

**XIII<sup>ème</sup>**  
**CONGRÈS INTERNATIONAL**  
**DE DROIT COMPARÉ**

*Montréal, 19-24 août 1990*



**RUI MANUEL MOURA RAMOS**  
*Maître-assistant à la*  
*Faculté de Droit de l'Université de Coimbra*  
*et à l'Université Catholique Portugaise*  
*(Porto)*

**II B.**  
**L'ADOPTION INTERNATIONALE**



## I. INTRODUCTION

1. On ne peut pas dire que le problème de l'adoption internationale ait au Portugal une importance marquée. Le fait est que l'institut de l'adoption lui-même, soit si l'on considère à propos des situations internationales, soit aussi dans le cas de pur droit interne, n'est pas l'objet d'un recours très fréquent. Si l'on regarde les statistiques, on peut constater que les tribunaux portugais ont prononcé une moyenne annuelle d'un peu plus de deux centaines d'adoptions, dans la dernière vingtaine d'années.<sup>(1)</sup> On s'accordera que le chiffre est bien modeste si on le compare à ceux présentés par d'autres États européens dont la population est proche de la notre.

Si l'on peut dire ainsi que le phénomène de l'adoption au Portugal, au sens large, fait figure de modestie, il serait difficile d'attendre que l'adoption internationale eût une portée très grande. Le fait est, cependant, que nous ne possédons pas des indications sûres pour ce qui est de cette situation, la dissociation des cas d'adoption à caractère internationale n'ayant pas été faite.

On ne pourra donc pas donner des assurances sur le profil sociologique de l'adoption au Portugal. Il reste, cependant, que, compte tenue de la faible dimension du phénomène au Portugal, on puisse conclure que le Portugal n'est ni un pays d'adoptants ni un pays d'adoptés. Si l'institut existe bien, le fait est que, la plupart des décisions publiées s'y rapportant ayant trait à des situations internes, le nombre de celles présentant un conflit de lois ne nous permet pas de bien saisir la nature de la question.

---

(1) Voir, pour des renseignements plus complets, PEREIRA COELHO, *L'adoption en droit interne portugais*, RIDC, v. 33 (1985), p. 671 et s., p. 672-673.

On concluera donc que le caractère marginal des cas d'adoption présentant des éléments d'extranéité ne permet pas de classer la situation du pays comme s'inclinant plus nettement pour n'importe quel des deux côtés. Le nombre réduit d'hypothèses internationales ramasse en effet soit des situations où c'est le portugais qui est l'adoptant ou bien celles où il prend la place de l'adopté. Une caractérisation plus approfondie se présente désormais difficile.

2. Cette situation de fait n'est pas sans entretenir des liens avec les données légales. On peut dire en effet que ceux-ci sont responsables, en quelque sorte, de la faible dimension du phénomène au Portugal.

D'abord, il faut dire que le droit interne portugais a ignoré l'adoption pendant un siècle. Le premier code civil, en effet, avait gardé le silence à son propos, et c'est seulement le deuxième code civil qui l'a réinséré dans notre système juridique. Cela veut dire que, entre 1867 et 1967, l'adoption a été inconnue du droit interne portugais.

Par conséquent, et comme l'adoption était considérée une question rentrant dans le statut personnel, et celui était régi au Portugal par la loi nationale, il était interdit aux portugais, même dans les situations à caractère international, de faire des adoptions, une fois que la loi compétente (la loi portugaise) ne le permettait pas. Et il arrivait un résultat identique pour les étrangers. Notre jurisprudence, appuyée ici par la doctrine, opposait l'ordre public à la constitution de situations d'adoption au Portugal de la part des étrangers que la loi nationale admettait. On avait dit, à ce propos, que l'adoption était, à ce moment-là, mais on sait bien que l'ordre public a toujours un caractère d'actualité, contraire aux principes fondamentaux de notre droit de la famille.<sup>(2)</sup>

Et il faut dire que ce rejet de l'adoption ne tenait pas seulement aux situations qui voulaient se constituer à l'égard de l'ordre juridique portugais. Par contre, il se prolongeait aussi pour ce qui est des situations qui, ayant été constituées à l'étranger, demandaient à voir leurs effets reconnus par notre système juridique.

Ça a été dit carrément pour ce qui concerne les adoptions constituées par des portugais à l'étranger, d'après des lois qui s'estimaient compétentes

---

(2) Arrêt du 7 décembre 1956 de la Cour d'Appel (*Tribunal da Relação*) de Lisbonne (*in Jurisprudência das Relações*, 1956, p. 1013-1015).

