Daqui os poderes de polícia que permitem excluir da sala de audiência os que mal se comportarem atentando contra a dignidade do acto.

Assim, e particularmente sobre os “interesses da justiça” a que alude o n.º 1 do artigo 6.º, a doutrina aponta os casos em que a publicidade da audiência ofenderia manifestamente os interesses de uma das duas partes e de um terceiro, ou quando se deduz que a exclusão da publicidade assegurará que as testemunhas farão depoimentos mais sinceros e completos ³⁸ ou contribuirá para a própria segurança dos intervenientes no processo.

Mas a regra básica, mesmo nestas circunstâncias, é a da publicidade, pelo que a sua exclusão se deve limitar ao estritamente necessário para não ofender aqueles interesses.

Ao decidir sobre esta questão, importa determinar se todos ou apenas alguns actos devem ser resguardados da publicidade — pensa-se nomeadamente nas declarações da vítima ou dos seus familiares, ou mesmo na audição de testemunhas que queiram preservar a sua identidade do grande público.

Caberá ao juiz da audiência sopesar o interesse da publicidade e todos os outros que se encontrem em oposição para eleger aquele que deve prevalecer.

E forçoso é reconhecer que as derrogações à publicidade, autorizadas pelo n.º 1 do artigo 6.º, estão redigidas em termos tão gerais que conferem de facto ao juiz um poder soberano, praticamente ilimitado para decidir sobre a realização do julgamento à porta fechada ³⁹.

Porém, ainda aqui as medidas a adoptar devem revelar-se adequadas, necessárias, proporcionais, visando salvaguardar aqueles valores ⁴⁰.

Afigura-se, assim, discriminatória uma audiência que se desenrolasse com a presença do público, mas sem a presença de jornalistas, ou apenas com jornalistas.

Não se aceita, assim, que a imprensa goze de um direito de preferência tal que lhe permita ocupar toda uma sala de audiências em detrimento do público.

Como afirmou o Tribunal Constitucional espanhol, “não é adequado o entendimento de que os representantes dos meios de comunicação social, ao assistirem às sessões dum julgamento público, gozem de um privilégio gracioso e discricionário” ⁴¹.

³⁸ Jacques Velu e Rusen Ergec, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelas, 1990, pág. 436.

³⁹ Mesmo num processo disciplinar — Decisão de 25 de Fevereiro de 1991, Queixa n.º 15 561/89, DR 69, pág. 312.

⁴⁰ Artur Rodrigues da Costa, loc. cit., pág. 60.

⁴¹ Cfr. Artur Rodrigues da Costa, loc. cit., pág. 59.

Quando razões várias, nomeadamente de espaço, obrigarem a condicionar ou restringir o acesso de uns e outros, um justo equilíbrio na distribuição do lugares impor-se-á.

Note-se, porém, que mesmo no caso de exclusão do público ou da imprensa, certas pessoas podem assistir à audiência: as partes e seus representantes, as pessoas que tiverem de intervir, como outros que o juiz admitir por razões atendíveis, nomeadamente de origem profissional ou científica — n.º 4 do artigo 87.º do Código de Processo Penal.

6 — A segurança de um processo que, em princípio, se desenrolaria em público, pode atingir tal dimensão que venha a acarretar para as autoridades um esforço desproporcionado, sendo nestes termos admissível a exclusão da imprensa e do público ⁴².

Mas estas situações são casos limite, porquanto todas as exceções à regra da publicidade apelam para uma interpretação restrita.

Sempre que não se mostre desproporcionado o sacrifício exigido, o acesso do público e da imprensa deve ser assegurado mesmo à custa da tomada de precauções especiais.

Assim, o princípio da publicidade mostra-se assegurado numa audiência que decorra numa prisão, por razões de segurança ⁴³.

Ou, quando razões de segurança ou outras ditarem que o acesso ao local seja limitado a certo número de pessoas ou de membros da imprensa.

Aliás, razões de segurança para todos os participantes activos e passivos na audiência podem vir a aconselhar que aquela tenha lugar num edifício apropriado.

Anote-se que este motivo, a segurança, tem ditado a adopção de medidas especiais, algumas das quais foram já estudadas em Estrasburgo.

A Comissão teve oportunidade de estudar uma audiência de discussão e julgamento num processo penal por homicídio que se desenrolou perante um tribunal de jurados, onde dois dos acusados foram colocados numa caixa de vidro e dois outros sentaram-se num banco normalmente reservado a esse fim ⁴⁴.

A caixa, que constituía aliás equipamento permanente da sala de audiência, estava munida de instrumentos que permitiam aos acusados comunicar

⁴² Acórdão *Campbell e Fell*, de 28 de Junho de 1984, A 80, pág. 42, § 87.

⁴³ Com a admissão condicionada de pessoas mediante um livre trânsito emitido não pelo tribunal mas pelas autoridades penitenciárias — Queixa n.º 17 265/90, Decisão de 21 de Outubro de 1993, DR 75, pág. 76.

⁴⁴ Queixa n.º 11 837/85, Relatório de 7 de Junho de 1990, DR 69, pág. 104.

com os seus advogados livre e secretamente, e de comunicarem também com o tribunal.

A colocação dos dois acusados na referida caixa assentava na sua perigosidade.

A Comissão concluiu que naquele caso concreto as garantias do artigo 6.º da Convenção não foram afectadas pelo facto de o acusado ter sido colocado na referida caixa.

Um outro caso com interesse sob esta perspectiva foi apresentado à Comissão ⁴⁵.

Tratava-se de um julgamento de uma pessoa acusada de fazer parte de uma organização de tráfico de drogas e que foi colocada numa caixa de ferro durante o decurso das audiências.

O Tribunal invocou falta de efectivos de segurança para a utilização da referida caixa de ferro.

Mas, como o requerente não tinha esgotado os meios internos, a Comissão não se debruçou sobre o fundo da queixa que por aquele motivo foi declarada inadmissível.

Ainda neste contexto da segurança, a Comissão teve oportunidade de precisar que a presença de um acusado algemado durante a audiência pública de discussão e julgamento não é uma medida desejável ⁴⁶.

Contudo, razões especiais de segurança podem exigir que o acusado compareça algemado ao seu julgamento; desde que se demonstre que tal circunstância não o impediu de exercer todos os seus meios de defesa, não haverá então violação do artigo 6.º da Convenção ⁴⁷.

7 — Uma das grandes beneficiárias da publicidade é, para além dos intervenientes no processo e do público, a comunicação social.

Sobre o papel da comunicação social, a sua importância no controlo do poder judiciário, importa conhecer as considerações do Tribunal no Caso *Sunday Times* ⁴⁸.

O Tribunal admitiu que se poderia assistir através da imprensa ao desrespeito das vias legais e à usurpação das funções dos tribunais quando se incita o público a formar uma opinião sobre um processo ainda pendente ou quando se submete as partes a um processo através da imprensa.

⁴⁵ Queixa n.º 19 426/92, Decisão de 4 de Abril de 1995, não publicada.

⁴⁶ Queixa n.º 2291/64, Decisão de 1 de Junho de 1967, *Recueil* 24, pág. 20.

⁴⁷ Queixa n.º 12 323/86, Decisão de 13 de Julho de 1988, *DR* 57, pág. 148; ainda que venham a suscitar-se dificuldades de compatibilização a outro nível (artigo 3.º e ou artigo 8.º da Convenção).

⁴⁸ De 26 de Abril de 1979, A 30, págs. 38 e segs., § 63 e seguintes.

Isso poderá acontecer sobretudo quando se agitam as questões em litígio de tal forma que o público adquire antecipadamente as suas próprias conclusões a esse propósito, correndo-se o risco de que venha a perder-se o respeito e a confiança nos tribunais.

Contudo, ao ponderar sobre os dois interesses em conflito, a liberdade de expressão e a boa administração da justiça, lembrou o Tribunal que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, o que se mostra válido não somente para as informações inofensivas ou indiferentes mas também para aquelas que colidam, choquem ou inquietem o Estado ou uma fracção da população ⁴⁹.

Estes princípios revestem-se de uma importância acrescida para a imprensa.

Eles aplicam-se igualmente no domínio da administração da justiça, que serve os interesses da totalidade da colectividade e exige a cooperação de um público esclarecido.

Se os *media* não devem ultrapassar os limites fixados para preservar uma boa administração da justiça, a eles incumbe comunicar as informações e as ideias sobre as questões confiadas aos tribunais como sobre as relativas a outros sectores de interesse público.

A esta função de comunicar acrescenta-se o direito para o público de receber a informação.

A compatibilização de todos estes interesses nem sempre se mostrará fácil.

Recorde-se aqui a grande latitude de intervenção que goza a autoridade judiciária na ponderação de todos os interesses envolvidos, ponderação da máxima importância tanto mais que a sua decisão é definitiva ⁵⁰; por isso, antes dessa decisão, afigura-se-me que devem ser ouvidos todos os intervenientes no acto, designadamente aqueles que possam vir a ser atingidos nos seus direitos e garantias.

E há aqui um limite inultrapassável: “o de que daí não venha sensível perigo para a consistência e eficácia do direito de defesa do arguido ou da pretensão punitiva do Estado, em suma (como se diz nos direitos inglês e americano), para um *fair trial*, para um julgamento justo” ⁵¹.

⁴⁹ Assim, já no acórdão *Handyside*, de 7 de Dezembro de 1976, A 24, pág. 23, § 49.

⁵⁰ Segundo Costa Pimenta, ob. cit., pág. 226, este tipo de decisão não admite recurso, pois depende da livre resolução do tribunal — artigo 400.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal.

⁵¹ Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 226.

Efectivamente, a tomada de imagem e de som da audiência, reproduzindo o ambiente em que ela decorre implica o risco de trazer para a opinião pública, sem o rigor que a gravidade da situação postularia, uma imagem de contornos ao menos esfumados se não deturpados de uma realidade que põe em causa a mais das vezes a honra, a liberdade e a segurança das pessoas.

Daí depois a formulação apressada e deficiente de juízos de valor sobre o comportamento do acusado, a criação antecipada de um “veredicto” e o “julgamento” na praça pública, em prejuízo do princípio da presunção de inocência e de outras garantias do acusado.

E, quando este “veredicto” deficientemente adquirido não coincide com aquele a que chegou o tribunal, assiste-se, por vezes, a uma exacerbada reacção popular contra a decisão do tribunal.

Desaparecida a sintonia entre a decisão judicial e a aceitação popular, claudica o fundamento essencial da administração da justiça que deve ser feita em nome do povo.

O povo que muitas vezes desconfortavelmente assim reagiu porque a “realidade” que lhe era perceptível correspondia a uma informação que, objectiva na sua aparência, não conseguiu transmitir a mesma “realidade” que serviu de base à decisão judicial ⁵².

A transmissão integral da imagem e ou do som de uma audiência de discussão e julgamento dificilmente evitarão aqueles riscos por maior rigor e isenção que os profissionais da comunicação social emprestem à sua actividade.

Parece-me assim que só circunstâncias excepcionais, diria mesmo excepcionalíssimas, podem avalizar uma autorização para uma transmissão integral de uma audiência de discussão e julgamento.

Costuma afirmar-se que a câmara é um repórter sem piedade que vive mal com a situação de tão grande tensão dramática como a que por vezes se vive nos tribunais.

Mesmo que se consiga salvaguardar todos os interesses em conflito, o da fiabilidade na recolha da prova ⁵³ e o da imagem dos intervenientes não serão os menores, o risco de disfunção na apreensão da realidade da audiência, levará a propugnar pelo extremo rigor e pelas cautelas acrescidas quando se pretenda transmitir a imagem e o som da sala ou do local onde decorra o julgamento.

⁵² Por mais completa que seja a informação ela nunca conseguirá transmitir o ambiente em que a audiência decorre.

⁵³ Sabe que o depoimento de uma pessoa tende a variar consoante ele é prestado ou não para um microfone ou para uma câmara de televisão; aliás, o comportamento de todos os intervenientes na audiência não deixará de ser influenciado pela presença da câmara.

Diga-se aliás que mesmo a transmissão parcial da audiência não resolve nenhuma daquelas dificuldades antes as pode agravar pelo risco de que a parte seja tomada pelo todo.

Estes aludidos riscos são potencializados quando a transmissão é feita em directo, pela sensação de participação quase física nos acontecimentos que o “live” proporciona a uma tão vasta audiência que está mal preparada para receber na intimidade da sua casa uma realidade que muitas vezes a transcende.

E os efeitos perversos da estigmatização e da segregação surgem enormemente ampliados, alargados não só ao acusado mas a toda a família ⁵⁴.

Aliás, a função da comunicação social de informar e formar correctamente o público compraz-se eficazmente, em regra, com uma recolha de imagens que possa alicerçar a notícia, sem que se transforme a própria audiência na notícia.

Para evitar o risco de desencadear na opinião pública a apetência para elaborar o seu próprio veredicto, a informação sobre a audiência exigirá uma reelaboração pessoal do responsável pela transmissão da notícia, assim se realizando no essencial o direito a ser informado numa sociedade democrática.

Note-se que o Código de Processo Penal não ignora os perigos que uma informação a larga escala pode desencadear.

Assim, no seu artigo 88.º, ao disciplinar o acesso dos meios de comunicação social, estabelece uma série de proibições algumas de difícil compreensão:

- a) Não é autorizada a reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados em processos pendentes, salvo autorização ⁵⁵;
- b) a transmissão de imagens ou de tomada de som relativas a audiência, salvo se a autoridade judiciária a autorizar;
- c) a publicação da identidade das vítimas de crimes sexuais, contra a honra e contra a reserva da vida privada até à audiência e, mesmo depois dela, se a vítima for menor de dezasseis anos.

⁵⁴ Aponta-se aqui o suicídio de um pai ao ver difundido pela televisão o julgamento de um filho acusado de homicídio.

⁵⁵ Mesmo que o processo já não se encontre em segredo de justiça, o que se considera de justificação duvidosa. Cfr. a posição da Comissão revisora do Código de Processo Penal, em M. Leal-Henriques e M. Simas Santos, *Código de Processo Penal*, vol. I, Lisboa, 1996, págs. 398 e seguintes. Algumas peças processuais, nomeadamente as elaboradas por advogados, já existem antes da sua junção e, nalguns casos, elas aparecem reproduzidas na imprensa mesmo antes da data em que são apresentadas no tribunal.

8 — Antes de prosseguir desfaça-se um equívoco que aparece, por vezes, a confundir todos estes aspectos.

Mesmo quando um processo está na sua fase secreta ou, por uma das razões já antes enunciadas, à imprensa não foi concedido livre acesso, a comunicação social tem o direito de divulgar os factos relativos a esse tipo de processo obtidos legitimamente à margem da actividade processual na sequência de uma investigação que ela própria levou a cabo.

Questão diferente e complexa será saber se e quando se poderá impedir a imprensa de divulgar a notícia que adquiriu legitimamente.

Esta interdição só poderá ter por base um dos motivos invocados no n.º 2 do artigo 10.º da Convenção ^{56, 57}.

9 — No caso *Preto e outros*, o Tribunal teve oportunidade de se pronunciar, pela primeira vez, sobre a necessidade de uma audiência pública para a publicação das decisões dos tribunais.

Numa acção de preferência, o recurso de Preto perante o Tribunal de Cassação italiana não teve sucesso, sendo o acórdão respectivo depositado na secretaria, sem que se tivesse procedido a qualquer leitura.

Na sua queixa, Preto afirmava, para além do mais, que o acórdão do Tribunal de Cassação não tinha sido pronunciado em audiência pública como o exige o n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Seguindo a opinião da Comissão, o Tribunal concluiu que não havia violação.

O Tribunal depois de constatar que os Estados membros do Conselho da Europa reconhecem este princípio da publicidade, considerou porém que os seus sistemas legislativos e as suas práticas judiciais apresentam uma certa diversidade quanto ao seu conteúdo e ao modo de o efectivar.

Concretamente, sobre a falta da leitura pública do acórdão, o Tribunal notou que desde há muito que numerosos Estados contratantes utilizam, ao lado da leitura, outros meios de tornarem públicas as decisões dos seus tribunais.

O Tribunal ponderou que os redactores da Convenção não desconheciam esta prática e que por isso não se devia optar por uma interpretação literal.

⁵⁶ Cfr. acórdão *Goodwin*, de 27 de Março de 1996, *Recueil des Arrêts et Décisions*, 1996 — II, n.º 7, págs. 483 e seguintes.

⁵⁷ Questão conexa é a de saber da influência nefasta para o reconhecimento dos tribunais como os únicos órgãos qualificados para decidir nos litígios jurídicos que poderão advir do espectáculo dos pseudo-processos.

Considerando o conjunto do processo e o papel do Tribunal da Cassação, que se pronunciava apenas sobre a questão de direito, rejeitando o recurso ou, ao anular o julgamento da segunda instância, devolvendo o processo para voltar a ser julgado, o Tribunal chegou à conclusão que a falta de leitura pública não violava o n.º 1 do artigo 6.º, uma vez que o acórdão estava disponível para todos na secretaria judicial.

Sublinhe-se que a decisão deve ser sempre publicada, isto é, as restrições que se podem opor à publicidade da audiência não são admissíveis quando se trata de dar a conhecer a decisão do Tribunal ⁵⁸.

Assim, as exceções previstas na segunda parte do n.º 1 do artigo 6.º, justificadas nomeadamente pela protecção da vida privada e pela salvaguarda dos interesses da justiça ⁵⁹, valem unicamente para os debates, em audiência, mas já não para a publicidade da decisão pelo tribunal; neste último campo não há sequer lugar para limitações implícitas ⁶⁰.

No referido acórdão *Campbell e Fell*, o Tribunal precisou:

“Em verdade, o Tribunal reconheceu que, numa certa medida o direito de acesso aos tribunais pode dar lugar a restrições tacitamente autorizadas (acórdão *Golder ...*, A n.º 18, págs. 18-19, § 38). Esta solução explica-se porém pela circunstância que se tratava de um direito implicitamente consagrado pela primeira frase do artigo 6.º, § 1, mas não definida por ela. Pelo contrário, diferentemente daquela, a segunda frase enuncia já uma lista detalhada de exceções. Tendo em conta os termos do artigo 17.º e a importância do princípio da publicidade (...), o Tribunal não crê possível considerar o princípio como comportando uma limitação implícita ...”.

Compreenda-se que, nestes termos, a transmissão pela rádio ou pela televisão da leitura da decisão judicial não suscite as reservas que se levantam para as sessões sobre a discussão da causa.

Aqui, acautelado o direito à reserva da vida privada, nomeadamente o direito à imagem, não se descortinam obstáculos à utilização daqueles meios de comunicação.

Os Estados gozam, porém, de uma certa liberdade na escolha dos meios de tornar pública a decisão judicial.

⁵⁸ A 80, pág. 43, § 90.

⁵⁹ Decisões de 2 de Julho de 1990, Queixa n.º 13 562/68, DR 66, pág. 181, e de 21 de Outubro de 1993, Queixa n.º 1726/90, DR 75, pág. 76 (acesso, por razões de segurança, de pessoas portadoras de um livre trânsito).

⁶⁰ Cfr. acórdão *Campbell e Fell*, A 80, págs. 42-43, § 89-90.

Viu-se já que a leitura da decisão em voz alta pode ser dispensada nalgumas circunstâncias, sendo suficiente o depósito da decisão na secretaria do tribunal, decisão que ficará acessível ao público e que qualquer pessoa poderá consultar ou obter uma cópia ⁶¹.

A Comissão constatou, em matéria penal, quando se procede à leitura pública da decisão, uma prática corrente nos Estados partes na Convenção: que a motivação é muitas vezes escrita posteriormente à data da publicação da sentença; no decurso da audiência, a leitura é limitada à parte dispositiva.

Ora, segundo a Comissão, basta, para que uma decisão seja considerada publicada, que se proceda à leitura da parte relativa ao delito praticado, à culpabilidade, à existência eventual de circunstâncias particulares e à pena aplicada ainda que a motivação completa do julgamento venha a ser produzida mais tarde ⁶².

IRENEU CABRAL BARRETO — Nascido a 5 de Fevereiro de 1941, foi sucessivamente magistrado do Ministério Público, juiz de direito e Procurador da República. Procurador-Geral Adjunto, desde 1975. Presidiu ao grupo orientador de estágio de magistrados do Ministério Público, de 1977 a 1979. Membro eleito do Conselho Superior do Ministério Público de 1983 a 1986. Agente do Governo Português junto da Comissão Europeia dos Direitos do Homem em 1984-1992. Membro do Comité Director dos Direitos do Homem em 1984-1992, seu Vice-Presidente em 1989-1990 e Presidente em 1991-1992. Presidente do Comité de Juristas, encarregado de elaborar um projecto de resolução sobre o mecanismo para a protecção dos Direitos do Homem na Bósnia-Herzgovina em 1993. Membro do Comité para a melhoria do processo (DH-PR) desde 1981 e seu Vice-Presidente em 1986-1987. Membro da Comissão Europeia dos Direitos do Homem desde 1993. É autor de diversas publicações, sobretudo na área dos direitos do Homem, e de um comentário à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁶¹ Cfr. acórdãos *Pretto e outros*, A 71, pág. 12, § 25-26, *Axen*, A 72, págs. 13-14, § 30-31, *Sutter*, A 74, pág. 14, §§ 32-33, *Campbell e Fell*, A 80, pág. 43, § 91.

⁶² Decisão no caso *Crociani e outros* c. Itália, de 18 de Dezembro de 1980, DR 22, págs. 147-188.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

DIREITOS DA CRIANÇA

EXAME DOS RELATÓRIOS APRESENTADOS
PELOS ESTADOS PARTES
NOS TERMOS DO ARTIGO 44.º DA CONVENÇÃO *

1. O Comité examinou o relatório inicial de Portugal (CRC/C/3/Add. 30) nas suas 250.^a, 251.^a e 252.^a sessões (CRC/C/SR. 250 a 252), nos dias 9 e 10 de Novembro de 1995, e adoptou as observações seguintes:

A. Introdução

2. O Comité constata que, se o relatório preparado pelo Estado Parte é completo no que diz respeito às informações prestadas sobre o quadro legislativo no qual a Convenção é aplicada, não contém informações suficientes sobre a aplicação efectiva das disposições da Convenção no país. O Comité deseja, pois, expressar o seu apreço à delegação que apresentou este relatório pela maneira franca e autocrítica como respondeu às questões levantadas pelo Comité e pelas respostas úteis e valiosas que o esclareceram sobre as medidas tomadas e em preparação para a implementação da Convenção. O Comité considera que a discussão e troca de pontos de vista que teve com a delegação foram construtivas e frutuosas.

* Tradução de Teresa Trigo de Sousa.

B. Aspectos positivos

3. O Comité saúda o compromisso político tomado pelo Governo recentemente eleito do Estado Parte de aplicar todas as disposições e princípios da Convenção no país.

4. O Comité congratula-se com as medidas tomadas pelo Governo para melhorar a aplicação dos direitos económicos, sociais e culturais e nota com satisfação o estabelecimento de um rendimento mínimo nacional.

5. O Comité regozija-se com as medidas tomadas pelo Governo no domínio da educação, designadamente um aumento do montante orçamental afecto à educação, equivalente a 1% do PIB até 1999 e o desenvolvimento de infra-estruturas de acolhimento das crianças em idade pré-escolar.

6. O Comité constata com satisfação a nomeação de um mediador (Provedor de Justiça) e a criação, no gabinete do mediador, de um serviço que se ocupa dos direitos da criança.

7. O Comité acolhe favoravelmente a intenção manifestada pelo Estado Parte de tencionar aderir à Convenção da Haia sobre a protecção de menores e a cooperação em matéria de adopção internacional.

8. O Comité constata com satisfação que a ratificação da Convenção n.º 138 da OIT está actualmente em estudo com vista à sua ratificação num futuro próximo.

C. Principais assuntos de preocupação

9. O Comité está preocupado com a ausência de qualquer mecanismo eficaz de coordenação e de supervisão susceptível de assegurar uma compilação sistemática e completa de dados e indicadores em todas as áreas cobertas pela Convenção e relativos a todas as categorias de crianças. Tal dispositivo facilitaria a coordenação e a supervisão aos níveis local, regional e nacional e permitiria melhorar a execução das políticas e programas relativos aos direitos da criança.

10. O Comité está preocupado com a ausência de qualquer política sistemática de informação para dar a conhecer a Convenção às crianças e aos adultos. Está também preocupado com a insuficiência das actividades de formação relativas à Convenção, especialmente para categorias profissionais tais como juizes, advogados, professores, trabalhadores sociais, médicos, funcionários encarregados da aplicação das leis, etc.

11. O Comité lamenta a ausência de um dispositivo consultivo permanente que permita a participação efectiva da sociedade civil e, em especial, das organizações não governamentais (ONG).

12. Em relação à aplicação do artigo 4.º da Convenção, o Comité está preocupado com o facto de o Governo não ter ainda implementado completamente os direitos económicos, sociais e culturais das crianças em toda a extensão permitida pelos recursos disponíveis. O Comité nota também com inquietação que a política de cooperação internacional seguida pelo Estado Parte não dá ainda total prioridade às crianças.

13. Em relação ao artigo 2.º da Convenção, o Comité constata com preocupação que o princípio da não-discriminação não é plenamente aplicado às raparigas, às crianças deficientes e às crianças ilegalmente imigradas, às crianças não acompanhadas e às crianças que vivem nas zonas rurais, em especial nos domínios da educação e da saúde.

14. O Comité expressa a sua preocupação em relação à total aplicação do direito das crianças à participação nas decisões (artigo 12.º da Convenção).

15. O Comité está preocupado com a insuficiência das medidas tomadas para prevenir e combater as sevícias e castigos corporais, em especial no seio da família.

16. Em relação à aplicação do artigo 17.º da Convenção, o Comité nota que nem sempre é garantido às crianças o acesso a informações que as interessam, em especial àquelas que vivem em zonas rurais.

17. O Comité está preocupado com o número crescente de crianças que vivem nas ruas das grandes cidades e com a ausência de informações neste domínio.

18. O Comité exprime a sua preocupação quanto à aplicação da Convenção no domínio da administração da justiça de menores.

D. Sugestões e recomendações

19. O Comité recomenda que o Estado Parte reforce a coordenação e a supervisão dos diferentes mecanismos governamentais que se ocupam dos direitos da criança, ao nível nacional, regional e local, de modo a garantir a aplicação efectiva da Convenção em todo o país e a todas as categorias de crianças. Deve ser promovida uma cooperação mais estreita com as ONG.

20. No quadro da Década das Nações Unidas para a educação no domínio dos direitos do homem, o Comité recomenda que o Estado Parte lance uma campanha de informação permanente, dirigida tanto às crianças como aos adultos, sobre a Convenção relativa aos Direitos da Criança.

O Governo deveria considerar a possibilidade de incorporar a Convenção nos programas escolares e tomar as medidas apropriadas para facilitar o acesso das crianças às informações que lhes são destinadas. O Comité sugere que o Estado Parte promova um programa completo de formação para categorias profissionais, tais como professores, trabalhadores sociais, médicos, funcionários encarregados da aplicação das leis e funcionários encarregados da imigração.

21. O princípio da não-discriminação deve ser integralmente aplicado pelo Estado Parte; o Comité recomenda, pois, que sejam tomadas medidas eficazes para normalizar e melhorar a situação dos grupos de crianças mais vulneráveis, designadamente das raparigas e das crianças deficientes e para que os direitos das crianças ilegalmente imigradas e das crianças não acompanhadas sejam protegidos plenamente. Todas as crianças refugiadas deviam receber informações sobre o direito das crianças na sua própria língua.

22. O Comité encoraja o Estado Parte a prosseguir os esforços que empreendeu com vista à ratificação da Convenção n.º 138 da OIT num futuro próximo.

23. O Comité recomenda que as autoridades tomem as medidas necessárias, incluindo a implementação de uma política a nível nacional, para prevenir as sevícias e castigos corporais infligidos às crianças, designadamente no seio da família.

24. O Comité recomenda que sejam tomadas medidas para dar o apoio necessário a todas as crianças que vivem em risco, em especial as crianças da rua. O Comité sugere que as autoridades empreendam um estudo de conjunto que lhes permita elaborar e executar políticas e programas.

25. No que diz respeito à justiça de menores, o Comité recomenda que sejam tomadas todas as medidas apropriadas para garantir uma completa compatibilidade com os princípios e disposições da Convenção. Devem ser sistematicamente procuradas alternativas ao internamento em instituição e à detenção, de modo a assegurar que essas medidas só sejam tomadas como último recurso.

26. O Comité encoraja o Estado Parte a prosseguir os seus esforços para aplicar a Convenção ao território de Macau e gostaria que o Comité fosse posto ao corrente deste processo sempre que ocorrerem factos novos.

27. O Comité encoraja o Estado Parte a difundir amplamente o seu relatório, os resumos das sessões em que o relatório foi discutido pelo Comité, assim como as observações finais do Comité. Seria desejável que estes documentos fossem levados ao conhecimento do Parlamento e que fosse dado seguimento às sugestões e informações concretas que aí são formuladas.

OBSERVATIONS FINALES
DU COMITE DES DROITS DE L'ENFANT:
PORTUGAL *

1. Le Comité a examiné le rapport initial du Portugal (CRC/C/3/Add.30) à ses 250^{ème}, 251^{ème} et 252^{ème} séances (CRC/C/SR.250 à 252), les 9 et 10 novembre 1995, et a adopté ¹ les observations finales ci-après:

A. Introduction

2. Le Comité note que si le rapport établi par l'Etat partie est complet en ce qui concerne les renseignements apportés sur le cadre législatif dans lequel est appliquée la Convention, il ne contient pas suffisamment d'informations sur la mise en oeuvre effective des dispositions de la Convention dans le pays. Le Comité souhaite donc remercier la délégation qui a présenté ce rapport pour la manière franche et sans complaisance dont elle a répondu aux questions soulevées par le Comité et pour ses réponses intéressantes et utiles, qui l'ont éclairé sur les mesures prises et envisagées pour mettre en oeuvre la Convention. Le Comité estime que la discussion et les échanges de vues qu'il a eus avec la délégation ont été constructifs et fructueux.

* CRC/C/15/Add. 45, 27 novembre 1995.

¹ A la 259^{ème} séance, le 17 novembre 1995.

B. Aspects positifs

3. Le Comité salue l'engagement politique qu'a pris le gouvernement nouvellement élu de l'Etat partie de mettre en oeuvre toutes les dispositions et principes de la Convention dans le pays.

4. Le Comité se félicite de la décision prise par le gouvernement d'améliorer la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels et note avec satisfaction qu'un revenu minimum garanti a été instauré au niveau national.

5. Le Comité se réjouit des mesures prises par le gouvernement dans le domaine de l'éducation, à savoir une augmentation du montant budgétaire affecté à l'éducation équivalant à 1% du PIB jusqu'à 1999 et le développement de l'infrastructure d'accueil des enfants d'âge préscolaire.

6. Le Comité prend note avec satisfaction de la nomination d'un médiateur («Provedor de Justiça») et de la création, au cabinet de ce médiateur, d'un service s'occupant des droits de l'enfant.

7. Le Comité accueille favorablement l'intention manifestée par l'Etat partie d'envisager d'adhérer à la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

8. Le Comité note avec satisfaction que la ratification de la Convention N° 138 de l'OIT est actuellement à l'étude et qu'elle devrait être ratifiée dans un proche avenir.

C. Principaux sujets de préoccupation

9. Le Comité s'inquiète de l'absence de tout mécanisme efficace de coordination et de surveillance susceptible d'assurer une compilation systématique et complète de données et d'indicateurs portant sur tous les domaines visés par la Convention et concernant toutes les catégories d'enfants. Un tel dispositif faciliterait la coordination et la surveillance aux niveaux local, régional et national et permettrait d'améliorer la mise en oeuvre des politiques et programmes en rapport avec les droits de l'enfant.

10. Le Comité est préoccupé de constater l'absence de toute politique systématique d'information visant à faire connaître la Convention aux enfants et aux adultes. Il s'inquiète aussi de l'insuffisance des activités de formation ayant trait à la Convention, qui devraient notamment s'adresser aux catégories professionnelles telles que les juges, avocats, enseignants, travailleurs sociaux, médecins, fonctionnaires chargés de l'application des lois, etc.

11. Le Comité regrette qu'il n'existe pas de dispositif consultatif permanent permettant une participation effective de la société civile et en particulier des organisations non gouvernementales (NGO).

12. En ce qui concerne l'application de l'article 4 de la Convention, le Comité est préoccupé du fait que le gouvernement n'a pas encore complètement mis en oeuvre les droits économiques, sociaux et culturels des enfants dans toute la mesure où le permettent les ressources disponibles. Le Comité note aussi avec inquiétude que la politique de coopération internationale suivie par l'Etat partie n'accorde pas encore pleinement la priorité aux enfants.

13. S'agissant de l'article 2 de la Convention, le Comité constate avec inquiétude que le principe de la non-discrimination n'est pas pleinement appliqué dans le cas des fillettes, des enfants handicapés et des enfants immigrés en situation irrégulière, des enfants non accompagnés et des enfants vivant dans les zones rurales, notamment dans les domaines de l'éducation et de la santé.

14. Le Comité éprouve des inquiétudes quant à la pleine mise en oeuvre du droit des enfants à être associés aux décisions (art. 12 de la Convention).

15. Le Comité s'alarme de l'insuffisance des mesures prises pour prévenir et combattre les sévices et châtiments corporels, en particulier au sein de la famille.

16. Concernant l'application de l'article 17 de la Convention, le Comité note que l'accès à des informations les intéressant n'est pas toujours garanti aux enfants, notamment lorsqu'ils vivent dans des zones rurales.

17. Le Comité est préoccupé du nombre croissant d'enfants vivant dans les rues des grandes villes et de l'absence d'informations dans ce domaine.

18. Le Comité exprime ses préoccupations touchant l'application de la Convention en ce qui concerne l'administration de la justice pour mineurs.

D. Suggestions et recommandations

19. Le Comité recommande à l'Etat partie de faire en sorte que les différents mécanismes gouvernementaux s'occupant des droits de l'enfant renforcent leur coordination et leur surveillance aux niveaux national, régional et local, en vue de garantir une mise en oeuvre effective de la Convention dans tout le pays et pour toutes les catégories d'enfants. Une coopération plus étroite avec les ONG est à rechercher.

20. Dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour l'éducation dans le domaine des droits de l'homme, le Comité recommande que l'Etat

partie lance une campagne d'information permanente, s'adressant à la fois aux enfants et aux adultes, sur la Convention relative aux droits de l'enfant.

Le gouvernement devrait envisager d'incorporer la Convention aux programmes scolaires et prendre les mesures voulues pour faciliter l'accès des enfants aux informations qui leur sont destinées. Le Comité suggère que l'Etat partie mette en place un programme complet de formation à l'intention de catégories professionnelles telles qu'enseignants, travailleurs sociaux, médecins, fonctionnaires chargés de l'application des lois et fonctionnaires chargés de l'immigration.

21. Le principe de la non-discrimination doit être intégralement appliqué par l'Etat partie; le Comité recommande donc que des mesures efficaces soient prises pour normaliser et améliorer la situation des catégories d'enfants les plus vulnérables, notamment les fillettes et les enfants handicapés, et pour faire en sorte que les droits des enfants immigrés en situation irrégulière et des enfants non accompagnés soient pleinement protégés. Tous les enfants réfugiés devraient recevoir dans leur propre langue des informations sur les droits de l'enfant.

22. Le Comité encourage l'Etat partie à poursuivre les efforts qu'il a entrepris en vue de ratifier dans un proche avenir la Convention N° 138 de l'OIT.

23. Le Comité recommande que les autorités prennent les mesures nécessaires, y compris en mettant en oeuvre une politique d'envergure nationale, en vue de prévenir les sévices et châtiments corporels infligés aux enfants, y compris au sein de la famille.

24. Le Comité recommande que des mesures soient prises en vue d'apporter le soutien nécessaire à tous les enfants exposés à des risques et particulièrement les enfants des rues. Le Comité suggère que les autorités entreprennent une étude d'ensemble qui leur permette d'élaborer et de mettre en oeuvre des politiques et programmes.

25. En ce qui concerne la justice pour mineurs, le Comité recommande que toutes mesures appropriées soient prises afin de garantir une entière compatibilité avec les principes et dispositions de la Convention. D'autres solutions que le placement en institution et en détention doivent systématiquement être recherchées, de sorte que de tels placements ne soient décidés qu'en dernier recours.

26. Le Comité encourage l'Etat partie à poursuivre les efforts qu'il déploie pour appliquer la Convention sur le territoire de Macao et souhaiterait que le Comité soit tenu informé de ce processus dès que des faits nouveaux seront à signaler.

27. Le Comité encourage l'Etat partie à diffuser largement son rapport, les comptes rendus des séances au cours desquelles celui-ci a été examiné par le Comité ainsi que les observations finales du Comité. Il serait souhaitable que ces documents soient portés à l'attention du Parlement et qu'il soit donné suite aux suggestions et recommandations concrètes qui y sont formulées.

SUMMARY RECORD OF THE 250th MEETING *

Held at the Palais des Nations, Geneva, on Thursday, 9 November 1995,
at. 3 p.m.

Chairperson: Mrs. Eufemio

Contents

Consideration of reports of States Parties (*continued*)

Portugal

Consideration of reports of States Parties (agenda item 4) (*continued*)

Portugal (CRC/C/3/Add.30; CRC/C.10/WP.4)

1. *At the invitation of the Chairperson, Mr. de Santa Clara Gomes, Mrs. Gersão, Mr. Abreu de Lemos, Mrs. Clemente, Mr. Gomes Pedro, Mrs. Bras Gomes and Mrs. Baptista Lopes (Portugal) took places at the Committee table.*

* CRC/C/SR. 250, 14 November 1995.

This record is subject to correction.

Correction should be submitted in one of the working languages. They should be set forth in a memorandum and also incorporated in a copy of the record. They should be sent *within one week of the date of this document* to the Official Records Editing Section, room E. 4108, Palais des Nations, Geneva.

Any corrections to the records of the meetings of the Committee at this session will be consolidated in a single corrigendum, to be issued shortly after the end of the session.

2. *Mr. de Santa Clara Gomes* (Portugal) said he expected that a great deal would be learned from the upcoming dialogue. The fact that the members of the Committee came from a wide variety of regions and backgrounds was a great advantage. The Committee's comments and suggestions would surely be helpful to Portugal as it sought to carry out its policy on children and to implement the Convention. The members of his delegation, for their part, would do their utmost to supplement the report and answer the questions asked by the members of the Committee. He apologized for the late submission of the report, which was largely attributable to the very recent change in Government.

3. The report had been prepared with contributions from several ministries and attempted to provide a true picture of the situation of children in Portugal. Reality was always more complex than any oral or written descriptions, however, and that was why, as the Committee discussed the report, it should keep in mind a number of factors that affected the existence of Portuguese children.

4. Portugal was a medium-sized European country with a population of 10 million. Its culture dated back to antiquity and it had long had a tradition of humanism and openness to other cultures which gave it a uniquely broad perspective. Its geographical and political contours had been unchanged for the past 700 years, longer than any other European nation. That was a source of pride to Portuguese citizens and explained their society's continuity and deep sense of tradition.

5. Rapid economic, social and political changes had taken place in recent years. In 1974, a democratic regime had been installed and, since 1985, Portugal had been a member of the European Union. The economic growth rate had been accelerated, accompanied by a number of social changes, not always for the better. Formerly an agrarian society, Portugal was now predominantly urban in its social structure. The extended, large family had been replaced by smaller, nuclear family units. Per capita income was about US\$ 11,000, and that meant that, although it was a developed country, Portugal was among the least developed States of Europe. Economic growth had made for a considerable increase in funding for educational, health and social welfare services, spurring rapid changes in those sectors.

6. As the country had moved towards democracy, economic strength and social restructuring, citizens had acquired a greater awareness of their rights. They expected far more from their Government and were increasingly capable of criticizing its decisions. That was one of the reasons why, the Socialist Party had been chosen to replace the previous Government in the October 1995 elections. There was a feeling that that Government, while concentrating

on economic development, had sacrificed social concerns. The newly appointed administration was now presenting its programme to Parliament and one of its salient features was an emphasis on social cohesion. A new Ministry of Solidarity and Social Security had been created to give added impetus to efforts to unify Portuguese society. Following the increase in the quantity of services provided in the educational, health and social spheres, moreover, greater emphasis was now to be placed on the quality of such services. The reforms achieved so far were to be consolidated. More attention would be paid to the needs and rights of the individual, as opposed to the economic concerns of the consumer.

7. Because the structure of society had gone from agrarian to urban, there was a need to reinforce sectors other than the Government that could provide support. Compared with other European countries, Portugal was deficient in the private and non-governmental organizations that could interpret the wishes of citizens. The Government was aware of the problem and planned to encourage the growth of such organizations.

8. The Portuguese nation had existed for 850 years and that helped to account for the strong links among its residents. Despite all the changes that had taken place in recent years, including those in the structure of the family, Portugal had retained its character as a compassionate society. That could not be discerned from statistics or legislation, but the interrelations of members of society attested to it. For example, following the decolonization process, over 1 million foreign citizens, primarily from Africa, had settled in Portugal, yet they had been assimilated with minimal trauma and surprising rapidity.

9. He hoped that, with that introduction, Committee members now had a sense of the fluidity and flavour of Portuguese life.

10. *The Chairperson* invited the Portuguese delegation to provide information on the questions the Committee had asked in connection with the section of the list of issues (CRC/C.10/WP.4) entitled "General measures of implementation", which read:

"General measures of implementation
(Arts. 4, 42 and 44, para. 6, of the Convention)

1. Please provide clarification on the status of the Convention in relation to national law. Can the provisions of the Convention be invoked in court and have they been taken into account in judicial decisions?
2. Please provide information on the measures taken to improve mechanisms for collecting statistical data and other necessary

information about the status of children to enable the Government to monitor the implementation of the Convention and as a basis for designing programmes for the rights of the child.

3. What measures have been taken on are envisaged to incorporate education about the Convention in training or re-training programmes for professionals working with or for children such as teachers, social workers and judges?
4. In view of the recent adoption by the General Assembly of resolution 48/184 proclaiming the United Nations Decade of Human Rights Education, has the Government considered the possibility of using this opportunity to incorporate education about the Convention into school curricula?
5. Please describe the steps taken to implement article 4 concerning the obligation of the State to undertake measures to implement economic, social and cultural rights to the maximum extent of available resources. Please indicate what proportion of the official budget at both central and local levels is allocated to social priorities for children. What indicators or target figures are used in this context?
6. Please provide information on what measures are being taken or envisaged to ensure effective coordination between local, regional and national entities dealing with children's issues. Furthermore, please provide more details of the powers, status, functions and activities of the "Provedor de Justiça" (Ombudsman) in so far as the implementation of the Convention is concerned.
7. To what extent is international cooperation designed to foster the implementation of the Convention?"

11. *Mrs. Baptista Lopes* (Portugal), explaining the status of the Convention in relation to domestic legislation, said the Convention had hierarchical superiority over national law. The Constitution provided for automatic acceptance of international conventions and treaties; their provisions were directly incorporated into domestic legislation and could be invoked by and before the courts. The Convention on the Rights of the Child had been frequently cited in the proceedings of courts of first instance, usually to reinforce the provisions of domestic law relating to the primacy of the interests of the child.

12. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that no statistics had been compiled with specific reference to the Convention, but data was collected regularly and published yearly in a number of disciplines, including health, education, social security and economics. The initial report before the Committee was

probably lacking in statistical material compared with what the Committee would have desired. That was partially attributable to Portugal's lack of experience in preparing reports for the Committee and to a slight professional bias among the report writers, who were mostly drawn from the legal profession and whose main concern had been to analyse the alignment of domestic legislation with the Convention. In future, an effort would be made to compile statistics expressly relating to the Convention and it was hoped that a working group on follow-up to the Convention could be established.

13. A number of steps had been taken to disseminate information about the Convention, but more could be done. Initial training courses for professionals who worked with children in such sectors as health, education, social services and the judiciary did not refer expressly to that instrument, although some instructors brought it up spontaneously in the course of their work. It was in continuing education, however, that the Convention was more often mentioned, perhaps because the content of such courses was more flexible than that of initial training courses.

14. *Mr. Abreu de Lemos* (Portugal) said that the subject of the Convention was not in fact specifically included in the curriculum of teacher training courses. However, the Framework Act on the Education System, adopted in 1986, gave a broad outline of how the right of the child to education was to be implemented. The basic principles defined in the Act also applied to the curricula of training courses for teachers and university lecturers. A grant from the European Union had been used to fund a programme for further training for teachers and many of the initiatives under that programme included a component relating to the rights of the child. In addition, training colleges organized regular seminars for teachers on how the provisions of the Convention should be implemented.

15. *Mr. de Santa Clara Gomes* (Portugal), replying to question 4, said that, in 1989, there had been a reform of the school curriculum which had now been put into effect in some 70 schools in Portugal and was to be extended to all schools in the near future. The emphasis of the reform on good citizenship, respect for others and equality of opportunity was in line with the principles of the Convention.

16. *Mr. Abreu de Lemos* (Portugal), replying to question 5, said that, in 1987, the period for compulsory basic schooling had been extended from 6 to 9 years. The Prime Minister had recently announced that education would be one of the Government's highest priorities. Thus, there was to be a 1 per cent increase in the budget for education by 1999 and pre-school education, which at present was only available to 30 per cent of children of pre-school age, was

to be expanded to cover nearly 100 per cent of children of that age group by the same year. The Minister of Education had stressed the need for all sectors of society to share responsibility for education within the framework of a "Pact for Education".

17. *Mrs. Clemente* (Portugal) said high priority was being given to meeting the needs of children placed in care by a court order. Eight hundred and fifty minors were currently in the care of establishments under the responsibility of the Ministry of Justice which included reception centres, training centres and residential homes. The cost to the State of those establishments was 2,900,000 Portuguese contos, or a per capita cost of over 3,000 contos, per year.

18. In 1949, only 45 per cent of children in such establishments had received compulsory education. Most of them were at least nine years of age and, because of their marginal status, were usually virtually illiterate and often delinquent. Today, however, that percentage had risen to 79 per cent, since there were now far more alternative educational programmes available for children suffering from trauma.

19. *Mrs. Brás Gomes* (Portugal) said that one of the primary concerns of the new Government had been to introduce a scheme providing a minimum guaranteed income. A non-contributory social security scheme did exist, but did not cover all those in need. The new scheme was to be administered by the Government working together with local authorities and with private, non-profit-making institutions providing social services; that meant that there would be local involvement in decision-making. Fifty-seven per cent of the social security budget was spent on young people and children, 28 per cent on the elderly, 5 per cent on rehabilitation for the disabled and 10 per cent on the family and the community.

20. *Mrs. Gersão* (Portugal), replying to the question on cooperation between bodies working with children, said that as yet no specific mechanisms for coordination between education services, health services and social services existed in Portugal. However, attitudes had changed greatly in recent years and nowadays the various sectors worked in close collaboration, particularly where projects for children at the local level were concerned.

21. *Mr. Gomes Pedro* (Portugal) said that one example of coordination between different government departments in efforts on behalf of children was the Interministerial Programme to Promote Success in School (PIPSE), referred to in paragraph 155 of the report. Another programme entitled "Education for All" was administered jointly by the Ministry for Education and the Ministry of Health and the "Project Life" programme for drug addiction

prevention, referred to in paragraph 226, was also based on collaboration between the Ministries of Justice, Education and Health.

22. The Government had announced its intention to give support and encouragement to local education councils, bodies which included representatives of such varied sectors as trade unions, business enterprises and cultural and scientific organizations. In order to make the Ministry of Education better able to respond to local needs, the Department of Education had now been split up into five separate regional branches.

23. *Mrs. Brás Gomes* (Portugal) pointed out that, in the field of social security, reorganization at the local level had led to a better integration of policies at the national level.

24. *Mrs. Gersão* (Portugal) said a question had been raised concerning the functions of the Provedor de Justiça, or ombudsman for the rights of the child. A project had recently been set up entitled "Message of the Child", which was a telephone service replying to questions concerning children. There were two other telephone helpline services specifically for children who were victims of ill-treatment or in danger. The ombudsman programme, which had been launched in September 1994, was wider in scope and designed to assist children who believed that their rights were not being respected. The ombudsman received about 30 calls a day on a wide variety of questions.

25. *Mrs. Brás Gomes* (Portugal), replying to question 7, said that there had been useful exchanges between Portugal and the Portuguese-speaking African countries where efforts on behalf of children were concerned. Thus, experience gained on a project launched in Portugal to combat social exclusion, which had been partly funded by the European Union, had been applied in a number of African countries. Nationals of those countries had come to Portugal to follow training courses, while Portuguese experts had gone out to help organize social services and centre-based services for children in the countries concerned.

26. *Mr. Gomes Pedro* (Portugal) said that a recent example of international cooperation in the field of children's rights had been the symposium held in Lisbon to draft a declaration on the effects of stress and violence on children. The Declaration called on Governments which had not yet ratified the Convention on the Rights of the Child to do so immediately and on those which had done so to establish effective mechanisms for incorporating its articles into national legislation and to develop mechanisms to monitor and evaluate the effectiveness of their actions.

27. *Mr. de Santa Clara Gomes* (Portugal) stressed that Portugal was concerned to promote human rights in general, as well as the rights of the child

in particular, as part of its programme of international cooperation. Thus, in 1994, official development assistance (ODA) provided by Portugal had totalled \$230 million, some 90 per cent of which had been absorbed by Portuguese-speaking African countries.

28. *The Chairperson* thanked the Portuguese delegation for the very full replies it had given to the questions asked.

29. *Mrs. Sardenberg* noted that the report dealt mainly with the legal aspects of questions relating to the rights of the child and did not give much information on political and administrative structures in Portugal. However, she was pleased to learn that the Government intended to establish a permanent body to coordinate action on behalf of children. She had noted that associations of professionals concerned with children were being encouraged to play a greater role. Was there any intention to establish a permanent mechanism for consultations with non-governmental organizations on matters related to children and, specifically, on how the Convention was being implemented?

30. With regard to the participation of the Parliament, she referred to the decision, mentioned in paragraph 12 of the report, to carry out an in-depth study of cases in which children were abandoned or subjected to violence and to proceed to a national debate on the subject. She would like to know whether the debate had taken place and if there was a special commission in the Parliament or a group of parliamentarians to work specifically for the rights of children. She also wished to know whether there were specific programmes relating to the implementation of the Convention.

31. *Mr. Mombeshora* said he would like to know the source of funding of local and regional programmes. He assumed that there were two types of programme, those initiated locally and those conducted by various ministries, and he asked whether they depended on grants from the federal Government or whether local authorities had the power to raise funds through taxes or other means.

32. *Mr. Hammarberg* said that one important aspect was that there should be some structure within the Government itself that would review the activities of each of the ministries in a coherent way. Since Portugal seemed to be considering decentralizing the system and activating local and regional authorities, there should also be some sort of system for reporting, monitoring and coordinating at the vertical level. In that regard, a mediator might have a role to play.

33. Consideration could also be given to a local or regional monitoring system. Efforts should be made to build up an effective system of coordinated and forceful implementation at the various levels. Data should not only be

assembled, but also used in such a way as to provoke further discussion. Efforts should be made to integrate the whole approach of the Convention into the code of conduct for professionals in a more comprehensive manner. Professional organizations, paediatricians, social workers' organizations and teachers' organizations could be important actors and should be encouraged to take part and determine what the Convention meant for medical doctors because what was involved was not only article 24 of the Convention and the enjoyment of the highest attainable standard of health, but also the approach to the child as seen from the doctors' side.

34. There was a need for cooperation with the civilian sector and integration of the Convention into school curricula. Some countries had found that problematic in a liberal society and the question had arisen on how one could affect people's values without being a big brother. Each society had the means whereby the Government could provide information to the general public, but that required high-level support. One way of dealing with the problem was to examine programmes and to see what related to children. That type of exercise, which had been undertaken in some countries, tended to lead to child-oriented development assistance.

35. *Mrs. Karp* said she had the impression that there was a disparity between north and south and between rural and urban areas in Portugal. That disparity had implications for education and health and the new Government had the task of reshaping society because the rights of the child were not being dealt with equally. Children in Portugal did not have equal access to health, education and other services and she would like the Portuguese delegation to give more details on Portugal's policy priorities regarding the changes it intended to make.

36. *Mr. Kolosov* said he firmly believed that the change of Government in Portugal should not affect the continuity of national policy with regard to children. It was the Committee's firm belief that the more difficult a transitional period was the more attention should be paid to children's needs. He would welcome information from the Portuguese delegation on the special measures that were being taken in various fields in the current difficult situation. Information should also be provided on the way in which legislation was being implemented.

37. The Convention seemed to repeat the provisions of the International Covenants in many of its articles and children seemed to be covered because those instruments did not discriminate against citizens on the basis of age. However, that was not really true because children's rights were not taken seriously by adults if those rights were not specifically mentioned in all laws.

Children themselves thought that the laws relating to human rights did not apply to them. The legislation that was going to be adopted should, therefore, refer explicitly to children's rights. He would like to know what the Government's intentions were in that regard.

38. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that there had been some delay in the preparation of the initial report and that it had not been possible to work with non-governmental organizations and all the departments concerned with children. Another commission had prepared the Portuguese report for the World Summit for Children. Her delegation had drawn on those documents, but regretted that it had been unable to work with a more diversified commission, including public services and private institutions, and hoped that, for its next report, it would be able to work in a different manner. An example of the excellent cooperation between NGOs and the public sector was to be found in the area of the protection of children. In that connection, a meeting had been held on the draft Convention on the Rights of the Child at the initiative of UNICEF and the Portuguese committee for UNICEF.

39. The commission which had prepared the report for the World Summit for Children had submitted a proposal to the Government on a permanent system for the follow-up to the Convention, but the proposal had not been accepted. A suggestion which had been made at the initiative of the Socialist Party and which had been adopted by all parties in Parliament was that a university research institute should carry out a study on child victims of ill-treatment. The first part of the study had been completed and related to the Lisbon area. A meeting was to be held with a parliamentary commission to prepare the second part of the study, which would cover the entire country.