à cet effet (comme la loi brésilienne, pour ce qui est des portugais y domiciliés) et qui connaissaient l'institut de l'adoption. On avait dit à ce propos que ces adoptions, que l'on avait classifiées d'actes juridiques inexistantes, ne pouvaient pas produire des effets au Portugal.<sup>(3)</sup> Et on est arrivé à une conclusion pareille pour ce qui est des adoptions célébrées à l'étranger par des personnes dont la loi personnelle (la loi compétente à l'égard du droit international privé portugais) connaissait l'institut de l'adoption. Bien que cette prise de position ait été combattue par la doctrine,<sup>(4)</sup> le fait est que la jurisprudence l'a suivie, en invocalant soit les principes de la condition des étrangers (ceux-ci ne devraient pas avoir au Portugal des droits — comme celui d'adopter — non reconnus aux citoyens portugais)<sup>(5)</sup>, soit le jeu de l'exception de l'ordre public.<sup>(6)</sup>

3. Bien entendu, cette situation de défaveur à l'égard de l'adoption a terminé en 1967, avec la réinsertion<sup>(7)</sup> de l'institut dans notre système juridique. Mais il faut dire que cette réintroduction a été faite en des conditions d'une — grande prudence, le législateur ayant entousé sa déclaration de présupposés très sévères.<sup>(8)</sup> C'est pourquoi l'institut n'a pas vraiment bien démarré dans la pratique, la situation légale n'étant pas favorable à son enracinement.

Le législateur l'a compris de sa part et, quelques années après, la réforme du droit de la famille entreprise en 1978 a eu le soin de faciliter

---

(3) Cfr. l'arrêt du 8 avril 1969 de la Cour Suprême (Supremo Tribunal de Justiça) — in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 186 (mai de 1969), p. 230 et s.

(4) Voir, pour la position de la doctrine portugaise à ce propos, MOURA RAMOS, *L'adoption en droit international privé portugais*, RIDC, v. 33 (1985), p. 845 et s, note 19, p. 848.

(5) Arrêts du 7 décembre 1956 (voir note 2) et du 16 novembre 1955 de la Cour d'appel de Lisbonne. Pour ce dernier, voir *Jurisprudência das Relações*, 1955, p. 955-958.

(6) Arrêts cités à la note précédente.

(7) Nous parlons de réinsertion une fois que l'adoption était connue dans le droit portugais qui avait précédé le Code Civil de 1867 — le droit qui était codifié dans les *Ordenações Filipinas* du début du XVII<sup>ème</sup> siècle.

(8) Par exemple, il n'était pas possible d'adopter un enfant dont les parents étaient vivants, sauf s'il étaient inconnus.

l'adoption, en supprimant quelques conditions qui avant étaient nécessaires pour sa déclaration. Ce pas a été responsable d'un nombre accru de déclarations d'adoption qui ont suivi l'entrée en vigueur de la réforme. Le maximum d'adoptions a en fait été atteint en 1978, une année où ce nombre a plus que doublé la moyenne que nous avons citée — mais après cette date les chiffres ont toujours diminué jusqu'à présent.

4. Si le droit interne portugais ne nous apparaît pas comme très sensible aux avantages de l'adoption, il faut aussi tenir compte du fait que la situation en résultant n'est pas modifiée par la réception de règles de source internationale. Le fait est que le Portugal n'est pas partie à des instruments conventionnels de ce type — notamment à la Convention de la Haye de 1965 sur la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption.

Une fois soulignée l'absence de règles de source internationale<sup>(9)</sup> nous exposerons donc la situation en vigueur, soit en ce qui concerne le prononcé, au Portugal, d'une adoption internationale (A), soit pour ce qui est de la reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger (B).

#### A — Le prononcé, au Portugal, d'une adoption internationale.

5. L'adoption étant au Portugal le fait d'une décision judiciaire, la première question qu'il va falloir considérer est celle de la compétence de l'autorité pour ce prononcer (1), une fois admis que la situation présente des éléments d'extranéité. Ce n'est qu'après avoir pris en compte les solutions retenues à ce propos que nous nous pencherons sur les problèmes de la détermination de la loi applicable (2).

---

(9) Nous nous rapportons, bien évidemment, à des règles qui ont trait directement aux questions d'adoption, et non à celles, qui, ayant un objet différent, puissent cependant être considérées dans les situations d'adoption, bien que d'une façon marginale. À ce propos, il faudra prendre en considération, pour ce qui est des aliments, les conventions de La Haye de 1958, sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions y relatives, et celles de 1973, sur la loi applicable aux obligations alimentaires et la reconnaissance et l'exécution des décisions s'y rapportant, auxquelles le Portugal a adhéré.



## 1) Compétence des juridictions portugaises dans des situations à caractère international.

6. Il faut dire d'abord qu'il n'y a pas au Portugal des règles spécifiques de compétence internationale en matière d'adoption, notre problème tombant donc sous l'empire du système commun consacré par la loi portugaise dans le domaine des conflits de juridictions en général.<sup>(10)</sup>

Ce système est contenu, pour ce qui nous intéresse,<sup>(11)</sup> à l'article 65.º du Code de Procédure Civile dont les plusieurs alinéas contiennent la référence au faisceau de principes qui, fonctionnant d'une façon alternative, peuvent fonder la compétence internationale des tribunaux portugais.