40. *Mr. Abreu de Lemos* (Portugal) said that there were two levels in Portuguese administration concerned with the financing of projects for children. The central level had its own projects and paid for them. At the local level, the local authorities received funds from the Government which accounted for about 17 per cent of the budget and could be used for specific local programmes. There were also European social funds and development funds. With those funds, the central administration or local authorities could expand education and health infrastructures. A new regional level was to be set up within a few years. It was too early to indicate how it would work and which funds would be made available to it.

41. The Ministry of Education had reorganized its structures in order to be closer to the problems of several regions in the country. Efforts were being made to overcome some disparities, especially in the interior of the country, where it was more difficult to take children to school. However, all local

authorities were trying to ensure that children had transportation to school. It should be noted that some schools had closed because the local inhabitants had moved from the interior of the country to coastal areas. Children from small villages were being transported to other schools. In that connection, he said that efforts were being made to develop inland areas and to attract people to them. The Government was also working to create better conditions for students and for teachers. Its policy was to ensure education for the largest number of children in Portugal.

42. *Mr. Gomes Pedro* (Portugal) said that the Portuguese Government was trying to instil an appreciation of the crucial concept of the global approach to protecting the rights of the child in all those whose work related to children's health, including educators, social workers and medical personnel. It followed the same global model in its efforts to deal with the problem of regional disparities in health services and, in particular, in its efforts to reduce the infant mortality rate. But what was seen as primary in the provision of health care was the creation of a culture of respect for the individual and the family.

43. A great upheaval had occurred in 1974, the year of the Portuguese revolution, but Government policy in the areas of education and social services had not been discontinuous in the ensuing years and great progress had been made. For example, between 1984 and 1994, the infant mortality rate had dropped from approximately 17 per thousand to 7.9 per thousand and the vaccination coverage index had risen from 60 per cent to 96.4 per cent.

44. *Mr. de Santa Clara Gomes* (Portugal) said that his delegation welcomed the spirit of the Committee's comments, which had emphasized the ways in which Portugal could better protect the rights of its children. Five main concerns had been expressed. First, the Committee had requested detailed information on the conformity of Portuguese legislation within the Convention, as well as on the practical implementation of such provisions. He assured the Committee that future reports would endeavour to provide a fuller picture and to include, in particular, statistical information pertaining specifically to children. Secondly, the Committee had regretted that NGOs had not taken part in the implementation process; in future, the Portuguese Government would try to remedy that acknowledged weakness. Thirdly, the Committee had recommended that Portugal should enhance the coordination of policies relating to children among the various Government bodies and had suggested that a coordinating body should be set up for that purpose. Fourthly it had recommended that Portugal should develop a focus for its international cooperation, both public and private, with particular emphasis on the child. Portugal's African partners would undoubtedly benefit from assistance in

respect of children. Fifthly, the Committee had indicated that, in addressing the broader issue of human rights, Portugal did not pay enough attention to the child *per se*. The Convention indeed went farther in that regard than other international human rights instruments and Portugal should be encouraged to follow suit.

45. *Mrs. Sardenberg* pointed out that the NGOs that participated in the process of implementing the provisions of the Convention should be representative of the diverse sectors of Portuguese society; only thus could a genuinely dynamic process occur.

46. *Mr. Hammarberg* said he wished to add three concerns to those outlined by the Portuguese delegation. In the first place, the Portuguese Government should undertake an in-depth review of the performance of its various authorities in implementing the Convention; secondly, it should adopt a more comprehensive approach to the training and education of professionals who dealt with children, including, for example, a review of child-related curricula; and, thirdly, it should try to develop a more dynamic interpretation of article 4, paying particular attention to the phrase “the maximum extent of their available resources”. Portugal should ask whether it was in fact giving all that it could.

47. *The Chairperson* invited the Portuguese delegation to reply to the questions contained in the section of the list of issues entitled “General principles”, which read:

“General principles

(Arts. 2, 3, 6 and 12 of the Convention)

8. Please indicate the specific and concrete measures taken to combat discrimination against girls, rural children, children belonging to minorities (including Gypsy children), asylum-seeking children and disabled children, including measures to eliminate and prevent discriminatory attitudes and prejudices.
9. Please provide more information on the regional and social disparities relating to perinatal, neonatal and infant mortality (para. 126 of the report).
10. What concrete measures have been taken to sensitize public opinion and educate personnel working with children about the need to encourage children’s participatory rights? Furthermore, what measures, if any, are being taken in the education system to implement

article 12 of the Convention both in respect of the child's right to participate in decisions that individually affect him or her and also in respect of the right to participate in the development of school policy and administration?"

48. *Mr. Abreu de Lemos* (Portugal), replying to question 8, said that the Portuguese Constitution provided that every Portuguese citizen was equal to every other, independent of race, sex or religion. That basic principle was reflected in the Framework Act on the Education System, which was based on the principle that unequal circumstances meant unequal opportunities and provided for special assistance to underprivileged children with a view to achieving genuinely equal opportunities. Several special programmes had been launched for that purpose. The first was a youth programme bearing the slogan "All equal, all different", administered through NGOs, particularly those devoted to youth. The second, under the auspices of the Ministry of Education, was based on the idea that schooling should be made accessible to all children. It called for a flexible and diversified pedagogical approach, emphasizing the personalized treatment of each child in accordance with his needs, and aimed to improve the quality of the educational experience by providing extra pedagogical support, in the form of special classes designed for special needs, to children from minority communities or to those who were otherwise socially or economically disadvantaged. The third was an intercultural programme, involving, in the current year, the participation of 52 schools in urban areas having sizeable immigrant communities. Illegal immigration was a significant problem; under Portuguese law, the child of an illegal immigrant was not entitled to attend school. School administrations took the approach, however, that all children should receive an education and therefore sought to sidestep the legal obstacles.

49. *Mr. de Santa Clara Gomes* (Portugal) said that the Portuguese were inclined to view themselves as an open and tolerant people and appreciated the richness to be gained from exposure to other cultures. Several recent incidents had shown, however, that Portugal was not wholly free from racist sentiments. The Government was doing its best through educational and cultural measures, to eradicate the "fear of otherness".

50. *Mr. Gomes Pedro* (Portugal), replying to question 9, said that regional disparities did exist in the area of health. In 1994, the overall infant mortality rate had been 7.9 per thousand, but, in four districts, that rate had stood at above 10 per thousand. There, too, the Government's approach was global; several strategies had proven particularly useful. For example, a health service

coordination system had been set up throughout the country under which administrators, obstetricians, paediatricians, and primary health care providers cooperated in solving problems. In his view, that coordination system should be expanded so that representatives of other sectors could take part in the formulation of a common health strategy. A problem of signal concern was the dearth of health personnel in Portugal's rural districts. Means must be found to encourage health personnel to fill the many vacant posts; the solution to that problem called for national solidarity, one of the Government's touchstone concepts.

51. *Mr. Abreu de Lemos* (Portugal) said that the Government was working to inculcate a culture of democratization and participation. It was well to remember, however, that Portugal had been deprived of its freedom for 50 years; the 20 ensuing years had not proved enough to prepare all members of Portuguese society for full participation. Accordingly, two new courses had been introduced in the schools: the first, entitled "Personal and Social Development", was offered to children who had chosen not to enrol in optional religion courses; and the second, entitled "Civic Education", had been designed to prepare students for citizenship.

52. Before the 1974 revolution, Portuguese schools had been organized on an autocratic and totalitarian basis; the school system had subsequently been reorganized and school administrations were currently elected by teachers and students. In primary schools, the views of children were sometimes sought with respect to procedures affecting them; in secondary schools, students often enjoyed the right to participate in decision-making. A 1982 law provided for State support for youth and student associations.

53. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that Portuguese society had made great strides towards democratization in the past two decades. Former family legislation had established a patriarchal and authoritarian family model, which had given the husband authority over his wife and both parents authority over their children. Current family legislation nevertheless provided for an egalitarian family structure, stipulating, for example, that parents should hear their children's view concerning all aspects of family life and should grant autonomy to their children in accordance with the age and maturity of each one. It should be noted that those legislated principles now applied in daily life: a recent poll conducted by the European Values Study Group had determined that parents placed great value on the development of autonomy, personal responsibility and tolerance in their children.

COMPTE RENDU ANALYTIQUE DE LA 251^{ème} SEANCE

Tenue au Palais des Nations, à Genève, le vendredi 10 novembre 1995,
à 10 heures.

Président: M. Hammarberg

Sommaire

Examen des rapports présentés par les Etats parties (*suite*) *

Rapport initial du Portugal (*suite*)

1. *Sur l'invitation du Président, M. de Santa Clara Gomes, Mme Gersão, M. Abreu de Lemos, Mme Clemente, M. Gomes Pedro, Mme Lopes et Mme Brás Gomes (Portugal) reprennent place à la table du Comité.*

* CRC/C/SR 251, 21 novembre 1995.

Le présent compte rendu est sujet à rectifications.

Les rectifications doivent être rédigées dans l'une des langues de travail. Elles doivent être présentées dans un mémorandum et être également portées sur un exemplaire du compte rendu. Il convient de les adresser, *une semaine au plus tard à compter de la date du présent document*, à la Section d'édition des documents officiels, bureau E.4108, Palais des Nations, Genève.

Les rectifications éventuelles aux comptes rendus des séances publiques de la présente session seront groupées dans un rectificatif unique qui sera publié peu après la clôture de la session.

2. Le *Président* invite les membres du Comité à poursuivre l'examen des principes généraux (questions 8 à 10) puis à passer à l'étude des libertés et droits civils qui font l'objet des questions 11 et 12 et sont ainsi libellées:

«Libertés et droits civils

(Art. 7, 8, 13 à 17 et 37 a) de la Convention)

11. Quelles mesures concrètes ont été prises ou sont prévues pour mettre les enfants, en particulier ceux victimes de violences, à l'abri des effets néfastes de l'intérêt que peuvent leur porter les médias?
12. La législation nationale suffit-elle, dans la pratique, à assurer la protection de l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, conformément à l'article 17 e) de la Convention?»

3. *Mme Sardenberg*, rappelant que la délégation portugaise a annoncé à la séance précédente la mise en place d'un nouveau projet dans le domaine de l'éducation, dit que la notion de pédagogie diversifiée, qui est au coeur de ce projet, risque de créer une certaine discrimination entre les élèves.

4. En outre, étant donné la tradition patriarcale du Portugal, *Mme Sardenberg* craint que les familles, notamment les plus pauvres de la société, n'accordent la préférence aux garçons par rapport aux filles en matière de financement de l'éducation. Par ailleurs, elle voudrait savoir dans quelle mesure l'enfant peut participer aux décisions qui le concernent au sein de la famille face à l'autorité parentale. Le pays ayant entrepris de moderniser ses structures, ne pourrait-il pas se servir de la Convention pour introduire des changements sur ce point?

5. Le *Président* dit qu'en ce qui concerne la non-discrimination à l'égard des filles, les mesures se prennent à deux niveaux: celui des autorités et celui de la population. Existe-t-il, au Portugal, une méthode systématique permettant d'évaluer les stéréotypes sexuels au niveau du choix des études, de l'orientation professionnelle ou de la présentation des différentes options de carrière? Par ailleurs, en ce qui concerne la lutte contre la xénophobie, la participation du Portugal à la campagne européenne est bien connue, mais il serait utile de savoir si le pays prend d'autres mesures pour changer efficacement les comportements, à l'instar d'autres pays qui ont créé des commissions interdisciplinaires chargées spécialement d'examiner ce problème.

6. Passant à la dixième question de la liste (CRC/C/10/WP.4) consacrée à la nécessité d'encourager la participation des enfants à la prise des décisions

les concernant, le Président demande comment les autorités portugaises sensibilisent l'opinion publique au droit qu'ont les enfants de prendre part à la vie sociale. Par ailleurs, quelle est la participation des enfants dans les conseils scolaires et dans quelle mesure peuvent-ils influencer sur le type d'enseignement qui leur est dispensé?

7. *M. Abreu de Lemos* (Portugal), répondant à la question posée au sujet du droit à l'éducation de chaque enfant, dit que la loi prévoit des mesures de traitement préférentiel afin de pallier les handicaps éducatifs de certains groupes défavorisés, notamment les enfants d'immigrants et ceux dont les familles sont dans une situation socio-économique difficile. Le débat est vif au Portugal sur le maintien de la qualité de l'enseignement pendant le processus de démocratisation du pays. En effet, l'ouverture des écoles à tous risque de porter atteinte à la qualité de l'enseignement et de l'apprentissage. Cela dit, les autorités prennent des mesures pour concilier ces deux impératifs. On met aussi l'accent sur une plus grande scolarisation des filles de sorte qu'à présent celles-ci représentent 55% des étudiants des universités et autres établissements d'enseignement supérieur. En outre, il est prévu de lancer prochainement un programme d'éducation sexuelle à l'école. En ce qui concerne la participation des enfants dans le système éducatif, les élèves sont habilités, dès l'âge de 15 ans, à se faire représenter dans les conseils d'administration des établissements scolaires.

8. *Mme Brás Gomes* (Portugal) dit que, s'agissant de très jeunes enfants, le terme de participation est un bien grand mot, mais que l'on tient spécialement compte des besoins des enfants des femmes qui travaillent à plein temps dans l'organisation des services de crèche et de jardins d'enfants.

9. *Mme Gersão* (Portugal) dit que la situation des femmes, des jeunes et des enfants dans la famille et la société a beaucoup changé au cours des vingt dernières années, mais qu'il reste bien entendu un long chemin à parcourir. C'est ainsi que, depuis la révolution de 1974, les lois relatives à la famille ont été révisées dans le sens de l'égalité entre les femmes et les hommes et d'une plus grande participation de l'enfant au sein de la famille. On vise également à augmenter le taux de scolarisation des filles et à faire jouer aux femmes un plus grand rôle au niveau du pouvoir et de la prise de décisions. Enfin, il a été réalisé dernièrement une importante recherche sur les violences à l'égard des femmes et des enfants dont les conclusions ont eu beaucoup d'écho dans les médias.

10. *M. de Santa Clara Gomes* (Portugal) dit que les progrès réalisés par le Portugal en matière d'égalité des sexes, pour être symboliques, n'en sont pas moins significatifs et traduisent une évolution positive de la société. Ainsi,

la perception du Portugal en tant que pays méridional traditionaliste appartient au passé. Cette remarque vaut aussi en ce qui concerne la participation des enfants à la prise de décisions les concernant au sein de la famille, l'image de la famille portugaise placée traditionnellement sous l'autorité du père n'ayant plus cours.

11. Pour ce qui est de la lutte contre la xénophobie, M. de Santa Clara Gomes est préoccupé par la situation dans tous les pays d'Europe et précise que le fait que ce problème soit reconnu au Portugal ne signifie pas qu'il ait atteint les proportions que l'on constate dans d'autres pays.

12. *Mme Karp* croit comprendre que la législation en vigueur au Portugal donne aux enfants d'immigrants illégaux un accès limité à l'éducation et aux soins de santé. Rappelant que les Etats parties se sont engagés à garantir les droits énoncés dans la Convention à tout enfant relevant de leur juridiction sans distinction aucune (art. 2), elle demande s'il est question de modifier la législation en vigueur.

13. En ce qui concerne l'éducation sexuelle, il semble qu'en vertu des dispositions relatives à l'éducation sexuelle et à la planification familiale, certains centres de santé dispensent une éducation sexuelle, ce dont on ne peut que se féliciter car même les enfants qui ne sont pas scolarisés pourront avoir accès à ce type d'éducation. Reste à savoir quelle est l'application concrète de ces dispositions et si ces centres de santé sont présents dans l'ensemble du pays et disposent d'un budget et d'effectifs suffisants. En ce qui concerne les consultations médicales auxquelles ont accès les enfants, comment s'assurer que les intéressés puissent consulter sans crainte un médecin au sujet de leurs problèmes personnels? En outre, *Mme Karp* croit comprendre qu'au-delà de 16 ans, l'avortement peut être effectué sans autorisation préalable, et voudrait savoir quelle est la situation pour les jeunes filles de moins de 16 ans et dans quelles conditions les femmes peuvent obtenir une interruption volontaire de grossesse.

14. Enfin, *Mme Karp* relève que l'enseignement est obligatoire jusqu'à l'âge de 15 ans et que les enfants peuvent travailler dès l'âge de 16 ans, ce qui la conduit à demander ce qui se passe pendant la période intermédiaire. Le Portugal a-t-il l'intention de ratifier la Convention concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi?

15. *Mme Badran* demande quel est le rôle des associations de parents d'élèves dans la prise de décisions et s'il existe une interaction quelconque entre celles-ci et les associations d'élèves. Le Portugal semble accorder une grande importance à l'accès à l'information. Il ressort pourtant des indicateurs de l'information que le Portugal est largement distancé par d'autres pays,

puisqu'on y dénombre 5 quotidiens et 19 postes de télévision pour 100 habitants, chiffres comparativement très bas. De quels autres canaux, à l'exception des livres et des revues, les enfants disposent-ils pour s'informer et être en mesure de participer à la vie sociale?

16. *M. Kolosov* a constaté que la délégation portugaise avait affirmé à plusieurs reprises que la législation nationale garantissait les libertés et droits civils de tous les citoyens, en ajoutant l'expression «y compris les enfants», alors qu'il lui semble que la législation nationale ne consacre que les «libertés et droits civils des citoyens». Il voudrait donc savoir s'il est prévu de reconnaître expressément, dans la législation, les libertés et droits civils des enfants.

17. Il semble ressortir de plusieurs sources que des centaines de cas de mauvais traitements d'enfants soient enregistrés chaque année au Portugal. Les principales causes de ce phénomène seraient l'abus d'alcool, le chômage, les conditions de logement, l'analphabétisme, le faible revenu et le statut social des parents, ce qui donne à penser que les mauvais traitements touchent surtout les enfants des groupes de population marginalisés. Si ce tableau reflète la situation réelle au Portugal, quelles mesures — travail social, éducation, information ou sensibilisation — le gouvernement prend-il pour remédier à cette situation?

18. *Mme Sardenberg* trouve fort encourageantes les informations fournies au sujet de la participation des jeunes enfants. Se référant au rapport de l'Etat partie, où sont mentionnés de nombreux organismes pour les jeunes, tels que l'Institut de la jeunesse, le Conseil consultatif de la jeunesse et le Conseil municipal de la jeunesse, ainsi qu'au programme du gouvernement, qui prévoit la création d'un nouvel organe doté de fonctions consultatives et chargé d'assurer le suivi de l'action des pouvoirs publics, en faveur des jeunes, elle voudrait savoir quelles seront les relations de ce nouvel organe avec ceux qui existent déjà. Sachant que le Parlement est saisi d'un projet de loi visant à réglementer la constitution d'associations par des jeunes de moins de 18 ans, elle demande à partir de quel âge les jeunes pourront-ils participer à ces associations. Elle voudrait aussi savoir quels sont les résultats concrets de l'action des groupements de jeunes et dans quelle mesure leurs revendications sont prises en compte par les autorités.

19. Il ressort des informations fournies par les représentants de l'Etat partie qu'en vertu de la législation portugaise, les autorités judiciaires et administratives sont tenues de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes leurs décisions mais que, dans la pratique, le principe n'est parfois pas respecté comme en témoignent le problème du travail des enfants et le fait que la plupart des hôpitaux ne sont pas équipés pour permettre aux parents de

rester avec leurs enfants hospitalisés. Il serait intéressant de savoir, à ce propos, si le Gouvernement portugais envisage de prendre les mesures nécessaires pour que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte dans tous les aspects de la vie de l'enfant.

20. Se référant à l'article 17 de la Convention et plus précisément à la problématique de la protection des enfants contre l'influence néfaste des médias, Mme Sardenberg note que le gouvernement a prévu de modifier la loi sur la presse. Les autorités envisagent-elles d'élaborer des directives qui permettent d'établir un juste équilibre entre la liberté des médias et les droits de l'enfant?

21. En ce qui concerne Macao, territoire chinois qui demeure sous administration portugaise, Mme Sardenberg voudrait savoir comment est appliquée la Convention dans ce territoire et souhaiterait des informations sur des enfants qui y vivent.

22. *Mme Gersão* (Portugal), répondant à une question de Mme Karp, signale que la législation du travail a été modifiée et que les changements opérés sont mentionnés dans le rapport initial du Portugal. A présent l'âge minimum d'admission à l'emploi est de 15 ou 16 ans selon que l'enfant a achevé ou non la scolarité obligatoire. En d'autres termes, un enfant de 15 ans qui est arrivé au terme du cycle de l'enseignement obligatoire peut occuper un emploi. Les lois sont donc à présent compatibles avec la Convention. Les modifications apportées ont d'ailleurs réduit l'acuité du problème du travail des enfants.

23. *M. de Santa Clara Gomes* (Portugal) fait observer, au sujet des immigrants illégaux, que pour bénéficier de la protection d'un pays quel qu'il soit, un immigré doit informer les autorités de sa présence sur le territoire. Certains Etats vont même jusqu'à expulser ceux qui ne le font pas. Une fois qu'ils régularisent leur situation, les immigrés ont droit aux mêmes prestations que les citoyens. Cela dit, même lorsque, pour une raison ou pour une autre, ils préfèrent ne pas informer les autorités de leur présence, les soins ne leur sont jamais refusés quand ils en ont besoin.

24. *M. de Santa Clara Gomes* reconnaît qu'il est nécessaire de faire prendre conscience à la société de l'importance des droits de l'enfant. Il fait remarquer toutefois que les insuffisances dans ce domaine ne sont pas spécifiques au Portugal puisque d'autres pays ont le même problème. Cela dit, il partage entièrement les préoccupations du Comité. Il appelle, à cet égard, l'attention sur les nombreuses initiatives prises par les autorités portugaises pour faire en sorte que la Convention, et surtout, les droits de l'enfant soient mieux connus au Portugal et insiste sur l'importance que revêt l'éducation dans ce domaine. A ce propos, M. de Santa Clara Gomes s'accorde avec les

membres du Comité pour dire que les droits de l'enfant ont leur spécificité et qu'il ne suffit pas de sensibiliser les gens aux droits de l'homme en général pour qu'ils prennent conscience des principes de la Convention.

25. Le *Président* demande si, à son arrivée au Portugal, un enfant dont les parents sont demandeurs d'asile a droit à l'éducation et aux soins de santé avant même que la requête de ses parents soit acceptée. La délégation portugaise ayant souligné que les émigrants avaient l'obligation de prendre contact avec les autorités pour régulariser leur situation, il serait aussi intéressant de savoir si les services de l'émigration sont disposés à prendre toutes les mesures nécessaires pour que les personnes qui se présentent aux postes frontière soient informées de tous leurs droits; dans leur propre langue.

26. *Mme Karp* note qu'il ressort du paragraphe 25 du rapport que la sécurité sociale ne couvre pas les étrangers sauf lorsque leur pays d'origine a conclu avec le Portugal un accord de réciprocité. Quel est dans ces conditions le régime applicable aux enfants venant de pays qui n'ont pas conclu de tels accords?

27. *M. de Santa Clara Gomes* (Portugal) souligne qu'à l'instar de nombreux autres pays, le Portugal impose des restrictions à l'entrée des immigrants. Le Portugal étant un pays ouvert qui reçoit chaque année des millions de touristes, certains visiteurs s'installent sans demander l'autorisation aux autorités. Les services compétents essaient d'identifier de telles personnes pour leur donner la possibilité de régulariser leur situation et de jouir pleinement des prestations auxquelles elles ont droit. A cet égard, ne peuvent bénéficier de certains droits de réciprocité que les émigrants en situation régulière. *Mme Gersão* pourra donner aux membres du Comité de plus amples renseignements sur la question.

28. *Mme Gersão* (Portugal) fait observer que tous les pays n'accordent la protection juridique qu'aux immigrants déclarés car ils veulent réduire autant que faire se peut le nombre d'immigrants clandestins. Le Parlement a adopté en 1994 une loi visant à régulariser la situation du plus grand nombre possible d'étrangers, et il est possible que le nouveau gouvernement renouvelle le délai donné aux immigrants clandestins pour se mettre en règle avec l'administration. Cela dit, même lorsque, aucune protection n'est prévue par la loi, dans la pratique, les associations bénévoles portugaises veillent à ce que tous les enfants, même ceux dont les parents se sont vu refuser l'asile, reçoivent les soins dont ils ont besoin.

29. *Mme Brás Gomes* (Portugal) signale qu'il existe deux régimes de sécurité sociale. Le premier, soumis à cotisation, couvre les employés et les travailleurs indépendants. Toutes les personnes qui ont une activité professionnelle légale, aussi bien les étrangers que les citoyens portugais,

bénéficient de ce régime. Le deuxième régime s'adresse aux personnes qui n'ont jamais travaillé ou qui n'ont pas travaillé pendant assez longtemps pour être affiliées au premier plan. Il couvre les ressortissants portugais, les citoyens des Etats membres de l'Union européenne et les personnes originaires de pays liés au Portugal par une convention de sécurité sociale. Il y a enfin l'action sociale qui prend en charge les personnes dans le besoin, indépendamment de leur situation professionnelle. Si certaines personnes ne sont pas desservies par les services sociaux c'est parce que la couverture n'est pas encore universelle.

30. *M. Abreu de Lemos* (Portugal) dit qu'en vertu des lois portugaises une école ne peut accepter un enfant que si les parents fournissent certains renseignements; mais dans la réalité la plupart des établissements scolaires dérogent à cette règle. Bien plus, ils font tout pour aider les élèves des familles nécessiteuses qui, souvent, sont nourris et reçoivent gratuitement livres et fournitures scolaires.

31. *Mme Sardenberg* note que la campagne de régularisation de la situation des immigrés mentionnée par la délégation pourrait être la solution à de nombreux problèmes. Elle voudrait savoir à ce propos si cette campagne a réussi et si les autorités envisagent d'autres opérations de ce type.

32. *Mme Gersão* (Portugal) signale que, en 1992, la loi visant à faciliter la régularisation de la situation des immigrants clandestins a permis à environ 40 000 étrangers de se mettre en règle avec les autorités. A ce propos, il y a des divergences entre les associations d'aide aux immigrés et le gouvernement sur la question de savoir si tous les immigrés clandestins ont légalisé leur situation, certaines associations faisant valoir que de nombreux immigrants ont perdu ou ont jeté leurs papiers et que d'autres n'osent pas se présenter aux services de l'immigration. Le nouveau gouvernement, qui accorde une grande attention à ce problème, a décidé de créer une haute commission de l'immigration, l'objectif étant d'appeler davantage l'attention sur la question, de faciliter la régularisation de la situation des immigrés clandestins et de les aider à s'intégrer dans la société portugaise.

33. *Le Président* note que le dialogue avec la délégation portugaise a déjà permis de mettre en évidence au moins deux domaines où le Comité pourrait formuler des recommandations: d'une part l'élargissement du champ de la collecte des données de façon à disposer de statistiques désagrégées qui permettent de faire ressortir les situations où il y a une discrimination et d'autre part le renforcement des services visant à informer aux postes frontières les immigrés de leurs droits.