7. Le premier de ces principes, celui de la coïncidence, est l'expression du système germanique de la transposition des règles de compétence interne sur le plan de la compétence internationale. En le consacrant, l'alinéa a) de l'article cité pose la règle d'après laquelle les tribunaux portugais seront compétents toutes les fois que se situent au Portugal les faits ou circonstances que la loi portugaise, dans ses règles de compétence territoriale interne, considère comme des déclencheurs de cette compétence.

Ça aboutit à reconnaître que les tribunaux portugais seront compétents dans les situations à caractère international toujours que le mineur à adopter réside au Portugal — une fois que c'est ce critère, celui de la résidence<sup>(12)</sup> du mineur, qui est retenu par notre loi pour fonder la compé-

---

(10) La seule exception tient au fait qu'on ne peut pas faire recours ici au *principe de la volonté* pour fonder la compétence internationale des tribunaux portugais au moyen d'un accord d'élection du for. Mais il ne s'agit pas à proprement parler d'une vraie exception tenant à l'adoption elle-seule, vu que l'interdiction de cette voie (cependant prévue en générale dans les articles 99 et 100 de notre Code de Procédure Civile) tient au fait qu'elle n'est ouverte pour les droits dont les parties ont la disposition (article 99, n.º 3) — ce qui n'est évidemment pas le cas de l'adoption comme du droit de la famille en général.

(11) Voir la note précédente.

(12) Simple résidence, on n'exigeant pas qu'elle soit habituelle. La jurisprudence a cependant dit qu'une résidence purement occasionnelle (un séjour de vacances par exemple) ne serait pas suffisant — voir l'arrêt du 11 novembre 1980 de la Cour d'appel de Porto, in *Colectânea de Jurisprudência*, v. V (1980), t. 5, p. 115 et s..

tence territoriale dans l'ordre judiciaire interne (article 155, n.º 1 du Décret-Loi n.º 314/78, du 27 octobre — Organisation Tutélaire des Mineurs). Ce même article prévoit cependant, à son numéro 3, que, pour les cas où le mineur ne réside pas au Portugal, les tribunaux des lieux de résidence des deux parties (soit le demandeur, soit le défendeur),<sup>(13)</sup> seront donc compétents. Dans les cas d'adoption on a à maintes reprises décidé qu'il n'y a pas de défendeur.<sup>(14)</sup> Cela n'empêche pas qu'on puisse parler d'un demandeur — l'adoptant. Ça arrive à qu'on puisse conclure que, le mineur résidant hors du Portugal, nos tribunaux seront encore compétents au cas où l'adoptant réside chez nous.

C'est donc la résidence au Portugal soit de l'adoptant soit de l'adopté le critère qui peut fonder à ce premier titre la compétence internationale des tribunaux portugais. Il reste à dire que notre loi prévoyant deux catégories d'adoption, l'adoption restreinte (aux effets limités) et l'adoption plénière (aux effets généraux), la jurisprudence a décidé que le tribunal portugais qui a prononcé l'adoption restreinte reste compétent pour sa conversion en adoption plénière même si l'adoptant et l'adopté résident actuellement à l'étranger.<sup>(15)</sup>

8. Le deuxième principe fondant la compétence internationale des tribunaux portugais — celui de la causalité — est consacré à l'alinéa b) de l'article 65 cité. D'après lui, c'est la circonstance que la *causa petendi* (le fait qui sert de base à la demande) ait été produite en territoire portugais qui fonde la compétence internationale de nos tribunaux.

C'est vrai qu'en matière d'adoption on ne peut pas vraiment parler d'une *causa petendi*, mais, de préférence, d'un ensemble de conditions qui doivent être remplies pour que le rapport d'adoption puisse être établi.<sup>(16)</sup>

---

(13) Cette terminologie s'explique une fois que le diplôme en question au delà des cas d'adoption traite encore de toutes les procédures concernant la tutelle.

(14) Par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Porto cité à la note 12 et l'arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne du 5 avril 1983 — in *Colectânea de Jurisprudência v. VIII* (1983), t. 2, p. 126 et s..

(15) Arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne du 18 décembre 1984 — in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349 (Octobre de 1985), p. 546.

(16) Dans ce sens l'arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne cité à la note précédente.

Dans ce sens, la *causa petendi* ne peut qu'être ou bien l'intérêt du mineur ou bien la volonté des adoptants — des éléments qui, s'ils sont susceptibles de localisation, ne pourront être rattachés qu'aux pays de la résidence des personnes concernées (l'adoptant et l'adopté). Le critère se rend par là superflu, une fois que ces circonstances sont déjà prises en compte par le jeu du principe cité le premier.

Il reste que la jurisprudence a appliqué à l'adoption la règle d'après laquelle dans les cas où la *causa petendi* est de nature complexe il suffit que seulement une partie des faits ait eu lieu au Portugal pour que les tribunaux portugais soient compétents.<sup>(17)</sup>

9. D'après un principe de réciprocité qu'inspire la règle de l'alinéa c) du n.º 1 de l'article 65.º, les tribunaux portugais seront en outre compétents, le demandeur étant portugais et le défendeur étant un ressortissant étranger, si dans la situation inverse le portugais aurait pu être traduit devant les tribunaux de l'État auquel appartient le défendeur.

Le but de cette règle est, évidemment, la protection du national portugais, qui peut ainsi porter une question devant la juridiction de son pays contre un étranger, au cas où celui-ci serait en condition de l'assigner dans son pays dans une affaire analogue. On cherche par là à éviter une situation qui serait désavantageuse pour le national portugais dans ses rapports bilatéraux avec des étrangers — désavantage qui se traduirait uniquement sur le plan de la saisine du tribunal de son propre pays. Transposée pour les situations d'adoption, la règle permettrait qu'un portugais, résidant à l'étranger, puisse adopter au Portugal un mineur résidant aussi à l'étranger,

---

(17) Voit l'arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne du 17 décembre 1985 — *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349 (Octobre de 1986), p. 764 et *Colecânea de Jurisprudência*, v. X (1985), t. V, p. 114 et s.. D'après cette décision, la *causa petendi* dans les actions d'adoption a une nature complexe, et est intégré par les circonstances suivantes: une déclaration de volonté du ou des adoptants; le consentement de la personne ou des personnes dont la loi fait dépendre l'adoption; le fait qu'elle présente des avantages réelles pour l'adopté, ait son fondement en des motifs légitimes, ne soit pas la source d'un sacrifice injuste pour ce qui est des autres enfants de l'adoptant et qu'il soit raisonnable de supposer qu'un lien semblable à celui de la filiation sera établi entre l'adoptant et l'adopté.

La cour a carrément dit, en confirmant une doctrine à portée générale, que le fait qu'une de ces circonstances ait eu lieu au Portugal détermine un lien étroit entre le rapport en cause et la justice portugaise qui justifie le compétence de nos tribunaux.

dès qu'un mineur portugais et résidant au Portugal puisse être adopté à l'étranger (par exemple, en France, d'après l'article 14 du Code Civil) par un français résidant hors de France.

C'est vrai que, comme nous l'avons dit,<sup>(18)</sup> on ne peut vraiment parler ici, dans les cas d'adoption, d'un défendeur, et que l'idée d'équilibre et de juste retour, si elle est très concevable dans les affaires patrimoniales, ne convient pas si bien aux situations d'état des personnes, où l'aspect politique qui l'inspire ne peut jouer de la même façon. Mais les tribunaux portugais n'ont pas exclu d'une façon définitive l'application de ce critère dans le domaine de l'adoption,<sup>(19)</sup> et on peut concevoir qu'ils l'appliqueraient dans une hypothèse comme celle que nous avons envisagée.

10. Enfin, et pour empêcher des dénis de justice, l'alinéa d) du n.º 1 de l'article 65 prévoit que, selon le principe de la nécessité, les tribunaux portugais seront encore compétents dans les cas où le droit ne peut être rendu effectif qu'au moyen d'une action intentée devant un tribunal portugais, pourvu qu'il y ait une liaison pondérable de nature personnelle ou réelle entre la contestation et le territoire portugais.

La teneur de ce précepte soulève la question de l'étendue de son domaine d'application. Il est évident qu'on doit y considérer incluse l'hypothèse d'une vraie impossibilité juridique, c'est-à-dire, le cas d'un conflit négatif entre les règles des plusieurs États concernés avec la situation, ce qui amènerait à l'absence totale d'une juridiction qui aurait compétence internationale dans la matière. Mais on peut se demander s'il faut considérer de la même manière les cas d'impossibilité pratique, ce qui fonderait également la compétence internationale des tribunaux portugais dans les cas où, une juridiction étrangère étant compétente, il s'avère pour des raisons pratiques tout à fait impossible d'y présenter la demande.

En tout cas, il faudra toujours ne pas confondre l'impossibilité absolue (bien que pour des raisons pratiques) avec l'extrême difficulté d'une solution favorable quant au fond. On songe ici à un déni de justice dû à des raisons procédurales (à l'incompétence ou à l'impossibilité absolue de saisir des tribunaux étrangers, et non à une décision négative d'un tribunal

---

(18) Voir *supra*, n.º 7.

(19) Voir l'arrêt de la Cour d'Appel de Lisbonne, *Loc. cit.* note 14, p. 116.

étranger à l'encontre de la prétention de l'auteur.<sup>(20)</sup> Plus concrètement, nous pensons que le fait que les règles de conflits de lois d'un État, dont les juridictions s'estiment internationalement compétentes, conduisent à la non reconnaissance d'un droit ou d'une prétention qui serait reconnue par le système conflictuel portugais, au cas où celui-ci serait applicable, n'est pas suffisant pour permettre le jeu de l'alinéa d) du n.º 1 de l'article 65.º.<sup>(21)</sup>

11. Une fois déterminée la compétence internationale du tribunal portugais, le procès amenant à la constitution de l'adoption se déroulera donc devant le juge respectif, que prononcera ou non, à la fin, l'adoption. Pour y arriver, celui-ci devra cependant se rapporter à la loi à cet effet compétente — c'est-à-dire, celle désignée par ses règles de conflit de lois.