34. Avant de passer à l'examen des questions relatives à la participation des enfants, le Président propose une brève suspension de séance pendant 15 minutes pour donner à la délégation de l'Etat partie le temps de préparer ses réponses aux autres questions.

35. Le *Président* demande à la délégation quelles sont les mesures prises dans le système éducatif pour appliquer l'article 12 de la convention en ce qui concerne aussi bien le droit de l'enfant de participer à la prise des décisions qui le touchent personnellement, que son droit de participer à l'élaboration de la politique scolaire et à l'administration des établissements d'enseignement.

36. *M. Abreu de Lemos* (Portugal) indique, au sujet de la participation et des droits des associations de parents, qu'on a adopté en 1977 la loi sur le droit des associations de parents. Ces associations ont le droit de participer, à titre consultatif, à l'administration des établissements scolaires. En 1991, ce droit a été étendu aux parents, l'innovation est appliquée dans 53 établissements, à titre expérimental. Ce nouveau modèle pour l'administration des écoles a été évalué dans un rapport élaboré par un comité constitué à cet effet. Le nouveau gouvernement a déjà avancé l'idée d'élargir le droit de participation des familles et des parents. De plus, les associations de parents se sont organisées à l'échelle nationale et régionale, et il existe une confédération nationale d'associations de parents ainsi que plusieurs comités régionaux d'associations de parents. Le gouvernement considère ces associations nationales comme des partenaires sociaux. Elles ont donc leurs propres représentants au Conseil national pour l'éducation, organe de consultation du Ministère de l'éducation, et en général, elles peuvent donner leur avis sur la politique suivie en matière d'éducation nationale.

37. Les associations d'étudiants ont quant à elles le droit de participer aux organes d'administration, dont le Conseil national pour l'éducation. Les élèves du secondaire sont représentés aux conseils d'administration des établissements. Les élèves de l'enseignement primaire ont le droit de s'exprimer, de vive voix ou en soumettant des rapports écrits.

38. A propos de la proportion de postes de télévision parmi la population, *M. Abreu de Lemos* estime que les statistiques qui ont été citées datent. En fait, grâce à l'ouverture de la télévision à diverses initiatives privées, l'accès à l'information s'est accru et davantage de familles ont la télévision. *M. Abreu de Lemos* est en mesure de fournir des données récentes.

39. En ce qui concerne les structures de participation mises en place pour la jeunesse, *M. Abreu de Lemos* indique que sont représentées au Conseil national pour la jeunesse plusieurs organisations de jeunes, en particulier des organisations non gouvernementales, religieuses, estudiantines, écologiques

et autres. Le Conseil a un rôle consultatif auprès des responsables gouvernementaux chargés des questions relatives à la jeunesse. Le nouveau gouvernement envisage de le renforcer et de l'habiliter à suggérer aux pouvoirs publics les mesures supplémentaires qu'il estime nécessaires mais aussi à évaluer la politique gouvernementale dans ce domaine.

40. Toujours à propos de la participation des élèves, on s'est demandé si un élève de moins de 16 ans pouvait être responsable d'une association. La loi a prévu une solution équilibrée qui donne la possibilité aux enfants dès l'âge de 14 ans, d'être responsables d'une association, à condition qu'un adulte engage sa responsabilité civile en cas de problèmes d'ordre financier comme l'exigent les dispositions du Code civil portugais.

41. Le *Président* propose à la délégation d'aborder les questions de la Liste des points (CRC/C/10/WP.4) consacrées au milieu familial et à la protection de remplacement, qui sont en effet étroitement liées à l'intérêt supérieur de l'enfant. La délégation pourra, ce faisant, revenir sur d'autres points relevant du domaine des libertés et droits civils si elle le souhaite. Les questions sont libellées comme suit:

«Milieu familial et protection de remplacement

(Art. 5, 18, par. 1 et 2, 9, 10, 27, par. 4, 20, 21,
11, 19, 39 et 25 de la Convention)

13. Est-ce que des études sont effectuées sur le problème des mauvais traitements et des violences à l'égard des enfants, ainsi que sur les facteurs qui influent sur de telles violations? Veuillez fournir des statistiques, s'il en existe, sur les cas d'enfants maltraités par leur propre famille.
14. Veuillez donner davantage de renseignements sur les procédures de contrôle de la situation des enfants placés en institution et autres arrangements de protection de remplacement tels que le placement en famille d'accueil.
15. Veuillez donner davantage de renseignements sur la manière dont les vues de l'enfant sont prises en compte, dans la pratique, lorsqu'il est décidé de séparer l'enfant de sa famille biologique et de le placer sous une protection de remplacement ou, en cas de divorce ou de séparation des parents, lorsqu'il est décidé de le confier à la garde de l'un de ces derniers.

16. Veuillez décrire de manière plus détaillée les procédures d'adoption nationale et internationale, y compris leurs modalités de suivi et de surveillance. Quelles mesures sont prises pour veiller à ce que les parents qui placent leurs enfants pour adoption aient toute latitude pour peser les conséquences de leur acte et examiner d'autres options? A quel âge un enfant peut-il influencer une décision d'adoption? Est-ce que le gouvernement envisage de ratifier la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale?»

42. *Mme Lopes* (Portugal) indique, à propos de l'opinion de l'enfant en cas de placement familial, de placement en foyer et dans les situations où l'autorité parentale doit être réglementée — par exemple après le divorce ou la séparation des parents — que l'on tient compte du point de vue de l'enfant s'il a 12 ans révolus. Les enfants de moins de 12 ans peuvent être entendus aussi si leur maturité est jugée suffisante. En cas de placement en foyer, un projet de loi prévoit que l'enfant pourra être entendu, dans des conditions comparables à celles du placement familial. Pour ce qui est de la responsabilité parentale, on s'efforce de privilégier les décisions prises d'un commun accord entre les parents. Cet accord doit être entériné par le tribunal, qui doit déterminer s'il correspond le mieux à l'intérêt supérieur de l'enfant. Si les parents ne parviennent pas à un accord, ou si leur accord n'est pas accepté par le tribunal, celui-ci est tenu d'entendre les enfants âgés de plus de 14 ans mais rien ne l'empêche d'entendre les enfants de moins de 14 ans s'il estime que leur degré de maturité est suffisant. Il convient d'ajouter que la pratique va, ici, plus loin que la loi. Dans le cadre des enquêtes menées par le Service d'action sociale, il est tout à fait habituel d'entendre les enfants.

43. En matière d'adoption, la collaboration est très étroite entre les services d'action sociale et les tribunaux. L'adoption doit faire l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative. La famille qui a déjà accueilli un enfant adoptable, et qui souhaite l'adopter, doit le signaler aux organismes de sécurité sociale qui doivent alors confirmer le placement en demandant une décision administrative ou judiciaire; il s'ensuit alors une période de préadoption qui ne peut excéder un an et au cours de laquelle les services d'action sociale et des équipes interdisciplinaires jouent un rôle fondamental. En effet ils mènent les enquêtes requises, dont les résultats doivent être présentés au tribunal, et ils s'assurent que les enfants s'entendent avec leurs futurs parents adoptifs. De plus, les parents naturels, si on les connaît, sont entendus. Leur consentement peut être préalable à l'adoption et en ce cas ils peuvent le révoquer dans un

délai de deux mois. Quoi qu'il en soit, ils doivent consentir à l'adoption devant le juge, qui leur explique toutes les conséquences de leur décision. Il revient au juge de dédramatiser la situation en expliquant qu'une adoption peut être un acte d'amour si elle constitue la meilleure solution pour les enfants. Il lui revient aussi de bien faire comprendre aux parents naturels les conséquences juridiques de leur rupture avec leur enfant. En effet l'adoption n'est pas révocable. En revanche, la décision peut être révisée, en cas notamment d'absence de consentement ou de vice constaté dans la production du consentement. Enfin, on tient dûment compte de l'opinion de l'enfant pendant la phase de préadoption. Son consentement formel est obligatoire à partir de l'âge de 14 ans.

44. *Mme Sardenberg* souhaiterait savoir comment le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est respecté dans la pratique. Par exemple, savoir si les parents peuvent rester à l'hôpital avec leur enfant hospitalisé donnerait une indication de l'attitude générale concernant la place de l'enfant.

45. *M. Gomes Pedro* (Portugal) signale que si, dans quelques hôpitaux, les parents ont le droit de rester avec leur enfant, ce n'est pas le cas dans la plupart des hôpitaux, pour des motifs administratifs et par manque de place. Chacun est conscient de la nécessité de créer en milieu hospitalier des conditions qui permettent d'appliquer pleinement et partout la loi mais des difficultés matérielles freinent l'évolution.

46. Un membre du Comité s'est inquiété des conditions de confidentialité assurées pour permettre aux adolescents de consulter sans crainte un médecin. Le secret médical est vigoureusement défendu au Portugal, et est respecté à l'égard de tous, y compris des mineurs. Actuellement, au moins six hôpitaux disposent de services de consultations pour adolescents où, à certains horaires, en général après les heures de consultation ordinaires, des professionnels spécialement formés aux problèmes de santé qui touchent l'adolescence reçoivent les mineurs.

47. Le *Président* invite les membres du Comité et la délégation à passer aux questions relatives aux mauvais traitements, qui relèvent des droits civils (question 11) et du milieu familial (question 13).

48. *Mme Gersão* (Portugal) dit que depuis plus de dix ans, on accorde beaucoup d'attention à la question des mauvais traitements. Le rapport fait état de deux recherches publiées sur ce sujet. La première, d'ordre sociologique, effectuée il y a près de neuf ans, donne un premier aperçu de ce problème au Portugal et a permis d'identifier 62 cas de mauvais traitements dans 10 000 familles, chiffre en dessous de la réalité qui, comme dans tous les pays, est plus grave. En effet, l'expression mauvais traitements ne désigne pas exclusivement les violences physiques, elle vise aussi les négligences, les

violences psychologiques et le manque de soins. Toutefois cette étude a eu le mérite d'attirer l'attention sur ce sujet. On a alors commencé à en débattre et plusieurs organisations non gouvernementales ont vu le jour elles visaient à aider surtout les enfants victimes de mauvais traitements ou en danger. Des centres d'accueil spécialisés qui s'occupent surtout des cas d'urgence et essaient ensuite d'aider la famille ont été créés. Une ligne téléphonique a été ouverte par l'Institut d'aide à l'enfant, organisation non gouvernementale très connue au Portugal, et le gouvernement envisage d'en ouvrir une autre, avec la participation des Ministères de l'éducation, de la sécurité sociale et de la justice. En outre, le médiateur a créé un service spécial chargé de recevoir des dénonciations de cas de mauvais traitements. Des pédiatres ont publié une étude sur des cas qu'ils ont connus dans des hôpitaux, ce qui a permis en premier lieu d'identifier les différentes formes de mauvais traitements. Ceux-ci varient selon l'origine sociale des familles et se produisent dans tous les milieux défavorisés ou aisés. Mme Gersão est disposée à communiquer au comité les résultats de cette recherche, publiés en portugais. Ils portent actuellement sur Lisbonne mais l'étude sera étendue au cours de cette année à tout le pays.

49. *Mme Brás Gomes* (Portugal) ajoute que le gouvernement s'efforce aujourd'hui d'aider non seulement les enfants exposés à des mauvais traitements mais aussi les familles où le phénomène se produit. En effet, il ne suffit pas d'enlever l'enfant à sa famille, car cela ne résout pas la situation des autres enfants d'une famille. Il faut donc agir davantage auprès des familles. Le travail effectué dans les hôpitaux et sous l'égide des Ministères de la justice et de la sécurité sociale a au moins permis de sensibiliser la population à ce problème.

50. *M. Abreu de Lemos* (Portugal) se dit profondément convaincu qu'il faut élaborer une autre philosophie en matière de prévention et d'intervention rapide dans les cas de mauvais traitements, de façon à infléchir les politiques nationales mises en oeuvre dans ce domaine. Le monde vit une époque difficile et la famille doit être renforcée. La création de la Commission nationale pour la mère et le bébé vient à point nommé pour faire face à ce problème et elle pourrait être le point de départ de prochaines recherches sur cette question.

51. *Mme Karp* se félicite de la création de services de consultations pour adolescents dans certains hôpitaux, y voyant un très bon moyen de s'attaquer au problème des mauvais traitements; elle se félicite en outre de la volonté du gouvernement de créer de tels services dans tous les hôpitaux du pays. Elle souhaiterait des éclaircissements sur la question qui a été posée à propos de l'application dans la pratique de la loi sur l'éducation sexuelle. Elle revient à la question du respect du sentiment de la mineure en cas d'avortement, proposé ou demandé pour une grossesse survenue par exemple à la suite d'un viol. De

même, dans le cas d'une hospitalisation en établissement psychiatrique, l'avis de l'enfant est-il pris et celui-ci peut-il s'opposer à cette mesure? Il serait également utile de savoir ce qu'il advient lorsqu'il y a conflit d'intérêt entre parents et enfants. En effet, l'expérience montre que les parents comprennent souvent mal le comportement de leur enfant et qu'ils acceptent fréquemment la décision du praticien d'interner l'enfant, en particulier en l'absence d'autres institutions de placement ou d'autres solutions à la situation de l'enfant. Or interner un enfant peut avoir des conséquences très graves pour son avenir.

52. *Mme Karp* souhaiterait un complément d'information sur les procédures existantes qui permettent à l'enfant de faire entendre son avis devant un tribunal, se demandant si l'enfant est entendu personnellement, ou par l'intermédiaire de professionnels et si le juge a, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire. Il serait utile de connaître les critères appliqués par le juge pour décider s'il est dans l'intérêt de l'enfant d'être entendu par l'intermédiaire d'un professionnel.

53. En ce qui concerne les mauvais traitements et les violences sexuelles commises contre les enfants, *Mme Karp* se demande s'il y a réellement une obligation, pour les personnels intéressés, de faire connaître les cas de violence dont ils auraient connaissance ou si cette démarche relève d'une initiative personnelle. Dans le même domaine, il serait intéressant de savoir si les personnels reçoivent une formation spécifique destinée à leur apprendre à déceler et à comprendre les signes de mauvais traitements et de violences sexuelles chez les enfants.

54. *M. Kolosov* dit que le Comité n'a pas pour habitude de faire des comparaisons mais a constaté que le phénomène des mauvais traitements infligés aux enfants était marginal dans certains pays et plus important dans d'autres. Il semblerait qu'au Portugal le problème soit bien réel; c'est pourquoi, *M. Kolosov* voudrait savoir s'il est vrai qu'aucune loi ne protège spécifiquement l'enfant des mauvais traitements.

55. *Mme Gersão* (Portugal) s'attachera tout d'abord à préciser les dispositions législatives puis parlera de leur application concrète. En vertu de la loi sur l'éducation sexuelle et la planification familiale, les mineurs peuvent consulter les centres de planification familiale pour obtenir une contraception sans le consentement de leurs parents. En outre, depuis peu, les moyens contraceptifs peuvent même leur être fournis gratuitement. La loi prévoit aussi que les mineures de plus de 16 ans peuvent subir une interruption volontaire de grossesse sans le consentement de leurs parents. Elle donne également la possibilité aux mineurs de moins de 16 ans de demander la protection du tribunal des mineurs en cas d'exercice abusif de l'autorité parentale, ce qui fait

qu'une jeune fille de moins de 16 ans qui veut subir une interruption volontaire de grossesse alors que ses parents s'y opposent, peut saisir le tribunal des mineurs.

56. En vertu du Code pénal, les mauvais traitements commis sur des enfants par les parents ou par quiconque en a la responsabilité constituent une infraction passible d'une peine d'emprisonnement. La Constitution elle-même dispose que l'enfant a droit à une protection spéciale de la part de la société et de l'Etat. En outre, il existe des lois relatives à la protection de l'enfance qui régissent les interventions en faveur des enfants victimes de mauvais traitements. Comme on peut le constater, la protection juridique est suffisante et le problème résiderait plutôt dans l'identification des cas de mauvais traitements. A cet égard, les pouvoirs publics ont mis en place des programmes visant à encourager les personnels concernés à dénoncer les cas dont ils ont connaissance aux autorités responsables, le cas échéant, d'une manière anonyme.

57. *M. Gomes Pedro* (Portugal) dit que les pédiatres suivent une formation de sept ans, éventuellement assortie d'une spécialisation de trois ans. Au cours de ces années d'études, ils sont formés à tous les aspects de la santé de l'enfant et apprennent notamment à reconnaître les cas de mauvais traitements. Les enfants victimes de mauvais traitements peuvent faire l'objet de soins ambulatoires, être admis dans les hôpitaux de jour ou, en dernier ressort, être hospitalisés. Le médecin qui constate qu'un enfant a été victime de sévices avise une unité spéciale existante dans chaque hôpital, qui est composée de pédiatres, de travailleurs sociaux et de psychologues; l'unité prend immédiatement l'enfant en charge puis informe les services du procureur. Des mesures sont ensuite prises pour évaluer la gravité du problème et la situation de la famille et l'enfant ne peut quitter l'hôpital avant qu'une décision ne soit prise par les services du procureur.

58. Le *Président* fait remarquer qu'il s'agit d'un problème difficile à résoudre car, si la société se doit d'intervenir et de protéger éventuellement l'enfant contre certains membres de sa famille, il faut également éviter qu'il ne subisse un traumatisme supplémentaire si on le sépare de sa famille.

59. *M. Kolosov* se félicite de ce que la loi portugaise prévoit une protection contre les mauvais traitements mais voudrait connaître précisément les actes qui sont qualifiés par la loi de mauvais traitements à l'égard des enfants.

60. *Mme Sardenberg* souhaiterait des informations concernant les mauvais traitements à l'école. Existe-t-il des dispositions législatives interdisant spécifiquement les châtiments corporels à l'école et des études ont-elles été

menées en la matière? M^{me} Sardenberg demande aussi si les enfants eux-mêmes sont informés et peuvent se plaindre d'éventuels mauvais traitements à l'école.

61. *Mme Eufemio* se demande si les autorités portugaises se sont posé la question du consentement de l'enfant à la séparation d'avec sa famille à la suite de mauvais traitements. Il s'agit d'une question complexe mais il arrive souvent que les victimes s'identifient à l'agresseur et préfèrent rester avec lui plutôt que d'en être séparés. Dans le cas où l'enfant est retiré à sa famille, *Mme Eufemio* souhaite savoir ce qu'il advient du parent coupable des sévices.

62. *Mme Karp* se demande si l'on applique une approche pluridisciplinaire au problème des enfants maltraités car il arrive que l'aspect répressif entre en conflit avec une réadaptation bien comprise. Elle souhaite savoir si des règles précises existent à l'intention des professionnels pour leur indiquer la marche à suivre ou si, au contraire, ils interviennent selon leur propre appréciation.

63. *Mme Gersão* (Portugal) dit que dans le Code pénal la notion de mauvais traitements est relativement large puisque se rend coupable du délit de mauvais traitements envers un enfant tout individu qui a un enfant à sa charge et qui lui inflige de mauvais traitements ou des traitements cruels, ne lui donne pas les soins ou l'assistance sanitaire que les devoirs découlant de sa responsabilité lui imposent, l'emploie à des activités dangereuses, interdites ou inhumaines ou le surcharge physiquement ou intellectuellement de travaux trop lourds, difficiles ou inadaptés à sa condition de mineur. En outre, le Code pénal prévoit des peines spécifiques pour les violences sexuelles, interdit tout rapport sexuel avec un enfant de moins de 14 ans, les rapports sexuels avec des enfants de 14 à 16 ans faisant l'objet de dispositions spéciales. En pratique, la jurisprudence tend à imposer une conception relativement large de ce qui peut être qualifié de mauvais traitements envers un enfant. A cet égard, il faut ajouter que les futurs magistrats du parquet reçoivent une formation spécifique sur cette question lors de leurs études à l'école de la magistrature.

64. La délégation portugaise sait bien que l'intervention de la justice en cas de mauvais traitements n'est pas toujours la bienvenue. Cependant, au Portugal, le principe de la légalité prend le pas sur celui de l'opportunité des poursuites. En conséquence, la police et les magistrats ont l'obligation d'ouvrir une procédure s'il existe des raisons valables de formuler une accusation. Des propositions visant à prévoir des exceptions au principe de la légalité ont été formulées afin que le ministère public puisse classer une affaire s'il peut assurer une protection suffisante à l'enfant par la voie sociale. Enfin, M^{me} Gersão n'a pas connaissance de recherches systématiques menées sur les mauvais traitements à l'école.

65. *Mme Lopes* (Portugal) dit que les jeunes placés dans des établissements relevant du Ministère de la justice sont confiés à une équipe de réinsertion sociale qui élabore un plan individuel de traitement et d'intervention. Cette équipe est toujours composée de diplômés en sciences humaines de l'enseignement supérieur qui ont reçu une formation spécifique pour pouvoir aborder les questions liées aux mauvais traitements. En effet, les jeunes ainsi placés ont pour la plupart subi des mauvais traitements, même si certains d'entre eux ont ensuite commis des petits délits. Les personnels concernés font un important travail de sensibilisation pour informer les jeunes concernés de leurs droits et notamment de leur droit à faire état des mauvais traitements qui leur ont été infligés.

66. *Mme Brás Gomes* (Portugal) rappelle qu'il existe un équilibre difficile à réaliser entre l'intérêt de l'enfant victime de mauvais traitements et l'intérêt de la famille. Si jusqu'à récemment, on pensait qu'il fallait avant tout s'occuper de l'enfant maltraité, à l'heure actuelle, on estime qu'il faut également tenir compte de la situation de la famille et voir si d'autres enfants vivent dans ce milieu. Il faut alors déterminer si la situation de la victime est plus importante que celle de la famille, choix qui dépend beaucoup de la manière dont les professionnels concernés sont sensibilisés au problème des mauvais traitements. Dans ce domaine, des progrès ont été réalisés grâce, notamment, aux formations complémentaires assurées à ces professionnels. De plus, selon la loi portant création du «Projet d'appui à la famille et à l'enfant», une évaluation de la situation doit être effectuée par une équipe pluridisciplinaire, composée d'un pédiatre, d'un psychologue, d'une infirmière, d'un travailleur social et d'un juriste et un rapport, assorti d'une proposition visant à aider et à accompagner l'enfant et la famille, doit être envoyé au tribunal compétent. Comme on peut le voir, la dénonciation des cas de mauvais traitements aux tribunaux compétents ne dépend pas de la seule volonté des professionnels mais est obligatoire.

67. De l'avis du *Président*, il faut avant tout éviter que cette question ne reste taboue. Mieux vaut examiner le problème en détail et établir une bonne législation et des procédures efficaces pour s'y attaquer.

68. Le *Président* rappelle que des questions ont été posées au sujet des mesures prises pour mettre les enfants, et en particulier les enfants victimes de violences, à l'abri des effets néfastes que peut avoir la trop grande place faite par les médias aux faits divers impliquant des mineurs, ainsi qu'au sujet de l'action menée pour lutter contre la violence et la pornographie dans la presse et pour contrôler la distribution commerciale des cassettes vidéo.

69. *Mme Gersão* (Portugal) précise que la loi interdit la vente de cassettes vidéo pornographiques à des mineurs mais qu'il est évidemment impossible

de contrôler l'application pratique de cette loi, étant donné le nombre très élevé de commerces de location de cassettes vidéo.

70. Pour ce qui est de la télévision, les chiffres relatifs au nombre de postes de télévision par habitant cités par Mme Badran semblent peu plausibles car à son avis, tous les foyers portugais, ou presque, possèdent une télévision. En ce qui concerne l'exploitation faite par les médias des cas d'enfants maltraités, la législation interdit la divulgation de toute information relative à la vie privée d'un individu sans le consentement de celui-ci, il arrive cependant, dans le cas d'enfants maltraités, que les parents eux-mêmes consentent à la divulgation de certaines informations. Il faut également se souvenir que le Portugal a connu la censure pendant environ 40 ans. A l'heure actuelle, les Portugais, très fiers de la liberté d'expression récemment acquise, sont farouchement opposés à la moindre restriction qui pourrait rappeler la censure. C'est pourquoi, on s'efforce de mettre sur pied un code de déontologie destiné, notamment, à protéger les enfants victimes de mauvais traitements, sans pour autant instaurer la censure. Les écoles de journalistes connaissent très bien le problème et essaient, elles aussi, de trouver un équilibre. Les journalistes qui travaillent dans les organes d'information de qualité font en général en sorte de donner des informations sans qu'il soit possible d'identifier les enfants concernés, mais malheureusement, la presse à sensation n'est pas animée des mêmes scrupules. Enfin, une association privée, présidée par la Première dame du Portugal, s'est fixé pour objectif de protéger les enfants contre la violence et notamment contre la violence à la télévision.

SUMMARY RECORD OF THE 252nd MEETING *

Held at the Palais des Nations, Geneva, on Friday, 10 November 1995,
at 3 p.m.

Chairperson: Mr. Hammarberg

Contents

Consideration of reports of States Parties (agenda item 4)

Portugal (CRC/C/3/Add. 30; CRC/C.10/WP. 4) (continued)

1. *At the invitation of the Chairperson, Mr. Abreu de Lemos, Mr. de Santa Clara Gomes, Mrs. Gersão, Mrs. Clemente and Mrs. Baptista Lopez (Portugal) took places at the Committee table.*

* CRC/C/SR 252, 15 November 1995.

This record is subject to correction.

Corrections should be submitted in one of the working languages. They should be set forth in a memorandum and also incorporated in a copy of the record. They should be sent *within one week of the date of this document* to the Official Records Editing Section, room E.4108, Palais des Nations, Geneva.

Any corrections to the records of the meetings of the Committee at this session will be consolidated in a single corrigendum, to be issued shortly after the end of the session.

2. *The Chairperson* invited the Portuguese delegation to provide additional information on the questions the Committee had asked in connection with the section of the list of issues (CRC/C.10/WP.4) entitled “Civil rights and freedoms”, which read:

“Civil rights and freedoms

(Arts. 7, 8, 13-17 and 37 (a) of the Convention)

11. What concrete steps have been taken or are planned to protect children, in particular those who are victims of abuse, from harmful exposure in the media?
12. Does national legislation adequately provide, in practice, for the protection of the child from information and material injurious to his or her well-being, in conformity with article 17 (e) of the Convention?”

3. *Mr. Abreu de Lemos* (Portugal), replying to a question about measures taken to prevent ill-treatment of children in the school, said that the Constitution strictly prohibited ill-treatment, torture or inhuman treatment and the Framework Act on the Education System outlawed any type of violence against children. Any person who had inflicted ill-treatment on a child would be subjected to both disciplinary and judicial procedures. However, no systematic effort had yet been made to uncover cases of ill-treatment outside the school, though school psychologists, teachers and social workers were beginning to cooperate in that area.

4. *The Chairperson* pointed out that violence among pupils had to be guarded against with the same vigilance as the ill-treatment of children by teachers.

5. *Mr. de Santa Clara Gomes* (Portugal) noted that, under Portuguese legislation, corporal punishment and any form of psychological ill-treatment were prohibited.

6. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that Portugal was participating, within the Council of Europe, in the preparation of a document covering many aspects of the protection of the child, including protection against exposure in the media. In that endeavour, a difficult balance between freedom of information and the rights of the child was being sought.

7. *Mrs. Karp* said that many countries faced the same dilemma of how to strike a balance between media freedom and protection of the child and some adopted the solution of prohibiting the identification of a child as the victim or

offender in a court case. She asked whether the Portuguese Government had considered adopting such a prohibition. In connection with the right of a child to give evidence in court, she would also like to know whether there were special investigators trained in taking evidence from children and court procedures under which such evidence could be given in closed session, so that the child did not have to confront an alleged offender. She considered it encouraging that Portugal had established teams to deal with sexual abuse or family violence, but wondered whether there were sufficient human and budgetary resources to maintain such a network of professionals.

8. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that the law did not expressly prohibit identifying children who were victims of abuse, but there was a legislative provision whereby details of the private lives of individuals could not be publicized without their consent.

9. *Mrs. Clemente* (Portugal) said that proceedings in juvenile court, family court and special mixed courts were held in private when children were accused of wrongdoing or were the alleged victims of abuse. The identity of both the child and the parents had to remain confidential for the duration of such proceedings; any infringement of that provision constituted contempt of court. In cases involving the rights of minors, the courts could call upon the services of multidisciplinary teams composed of social workers, psychologists and pediatricians. When it was compulsory for a child to give evidence, an initial private hearing with a judge took place; however, if the child's evidence would not affect the outcome of the legal proceedings, the initial hearing was conducted either by a psychologist or, in some cases, a social worker or a pediatrician. A child who considered that parental responsibility was being badly exercised or believed himself to be the subject of ill-treatment in a school or institution had every right to file a complaint with a court.

10. *The Chairperson*, summing up the discussion, said that, in Portugal, as in many other countries, the civil rights of children in respect of information technology and the media were protected primarily through self-discipline in the media themselves. That raised the question of accountability for the implementation of the Convention, however, and the Committee hoped that the Portuguese delegation would inform individuals responsible for decision-making in the media of its belief that self-discipline must be exercised scrupulously to ensure that no child was harmed by access to certain types of information.

11. He invited the Portuguese delegation to provide further information on question 14 in the section of the list of issues entitled “Family environment and alternative care”, which read:

“14. Please provide further information on the procedures for monitoring the situation of children in institutions and other alternative care arrangements such as foster placement.”

12. *Mrs. Sardenberg* asked for clarification on paragraphs 32 to 34 of the report, which described the conditions under which a child might be institutionalized. Was the trend towards institutionalization or de-institutionalization? The abandonment of children seemed to be a common problem and she wondered whether any research into the causes of the phenomenon had been conducted and whether reliable data was available on its prevalence.

13. *Mrs. Karp* asked what mechanisms were used to determine whether the continued confinement of a child to a mental institution was justified or whether other treatment options should be looked into.

14. *The Chairperson* suggested that the overall system for the inspection and review of conditions in all institutions for children and of training of staff for such institutions should be further described.

15. *Mrs. Clemente* (Portugal) said that the institutionalization of a child was always a measure of last resort. All institutions, either public or private, to which a child might be assigned were entirely open to inspection. Control over conditions in such institutions was exercised both externally and internally. External control measures included the ability of any judge who had institutionalized a child to visit the institution and interview the child at any time. All institutionalization orders were reviewed biennially.

16. Internal controls were exercised by the institutions themselves through their multidisciplinary teams. Members of such teams had attended higher educational institutions and had received specialized training for dealing with signs of child abuse. Each child had a treatment plan, regularly evaluated by the multidisciplinary team and devised in cooperation with the child. The plan called for close involvement of the family in treatment, a measure which provided an additional form of control. Monitoring of the way the institutions operated and of the quality of services they provided was carried out under the auspices of the Institute for Social Reintegration, a department of the Ministry of Justice. There was thus an extensive system for verifying that the extremely

serious measure of institutionalizing a child was properly applied and well understood by the child.

17. *Mrs. Brás Gomes* (Portugal) confirmed that, from the standpoint of the social security administration, institutionalization was the last resort; foster care was the preferred solution. A mixed team of psychologist, social worker, educator and nurse provided assistance to a child in selecting a foster family, but paid particular attention to maintaining contacts with the biological family. An assessment was made as often as possible of the child's progress in the foster family with a view to determining whether such placement should continue. In some cases, foster placement went on for such an extended period that a decision on adoption or assignment to a foster home had to be made.

18. Much progress had been made in recent years in opening up foster homes to the community, partly through the newly authorized involvement in the social services sector of private, non-profit institutions. Such facilities were overseen by the social security administration, but, recently, an additional effort had been made to provide the staff itself with the necessary tools for evaluating and monitoring the work of the facilities.

19. *Mrs. Badran* asked what qualifications had to be offered by individuals who worked in preschool or day-care facilities. The report mentioned that the great demand for such services was being at least partially met by a network of "child minders" and she asked whether there was any intention of incorporating that network officially into the school system, especially since the cost of such services must be significantly lower than that of day-care centres. Were women who served as "child minders" given any training or equipment, such as toys, to help them perform their tasks?

20. *Mrs. Brás Gomes* (Portugal) said that most child minders worked in close collaboration with others, in groups of 10 to 12. They operated under the auspices of a preschool or day-care facility, which evaluated their activities and provided them with toys and other forms of assistance, premises for discussion among themselves and opportunities to take the children on group outings. Child minders were covered by social security. There was a danger that, as the activity was not well paid, it could be used as an indirect form of exploitation of women's labour and perpetuate unfair working conditions. The Government was alert to that danger, however.

21. *Mr. Abreu de Lemos* (Portugal) said that, since public funds covered about 30 per cent of budgetary requirements for preschool institutions, additional efforts had to be made to ensure their survival. One of the primary objectives of the new Government was to ensure that preschool facilities were available in nearly 100 per cent of the country by 1999. The achievement

of that objective required the involvement of society as a whole and of governmental and non-governmental organizations. The action of local authorities would be especially important in terms of providing facilities and impetus. The Ministry of Education, for its part, was committed to finding room in its budget for the salaries of workers in preschool institutions.

22. *Mrs. Eufemio* asked whether children placed in foster care were allowed frequent contacts with their biological families and, if it was decided that a child could not return to his or her biological parents, whether the foster family had the opportunity and the right to adopt that child.

23. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that all research done on child abuse covered abandoned children as well. The phenomenon of street children, especially in Lisbon, was now a subject of special study, including by a non-governmental organization that was developing projects to assist such children. She could make the results of its research available if members of the Committee so wished.

24. *Mrs. Brás Gomes* (Portugal) said that there was nothing in the legislation to prevent a foster family from becoming an adoptive family; there were simply two different administrative procedures that had to be carried out. One of the major responsibilities of the professional team assigned to help a foster child was to promote regular contacts with the biological family.

25. *Mrs. Clemente* (Portugal) said that, if a foster family wished to adopt its foster child, it had merely to make that intention known and the adoption procedures described earlier in the discussion would be carried out. The only difficulty might be the age of the foster family, for persons aged over 50 were not entitled to adopt children.

26. *The Chairperson* said that, although the Convention did not indicate whether children's institutions should be administered privately or publicly, it did make it clear that responsibility for upholding the rights of the child could never be privatized and that it lay with the Government.

27. *Mrs. Sardenberg* said that the Committee would certainly wish to recommend that personnel working in private institutions should be made conversant with the principles embodied in the Convention. Now that Portugal had signed the Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption, she would like to know when it intended to ratify that instrument. She understood that there were discrepancies in the inheritance rights of adopted and biological children and would like to have clarification on that point.

28. *Mrs. Karp* asked whether, upon reaching a certain age, an adopted child had the right to learn the identity of his biological parents. She had noted

that a child had the right to express his views in adoption proceedings as from 14 years of age, but that, for foster placement, the age of consent was 12. Could the delegation explain the discrepancy?

29. *Mrs. Clemente* (Portugal) said that Portuguese adoption law was contemporaneous with the Hague Convention, both instruments dating from May 1993. The Hague Convention had been taken fully into account in the drafting of Portuguese legislation on adoption, which expressly referred to that Convention in its preamble. It was to be hoped that Portugal would be in a position to ratify the Hague Convention very soon.

30. There was no distinction between adopted and biological children as far as inheritance rights were concerned.

31. The identity of a potential adoptive parent could not be revealed to a biological parent without the express permission of the adoptive parent. Conversely, the identity of a biological parent was always made known to the adoptive parent unless the biological parent stipulated otherwise. There was, indeed, a gap between the ages of consent to adoption (14 years) and foster placement (12 years). The reason was that the relevant legislative acts had been adopted at different periods, the law on foster placement being more recent and reflecting an intention to lower the age of consent that had yet to be put into effect in respect of adoption.

32. In reply to questions by *Mrs. Eufemio* and *Mrs. Karp*, she said that it was for the biological parents to decide whether or not to reveal their identity to the adoptive parents and that, in adoption proceedings, the views of the biological children of potential adoptive parents were taken into account if those children were aged 14 or above. During the pre-adoption process, it was quite common for younger children to be allowed to express their views as well.

33. *The Chairperson* invited the Committee to take up the section of the list of issues entitled “Basic health and welfare”, which read:

“Basic health and welfare

(Arts. 6, para. 2, 23, 24, 26 and 18, para. 3, 27, paras. 1-3,
of the Convention)

17. Please provide further information on the situation of disabled children, including access to education, training, health care services, preparation for employment and recreation opportunities. Please also indicate any studies the Government has taken or envisages

undertaking in order to become more informed about the general situation of disabled children in Portugal. Paragraph 130 of the report mentions that the establishment of district coordination units are under study. What progress has been made in this area?

18. Please provide further information on the measures taken to reduce the high number of accidents involving children.
19. Paragraph 126 of the report indicates that disparities exist between different regions of Portugal with respect to living conditions, especially as regards nutrition and hygiene/health standards. Has the Government developed additional specified targets and strategies to address this situation?
20. What measures is the Government taking to reduce the incidence of teenage pregnancies? Are the policies of the Department of Health directed towards tackling the high level of teenage pregnancies, and the policies of the Department for Education directed towards sex education fully coordinated on this issue?
21. In view of the information contained in paragraph 146 of the report, please provide further details on the results of any research undertaken into the effectiveness of the poverty-eradication programmes made possible through support from the European Social Fund.
22. Is the Government considering the possibility of raising social security allowances relating to children, which the Government itself has acknowledged as being 'below the cost of maintaining a child' and 'manifestly not commensurate with the cost of living' (paras. 142 and 246 of the report)? How are families made aware of the benefits available to them? How straightforward are the application procedures to receive these benefits and is assistance and guidance offered to ensure that they are 'application friendly'?"

34. *Mrs. Badran* said that a 10 to 12 per cent disability rate among children was extremely high; the report acknowledged that insufficient information was available on the situation of such children in Portugal. Statistical research must be conducted to establish the relationship between the provision of health services and the presence of disabilities; it might also reveal a link between the occurrence of disabilities and the minority community, which related to article 2 of the Convention. The report also did not include information on measures taken on behalf of disabled children: were they institutionalized? were they treated in the community on an out-patient basis? What measures were in place for the early detection of disabilities?

35. *Mr. Gomes Pedro* (Portugal) said that he regretted the absence of statistical information on disabled children. Admittedly the problem, which was both widespread and complex, deserved thorough investigation. Portugal's approach to prevention and intervention was twofold. First, it had created the district-level functional coordination units already mentioned; secondly, it would soon transfer the responsibility which currently lay with developmental units in hospital and ambulatory services to district developmental centres. Those centres would *inter alia*, provide post-graduate training for doctors, nurses and other primary-care professionals, with special emphasis on developmental screenings for children of a very young age. A study had been conducted, about five years' earlier, to monitor the cases of all babies born at risk in Portuguese maternity centres; its purpose was to establish the relationship between early identification and the development of handicaps.

36. In reply to a question by *Mrs. Eufemio*, he said that accidents were the foremost cause of death among Portuguese children and accounted for a large share of the health budget. The Government was applying a multi-disciplinary approach to the teaching of a culture of safety and conducting research for that purpose. It had established 187 community posts nationwide, to be filled by paediatricians who were specialized in intervention and community services and who would work hand in hand with district health coordinators. Furthermore, a national accident prevention and infant safety programme, which was designed to promote the idea of "safe communities", was in the planning stages. In addition, a child-safety law that had recently been enacted should prevent some traffic-accident injuries.

37. In reply to a question by *Mrs. Karp*, he said that employers were required by law to provide accident insurance for their workers.

38. *Mrs. Karp* said that motherhood, *per se* in very young girls, constituted a danger to their futures. Did Portuguese anti-abortion legislation take the age of a pregnant girl into consideration?

39. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that abortion was permissible by law in cases where the pregnancy resulted from rape or in those which involved a danger to the health of the mother or the child. The Penal Code allowed for the sentence to be flexible, depending on the circumstances of the woman who had had an abortion; the situation of a very young girl would therefore, of course, also be assessed when such a determination was made. The question whether unusual vulnerability should be weighed in an abortion decision was in fact currently under discussion in Portugal.

40. *The Chairperson* said that Portugal should describe what measures it was taking to protect children from victimization associated with the poverty of their guardians.

41. *Mrs. Brás Gomes* (Portugal) said that Portugal's anti-poverty projects had helped to improve the lives of large numbers of people. Almost all such projects targeted children and young people and emphasized poverty prevention. Furthermore, their thrust was multidisciplinary: social security workers cooperated with educators, health personnel, local administrators and NGOs in seeking solutions to the problems of children not attending school, as well as those living in unacceptable conditions. In her view, greater efforts should be made, however, to integrate the many lessons learned in those projects into national policy.

42. *The Chairperson* invited the Committee to take up the section of the list of issues entitled "Education, leisure and cultural activities", which read:

"Education, leisure and cultural activities

(Arts. 28, 29 and 31 of the Convention)

23. Please provide the statistical and other information disaggregated by rural urban areas on the level of preschool and school enrolment. What is being done to increase the number of children attending preschool education and to encourage parents to involve their children in such education? What is being done to facilitate school attendance in remote areas?
24. What further measures are being taken to improve the quality of education and teaching and to ensure the adequacy of educational facilities?"

43. *Mrs. Sardenberg* asked whether there was a high commissioner for poverty in both the southern and the northern parts of Portugal. What was his mandate? As a consequence of rapid urbanization and the likewise rapid entry of women into the workplace, moreover, many children were left unattended at home: what measures, if any, were aimed at assisting those children?

44. *The Chairperson* said that it would be useful to know whether Portugal had undertaken to define the term "child poverty". That term should be seen as embracing the quality and quantity of time that parents accorded to their children.

45. *Mrs. Brás Gomes* (Portugal) said that the problem of children left at home by working parents was an urban phenomenon affecting both rich and poor. The children deemed to be at greatest risk were those between the ages of 12 and 16, who were neither young enough to be taken care of nor old enough to be on their own. The concept of leisure care — previously seen as after-school care, had been reformulated to cater for the needs of older children. The Government was reorganizing leisure-care centres to make them more appealing to older children and inviting children to take part in their design.

46. Portugal had not, in fact, discussed the question of “child poverty” as such. Its conceptual approach to the problem was instead that of “children at risk”. The Government had determined that a family should not be entitled to a minimum income simply by virtue of its poverty, but had to acquire that right by taking a step towards social integration.

47. *Mrs. Sardenberg* welcomed the initiatives described by Portugal, which were, in her view, much in keeping with the spirit of the Convention.

48. *The Chairperson* invited the Committee to take up the section of the list of issues entitled “Special protection measures”, which read:

“Special protection measures

(Arts. 22, 30, 32-40 of the Convention)

25. Please provide further information on the ways in which access to the asylum-seeking process is provided to children in practice. Do the status determination procedures *vis-à-vis* asylum-seeking children make use of any special mechanisms to cater for the psycho-social needs of the child?
26. What measures have been taken to avoid asylum-seeking children being kept in custody while they await deportation? In this connection, what rules, regulations or guidelines exist to ensure that detention is used only as a measure of last resort and for the shortest period of time, as provided for in article 37 (b) of the Convention? What mechanisms exist to monitor such detention, if it exists? What alternative solutions have been developed to avoid the use of detention in such circumstances?
27. Please provide additional information on the number of children deprived of their liberty, reasons for such deprivation and the length

- of detention. In addition, please provide further details of the measures taken to ensure in practice that children deprived of their liberty are separated from adults?
28. Please provide further information on the treatment of young law offenders and, in particular, on the following questions:
- What types of institutions exist for the custody of young law offenders and what specific official rules are there for their treatment?
 - How are the conditions in such institutions monitored?
 - Are there complaint procedures in cases of ill-treatment?
29. What further measures, if any, are envisaged to ensure more widespread recourse to non-custodial measures of guidance and supervision to children in conflict with the law, as detailed in paragraphs 196 and 197?
30. In light of the information contained in paragraphs 185 and 190, is the Government considering adopting additional legislative and other measures to ensure the implementation of the provisions of article 40, paragraph 2 (b), of the Convention?
31. Is the Government considering the possibility of providing for different legislative acts and supervisory measures which should apply to children within the system of the administration of juvenile justice and children requiring protection and assistance due to ill-treatment, abandonment, etc...? (para. 182)
32. With respect to the implementation of article 32 of the Convention, please provide further information on the number of inspection visits made, of non-observance of regulations reported and of sanctions imposed.
33. In light of the information contained in paragraph 219 of the report, please indicate the Government's plans with regard to the ratification of ILO Convention No. 138.
34. What strategies is the Government adopting in response to the problem of children living and/or working on the street? To what extent does the Government cooperate with non-governmental organizations in their programmes to prevent, protect and reduce the number of children living or working on the street? Are there any studies being undertaken to clarify the real causes and most effective solutions to combat the spreading of this phenomenon? (paras. 123 and 236 of the report)

35. What measures have been taken to support the integration of immigrant children into Portuguese society? What is being done to improve their current living conditions, as well as preserving their linguistic or cultural origins? Paragraph 239 of the report mentions the Decree-Law No. 212/92 passed to help regularize the situation of clandestine immigrants. Please provide details of the content of this decree, including as regards access to social services and education for children of such immigrants.”

49. *Mrs. Gersão* (Portugal), referring to issue No. 25, said that very few children were in fact seeking asylum in Portugal. There had been only 10 applications by unaccompanied children aged between 15 and 18 years in the first six months of the year, chiefly from Angola and Romania. Under Portuguese law, such children were entitled to apply for asylum in their own right, and were thus eligible for assistance from the Portuguese Council for Refugees. They were deemed to constitute a vulnerable group and, as such, were entitled to be provided with food and housing by the social services, on the same basis as Portuguese children in a similar situation. If a child asylum-seeker was in danger, the juvenile court could intervene.

50. The specific question on airport procedures was perhaps more difficult to answer. In a case that had occurred the previous year and which had been given wide publicity, a young mother with a child had arrived at an airport to join her husband in Portugal. Since she had had no papers, the airport authorities had attempted to deport her. Following a public outcry and a visit to the airport by the Portuguese First Lady herself, a lawyer had successfully applied for habeas corpus for both mother and child.

51. *The Chairperson* suggested that it might be appropriate for the Government to seek to regulate that problem in a more systematic way, in order to avoid the need for such extraordinary measures if a similar case should arise in future. He asked whether unaccompanied minors arriving at airports would be subject to detention.

52. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that unaccompanied children seeking asylum did not in fact come to Portugal by air, but by boat or overland. Once in the country, they were given psychological and social assistance. Although by law reception centres for asylum-seekers ought to be provided, in fact no such centres existed and thus neither adults nor children were subject to detention. If a child was found abandoned, it would be regarded as a child in danger and entitled to protection.

53. *Mrs. Sardenberg* said she understood that Portugal had a two-track system for processing applications for asylum. Under the normal procedure, the applicant would be granted a temporary residence permit, but, under the accelerated procedure, no assistance would be given by the Government. Her information was that, since 1993, all applications had been channelled through the accelerated procedure. Could the Portuguese delegation comment on that point?

54. *Mrs. Gersão* (Portugal) said the law on asylum-seekers had been changed in 1994. The previous regime had been far more generous, granting asylum not only on grounds of persecution for political or religious views, but also on humanitarian grounds. The change had been strongly criticized, not only by the public, but also by the opposition party in Parliament. In practice, asylum was now granted only very rarely: thus, in the first six months of 1995, only seven applications had been approved.

55. *Mrs. Sardenberg* asked whether, under the new regime any special training was given to immigration officials on the need to respect the rights of refugee children.

56. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that she had no information relating specifically to children in that regard.

57. *The Chairperson* pointed out that it was the Committee's view that States parties should always keep border police and other officials informed on how the special needs of children should be met.

58. *Mrs. Karp* asked whether, in view of the fact that the Convention defined the child as any human being below the age of 18 years, the Government was considering re-evaluating the distinction made in the juvenile justice system between children above and below 16 years of age. Paragraph 214 of the report indicated that, because youth care centres were not prepared to receive young offenders aged between 16 and 18 years, judges had to sentence them to imprisonment, although for reduced terms. There thus seemed to be a problem in finding alternatives to imprisonment. Even for children aged below 16 years, it seemed that juvenile courts existed only in the cities and that, in the rest of the country, children were brought before the regular courts. Were there plans to extend the network of juvenile courts?

59. She understood from paragraph 187 of the report that, because the focus in the juvenile courts was not on criminal responsibility or on securing a conviction, establishing the facts was considered less important and that, as a result, the child did not have the right to be represented by a lawyer. Could the Portuguese delegation elaborate on due process in juvenile courts, in view of

the fact that such courts had powers to sentence children to detention in an institution, and that was an infringement of their freedom?

60. *Mrs. Baptista Lopes* (Portugal) said that there was no possibility of the juvenile courts sentencing a child aged under 16 years to detention: for them, the regime was entirely one of protection. While it was true that there was no direct connection between the seriousness of the offence and the action taken by the court, that was because more emphasis was placed on the situation of the child in the context of its future development. Children were not accorded the same guarantees as adults where court procedure was concerned, but it was intended to reform legislation in that respect.

61. Although juvenile courts were concentrated in the major cities, in practice, any case involving a minor that came before an ordinary court would be referred to a juvenile court which had country-wide jurisdiction.

62. The possibility of raising the age of criminal responsibility to 18 was not currently being considered. The institutionalization of children who had been in conflict with the law was contemplated only as a last resort. It would be ordered not on the basis of the seriousness of the offence, but on the basis of whether or not the family was able to provide adequate care and education.

63. *Mr. Kolosov* said that he would appreciate information on the actual regime in institutions for juvenile offenders in Portugal, in view of the country's lack of resources. What kind of diet was provided, was there forced labour and were opportunities given for contact with families?

64. *Mrs. Clemente* (Portugal) said that there were currently some 100 young offenders aged between 16 and 18 years in detention in Portugal. A special prison existed for young people aged between 16 and 21 years guilty of minor offences, which provided education and training, as well as support programmes for drug addicts. Young offenders guilty of serious crimes were sent to another prison near Lisbon. So far it had not been possible to separate young offenders from adult prisoners.

65. Sentences of pre-trial detention were usually served in prisons in the regions, where detainees would be nearer their families. Family visits were encouraged, since they were considered important for the mental and psychological wellbeing of prisoners.

66. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that children aged below 16 years who had been in conflict with the law would be placed in training institutes or reception centres rather than in detention centres. There, care was taken to treat them as individuals and family visits, as well as home leave on weekends and holidays, were encouraged. The cost to the Government of care in such centres was \$2,000 per child per month. Any inhuman or degrading treatment

of children in such circumstances was now prohibited and, should it occur, the persons responsible would be disciplined or prosecuted.

67. She stressed that sentencing by the juvenile courts did not imply abdication of responsibility on behalf of the parents. Accordingly, family visits were encouraged as a way of maintaining parents' involvement.

68. *Mrs. Sardenberg* asked whether the budget allocated for juvenile justice was sufficient to provide an adequate infrastructure for dealing with children brought before the courts. Because of the lack of resources, were such children sent back to their families without anything being done to protect them from danger in future? When cases from rural areas were transferred from juvenile courts in the cities, were parents given help with travel expenses and where were children held while their case was being heard?

69. She was not clear why there was need for a separate regime for children aged between 16 and 18 years, since such children were usually petty offenders. Why should not the age of a child be defined on the basis of the Convention?

70. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that travel expenses for family visits were met by the authorities. Young people in institutions were not compelled to work. The problem was, rather, the lack of sufficient work opportunities, since the prison population in Portugal was fairly high. Prisoners did, however, receive a small salary for work done. Prisons were under the overall supervision of the Ministry of Justice, although institutions for juvenile offenders were administered by a separate department.

71. In reply to the question whether the Government intended to introduce guarantees for minors brought before the courts and whether it was intended to differentiate between measures to be applied to minors in danger and measures to be applied to minors guilty of offences, she said that Portugal had now revised its legislation on those points to bring it into line with the Convention. A bill to that effect was currently before Parliament. The reply to issues 30 and 31 was therefore in the affirmative.

72. *Mrs. Sardenberg* said she would welcome clarifications on the question whether street children in Portugal maintained ties with their families. It was known that, in some countries, they did maintain those ties.

73. *Mrs. Eufemio* said that the street children were being exploited for begging purposes. They lived in the street and were not abandoned by their parents. Mention had been made of Gypsies, who also used their children for begging, and she would like to know what was being done about that situation. In countries like the Philippines, people tended to give the beggar money because there was a child nearby and they felt pity for the child.

74. *Mrs. Gersão* (Portugal) said that street children constituted a fairly new problem, particularly in Lisbon. An institute with funds provided by the European Union was working to help those children. Money was also provided by the State. Some street children cut all links with their family, whereas others maintained contact with their family and went home occasionally. Their family were usually displaced persons, immigrants or Portuguese citizens who had left the countryside for the city.

75. Efforts were made to win the children's trust, to persuade them to renew their ties with their parents and to return to school. The results were quite encouraging because the majority of children had re-established contact with their families and many had returned to school.

76. Most of the children were aged between 14 and 18 years and many begged in towns. The first study which her organization had carried out had related to children who were victims of neglect and abuse and had then been extended to cover children who begged in towns. Her organization had developed an interdisciplinary project to help those children.

77. Under Portuguese law, begging was not a crime. However, it was a crime to exploit children for the purpose of begging. Therefore, parents who sent their children out to beg might well be committing a crime. While the problem had not disappeared, it was not so visible in the urban areas as before. Gypsy children begged with their mothers and the usual response by the public was to give them a little money.

78. *Mrs. Sardenberg* said it seemed that most children involved in child labour were concentrated by region, age group and activity. If that was so, she would like to know whether there was a comprehensive policy for that problem.

79. *Mrs. Eufemio*, referring to the question of child labour, asked whether the ILO was involved at all in Portugal and whether the Government intended to explore the possibility of eliminating or minimizing child labour.

80. *Mrs. Clemente* (Portugal), replying to a question by *Mrs. Karp*, said that, in June 1995, the Government had submitted a proposal to Parliament for the approval of ILO Convention No. 138. The question was still on the agenda of Parliament. The procedure would be approval of ratification by the Assembly and then a presidential decree.