Nous abordons de suite ce deuxième stage de la question.

## 2) Loi applicable à l'adoption internationale

12. Il faut dire d'abord que le droit portugais connaît des règles spécifiques pour ce qui est de la compétence législative en matière d'adoption.

---

(20) Ainsi, l'arrêt de la Cour d'Appel de Porto cité à la note 12, p. 116.

(21) La doctrine portugaise est divisée sur cette question. Dans le sens cité en texte voir ALBERTO REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, v. I, Coimbra, 1944, Coimbra Editora, p. 119-145 et ANTUNES VARELA - MIGUEL BEZERRA — SAMPAIO NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1984, Coimbra Editora, p. 189-197. Contre, cependant, ANSELMO DE CASTRO, *Lições de Processo Civil*, v. II, Coimbra, 1970, Livraria Almedina p. 401-421 et FERRER CORREIA, apud BAPTISTA MACHADO, *La compétence internationale en droit portugais*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, V. XLI (1964), p. 6 a 11 du tirage à part. Cette position à inspiré quelques décisions de jurisprudence, que ne se rapportent toutefois pas à des cas d'adoption — voir les arrêts de la Cour Suprême du 16 janvier et du 27 juillet 1943 et du 17 décembre 1957 et l'arrêt de la Cour d'appel de Porto du 9 juillet 1976 — in *Colectânea de Jurisprudência*, V. I (1976), t. 2, p. 392 et s.. Dernier en date, et proféré dans un affaire de divorce, l'arrêt de la Cour d'appel de Coimbra du 11 mars 1986 (*Colectânea de Jurisprudência*, v. XI (1986), t. 2, p. 53 et s.) a néanmoins décidé que les tribunaux portugais ne pourront pas être internationalement compétents d'après l'alinéa d) si le litige en question se rattache à un autre ordre juridique et peut y être décidé.

Ces règles, contenues aux articles 60 et 61 du Code Civil, s'adressent soit à la constitution de la relation adoptive (a), soit aux effets du rapport d'adoption (b). Nous nous rapporterons à ces deux questions pour passer après, une fois mentionnés les mécanismes qui peuvent faire échec à la compétence des lois ainsi indiquées (c), au domaine de la compétence des lois régissant soit l'établissement soit les effets de l'adoption (d).

### a) Constitution du rapport d'adoption

13. Le système de détermination de la loi compétente en matière d'adoption choisi par le législateur portugais est un système complexe. Il semble dans un premier moment qu'on a choisi le système de l'option et qu'on s'est incliné du côté de l'adoptant. En effet, le n.º 1 de l'article 60.º du Code Civil statue clairement qu'"à la constitution de la filiation adoptive est applicable la loi personnelle de l'adoptant"; et le numéro 2 du même article prévoit en outre que, "au cas où soit l'adoption est réalisée par un couple marié, soit l'adopté est l'enfant du conjoint de l'adoptant, la compétence revient alors à la loi nationale commune des conjoints, à défaut, à la loi de sa résidence habituelle commune, et, à défaut, à la loi du pays qui présente avec la vie familiale des adoptants les rapports les plus étroits.<sup>(22)</sup> La préférence a ainsi été donnée à l'adoptant. À sa loi personnelle,<sup>(23)</sup> aux cas où il s'agit d'un seul adoptant, à la loi des effets du mariage pour les situations où l'adoption est le fait d'un couple marié, soit que les deux conjoints sont les adoptants, soit que, au contraire, l'un d'eux seulement est l'adoptant parce que l'autre est déjà l'un des parents naturels de l'adopté. La solution s'explique facilement vu que le lien de filiation

(22) Dans le texte originel de cette disposition (celui de 1966) on mentionnait en dernier lieu la loi personnelle du mari. La rédaction actuelle résulte de la réforme de 1977 (supra n.º 3) qui, en considérant ce facteur de rattachement contraire au principe constitutionnel de l'égalité des conjoints, l'a remplacé par la référence à la loi des liens les plus étroits. Cf. FERRER CORREIA, *A revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado*, tirage à part du Boletim do Ministério da Justiça n.º 283; ALMENO DE SÁ, *A Revisão do Código Civil e a Constituição*, Revista de Direito e Economia, v. 3 (1977), p. 443 et MOURA RAMOS, *Portugal — Droit de la famille. Dispositions intéressant le droit international privé*, Revue Critique de DIP, v. 67 (1978), p. 598 et ss.

(23) Au Portugal, la loi personnelle est la loi nationale (article 31, n.º 1 du Code Civil).

introduit l'adopté dans la famille de l'adoptant, sa loi personnelle devant alors être consultée à cet égard.

Il est bien évident qu'il s'agit de rattachements fixes, et que le moment à considérer est celui où le lien doit être constitué.<sup>(24)</sup>

14. Mais la loi portugaise n'a pas oublié que si le rapport d'adoption fait entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant, il ne coupe pas moins les liens qui l'unissaient jusqu'à ce moment à sa famille naturelle. L'adoption internationale ne saurait ainsi ignorer cet aspect de la réalité qui amène à la considération de la loi qui régissait les relations de l'adopté avec ses parents naturels. Au contraire, on n'aboutirait pas à constituer un rapport stable, et la situation créée serait boîteuse, en déclenchant des conflits de prétentions, vu que la loi de la famille naturelle de l'adopté pourrait ne pas reconnaître l'adoption et fonder alors des droits des parents naturels à l'égard de l'enfant incompatibles avec ceux résultant de l'adoption.

C'est pourquoi le n.º 4 de l'article 60.º prévoit qu'il n'y aura pas lieu à l'adoption si la loi applicable aux rapports de l'adopté avec sa famille naturelle ne connaît pas l'institution de l'adoption ou si elle ne l'admet pas vis à vis d'une personne dans la situation familiale de celui-là. Ça revient à dire que la loi de la famille naturelle de l'adopté est aussi appliquée cumulativement pour ce qui a trait à deux points essentiels: l'admissibilité de l'adoption en général et sa possibilité en concret à l'égard des personnes dans la situation familiale de l'adopté. Il semble que la vocation de la loi de la famille naturelle de l'adopté doit s'arrêter ici, pour ce qui a trait à la réglementation du rapport d'adoption. Et le sens de l'appel qui lui est fait n'écarte pas la compétence de la loi de l'adoptant sur ces questions (et c'est pourquoi il s'agit ici d'une application cumulative et non distributive des deux lois): on est part de l'idée que, l'adoption intégrant l'adopté à la famille de l'adoptant, la loi de celui-ci (ou de ceux-ci, s'il s'agit d'un couple marié) doit être compétente pour tout aspect de la création du rapport d'adoption.

15. Vu ce qu'on vient de dire, on pourrait peut-être penser, que le droit portugais a tout à fait négligé la situation de l'adopté, une fois qu'aucune référence n'a été jusqu'ici faite à sa loi. Mais on doit dire que la

---

(24) Dans ce sens BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª edição, Coimbra, 1982, Almedina, p. 429.

méconnaissance de la loi de l'adopté ne signifierait nullement qu'on aurait méprisé sa position. En fait, partout aujourd'hui les législations en matière d'adoption sont basées sur l'intérêt de l'adopté et rien ne prouve en outre que la loi de l'adopté lui soit plus favorable au fond.

Le problème n'est pas vraiment, sur le plan de la résolution des conflits de lois dans ce domaine, la faveur à l'adopté, mais la stabilité et le caractère indiscutable (par rapport aux lois plus fortement concernées, au moins) du rapport d'adoption. C'est pourquoi, pour garantir son effectivité, on devra songer à respecter encore des exigences de certaines lois, qui, si elles étaient ignorées, pourraient nuire par suite à la fermeté du rapport d'adoption. Ce qu'on vient de dire est vrai, surtout en ce qui concerne la loi de l'adopté, pour l'exigence de son consentement, vu que, si elle est oubliée, l'adopté (ou celui qui le représente) pourrait toujours se prévaloir de sa loi personnelle pour mettre en échec le rapport. Mais le même vaut aussi, tout naturellement, et pour la même raison,<sup>(25)</sup> pour les lois applicables à n'importe quelle relation familiale<sup>(26)</sup> ou de tutelle — et cela nous amène à la nécessité de considérer aussi la loi régissant une telle relation.

C'est pourquoi l'article 61.<sup>o</sup> du Code Civil Portugais statue qu'aux cas où la loi personnelle de l'adopté exige son consentement en tant que condition pour l'établissement du rapport d'adoption, cette exigence sera respectée (n.<sup>o</sup> 1); de même qu'il faudra respecter encore l'exigence de consentement d'un tiers à qui l'adopté se trouve rattaché par un rapport juridique quelconque de nature familiale ou de tutelle, si elle découle de la loi régissant ce rapport (n.<sup>o</sup> 2).

16. On dira ainsi, pour conclure, que le droit portugais a consacré, en matière d'établissement de la filiation adoptive, un système intermédiaire que, bien que fondé sur la loi de l'adoptant, fait aussi place à l'application, soit de la loi de l'adopté, soit de la loi qui régit les rapports de l'adopté avec sa famille naturelle, soit de la loi qui régit n'importe quel

---

(25) S'il y a un rapport familial où de tutelle établi, il est évident que le consentement du responsable du mineur, s'il est exigé d'après la loi régissant cette relation, est indispensable au même titre que le consentement de l'adopté qui serait exigé par sa loi personnelle. Au contraire, l'opposition du responsable du mineur amènerait à des conflits de qualifications qu'il faut essayer de tuer dans l'oeuf, toujours que possible.

(26) Hormis, bien clairement, la relation de l'adopté avec ses parents naturels, déjà considérée à l'article 60, n.<sup>o</sup> 4 (supra, n.<sup>o</sup> 14).



autre rapport de nature familiale ou de tutelle qui rattache l'adopté à un tiers. Le concours de lois y résultant rend l'adoption internationale plus difficile, mais, d'autre côté, assure la stabilité du rapport constitué.