81. With regard to the question of how many inspections had been made and how many children had been covered, she said that in 1990, there had been 4,900 visits and, in 1994, about 5,600. The number of children who were in fact child labourers had decreased from 230 in 1990 to 201 in 1994. Her organization was probably moving in the right direction and was no longer looking only for the symptoms, but was also trying to find the causes.

82. *Mr. de Santa Clara Gomes* (Portugal) said that, unlike the problem of street children, the problem of child labour was more difficult to eradicate. Considerable progress had been made in combating not only the phenomenon itself, but also the causes.

83. As far as Macao was concerned, the Convention was not applicable as such. However, in the territory's present circumstances, it was considered that China ought to be consulted. Of course, the subject had been raised in the joint Portuguese/Chinese Commission and it was hoped that an agreement would soon be reached on extending the Convention to Macao. It was also hoped that the Convention would be applicable before Macao had been integrated into China.

84. *Mrs. Sardenberg*, summarizing the Committee's tentative conclusions said the impression had been gained that Portugal was at a very important point in its history following the revolution, integration with the European Union and the establishment of a new Government.

85. Portugal was moving towards democracy and modernization, which would have a great impact on children. It was to be hoped that the situation would be reflected not only in the implementation of the Convention, but also in an improvement in the situation of children. She welcomed the many positive steps and decisions that had been stressed during the discussion. In that connection, she drew attention to the political will that Portugal had demonstrated in implementing the Convention. She referred to the 1 per cent increase in the educational budget for 1996, the extension of the preschool network, the increase in the duration of compulsory schooling, the decision to ratify the ILO Convention No. 138 and other decisions relating to child labour. The minimum wage programme would also have a major impact in many areas.

86. There was a need for the more dynamic implementation of article 4 in relation to international cooperation, but she welcomed the more active approach adopted in respect of cooperation with NGOs.

87. She recognized that it was important to provide information to refugee children about their rights in their own language. Consideration should also be given to the possibility of protecting the identity of children.

88. She hoped that the discussion had encouraged Portugal to reaffirm its political commitment and give priority to the social visibility that children in Portugal should have.

89. *Mr. de Santa Clara Gomes* (Portugal) thanked all members of the Committee for their patience and took note of the fact that they considered the

information provided to be useful, frank and open. That reflected his country's attitude towards the Committee and the fact that its delegation had come to the Committee in order to establish a dialogue and exchange views.

90. During the discussion, many of the problems his country faced had been seen in a new light. His country had done a great deal, but it was aware of its shortcomings and of the fact that it still had a great deal to do. The Committee's recommendations would be studied and submitted to the Government. The Committee's suggestion for a national discussion of the problems of children was most welcome and it should be noted that a study was being prepared on that subject. The study would certainly take account of the Committee's concluding observations.

91. He looked forward to receiving the Committee's written concluding observations and recommendations and thanked the members for their contribution and the attention they had given his country's problems.

92. *The Chairperson* said that the members of the Committee had learned a great deal about the problems Portugal faced and the progress it had made in connection with the implementation of the unique international Convention on the Rights of the Child. They had appreciated the delegation's openness during the discussion and the efforts Portugal was making to find new solutions.

ESTUDOS

MARIANA SOTTO MAIOR

Técnica Superior

do Gabinete de Documentação e Direito Comparado

**O DIREITO DE ACÇÃO POPULAR
NA CONSTITUIÇÃO
DA REPÚBLICA PORTUGUESA**

SUMÁRIO

NOTA INTRODUTÓRIA

I. O DIREITO DE ACÇÃO POPULAR CLÁSSICO

1. O direito de acção popular como instrumento de democracia participativa
2. Evolução histórica do direito de acção popular
3. O direito de acção popular clássico
 - 3.1. O direito de acção popular no Direito português

II. CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE ACÇÃO POPULAR

1. Antes da revisão de 1989
2. Depois da revisão de 1989

III. O DIREITO DE ACÇÃO POPULAR E OS INTERESSES DIFUSOS

1. Interesses difusos
2. Tutela dos interesses difusos
3. A tutela dos interesses difusos no direito português

IV. CONCLUSÕES

Nota introdutória

Já depois de concluída a elaboração do presente trabalho, apresentado no seminário de Direito Constitucional, subordinado ao tema “Democracia”, do Curso de Aperfeiçoamento Conducente ao Mestrado, na área de Ciências Jurídicas e Políticas, da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, em 1991/92, entrou em vigor a Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, com o propósito de regulamentar o direito de acção popular enunciado na Constituição da República Portuguesa.

O direito de acção popular é reconhecido como um instrumento essencial de realização da democracia participativa, pelo que a sua regulamentação veio colmatar uma grave lacuna nesta matéria. O pré-citado diploma, para além de disciplinar o direito de acção popular, tal como enunciado no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa, estabelece ainda regras sobre o direito de participação popular em procedimentos administrativos.

Assim, apesar de determinadas conclusões enunciadas na parte final do trabalho, nomeadamente as relativas à falta de regulamentação e aplicação do direito de acção popular, terem perdido a sua actualidade, decidiu-se manter a versão original intacta, atento a que o seu objecto é o regime do direito de acção popular na Constituição da República Portuguesa, o qual se mantém inalterado.

I. O DIREITO DE ACÇÃO POPULAR CLÁSSICO

1. O direito de acção popular como instrumento de democracia participativa

Nas democracias modernas, ao lado de um conceito de democracia representativa ou indirecta, em que a soberania popular se reconduz ao exercício do direito de voto, tem sido cada vez mais dado relevo ao instituto da participação.

O conceito de democracia representativa tem sido integrado pelo conceito de democracia participativa; o exercício do direito de voto é um dos momentos necessários mas não o suficiente para consentir que o povo participe no poder¹.

A expressão “participação” refere-se às formas de concurso dos cidadãos, individual ou colectivamente organizados, na tomada de decisões, expressando a existência ou previsibilidade de formas de expressão institucional dos seus interesses, ultrapassando os esquemas tradicionais da democracia representativa.

Um dos traços característicos da organização do poder político na Constituição reside na ampla consagração que têm as formas de democracia participativa.

¹ Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, *Direito Constitucional e Constituição da República Anotada* — “Se o poder político é exercido pelo povo, então é necessário assegurar aos cidadãos uma forma de participação directa e activa. Só que esta participação do povo dominante não se compadece com a colaboração intermitente, antes exige uma participação exigindo intervenção permanente que possibilite, não apenas uma democracia representativa mas uma autêntica democracia participativa. Ao alargar o papel da participação directa e activa do cidadão na vida política, a Constituição da República Portuguesa atribui valor normativo à ideia de democratização da democracia, alargando as formas de cidadania activa para além dos esquemas clássicos da democracia representativa”.

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democrática e no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objectivo a realização da democracia económica, social e cultural e *o aprofundamento da democracia participativa*.

O artigo 48.º, incluído no capítulo dos direitos, liberdades e garantias de participação política, dispõe que todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do País, directamente ou por intermédio dos seus representantes livremente eleitos.

Em reforço deste princípio, o artigo 112.º refere que a participação directa e activa dos cidadãos na vida política constitui condição e instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático, sendo tarefa fundamental do Estado Português assegurar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais.

Várias outras disposições constitucionais reforçam o princípio da democracia participativa, nomeadamente os artigos 54.º e 56.º relativos às comissões de trabalhadores e associações sindicais, o artigo 77.º, participação democrática no ensino, a alínea *f*) do artigo 80.º e a alínea *i*) do artigo 81.º, intervenção democrática dos trabalhadores, o artigo 210.º, júri e participação popular, o artigo 263.º, organização de moradores e os artigos 267.º e 268.º referentes à participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes digam respeito.

O direito de acção popular, consagrado constitucionalmente no n.º 3 do artigo 52.º da Lei Fundamental, no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias de participação política, é um instrumento de participação e intervenção democrática dos cidadãos na vida pública, de fiscalização da legalidade, de defesa dos interesses das colectividades e de educação e formação cívica de todos. É, assim, consagrada uma forma peculiar de participação dos cidadãos, individual ou colectivamente organizados ², na defesa e preservação de valores essenciais, por pertencerem a uma mesma colectividade ³. Para além do papel que poderá desempenhar no aperfeiçoamento da mentalidade política dos cidadãos, “incutindo-lhes um sentimento de participação activa na vida

² Até à revisão constitucional de 1989 o direito de acção popular, consagrado no artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa, só podia ser exercido a título individual, por qualquer cidadão; com a nova redacção deste artigo, este direito é concedido a todos, individual ou colectivamente considerados.

³ Rafael Bielsa, *A acção popular e o poder discricionário da administração* — A acção popular é educativa e o seu exercício faz do cidadão uma espécie de “cavaleiro cruzado”, um colaborador da legalidade e moralidade administrativa; é uma forma de educar juridicamente o povo.

pública, não apenas dentro de certa periodicidade eleitoral, responsabiliza os governantes pela amplitude do reexame jurisdicional que integra ⁴”.

Considerando o direito de acção popular como um instituto essencialmente político, que alarga o exercício de funções públicas para além dos órgãos a quem normalmente o seu exercício está confiado, o Dr. Robin de Andrade, acentuando o carácter participativo que lhe está imanente, acaba por integrar o direito de acção popular como um instrumento de democracia directa, a par do referendo ⁵.

Visto como um instituto essencialmente democrático, constata-se que nos regimes totalitários tende-se à sua supressão ou restrição, de maneira a excluir a participação dos cidadãos na vida pública. Por esta razão, alguns autores consideram que as acções populares são um corpo estranho àqueles regimes ⁶, sendo qualificados, quando legalmente previstos, de “flores exóticas”, pois a “sua eficácia só se compreende num sistema político em que cada cidadão se preocupa pelas coisas públicas como pelos seus próprios negócios ⁷”.

Com a nova redacção do n.º 3 do artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa, que procedeu ao alargando do conteúdo do direito de acção popular, reforçam-se os instrumentos de participação dos cidadãos na vida pública, aprofundando-se a democracia participativa, como enunciado no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa.

Por outro lado, se o acesso ao direito e aos tribunais é um direito de todos, ganha dimensão o direito à participação de cada um na realização da justiça.

2. Evolução histórica do direito de acção popular

Ao lado de acções privadas, visando a tutela de interesses particulares, o direito romano concebeu uma categoria de acção, denominada de “actio popularis”. Este tipo de acção conferia, a qualquer cidadão isolado, em determinadas circunstâncias, legitimidade para instaurar processos, visando a tutela de interesses públicos.

⁴ Fagundes, Seabra, “Acções populares”, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. III, pág. 216.

⁵ Cfr. Paladín, *Azione Popolare* — A acção popular, enquanto meio de participação do povo em certos momentos da actividade administrativa, poderia ser feita entrar, a par do referendo e da iniciativa legislativa popular, na figura geral dos institutos de democracia directa.

⁶ Cfr. José Marques, *As acções populares no direito brasileiro*, bibl. citada.

⁷ Cfr. Néelson Carneiro, *Das acções populares civis no direito brasileiro*, bibl. citada.

Para além de defesa e reestabelecimento da legalidade, a “*actio popularis*”⁸ era considerada uma faculdade de fiscalização cívica, fazendo do cidadão um defensor da legalidade e moralidade, revelando o seu carácter educativo e cívico.

Este tipo de acção predominou no campo do direito penal⁹, facultando a todos os cidadãos a acção processual dos delinquentes, independentemente de interesse pessoal e directo. Foi também largamente utilizada no campo do direito civil, sendo exemplos típicos a “*actio pro libertate*”, para defesa da liberdade, “*actio pro tutela*”, em defesa dos interesses do pupilo ou, aquando da apropriação indevida, em proveito próprio, de bens do domínio público.

No entanto, o precedente mais directo da acção popular supletiva, foi introduzido por Justiniano. Com efeito, nesta época, este direito era facultado a qualquer cidadão e destinava-se a exigir o pagamento de um legado pio feito a uma instituição de beneficência (*actio ad pio causas*), quando os respectivos administradores o não fizessem.

A grande relevância e expansão que este instituto teve no direito romano resulta da conexão existente entre interesses do Estado e dos cidadãos. Na época, não tinha ainda sido desenvolvida uma noção precisa da personalidade jurídica do Estado, que se identificava substancialmente com a do povo, dando lugar a uma interpenetração de interesses; a defesa do interesse geral não cabia ao Estado como entidade distinta, mas aos cidadãos¹⁰.

Por esta razão, Fadda¹¹ afasta a natureza procuratória que tradicionalmente se atribui a este instituto ou, pelo menos configura uma forma de representação *sui generis*, considerando que a lesão do interesse público é também lesão, directa ou indirecta, do interesse particular do cidadão, agindo aquele concorrentemente para defesa do interesse próprio e do interesse geral¹².

Não tendo relevância no direito medieval, onde apareceu por força do direito comum romano, esta categoria de acção, desapareceu com o regime feudal.

⁸ Quanto à natureza jurídica do meio utilizado, podemos distinguir entre *actiones* e *interdicta popularis* (*interdicta res sacra eres publica*).

⁹ *Actio de sepulcro violato; actio de bestiis; actio de deiectis et effusis*.

¹⁰ Revelador do forte sentimento que possuíam os romanos do seu direito, demonstrando elevado espírito público, o jurista Paulo escrevia: *Reipublicae interest quam plurimum ad defendam suam causam*.

¹¹ Fadda, *Le azione popolare*, Torino, 1894.

¹² No entanto, sublinha Crisafulli, a doutrina dominante quando da introdução das primeiras medidas legislativas no direito moderno, atribuíu carácter procuratório àquele tipo de acção, inspirando nesse sentido o legislador italiano (bibl. citada).

A posterior utilização deste instituto aparece no direito moderno, primeiro no Reino Unido, devido a vigorar em matéria penal o princípio da acusação privada, sendo depois introduzida no Continente Europeu, pela Lei Belga de 30 de Março de 1936 e pela Lei Francesa de 18 de Julho de 1937, em matérias relacionadas com direito eleitoral, administração local e beneficência pública.

Com a democracia liberal surge uma nova forma de acção popular, a acção popular correctiva, com a finalidade de fiscalizar a legalidade dos actos emanados dos órgãos da administração.

3. Conceito clássico de acção popular

O direito de acção popular é um direito de acção judicial, em que a legitimidade não é averiguada de modo concreto e casuístico, afastando-se a noção de interesse directo e pessoal ¹³, sendo antes aferida em termos gerais e abstractos, a partir da integração objectiva de certas qualidades ou, inserção em determinada categoria de indivíduos ¹⁴.

O interesse a prosseguir deve ser suficientemente difuso e geral para não se identificar com o interesse pessoal do seu agente. Está em causa a prossecução dum interesse público, pois, é a partir da noção de colectividade política que se opera a atribuição do direito de acção popular.

Na definição do Dr. Robin de Andrade, no seu trabalho sobre *A acção popular no Direito Administrativo Português*, o direito de acção judicial conferido pelo direito de acção popular é um direito autónomo à prestação de uma actividade jurisdicional, por parte dos órgãos competentes do Estado, traduzindo-se na atribuição de um direito subjectivo.

Contudo, e apesar de direito autónomo, não é de carácter abstracto e desprovido de finalidade, sendo a garantia de determinado direito substantivo material.

Embora independentes e conceitualmente diferentes, o direito de acção judicial é complementar e instrumental relativamente ao direito subjectivo que se visa prosseguir.

Devido à existência de regras no ordenamento jurídico, com base nas quais a iniciativa processual não pode fundar-se em interesses genéricos, o direito de acção popular traduz-se numa excepção à regra da legitimidade pro-

¹³ Cfr. n.º 1 do artigo 26.º do Código de Processo Civil, artigo 821.º do Código Administrativo e artigo 46.º do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo.

¹⁴ Como a qualidade de cidadão, contribuinte ou eleitor.

cessual. É uma figura de aplicação excepcional e taxativa, não podendo ser exercida fora dos casos estabelecidos pelo legislador.

Como características específicas deste direito, podemos apontar ser um direito de acção judicial, de carácter excepcional e taxativo, que implica desvio às regras gerais da legitimidade processual, tendo como finalidade a prossecução de interesses públicos e não pessoais, traduzindo-se num elemento de participação activa dos cidadãos na vida política da colectividade, onde se encontram inseridos.

De acordo com definição do Prof. Marcelo Caetano, a acção popular é uma faculdade de fiscalização cívica, concedida a determinados indivíduos que satisfaçam certos requisitos de legitimidade, para, usando a via contenciosa, obterem a anulação de resoluções administrativas que considerem lesivas de interesses de colectividades locais ou, actuando em nome próprio e no interesse das autarquias, intentarem acções no foro judicial, necessárias para manter, reivindicar e reaver bens ou direitos do corpo administrativo.

Por esta definição são abrangidas as duas modalidades típicas de acção popular: acção popular supletiva, que visa suprir a inércia dos órgãos administrativos e, acção popular correctiva, forma de contencioso objectivo que tem por finalidade a defesa da legalidade administrativa.

Estas duas modalidades de acção popular, assim qualificadas por possuírem as características comuns antes enunciadas, são figuras conceitualmente diferentes. Por esta razão, a doutrina mais recente tem-lhes conferido tratamento autónomo.

Os autores que conferem tratamento unitário ao instituto da acção popular, tendem a integrar as duas modalidades antes descritas na figura da substituição processual¹⁵. Com fundamento em que o actor popular age em nome próprio, mas em defesa de um direito alheio, consideram, que de um ponto de vista processual se está perante a figura da substituição processual, defendendo o sujeito activo o direito da Comunidade de que faz parte integrante, configurando-se, assim, uma forma de exercício privado de funções públicas¹⁶.

A atribuição de natureza procuratória ao direito de acção popular, integrando-a na figura da representação, não logrou aceitação. Desde logo se rejeitou que o agente da acção popular prosseguisse em juízo um direito do Estado à legalidade, constituindo-se seu representante ou, que fosse considerado

¹⁵ Cfr. José Frederico Marques, obra citada, e Seabra Fagundes, "A posição do autor nas acções populares", bibl. citada.

¹⁶ Zanobini — *L'Esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*.

órgão ocasional do Estado. A qualidade de representante requer uma actuação em nome e interesse alheio, respeitando determinado formalismo, o que não se verifica no caso do direito de acção popular.

Constatando que a figura da substituição não se adaptava à modalidade de acção popular correctiva, Chiovenda, na sua obra “Principi di Diritto Processuale Civile”, seguido por grande parte da doutrina e da jurisprudência, procedeu à análise separada das duas figuras, por serem conceitualmente distintas¹⁷. A distinção entre estas duas categorias de acção já não assenta no critério da legitimidade passiva¹⁸, estando antes intimamente ligado à natureza jurídica destas figuras.

Com base nesta distinção, a doutrina mais recente considera que na **acção popular correctiva** estamos perante a atribuição de um direito subjectivo, de natureza cívica e com carácter político. O indivíduo, na qualidade de cidadão, é titular de um interesse geral e objectivo na legalidade e, face ao reconhecimento e protecção jurídica conferido pela atribuição do direito de acção popular, passa a ser titular de um direito subjectivo de carácter cívico.

Quanto à **acção popular substitutiva** é a doutrina unânime em considerar esta figura um caso típico de substituição processual. O agente da acção popular prossegue em seu nome, risco e interesse próprio o direito de outra entidade, configurando-se uma forma de exercício privado de funções públicas.

3.1. *O direito de acção popular no Direito português*

Em Portugal, assim como no resto da Europa, existia nas *Ordenações* a figura da acção popular no campo do direito penal e a acção popular supletiva, destinada a reagir contra quem se apossasse ilegitimamente de caminhos e servidões.

¹⁷ Cfr. Andrea Lugo, Crisafulli, Paladín e em Portugal o Dr. Robin de Andrade, bibliografia citada. Crisafulli distingue as duas figuras, acentuando que na acção popular correctiva o autor deve fazer valer um interesse público na observância da legalidade. No entanto, acaba por reconduzir as duas formas de acção popular à figura da substituição processual, mais concretamente ao exercício privado de funções públicas.

Diferente posição é a adoptada por Paladín. Para este autor, deve ser tido em consideração o fundamento político subjacente à atribuição deste direito, ou seja, a participação de todos os cidadãos na formação da vontade do Estado. Das normas constitucionais que fazem do povo o ponto jurídico de referência dos poderes soberanos (princípio da soberania popular), resulta com clareza que o autor popular não se substitui ao direito de outrem, mas é o verdadeiro titular daquele direito. A atribuição do direito de acção popular reconhece o interesse fundamental do cidadão na legalidade, acrescentando um novo direito à sua personalidade jurídica.

¹⁸ Com base na qual na acção popular supletiva esta é interposta contra um terceiro que violou os direitos da administração e na acção popular correctiva o sujeito passivo é a própria administração.

O Código Administrativo de 1940¹⁹, na sequência de disposições análogas nos diversos códigos administrativos, consagra três disposições referentes ao direito de acção popular, nas modalidades de acção popular supletiva²⁰ e acção popular correctiva²¹.

No primeiro caso, qualquer contribuinte pode defender no foro civil os bens e direitos da autarquia que hajam sido ameaçados ou lesados por terceiros, quando os seus órgãos, depois de para tal instados, não tenham dentro de certo prazo tomado as medidas adequadas. Sendo uma forma de contencioso subjectivo, não estão em causa meros interesses gerais à legalidade, mas interesses concretos, tendo de ser alegados os prejuízos efectivamente sofridos, pela entidade cujo interesse se prossegue. O agente da acção popular prossegue em seu nome, risco e interesse, o direito da autarquia, sendo considerado seu substituto. Em derrogação dos princípios da legitimidade, atribui-se o direito de acção judicial a entidades que não são titulares desse direito, configurando-se uma forma de exercício privado de funções públicas.

Na acção correctiva, o sujeito passivo é o ente administrativo, visando-se a impugnação da legalidade dos seus actos e o recurso de actos eleitorais. Em ambos os casos, está patente a presunção de um interesse legal a prosseguir, sendo a legitimidade atribuída em termos gerais e abstractos ou por categoria²².

¹⁹ Decreto-Lei n.º 31 095, de 31 de Dezembro de 1940.

²⁰ *Artigo 369.º do Código Administrativo:*

Qualquer contribuinte, no gozo dos seus direitos civis e políticos, pode intentar, em nome e no interesse das autarquias locais em que tiver domicílio há mais de dois anos, as acções judiciais necessárias para manter, reivindicar ou reaver bens ou direitos do corpo administrativo que hajam sido usurpados ou de qualquer modo lesados.

1 — As acções referidas neste artigo só podem ser intentadas quando o corpo administrativo as não tiver proposto nos três meses posteriores à entrega de uma exposição circunstanciada acerca do direito que se pretende fazer valer e dos meios probatórios de que dispõe para o tornar efectivo.

2 — Os que obtiverem vencimento, no todo ou em parte, nas acções de que trata este artigo terão direito ao reembolso das quantias que houverem gasto com o pleito, até 2/3 do valor real dos bens ou direitos mantidos ou readquiridos.

²¹ *Artigo 822.º do Código Administrativo:*

A qualquer eleitor, ou contribuinte do Estado, no gozo dos seus direitos civis ou políticos, é permitido recorrer das deliberações que tenha por ilegais, tomadas pelos corpos administrativos das circunscrições em que se ache recenseado, ou por onde seja colectado e, pelas demais entidades referidas nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 820.º com jurisdição na mesma área.

Artigo 826.º do Código Administrativo:

Pode qualquer eleitor, nos termos estabelecidos na lei eleitoral, interpor os recursos enumerados nos n.ºs 9, 11 e 12 do artigo 820.º

²² Os requisitos de legitimidade para a interposição deste recurso, nos termos do artigo 822.º do Código Administrativo, são os seguintes: a qualidade de eleitor ou contribuinte das contribuições directas do Estado, o gozo dos direitos civis e políticos e a necessidade de o actor popular se encontrar recenseado (caso seja eleitor) ou colectado (caso seja contribuinte), na circunscrição administrativa onde exerce jurisdição a autoridade cujo acto administrativo se visa impugnar — Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de Dezembro de 1989, processo n.º 26 984.

O interesse a prosseguir é preconcebido abstractamente pela lei, em certo número de pessoas bem diferenciadas e com características específicas (eleitor ou contribuinte) a quem se atribui objectivamente esse direito de acção judicial. O contencioso tem natureza objectiva, não carecendo o actor popular de invocar o prejuízo concreto, quer relativamente à sua esfera pessoal, quer relativamente ao interesse da colectividade. Não quer isto dizer que da protecção do interesse público não possa advir uma protecção reflexa de interesses privados.

II. CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE ACÇÃO POPULAR

1. Antes da revisão de 1989

A Constituição da República Portuguesa, na redacção original, consagrou no n.º 2 do seu artigo 49.º, o direito de acção popular, dispondo: “**É reconhecido a todos o direito de acção popular, nos casos e termos previstos por lei**”²³.

Com a revisão constitucional de 1982, embora formalmente o direito de acção popular passe a constar do n.º 2 do artigo 52.º, nada se inovou quanto ao seu conteúdo, continuando a ser remetida para lei a delimitação geral deste direito.

Em outros preceitos constitucionais, nos n.ºs 3 dos artigos 66.º²⁴ e 78.º, consagra-se o direito de acção popular em matérias específicas, ambiente e património cultural, reconhecendo-se, respectivamente, o direito conferido a todos, de promover, nos termos da lei, a prevenção ou cessação de factores de degradação do ambiente e do património cultural, estipulando-se, no que se refere a matérias ambientais, o direito à correspondente indemnização, em caso de lesão directa.

O artigo 33.º, referente ao direito de *habeas corpus*, consagra um direito específico de acção popular penal.

²³ Anteriormente só o artigo 124.º da Carta Constitucional, de 28 de Abril de 1826, consagrava uma forma de acção popular, contra os magistrados, em caso de suborno, peita, peculato e concussão, que podia ser intentado pelo queixoso ou por qualquer um do povo.

²⁴ A Lei de Bases do Ambiente acaba por ser mais restrita atribuindo esse direito unicamente aos cidadãos directamente lesados ou ameaçados, conferindo-lhes legitimidade para pedirem, nos termos gerais.

Na I Legislatura o Partido Comunista Português apresentou um projecto de regulamentação legal do dispositivo constitucional referente ao direito de acção popular ²⁵, projecto este que não logrou aprovação. Após as eleições de 1979, o projecto de lei em questão foi duas vezes reapresentado ²⁶, o mesmo acontecendo na II e III legislaturas ²⁷, mas, em nenhum caso, as iniciativas legislativas deram origem à regulamentação do artigo 52.º

Este projecto de diploma legal tinha como finalidade, conforme referido na discussão na generalidade do projecto na Assembleia da República, pelo deputado Dr. Vital Moreira, o reforço da ideia de responsabilidade colectiva dos cidadãos na manutenção e defesa da legalidade democrática, através da regulamentação das duas modalidades de acção popular clássica. No seu artigo 1.º (legitimidade no recurso contencioso), era reconhecida a qualquer cidadão, no gozo dos seus direitos civis e políticos, a possibilidade de interpor recurso contencioso, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios que tenham por objecto a nomeação para cargos ou funções públicas ou políticas, a concessão de subsídios e isenções fiscais, alienação ou cessação de exploração de bens do domínio público e revogação de actos de expropriação.