### b) Effets de l'adoption

17. Si, comme on s'est aperçu, le système de détermination de la loi compétente pour la constitution de l'adoption est très complexe, c'est au contraire la simplicité qui fait la règle en matière de la loi applicable aux effets de l'adoption.

Dans ce domaine, l'article 60.º, n.º 3, du Code Civil prévoit en effet que les rapports entre l'adoptant et l'adopté et entre celui-ci et sa famille d'origine soient soumis à la loi personnelle de l'adoptant; mais aux cas où et l'adoption est réalisée par un couple marié et l'adopté soit l'enfant du conjoint de l'adoptant, la loi compétente sera la loi de la nationalité commune des conjoints, à défaut, la loi de sa résidence habituelle commune, et, à défaut, la loi qui présente avec la vie familiale des adoptants les rapports les plus étroits.

On constate ainsi que le droit portugais a consacré, en exclusivité maintenant, les mêmes facteurs de rattachement qu'il avait retenu au premier chef en matière de constitution de l'adoption. Ça s'explique bien, vu que, l'adoption tendant à insérer l'adopté dans la famille de l'adoptant, la loi applicable aux rapports y découlant doit être la loi de cette famille, s'il y a une, ou la loi de l'adoptant, s'il n'y avait pas de famille jusqu'au moment de l'adoption. L'adopté ayant entré dans la famille de l'adoptant il ne reste aucune raison pour considérer sa loi personnelle,<sup>(27)</sup> vu qu'il est maintenant à l'intérieur d'une famille et c'est la loi de cette institution qui doit prévaloir. Pour le cas où l'adoption n'a pas lieu au sein d'une famille, le recours à la loi de l'adoptant est en accord avec le critère de la loi portugaise qui

---

(27) Si celle-ci est différente de celle de l'adoptant, ce qui peut ne pas être le cas, vu la tendance actuelle des législations en matière de nationalité à accorder à l'adopté la nationalité de l'adoptant. À ce propos, voir MOURA RAMOS, *Do Direito Português da Nacionalidade*, Coimbra, 1984, Coimbra Editora, p. 96-99 et PAUL LAGARDE, *Nationalité et Filialité: leur interaction dans le droit comparé de la nationalité in Nationalité et Statut personnel*. Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales, Bruxelles, 1984, Bruylant, p. 492.

soumet les rapports entre parents et enfants à la loi de l'auteur de la filiation, au cas où celle-ci est établie seulement par rapport à un des auteurs.<sup>(28)</sup>

Au delà de cette différence avec la loi applicable à l'établissement de la filiation adoptive il reste encore une autre. C'est qu'ici nous sommes devant un rattachement mobile. La loi en question sera celle indiquée par le facteur de rattachement au moment où le problème se pose. Il n'y a, en fait, aucune raison à préférer la compétence de la loi de l'adoptant au jour de l'établissement du rapport d'adoption.

*c) Limitations à la compétence de la loi applicable.*

18. La compétence de la loi applicable soit à la constitution soit aux effets de l'adoption peut être écartée ou bien par le jeu du mécanisme du renvoi, ou alors par le fonctionnement de l'exception d'ordre public.

19. Au Portugal, le renvoi est admis dans sa modalité de renvoi au premier degré, si la loi désignée par la règle de conflit portugaise renvoie la compétence au droit interne portugais (article 18, n.º 1). Pour les hypothèses de statut personnel — et l'adoption appartient nettement à ce domaine, parce qu'il inclut, chez nous, les rapports de famille<sup>(29)</sup> — il faut encore, pour que le renvoi soit admissible, que l'adoptant ait son domicile au Portugal ou que la loi du domicile considère compétent le droit interne portugais (article 18, n.º 2).

Pour ce qui a trait au renvoi au deuxième degré, il faut, pour que ce mécanisme puisse jouer, que la loi tierce, désignée par l'ordre juridique à laquelle la règle de conflit portugaise remet la compétence, l'accepte (article 17, n.º 1). Et, dans les cas de statut personnel, il faut encore que la loi du

---

(28) Voir l'article 57 du Code Civil, compte tenu du fait que l'adoption établit un lieu de filiation, quoique spéciale par son origine, entre l'adoptant et l'adopté.

(29) Voir l'article 25.º du Code Civil.

domicile ne soit ni la loi portugaise ni une loi que désigne le droit interne de la loi nationale (article 17, n.º 2). Cette exigence disparaît, néanmoins, dans les cas où, le problème ayant trait aux effets de l'adoption, la loi désignée par la règle de conflit portugaise renvoie à la *lex rei sitae* et celle-ci se tient pour compétente<sup>(30)</sup>.

20. Il peut aussi arriver que la loi désignée en tant que compétente pour l'adoption par la règle de conflit portugaise doive être écartée au cas où l'application de ses dispositions entraîne une atteinte aux principes fondamentaux de l'ordre public international de l'État portugais (article 22, n.º 1). Dans ce cas, seront applicables les règles les plus appropriées de la législation étrangère compétente où, subsidiairement, les règles du droit interne portugais. (article 22, n.º 2).