Não deixando de consagrar uma visão tradicionalista do direito de acção popular, aquele direito era extensivo a toda a Administração e não somente à Administração Local, sendo amplamente alargado o seu objecto a matérias tradicionalmente incluídas no “âmbito da acção administrativa que ao Governo fundamentalmente compete”. Com este fundamento, considerou-se que o projecto limitava de forma bastante gravosa o exercício de funções do Governo, razão fundamental pela qual o projecto nunca foi aprovado.

Por outro lado, confere-se legitimidade a qualquer cidadão para intentar as acções judiciais necessárias para manter, reivindicar ou reaver bens ou direitos das autarquias e regiões autónomas, que hajam sido usurpados ou de qualquer modo lesados.

A falta de regime legal adequado levou a que, em alguns domínios, onde se mostrou mais necessário, tivesse o direito de acção popular sido concretizado, através de medidas legais avulsas, encontrando-se, na prática, diminuída a possibilidade do seu exercício, que se restringe às hipóteses consagradas no Código Administrativo, no âmbito do contencioso local.

²⁵ Projecto de Lei n.º 146/I.

²⁶ Projecto de Lei n.º 334/I.

²⁷ Projectos de Lei n.ºs 3/II e 355/III.

As matérias em que o direito de acção popular foi consagrado, em legislação ordinária, relacionam-se directamente com a protecção de interesses difusos e colectivos, sendo de referir o artigo 59.º da Lei do Património Cultural ²⁸ e a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei que garante os direitos das associações de mulheres ²⁹, que dispõe terem estas legitimidade para exercer o direito de acção popular, em defesa dos seus direitos.

Em ambos os casos, o exercício deste direito é exercido nos termos do artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa, pelo que, estando dependente da sua regulamentação, ainda não tiveram aplicação prática.

2. Depois da revisão de 1989

Com a revisão constitucional de 1989, o n.º 3 do artigo 52.º reuniu num único preceito as hipóteses em que, de uma forma dispersa, era afluído no texto anterior, o direito de acção popular, eliminando as disposições específicas dos n.ºs 3 dos artigos 66.º e 78.º, relativos a matéria ambiental e património cultural.

De acordo com a nova redacção deste preceito constitucional é **conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e a qualidade de vida ou a degradação do património cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização.**

O novo regime do artigo 52.º, ampliando consideravelmente o âmbito do direito de acção popular, faz aparecer sob a qualificação unitária de acção popular, duas figuras de recorte distinto. Por um lado, subsiste o tradicional instituto da acção popular, referenciado à actividade da Administração, ora como meio de suprir a sua inércia, ora como reacção à prática de actos ilegais. O direito de acção popular é também consagrado como instrumento de tutela dos interesses colectivos e difusos.

A Constituição introduz, na opinião do Dr. Colaço Antunes, uma acção popular especial que não se confunde com a acção popular tradicional, confi-

²⁸ Lei n.º 13/85, de 6 de Julho, que dispõe: “qualquer cidadão no uso dos seus direitos civis, bem como qualquer associação de defesa do património legalmente constituída tem, nos casos e termos definidos na lei, o direito de acção popular em defesa do património cultural”.

²⁹ Lei n.º 95/88, de 17 de Agosto.

gurando uma nova acção para a tutela dos interesses plurindividuais, designada por “acção popular de massas”³⁰.

As precisões introduzidas no novo texto constitucional tiveram como propósito aprofundar e desenvolver as condições de acesso à justiça e reforçar a tutela de interesses difusos. Estas opções foram determinadas pelo acordo político de revisão celebrado entre o Partido Social-Democrata e o Partido Socialista, em 14 de Outubro de 1988, no qual os dois partidos assumiram o compromisso de “**consagração do direito de acção popular em defesa dos direitos dos consumidores, protecção do ambiente, qualidade de vida e património cultural, a exercer nos termos da lei**”.

Em termos gerais pode-se referir:

- A formula “é reconhecido a todos” foi substituída pela que figurava nos artigos 66.º, n.º 3, e 78.º, n.º 3, onde se estipulava “é conferido a todos”;
- clarificou-se que se tratava de um direito de exercício individual ou colectivo; assim, o texto constitucional atribui este direito, individualmente a todos os cidadãos, independentemente de serem atingidos nos seus direitos e interesses subjectivos, sem necessidade de demonstrar qualquer lesão pessoal, bem como às associações de defesa dos interesses em causa³¹.
- o direito de indemnização, reconhecido constitucionalmente quanto às questões ambientais, surge generalizado quanto às matérias enumeradas neste artigo.

O novo artigo 52.º enumera, exemplificativamente, as matérias objecto do direito de acção popular, ou seja, infracções contra a saúde pública, degradação do ambiente e qualidade de vida e degradação do património cultural.

³⁰ Na regulamentação deste direito, a legitimação principal deveria caber às associações e entes intermédios que tenham como fim estatutário a defesa dos interesses difusos, sem prejuízo da legitimidade de todo e qualquer particular, como acontece com as “class actions” do direito norte-americano. A legitimidade principal não deveria caber ao Ministério Público que, pela sua colocação no âmbito da Magistratura não pode assumir, como é necessário, uma posição de protagonismo cívico. A nível processual, devia ser criado um processo padrão, que garanta a inexistência de fraudes ou extorsões baseadas no poder legal que este direito confere, como o controlo da representação adequado do proponente, com normas processuais específicas, nomeadamente no que se refere aos poderes do juiz, ónus da prova e eficácia *erga omnes* do caso julgado. — Cfr. Colaço Antunes, *Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos e a tutela dos interesses difusos e o acesso ao direito e à justiça*.

³¹ Cfr. com *A tutela dos interesses difusos no Direito Brasileiro*, Ada Grinover. A legitimação é limitada aos cidadãos. As pessoas colectivas não estão legitimadas para a interposição desta acção, assim como não o está o Ministério Público.

Embora de diversos projectos constasse a referência à protecção dos direitos dos consumidores e, contrariamente ao previsto no Acordo de Revisão, não constam os mesmos do elenco do n.º 3 do artigo 52.º, por ser aquela uma área que poderia conduzir a um uso generalizado do direito de acção popular, afectando matérias muito ligadas a questões de autonomia privada.

Assim, alguns autores consideram que os cidadãos apenas poderão agir como partes principais quando estejam em jogo interesses dos consumidores que se identifiquem com a saúde pública, carecendo, contudo, de legitimidade para desencadear acções judiciais quando estejam em causa interesses de ordem meramente económica ³².

No entanto, parece poder retirar-se do n.º 3 do artigo 52.º, através da utilização do advérbio “nomeadamente”, que a enumeração aí prevista não é exaustiva, mas exemplificativa.

Relativamente ao conteúdo do direito de acção popular, a Constituição da República Portuguesa refere a prevenção e cessação das infracções e perseguição judicial das mesmas.

Esta foi uma das questões que maior polémica provocou na Assembleia da República, quando da discussão na generalidade dos projectos lei de regulamentação deste artigo, apresentados pelo Partido Socialista e Partido Comunista Português.

Defendem alguns autores, nomeadamente o deputado José Magalhães ³³, que a 2.ª revisão quis conferir uma dimensão procedimental ao direito de acção popular, parecendo legítimo falar não de uma ampliação mas de uma renovação do conceito clássico de acção popular, com vastíssimas implicações no campo do procedimento. A acção popular já não tem o sentido clássico, não se limita a um direito de intervenção junto dos Tribunais, sendo também um direito de agir junto da Administração pública, através de procedimentos que devem ser expeditos e sumários para serem eficazes.

A confirmar a sua teoria afirma que reduzir o direito de acção popular consagrado no n.º 3 do artigo 52.º a um direito de acção judicial seria um recuo, porque o antigo artigo 66.º da Lei Fundamental, anterior à revisão constitucional, previa a concessão a todos do direito de promover, nos termos da lei, a prevenção ou cessação de factores de degradação do ambiente e nunca se atendeu a que tal tivesse de concretizar-se através dos tribunais.

³² Cfr. Carlos Lopes do Rego, *Reflexos imediatos da consagração constitucional do direito de acção popular*, bibliografia citada.

³³ Discussão na generalidade dos Projectos-Lei n.º 465/IV e 480/IV (*Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 46, de 21 de Fevereiro de 1990) e “O ambiente de perdição”.

Em sentido contrário, defende-se que o direito de acção popular não pode perder a sua característica principal, ou seja, consubstanciar-se num direito de acção judicial. É problemático estender o seu âmbito a áreas de pura intervenção administrativa e procedimental. O ampliar do objecto do direito de acção popular seria duvidoso porque a Constituição da República Portuguesa em primeiro plano fala de direito de acção e depois de perseguição judicial, querendo o termo judicial qualificar todas as figuras antes referidas, a promoção, a prevenção e cessação.

Também numa Conferência sobre interesses difusos, promovida pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público³⁴, se refere que o conteúdo do direito de acção popular consiste na adopção de providências jurisdicionais, através dos procedimentos cautelares adequados à prevenção e cessação de infracções e perseguição judicial das mesmas.

Apresentados dois projectos de lei, pelo Partido Comunista Português³⁵ e Partido Socialista³⁶, a Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias foi de parecer estarem ambos em condições de subir a plenário³⁷, pelo que em Fevereiro de 1990 se procedeu à sua discussão na generalidade.

Sendo substancialmente diferentes, a diversidade das soluções delineadas, levou a que ainda não merecessem o consenso necessário à sua aprovação.

No projecto apresentado pelo Partido Comunista Português prevê-se, numa certa linha de continuidade com o primeiro projecto apresentado, a “legitimidade em processo administrativo” e “na acção judicial”, mantendo-se, ainda que com conteúdo alargado, as tradicionais formas de acção popular.

No que se refere ao objecto do direito de acção popular acrescenta-se ao elenco constitucional a protecção dos direitos dos consumidores.

Quanto ao regime processual, remete-se esta matéria para leis processuais específicas, consagrando-se, na sequência do defendido pelo deputado José Magalhães, o direito de participação procedimental, a regulamentar por lei especial.

O projecto apresentado pelo Partido Socialista reconhece que, embora exista estreita afinidade entre o direito de acção popular e a protecção dos interesses difusos, pois é precisamente para a protecção daqueles interesses

³⁴ Cfr. Carlos Lopes do Rego, obra citada.

³⁵ Projecto n.º 480/IV, *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 13, de 20 de Janeiro de 1990.

³⁶ Projecto n.º 465/IV, *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 21, de 17 de Fevereiro de 1990.

³⁷ Pareceres da Comissão dos Assuntos Constitucionais de Direitos, Liberdades e Garantias, *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.ºs 21 e 22, de 17 e 23 de Fevereiro de 1990, respectivamente.

que a acção popular se mostra mais interessante, existem diferenças fundamentais³⁸, que levam a que seja previsto regime processual específico para a tutela dos interesses difusos, regendo-se os restantes casos de acção popular pelas normas que lhes são próprias.

Esta posição, reflecte as diferenças entre a tradicional acção popular e a “acção popular de massas”, consagrando-se regras específicas para a protecção dos interesses difusos.

Este projecto consagra especificamente a legitimidade do Ministério Público.

Com o ampliar do conteúdo do direito de acção popular à tutela dos interesses difusos será de prever que, dentro em breve, se chegue ao consenso necessário na Assembleia da República quanto à sua regulamentação.

Só com a concretização deste direito por legislação ordinária, se poderá chegar a conclusões sobre o real conteúdo conferido ao direito de acção popular, ficando a sua maior ou menor amplitude na disponibilidade do legislador ordinário que se encontra obrigado a não inviabilizar o seu exercício.

III. DIREITO DE ACÇÃO POPULAR E INTERESSES DIFUSOS

De tudo o atrás referido parece poder inferir-se que o legislador constituinte teve o propósito de ampliar ou, densificar, o conceito clássico de acção popular.

Da redacção dada ao n.º 3 do artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa, assim como do relatório da Comissão Eventual de Revisão Constitucional, se verifica a intencionalidade de inscrever no quadro constitucional a tutela dos chamados direitos colectivos, fragmentados ou difusos, através de um novo esquema jurídico de protecção de tais direitos.

No entanto, a formulação adoptada não prima pela limpidez e concludência. Desde logo estabelece-se uma patente ambiguidade entre o que é classicamente tido por acção popular e o que se deverá supor ser a protecção de interesses difusos. É patente que se quis ir para além das acções populares “clássicas” ou “puras”, das “citizen suits” do direito norte-americano ou das “popularklagen” do direito alemão, embora sem prejuízo destas. No preceito

³⁸ “A diferença principal entre acção popular e tutela de interesses difusos consiste afinal em que o titular do direito de acção popular não tem necessariamente de ser titular dos interesses em causa, enquanto na acção popular de interesses difusos é lógico que em princípio o seja”. Projecto de Lei n.º 465/V, Exercício do direito de acção popular.

constitucional contém-se, ao que tudo faz crer, sem grande rigor conceitual, como que uma “miscigenação” das acções populares, no sentido convencional, e das acções de grupo, em defesa de interesses indirectos ³⁹.

A adopção do direito de acção popular como instrumento adequado e eficaz à protecção destes interesses, vem na sequência do preconizado por alguns autores que acabam por concluir que o “instrumento tem potencialidades muito mais ricas do que a lei lhe confere, podendo alargar-se à tutela das acções colectivas para defesa de interesses difusos” ⁴⁰.

1. Interesses difusos

Têm sido avançadas várias definições para a categoria dos interesses difusos, podendo-se dizer que será o interesse, juridicamente reconhecido, de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos, eventualmente unificada mais ou menos estreitamente com uma comunidade e que tem por objecto bens não susceptíveis de apropriação exclusiva ⁴¹.

A necessidade de proteger uma série de interesses plurindividuais, que não são protegidos pelos instrumentos clássicos, fez nascer a noção de interesses difusos, em áreas conexas com a atribuição de direitos económicos, sociais e culturais, sem que com eles se confundam, nomeadamente em matérias relacionadas com o ambiente, consumidores e património cultural.

No entendimento geral e de acordo com o consagrado constitucionalmente, o interesse difuso é um direito subjectivo público, porquanto confere um poder-dever por parte do Estado. É ainda direito de carácter positivo, pois pode levar à inconstitucionalidade por omissão, mas também negativo, traduzindo-se, neste caso, na abstenção por parte do Estado ou de terceiros de acções atentatórias aos direitos conferidos. Estas normas, não são meramente programáticas, pois estabelecem condições materiais e institucionais necessárias à participação do cidadão e à sua realização pelos poderes públicos.

³⁹ Raposo, Mário, *Os direitos das pessoas e o interesse geral*, Provedoria de Justiça, 1991.

⁴⁰ Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, edição anterior à revisão constitucional de 1989, e Colaço Antunes, bibliografia citada.

⁴¹ Os interesses difusos não pertencem a uma pessoa isolada ou grupo delimitado de pessoas mas a uma série indeterminada ou de imprecisa determinação; os seus titulares não estão ligados por um vínculo jurídico definido. Como refere Giannini, no dia em que o interesse difuso encontrar um portador será um interesse colectivo. Este interesse inscreve-se simultaneamente na esfera jurídica de cada cidadão e integra o património do grupo. Quanto ao seu objecto, este traduz-se num bem indivisível, no sentido de ser insusceptível de divisão em quotas atribuídas individualmente a cada um dos interessados e insusceptível de esgotamento.

Ainda que muitos autores considerem que interesses difusos e interesses colectivos são sinónimos, pois, assentam na ideia de interesse público, deve ser feita, na opinião do Dr. Colaço Antunes, clara distinção entre os conceitos. Os interesses colectivos têm um portador, concreto e determinado, tendo como base uma estrutura organizativa que surge de uma relação de interesses estabelecida para a prossecução de um fim comum, existindo uma estrutura tendencialmente unitária do colectivo, podendo assim ser considerado um interesse privado, de um grupo ou de uma categoria. Quanto aos interesses difusos apresentam-se sem sujeito concreto, indeterminados, não só quanto ao sujeito mas também quanto ao objecto, traduzindo de forma plural e heterogénea o interesse público. Por outro lado, e referindo-se a formas de tutela judicial, o interesse colectivo é um interesse juridicamente tutelado, ao contrário do interesse difuso.

Este autor refere também que a doutrina italiana distingue entre interesses difusos em sentido próprio e impróprio. Os direitos difusos em sentido impróprio são aqueles em que não se verifica a coexistência de todos os caracteres do interesse difuso, porque a ordem jurídica atribui a sua titularidade a determinado ente público ou privado, transformando-os em interesses colectivos.

Sendo grande a ambiguidade terminológica entre interesses difusos e interesses colectivos, não se afigura ser a mesma relevante no âmbito deste trabalho, pois não parece que fosse intenção do legislador constituinte distingui-las conceitualmente, mas sim procurar adequada tutela jurisdicional à defesa dos interesses difusos e colectivos, focando-se antes a titularidade plurindividual do interesse.

2. A tutela dos interesses difusos

A tutela dos interesses difusos pode adquirir efectividade prática através de dois meios: um direito de participação a nível procedimental e a atribuição de uma forma de acção judicial, de legitimação para agir processualmente em defesa daqueles direitos.

A participação procedimental deve possibilitar que o cidadão intervenha, individual ou colectivamente, nas decisões administrativas, expressando os seus interesses ou de determinado grupo, em conexão com o princípio da democracia participativa.

Para a protecção dos interesses difusos deve ser dada relevância, num primeiro plano, às relações entre a Administração e o particular, para que este possa conhecer validamente as exigências e carências do grupo, só devendo

tomar uma decisão depois de ouvir o interessado. A participação na emanção de uma decisão da Administração implica uma primeira especificação do interesse a tutelar, sendo, de modo geral, tutelados os interesses difusos em sentido impróprio, isto é, aqueles que são representados por uma entidade colectiva.

Ao permitir-se a intervenção a nível procedimental dos representantes de determinado grupo, deve posteriormente ser legitimada a tutela judicial dos seus interesses que, ainda que independente, é complementar.

O problema da tutela judicial dos interesses difusos está intimamente ligado com um problema de direito processual, a legitimidade para agir. As vias processuais típicas não se encontram adaptadas à protecção dos interesses difusos, em virtude de não reconhecerem capacidade judicial activa aos entes representativos desses interesses, ou aos cidadãos individualmente. Como conclui João Correia, no seu artigo sobre interesses difusos e legitimidade processual, o direito adjectivo virou as costas aos direitos económicos, sociais e culturais, criando obstáculos à sua efectivação; a conexão entre direito substantivo e direito adjectivo foi substituída por uma relação conflituante, ou, no mínimo, pelo total desacompanhamento do direito subjectivo pelo direito adjectivo.

A forma mais eficaz de defesa desses interesses será a atribuição de legitimidade por categorias ou grupos, sem prejuízo da legitimidade de cada cidadão, como direito cívico, em situações de direito difuso impróprio⁴².

Através da tutela destes interesses por parte dos cidadãos, realiza-se uma forma de participação do cidadão na administração da justiça, deixando de competir somente aos Estados a defesa do interesse público e, ultrapassando-se a figura do interesse pessoal e directo, de acordo com a qual a acção do parti-

⁴² Num artigo referente à tutela dos interesses difusos no Direito brasileiro, apresentam-se três hipóteses para defesa daqueles direitos: legitimação concorrente dos co-titulares, que ficam habilitados a agir em juízo na defesa do interesse comum (disciplina da acção popular), legitimação de pessoas colectivas cujo fim institucional consista precisamente na defesa dos interesses respectivos e legitimidade por parte de órgãos do aparelho estatal, de que constitui protótipo o Ministério Público. Também noutro artigo, relativo à mesma matéria, se defende que a legitimação das associações em defesa dos direitos dos seus associados deveria constar de legislação geral, no que se refere à acção judicial para prossecução das suas finalidades institucionais. Enquanto estas tendências vão sendo consolidadas, tem-se considerado a acção popular como meio de defesa adequado à prossecução daqueles direitos. A acção popular garante o direito democrático de participação na vida pública, podendo ser vista, a par da tutela de interesses difusos, como expressão de participação política. A acção popular como instrumento de defesa dos interesses difusos constitui um interessante exemplo de técnica processual, que soube harmonizar as regras tradicionais ao novo instituto, com a necessária prudência e criatividade. Cfr. Ada Grinover, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi nel sistema Brasiliano*, bibliografia citada.

cular só é admissível quando a tutela do seu interesse coincidir com a protecção da sua esfera individual.

Uma análise da jurisprudência de direito comparado demonstra que tem sido seguido um critério subjectivo, favorecendo o acesso à área jurisdicional a sujeitos associativos, devido ao reconhecimento da efectiva idoneidade do grupo e reconhecimento de um interesse próprio. Assim, a tutela dos interesses difusos tem sido reduzida aos interesses colectivos ou interesses difusos em sentido impróprio pois, no que respeita aos interesses difusos em sentido próprio, apenas nos encontramos num estágio fluído de agregação daqueles interesses.

Nos Estados Unidos da América, para fazer face à natureza do problema, surgiram os “public interest lawyers”, advogados organizados segundo modelos privados, institucionalmente definidos, que dedicam a sua actividade à tutela deste tipo de interesses. A origem desta forma de organização pode ser encontrada nas associações que se formaram ocasionalmente para defesa dos direitos civis, nomeadamente para defesa do direito de expressão, reunião e associação. Posteriormente, os “public interest lawyers” alargaram o seu campo de acção a matérias como a defesa do consumidor e do ambiente, tendo, através da interposição gradual de acções contribuído para alargar os limites de legitimação para agir em defesa dos interesses difusos. Através do instituto das “class actions”, regulamentadas na Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure, em caso de titularidade de um direito ou direitos conexos, da parte de uma pluralidade de sujeitos, em que o número seja de tal ordem que torne impossível a sua participação em juízo, um dos membros da classe poderá agir em representação da categoria ou do grupo.

Para a legitimação para agir por parte de entes associativos houve necessidade de subjectivar os interesses difusos, definindo-se critérios de subjectivação como a ligação territorial, reconhecimento do fim estatutário e representação adequada dos titulares de interesses difusos.

3. A tutela dos interesses difusos no Direito português

A Constituição da República Portuguesa dedica os seus artigos 60.º, 66.º e 78.º à protecção dos direitos dos consumidores, direito ao ambiente e património cultural, consagrando, como já exposto no presente trabalho, o direito de acção popular, como instrumento de defesa destes interesses ⁴³.

A nível de legislação ordinária e de participação procedimental, a **Lei de Defesa do Consumidor** ⁴⁴ consagra a defesa dos seus direitos, assegurando-lhes a participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus interesses.

Também a **Lei das Associações de Defesa do Ambiente** ⁴⁵, define os direitos de participação e intervenção destas junto da Administração central, regional e local, nomeadamente direito de participação e intervenção na definição da política do ambiente, concessão do Estatuto de parceiro social, direito de consulta e direito de promover procedimentos administrativos gratuitos e a **Lei de Bases do Ambiente** ⁴⁶, define o princípio da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e execução da política do ambiente.

Na sequência do que a doutrina vem há muito preconizando, o artigo 53.º do **Código de Procedimento Administrativo** ⁴⁷ consagra a legitimidade para a protecção de interesses difusos aos cidadãos a quem a actuação administrativa provoque ou possa provocar prejuízos relevantes em bens fundamentais como a saúde pública, habitação, educação, património cultural, ambiente, ordenamento do território e qualidade de vida, assim como aos residentes na circunscrição em que se localize algum bem do domínio público afectado pela acção da Administração. Tem também legitimidade para defender os interesses dos residentes de determinada circunscrição, as associações dedicadas à defesa de tais interesses, assim como os órgãos autárquicos da respectiva área.

De referir também a inserção no **Estatuto do Provedor de Justiça** ⁴⁸, na sua alínea e) do n.º 1 do artigo 20.º, de norma que lhe atribui competência para intervir, nos termos da lei aplicável, na tutela de interesses colectivos e difusos, quando estejam em causa entidades públicas.

⁴³ Estes direitos são também consagrados internacionalmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Convenções e Recomendações da O.I.T. e normas de direito comunitário, vinculando o Estado português, nos termos do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa.

⁴⁴ Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto.

⁴⁵ Lei n.º 10/87, de 4 de Abril.

⁴⁶ Lei n.º 11/87, de 7 de Abril.

⁴⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro.

⁴⁸ Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

Quanto à tutela jurisdicional de tais direitos, para além das referências já feitas relativas à atribuição do direito de acção popular em matéria de protecção do património cultural e consagração constitucional do direito de acção popular no âmbito da protecção de interesses difusos, a **Lei das Associações de Defesa do Ambiente**, no seu artigo 7.º dispõe que as ditas associações têm legitimidade para accionar as acções necessárias à prevenção ou cessação de actos ou omissões de entidades públicas ou privadas que constituam factor de degradação do ambiente e recorrer contenciosamente dos actos administrativos que violem as disposições legais que, nos termos do artigo 66.º da Constituição da República, protegem o ambiente e a qualidade de vida.

Já no que respeita à **Lei de Defesa do Consumidor**, as associações de defesa do consumidor não têm legitimidade para desencadear acções visando a tutela dos interesses colectivos dos consumidores, apenas podendo intervir como parte acessória nas acções propostas pelo Ministério Público (alínea *h*) do art. 13.º). Por esta razão, com o Projecto de Lei n.º 439/V ⁴⁹, apresentado pelo deputado independente Pegado Liz, visa-se conferir às associações de consumidores legitimidade activa em quaisquer processos judiciais em que se discuta a defesa dos seus direitos, bem como o direito de representação dos seus associados em qualquer processo conexo com a defesa dos seus direitos e interesses, ampliando os direitos contidos na Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto.

No entanto, as **associações de defesa do consumidor**, com representatividade genérica, gozam de legitimidade activa relativamente às acções destinadas a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais ⁵⁰, tendo a possibilidade de se constituírem assistentes nos processos por crimes económicos ⁵¹

Também a Lei das Rendas ⁵² garante no seu artigo 49.º o direito de representação das associações de inquilinos, intervindo em processos cíveis, administrativos e criminais conexos com questões de habitação.

No entanto, apesar do nosso ordenamento jurídico já consagrar, nos termos antes expostos, algumas disposições que permitem às associações representativas deste tipo de interesses um papel mais activo na defesa dos mesmos, constata-se que o espírito associativo de defesa do interesse geral tem muito pouco relevo, comparativamente ao que acontece em países como os Estados Unidos da América. O certo é que, para além das condicionantes culturais,

⁴⁹ *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 4, de 3 de Novembro de 1989.

⁵⁰ Cfr. o n.º 1 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

⁵¹ Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

⁵² Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro.

a constituição de associações acarreta elevados custos notariais e de registo, encontrando-se, em certos casos, dependente de exigências legais, nomeadamente um número mínimo de associados ⁵³.

Papel mais relevante tem sido atribuído ao **Ministério Público**, não só porque o artigo 221.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 3.º da sua Lei Orgânica⁵⁴, obrigam à sua intervenção em processos em que estejam em causa interesses públicos, mas porque legislação específica nestas matérias lhes confere tal legitimidade.

A Lei de Bases do Ambiente atribui competências ao Ministério Público para defesa dos valores por ela protegidos ⁵⁵ e o n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, estatui que o Ministério Público tem intervenção principal nas acções cíveis tendentes à tutela dos interesses colectivos dos consumidores ^{56, 57}.

Ainda que não exista muita jurisprudência sobre este tema, o que poderá ser considerado revelador da fraca protecção conferida aos interesses difusos, é de referir um acórdão de 6 de Janeiro de 1988, do Supremo Tribunal de Justiça ⁵⁸. A autora, invocando um direito subjectivo e interesse legítimo, pedia a condenação dos réus a absterem-se de urbanizar na zona de protecção da Casa dos Carneiros, de que era proprietária, inserida numa zona de protecção urbanística. Os réus contestaram, invocando a ilegitimidade da autora e, tendo no despacho saneador a mesma sido considerada parte legítima, recorreram, com os mesmos fundamentos. Tendo a questão subido ao Supremo Tribunal de Justiça, este pronunciou-se pela legitimidade da autora, argumentando que embora objectivamente os interesses difusos se estruturam como interesses supra-individuais, existe o interesse de cada indivíduo pelo facto de pertencer

⁵³ Cfr. alínea b) do artigo 12.º da Lei de Defesa do Consumidor.

⁵⁴ Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, alterada pela Lei n.º 23/92, de 20 de Agosto.

⁵⁵ Cfr. n.º 3 do artigo 45.º da Lei n.º 11/87 e Circular n.º 5/89 da Procuradoria-Geral da República, de 13 de Fevereiro.

⁵⁶ O artigo 84.º do projecto de Código de Processo Civil reconhece legitimidade ao Ministério Público para propor ou intervir nas acções destinadas à defesa do meio ambiente, de valores histórico-culturais ou que respeitem a um número significativo de pessoas.

⁵⁷ De referir dois casos em que se destaca a intervenção do Ministério Público, tendo como finalidade a tutela de interesses difusos. No caso denominado “Quinta do Taipal”, o Ministério Público vem instaurar providência cautelar não especificada contra os proprietários da referida quinta por, ignorando que se tratava de zona classificada de reserva natural, se prepararem para enxugar os terrenos para proceder à cultura de arroz, requerendo que aqueles se abstivessem de actos que pusessem em causa o equilíbrio ecológico da zona. A providência foi decretada nos termos requeridos por despacho de 30 de Junho de 1989. No processo das cegonhas, ao abrigo da Lei da Caça, foi formulado, pelo Delegado do Procurador da República, pedido cível ao abrigo da tutela de interesses difusos.

⁵⁸ Acórdão de 6 de Janeiro de 1988, 1.ª Secção, processo n.º 75 593, in *Tribuna de Justiça*, Janeiro de 1988.

à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma que tutela esse interesse. A nível individual, o interesse difuso encontra protecção no quadro do ordenamento clássico, nomeadamente dos direitos de personalidade, sendo a legitimidade activa do sujeito portador do interesse difuso aferida pela utilidade derivada da precedência da acção.

IV. CONCLUSÕES

1. O direito de acção popular reúne as características necessárias para, depois de regulamentado e aplicado, ser um instrumento importante de realização da democracia participativa.

2. A atribuição deste direito adquire relevância quando os critérios normais de atribuição de legitimidade não são suficientes para assegurar a efectivação da tutela judicial de certos interesses, permitindo alargar a legitimidade processual a cidadãos, individual ou colectivamente organizados, prescindindo do clássico limite do interesse directo e pessoal.

3. O legislador constituinte, quando da 2.^a revisão constitucional, teve o propósito de densificar e ampliar o conceito clássico de acção popular, considerando que este instrumento seria um dos meios adequados à protecção de interesses difusos, ao lado dos demais consagrados legalmente, nomeadamente o direito de participação procedimental.

4. A grande amplitude conferida a este direito, englobando numa única figura o direito de acção popular clássico e o direito de acção popular para protecção de interesses difusos e colectivos, levou a que ainda não se tenha chegado ao consenso necessário à aprovação de legislação ordinária regulamentando este instituto.

5. Sendo o direito de acção popular, tradicionalmente entendido como um direito de acção judicial, penso não ser de considerar que tenha sido renovado, de maneira a integrar a participação procedimental; a consagração da protecção de interesses difusos no Código de Procedimento Administrativo poderá vir a dar menos relevância a esta questão, pois já se reconheceu legalmente a importância primordial da dimensão da participação procedimental, na protecção dos interesses difusos.

6. A consagração constitucional deste direito só adquirirá efectividade prática quando da sua regulamentação, estando a sua maior ou menor amplitude conferida ao direito de acção popular na dependência do legislador ordinário, ao delimitar os termos e limites do seu exercício.

BIBLIOGRAFIA

Agrifoglio, Sergio — “Riflessioni critiche sulle azioni popolari come strumento di tutela degli interessi collettivi”, Comunicazione presentata al Convegno di Pavia su “Le azione a tutela di interessi collettivi”, in *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1974, anno XXIV, p. 1395.

Amaral, Freitas do — *Manual de Direito Administrativo*, vol. IV., p. 157.

Andrade, Robin — *A acção popular no direito administrativo Português*, Coimbra, 1967.

Azevedo, Luís Eloy — “Processo das cegonhas: Base para uma apresentação transversal da prossecução dos interesses difusos”, in *Direitos fundamentais do Cidadão, da Lei à realidade, Revista do Ministério Público*, Cadernos, n.º 5, 1990, p. 245.

Barbosa Moreira, J. Carlos — “A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito Brasileiro”, *Revista Forense*, vol. 276, ano 77, 1981, p. 1.

Bielsa, Rafael — “A acção popular e o poder discricionário da administração”, *Revista Forense*, p. 34.

Blanco, Angel Sanchez — “Participación como coadyuvante del Estado social democratico de derecho”, in *Revista de administración publica*, mayo-agosto, 119, 1989.

Bruno, Tommaso — “Azione Popolare”, in *Il Digesto Italiano*, vol. IV, parte seconda, 1893-1899, p. 953.

Caetano, Marcello — *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 9.ª ed., 1983.

Campos Filho, P. Barbosa — “A acção popular constitucional”, in *Revista Forense*, vol. 157, ano 52, 1955, p. 21.

Canotilho, Gomes e Moreira, Vital — *Direito Constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, 1986;

Fundamentos da Constituição, Coimbra, 1991;

Constituição da República Portuguesa anotada.

Cantucci, Michele — “Considerazione sull’ammissibilità dell’azione popolare dinanzi al Consiglio di Stato per gli effetti di cui al n. 4 dell’art. 27 del T.U.”, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, volume primo, p. 247.

Chiti, Mario — *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1972.

Colaço Antunes, Luís — “Subsídios para a tutela dos interesses difusos”, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45, Dezembro de 1985;

“A defesa dos interesses difusos entre a advocacia privada e a advocacia ‘pública’”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 47, Abril 1987;

A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental, Coimbra, 1989;

“Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LX, 1984, p. 192;

“Colocação constitucional, tutela jurisdicional dos interesses difusos e acção popular de massas” — Comunicação apresentada no seminário “A tutela dos interesses difusos e o acesso ao direito e à justiça”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 17 a 19 de Janeiro, em Lisboa.

Correia, João — “Interesses difusos e legitimidade processual”, in *Direitos Fundamentais do Cidadão, da Lei à Realidade, Revista do Ministério Público*, Cadernos, n.º 5, 1990, p. 223.

Crisafulli, Vezio — “Azione Popolare”, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1937, vol. XVI, p. 138.

Cuenca, Humberto — “La acción popular”, *Revista de la Facultad de Derecho, do México*. Abril-Junio 1956, tomo VI, n.º 22, p. 97.

Denti, Vittorio — “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, in *Revista di Diritto Processuale*, vol. XXIX, anno 1974, p. 533.

Fagundes, Seabra — “A posição do autor nas acções populares”, in *Revista Forense*, vol. 163, ano 53, 1956, p. 2.

Ferreira Dias, Pedro Manuel — “O Ministério Público e a defesa do ambiente”, in *Direitos Fundamentais do Cidadão, da Lei à Realidade, Revista do Ministério Público*, Cadernos, n.º 5, 1990.

Grinover, Ada — “La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi nel sistema Brasileiro”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXXVII, 1984, p. 66;

“Azioni collettivi a tutela dell`ambiente e dei consumatori, Le legge brasiliana 24 Luglio 1985”, in *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLI, n.º 1, 1986, p. 101.

Lévi, Franco — “Partecipazione e organizzazione”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 1974.

Lopes do Rego, Carlos — “Reflexos imediatos da consagração constitucional do direito de acção popular no âmbito da jurisdição civil”, in *Direitos Fundamentais do Cidadão, da Lei à Realidade, Revista do Ministério Público*, Cadernos, n.º 5, 1990, p. 203.

Lugo, Andrea — “Azione Popolare”, *Enciclopédia del diritto*, vol. IV, pág. 861.

Magalhães, José — “Ambiente de perdição, acções de salvação: A acção popular ecológica e o direito às compensações por prejuízo ambiental no horizonte português de 1992”, in *Revista de Direito Público*, n.º 8, ano IV, Julho/Dezembro, 1990, p. 9:

Marques, José Frederico — “As acções populares no direito brasileiro”, in *Revista Forense*, vol. 177, ano 55, 1958, p. 47.

Meirim, José Manuel — “A tutela dos interesses difusos, a acção popular e o papel do Ministério Público”, in *Direitos Fundamentais do Cidadão, da Lei à Realidade, Revista do Ministério Público*, Cadernos, n.º 5, 1990, p. 20.

Miranda, Jorge — “O quadro dos direitos políticos na Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, 1977;

Manual de Direito Constitucional, tomo IV, Coimbra, 1988.

Moron, M. Sanchez — *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid, 1980.

Neves, Ribeiro — “O Ministério Público e a protecção dos interesses difusos”, in *Direitos Fundamentais do Cidadão, da Lei à Realidade, Revista do Ministério Público*, Cadernos, n.º 5, 1990, p. 195.

Pactet, Pierre — *Institutions Politiques, Droit Constitutionnel*, Masson, 1981.

Paladin, Livio — “Azione popolare”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, p. 88.

Ramirez, Manuel — “La participación política”, *Temas clave de la Constitución Española*, Madrid, 1985.

Raposo, Mário — *Os direitos das pessoas e o interesse geral*, Provedoria de Justiça, 1991.

Reis, João Pereira — “Direito ao Ambiente-Interesse difuso ou direito subjectivo?”, in *Direitos Fundamentais do Cidadão, da Lei à Realidade, Revista do Ministério Público*, Cadernos, n.º 5, 1990.

Sartori, Giovanni — “Théorie de la démocratie”, *Collection analyse politique*.

Zampetti, P. L. — *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Studi in memoria de Carlo Esposito*, volume terzo, Padova, 1973.

Interesses difusos e Direito de Acção Popular, Compilação da Biblioteca da Assembleia da República, *Cadernos de informação*, série III, Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Assembleia da República.

Projecto de Lei n.º 439/V — Representação colectiva dos consumidores (apresentado pelo deputado independente Pegado Lis), *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 4, de 3 de Novembro de 1989, p. 90.

Projecto de Lei n.º 480/V — Acção Popular (apresentado pelo Partido Comunista Português), *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 21, de 17 de Fevereiro de 1990, p. 846.

Projecto de Lei n.º 465/V — Exercício do direito de acção popular (apresentado pelo Partido Socialista), *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 13, de 20 de Janeiro de 1990, p. 643.

Projecto de Lei n.º 480/V (Acção Popular) — Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 21, de 17 de Fevereiro de 1990, p. 845.

Projecto de Lei n.º 480/V (Exercício do direito de acção popular) — Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 22, de 23 de Fevereiro de 1990, p. 892.

Discussão na generalidade dos **Projectos de Lei n.ºs 465/V** (Exercício do direito de acção popular) e **480/V** (Acção popular), *Diário da Assembleia da República*, de 21 de Fevereiro de 1990, I Série, n.º 46.

Acta n.º 15, da reunião de 12 de Maio de 1988 — Discussão do 5.º relatório da subcomissão da Comissão Eventual da Revisão Constitucional, respeitante aos artigos 48.º a 52.º e respectivas propostas de alteração, *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 17-RC, de 15 de Junho de 1988.

DOCUMENTAÇÃO

**RULES GOVERNING TRAFFIC IN
AND USE OF DRUGS**

LAW No. 45/96, OF 3 SEPTEMBER

Amending Decree-Law No. 15/93
of 22 January

Law No. 45/96, of 3 September ¹

Under the terms of Article 164, sub-paragraph d), Article 168, paragraph 1, subparagraphs b), c) and q), and Article 169, paragraph 3, of the Constitution, Parliament rules as follows:

Article 1

Articles 24, 28, 35, 39, 42, 46, 59, 60 and 70 of the Decree-Law No. 15/93, of 22 January, shall read as follows:

**«Article 24
Aggravation**

The sanctions described in Articles 21, 22 and 23 shall be aggravated by one third in both their lower and upper limits where:

- a.
- b.
- c.
- d.
- e.
- f.
- g.
- h.

¹ Hereinafter «this law». The expression «this law» is also used hereinafter, where applicable, with reference to Decree-Law No. 15/93, of 22 January.

- i.
- j.
- l.

Article 28
Criminal associations

1. Any person who promotes the creation of, creates or funds a group, an organization or an association comprising two or more persons for the purpose of concertedly committing any of the offences described in Articles 21 or 22, shall be liable to imprisonment for a term of 10 to 25 years.

2.

3. Any person who acts as head or steers any group, organization or association as mentioned in paragraph 1, shall be liable to imprisonment for a term of 12 to 25 years.

4.

Article 35
Forfeiture of property

1. Any object that has been used, or is intended to be used, as an instrumentality for any offence described in this law, or any object that has been produced as a result of such an offence, shall be confiscated.

2.

3.

Article 39
Destination of goods confiscated

1. The rewards, the property, the rights and the benefits confiscated under the terms of Articles 35 to 38 shall be apportioned as follows and revert to:

a.

b.

c.

2.
3.
4.

Article 42

Reception and treatment of consumers

1. The Ministry of Health, through its departments, shall take whatever steps are necessary in order to ensure that drug addicts and other drug consumers are received and heard free of charge.

2. The persons subjected to treatment pursuant to the provisions of this law, whether it be in the framework of ongoing proceedings or in the framework of a suspension in the execution of the sentence, shall be given urgent access to the pertinent health services.

3. The Minister of Health shall issue an order stating the conditions under which private entities may receive and provide treatment for drug addicts, as well as the control measures to which they shall be subjected.

Article 46

Drug addicts remanded in custody or serving a prison sentence

1. The prison services, in co-operation with the health services, shall bear the duty to ensure that ways and means are made available for the treatment of drug addicts remanded in custody or serving a prison sentence.

2. Where drug addiction is detected at a time when the person concerned is either remanded in custody or serving a prison sentence, the police or the prison services shall communicate the fact to the Public Prosecutor so that the latter can undertake adequate measures, without prejudice to any urgent measures that the situation might impose.

Article 59

Non-punishable acts

1. Where, for the purposes of crime prevention or the fight against crime, any criminal investigation officer, or any person acting under the

supervision of the *Polícia Judiciária* ², without revealing his status and identity, receives delivery of, carries, keeps, transports or, upon request of any person engaged in such activities, delivers narcotic drugs, psychotropic substances, precursors or any chemical substance capable of being used to illegally produce, directly or through a third person, drugs or precursors, such acts shall not be punishable.

2. The acts mentioned in the preceding paragraph may be committed only subject to prior authorization by the competent judicial authority; decisions on requests for authorization shall be delivered within five days of the request; authorizations may only be granted for a limited period of time.

3. If, for reasons of urgency, it is not possible to obtain the authorization mentioned in the preceding paragraph, validation of the acts must be sought in the first following working day; grounds for urgency must be produced.

4. The *Polícia Judiciária* shall report to the competent judicial authority on the acts the officer or person, within 48 hours, at the latest, of such acts having been committed.

Article 60

[...]

1.

2. Subject to the request being individualized and sufficiently concretized, communication of that information or surrender of those documents, either stocked manually or computer-based, may not be refused by any entities, public or private, in particular by banking or financial or similar institutions, civil law partnerships, commercial companies, or any tax or register's departments.

3. The request mentioned in the preceding paragraphs must come from the competent judicial authority; when the request is addressed to a banking, financial or similar institution, it shall be forwarded through the Banco de Portugal ³.

² Criminal investigation police.

³ Bank of Portugal.

4. The requirement set out in paragraph 2, namely that the request be individualized and sufficiently concretized, may be deemed to be met if the identification of the suspect or the accused person is communicated.

**Article 70
Prevention**

1. The Government shall be empowered to plan, enforce and evaluate the action, measures and specific programs for the prevention of drug consumption, with due consideration for their multidisciplinary nature.

2. The Ministry of Education shall in particular be empowered to:

- a.
- b.
- c.»

Article 2

Decree-Law No. 15/93, of 22 January, shall be supplemented by the provisions of Articles 36-A, 49-A, 59-A, and 70-A that shall read respectively as follows:

**«Article 36-A
Rights of bona fide third parties**

1. Any third party who claims rights over property or assets that are subject to confiscation or other legal measures applicable with respect to persons accused of any offence described in this law, upon request, shall be admitted to protect his rights in the framework of the proceedings, if he pleads bona fide and submits evidence thereof.

2. Bona fide means excusable ignorance that the object in question was a qualified object under Article 35, paragraph 1.

3. The request mentioned in paragraph 1 is appended to the file; the Public Prosecutor is notified thereof and may contest within a period of ten days.

4. Upon having taken the measures that he deems fit, the judge shall take a decision on the request.

5. However, should the determination of the rights claimed prove to be a complex matter, or should it hamper the normal development of the proceedings, the judge may decide that the matter be allocated to a civil court.

Article 49-A **Conditional release**

Where a person is sentenced to a term of imprisonment of more than five years, for any offence described in Articles 21, 22, 23 or 28 above, that person may only be conditionally released after having served two thirds of the sentence and once the requirements provided for in Article 61, paragraph 2, sub-paragraphs a) and b) of the Criminal Code have been met.

Article 59-A **Protection of undercover agents**

1. The judicial authority shall not order that the report mentioned in paragraph 4 of the preceding Article be joined to the file unless it deems that that is absolutely indispensable for purposes of evidence.

2. The judicial authority may stay its decision on the determination of the nature of the need to join the report to the file, until the end of the inquiry or the investigation; in the meantime, the report shall be registered with and kept by the *Polícia Judiciária*.

3. Where the judge decides that an undercover agent, be it an officer or another person, must appear at the hearing of the court trial, the provisions of the second part of paragraph 1 of Article 87 of the Code of Criminal Procedure shall be observed.

Article 70-A **Annual report**

1. Every year, not later than 31 March, the Government shall submit to Parliament a report on the state of the nation with respect to drug addiction.

2. The purpose of the report is to provide Parliament with detailed information on the state of the nation with respect to drug addiction and drug trafficking, as well as information on the activities of the public services involved in primary prevention, treatment, social rehabilitation of drug addicts, prevention of drug trafficking and fight against drug trafficking.»

Article 3

[Introduces amendments to Article 156
of Decree-Law No. 295-A/90, of 21 September]

Article 4

The provisions of Article 49-A of Decree-Law No. 15/93, of 22 January, with the wording provided for in Article 2 above, shall not apply to persons other than persons sentenced for offences committed after the date of entry into force of this law.

(Translation by Cândido Cunha)

ACCESS TO ADMINISTRATIVE DOCUMENTS

LAW No. 8/95, OF 29 MARCH

Law No. 8/95, of 29 March ¹

Under the terms of Article 164, sub-paragraph d), Article 168, paragraph 1, sub-paragraphs b), d) and v), and Article 169, paragraph 3 of the Constitution, the Assembly of the Republic rules as follows:

Article 1

Articles 10 and 17 of the Law No. 65/93², of 26 August, shall be replaced by the following provisions:

*Article 10**Illegal use of information*

- 1. The Public Administration may refuse access to documents where such access risks to disclose commercial or industrial secrets or secrets relating to the internal life of companies.*
- 2. It is forbidden to use information without having due respect for copyrights or patent rights; it is also forbidden to reproduce, diffuse or use documents or information therein in such a way as to amount to unfair competition.*
- 3. Personal data communicated to third parties shall not be used for purposes other than those under which access was granted, and shall otherwise entail liability for losses and damages under the terms laid down in the law.*

¹ Hereinafter "this law".

² See "Documentação e Direito Comparado", No. 59/60, 1994.

Article 17
Appeal

The person concerned shall be entitled to appeal before the courts against any final decision as mentioned in paragraph 3 of Article 16 above, under the terms of the legislation concerning the administrative and fiscal courts and pursuant to the procedural rules, adapted as appropriate, that apply to the procedure concerning intimation to consult documents or obtain certified copies.

Article 2

The following provisions shall be added to Article 15 [of the Law No. 65/93, of 26 August] under a new paragraph 5:

Appeals may only be lodged subject to a complaint having previously been introduced in accordance with the provisions of paragraph 4 of this Article; the provisions of Article 17 shall apply to such appeals.

Article 3

The Committee of Access to Administrative Documents (CADA) shall follow the organic rules that appear in the Appendix to this law.

APPENDIX

Organic rules of the Committee of Access
to Administrative Documents

Article 1

Services supporting the Committee
of Access to Administrative Documents

1. The Committee of Access to Administrative Documents (CADA) shall have its own technical and administrative services to support its activities.

2. The Services supporting the CADA shall be empowered to perform any technical or administrative tasks required from them by the president within the Committee's powers.

3. The president of the Committee shall supervise the services supporting the CADA.

Article 2

Secretary

1. A secretary shall run the Services supporting the CADA; for all legal purposes, the secretary has the rank of director.

2. The secretary shall be empowered to:

- a) prepare the draft activity plans and the drain budget and ensure the implementation of both the plan and the budget;
- b) prepare the draft report, as mentioned in sub-paragraph f) of paragraph 1 of Article 20 of the Law No. 65/93, of 26 August;
- c) prepare the means for the evaluation and control of the activities of the services as well as the means for the implementation of the budget, in accordance with the law;
- d) take care of the administration and management of the staff;
- e) submit to the president any masters requiring his/her decision or opinion;
- f) exercise any other powers entrusted on him/her by the law or surrogated.

3. With observance of the legal requirements for the recruitment of directors, the president shall be empowered to appoint the secretary, upon a proposal by the Committee; appointment shall be for a period of three years, renewable, and shall follow the rules applicable to the situation of "comissão de serviço".

Article 3

Staff

1. The Services supporting the CADA shall be staffed in accordance with the appended chart.

2. The president shall be empowered to appoint the members of the staff from civil servants, by way of either their being requisitioned or seconded in

accordance with both the legislation in force for the civil service and the decisions of the Committee.

3. The requisition of staff shall not be subject to authorisation from the service previously employing the person concerned.

4. The rules applying to the civil service shall also apply to the staff serving the CADA.

5. The Committee may authorise the president to conclude fixed-term contacts for the performance of a given task or for general employment purposes, in accordance with the law.

Article 4

Budget

1. The Committee shall operate on the basis of an annual budget, under a heading of the budget of the Assembly of the Republic.

2. The proposals for the draft budget, as well as any proposals for budgetary amendments shall be subject to the Committee's approval.

Article 5

Powers of management

1. Within the framework of guidelines issued by the Committee, the president shall exercise his/her powers relating to staff management, finances, property and administration, in accordance with the legal rules applicable to the rulers of autonomous entities.

2. Subject to authorisation from the Committee, the president may delegate on the secretary the powers mentioned in the preceding paragraph.

Article 6

Travel and *per diem* allowances

1. The members of the Committee shall be entitled to travel and *per diem* allowances, under such terms as those prescribed in the law for directors-general.

3. The payment of any allowances due in respect of travelling of representatives of the Autonomous Regions shall be governed by the provisions in force in the respective Region.

CHART
[Abridged version]

Secretary ... 1
High level administrators (legal masters) ... 5
High level administrator (library and documentation) ... 1
Systems operator (data processing) ... 1
Administrators (different fields) ... 5
Driver ... 1
Administrative assistants ... 1

(Translation by Cândido Cunha)

**PREVENTIVE AND REPRESSIVE MEASURES
AGAINST THE LAUNDERING OF MONEY
AND OTHER PROPERTY THAT PROCEED
FROM CRIMINAL OFFENCES**

DECREE-LAW No. 325/95, OF 2 DECEMBER

Decree-law No. 325/95, of 2 December

Article 2 ¹

1. Whoever, knowing that the goods or products are derived from the practice, in any form of connivance or complicity whatsoever, of crimes of terrorism, arms trafficking, extortion, kidnapping, prostitution, prostitution of and trade in minors, trade in human beings, corruption or of the other infractions referred to in Article 1, paragraph 1 of Law No. 36/94 of 29th of September.

¹ As modified by article 5 of Law No. 65/98 of 2 September 1998.

ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

- La politique communautaire de contrôle des concentrations et la dominance oligopolistique (Le cas NESTLÉ-PERRIER) 7
Luís Morais

CONSELHO DA EUROPA**DIREITOS DO HOMEM**

- COLÓQUIO EM HOMENAGEM AO JUIZ CONSELHEIRO JOÃO DE DEUS PINHEIRO FARINHA:
O Processo Penal à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem 61
Message de M. Rolv Ryssdal 63
Discurso de abertura de Sua Excelência o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça 65
Discurso de Sua Excelência o Ministro da Justiça 71

INTERVENÇÕES

- De Sua Excelência o Presidente da República 79
Eguaglianza delle armi 87
Carlo Russo
Motivação da sentença 93
Manuel A. Lopes Rocha

| | |
|--|-----|
| Le principe du contradictoire | 115 |
| <i>Franz Matscher</i> | |
| Droit au silence | 133 |
| <i>Louis-Edmond Pettiti</i> | |
| Direito ao exame da causa publicamente | 149 |
| <i>Ireneu Cabral Barreto</i> | |

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

DIREITOS DA CRIANÇA

| | |
|---|-----|
| – Exame dos relatórios apresentados pelos Estados partes nos termos do artigo 44.º da Convenção | 175 |
| – Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Portugal | 179 |
| – Summary record of the 250 th meeting | 185 |
| – Compte rendu analytique de la 251 ^{ème} séance: Rapport initial du Portugal (suite) | 199 |
| – Summary record of the 252 nd meeting | 217 |

ESTUDOS

| | |
|--|-----|
| – O direito de acção popular na Constituição da República Portuguesa | 239 |
| <i>Mariana Sotto Maior</i> | |

DOCUMENTAÇÃO

| | |
|---|-----|
| – Rules governing traffic in and use of drugs Law No. 45/96, of 3 September (Amending Decree-Law No. 15/93 of 22 January) | 275 |
| – Access to administrative documents Law No. 8/95, of 29 March | 285 |
| – Preventive and repressive measures against the laundering of money and other property that proceed from criminal offences Decree-Law No. 325/95, of 2 December | 293 |

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 — 1269-113 LISBOA — PORTUGAL
TEL.: 382 03 00 — TELEX 42 701 PROCUR P
FAX: 382 03 01