Les tribunaux portugais ont fait appel à cette notion plusieurs fois<sup>(31)</sup> pour faire échec à l'établissement des rapports d'adoption d'après des lois qui admettaient l'adoption d'enfants légitimes dont les parents (ou, au moins l'un deux) étaient encore vivants, ceci dans un moment<sup>(32)</sup> où notre droit interne n'admettait pas l'adoption d'enfants légitimes dont les parents soient en vie — principe qu'on a considéré comme d'ordre public: on a dit à ce propos que la prohibition de l'adoption dans ces cas exprimait une "conception fondamentale et dominante de la famille portugaise", que "l'aliénation définitive et complète des droits et devoirs inhérents aux rapports entre parents et enfants répugnait aux sentiments éthico-juridiques, aux conceptions juridiques dominantes du système juridique portugais". Le problème ne se pose plus maintenant, vu que le changement légal effectué a écarté cette exigence. L'ordre public ne pourra donc plus être invoqué dans une telle situation.

---

(30) Cet endroit n'étant, d'évidence, le lieu adéquat à l'exposé des raisons qui justifient la position du législateur portugais en matière de renvoi, on remet le lecteur, à ce propos, aux ouvrages de BAPTISTA MACHADO (n.º 24), p. 190-221 et FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, 1973, Universidade de Coimbra, p. 407-433.

(31) Voir les arrêts de la Cour d'Appel de Lisbonne du 10 janvier 1969 (*in Jurisprudência das Relações*, v. 15 (1969), p. 16-17), du 8 Octobre 1971 (*in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 214 (Mars de 1972), p. 167) et du 2 Mai 1974 (*in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 237 (Juillet de 1974), p. 287-288).

(32) Entre 1967 et la réforme de 1977 (*supra*, n.º 3).

Mais l'ordre public pourra, d'autre côté, être invoqué dans des cas où les lois déclarées applicables méconnaissent certaines conditions aujourd'hui présentes dans la loi portugaise<sup>(33)</sup>. Le raisonnement des tribunaux qu'on vient de citer permet de le craindre.

Au contraire, la ligne suivie nous amène à penser qu'on sera plus réticent dans le recours à l'ordre public à l'égard des lois étrangères plus restrictives que la loi portugaise en ce qui concerne l'établissement du rapport d'adoption. En allant plus loin, nous pensons même que l'ordre public ne saurait être invoqué dans des cas où la loi applicable ignore l'adoption ou la conçoit avec une portée bien moindre que le droit portugais. En effet, l'existence de l'adoption n'intègre pas l'ordre public, et elle ne constitue non plus, chez nous, un droit fondamental de tous les portugais<sup>(34)</sup>, malgré la formule de l'article 36, n.º 7 de notre Constitution<sup>(35)</sup>.

#### *d) Domaine de la loi applicable à l'adoption*

21. Il faudra envisager cette question, séparément, soit en ce qui concerne la loi applicable à la constitution du rapport d'adoption, soit pour ce qui a trait à la loi qui régit ses effets.

---

(33) Mais la contrariété à l'ordre public devra toujours être appréciée *in concreto* et il faudra savoir si le défaut de la condition qui n'est pas reprise par la loi étrangère (et que le droit portugais connaît) déclenche ou non, si cette loi-là est appliquée, une atteinte aux principes fondamentaux de l'ordre public international de l'État portugais.

(34) Et de tous les étrangers résidant au Portugal, vu que ceux-ci, d'après l'article 15.º, n.º 1 de notre Constitution Politique, jouissent des droits des citoyens portugais.

(35) D'après ce texte, "l'adoption est réglée et protégée dans les termes de la loi". Nous croyons cependant que cette disposition n'oblige le législateur qu'à régler cette institution dans l'ordre juridique interne portugais, à donner aux adoptés une situation acceptable, et à ne pas diffuser en excès son établissement. On ne saurait voir ici, au contraire, la reconnaissance d'un droit à l'adoption. Celle-ci se trouverait, seulement, dans la situation d'une institution juridique garantie. Dans ce sens, chez nous, voir GOMES CANOTILHO - VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª edição, 1.º vol. Coimbra, 1984, Coimbra Editora, p. 232. En général sur les rapports entre les règles de la Constitution et le système des conflits des lois, voir MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, 1980, Coimbra Editora.

22. Les difficultés qui pourraient exister pour la détermination du domaine de la loi applicable à la constitution de l'adoption sont un peu amoindries, vu le système de détermination qui a été choisi.<sup>(36)</sup>

Il découle de ce système, comme nous l'avons dit,<sup>(37)</sup> que la loi qui régit les rapports de l'adopté avec ses parents naturels sera appliquée à deux questions: le fait de l'existence de l'adoption et celui de son admissibilité à l'égard de quelqu'un qui est dans la situation familiale de l'adopté. Ça revient à dire, par exemple, que les conditions de fond de l'adoption qui se rapportent à la situation familiale de l'adopté et qui seront prévues à cette loi-là (le fait, par exemple, qu'il n'y ait pas un certain lien de famille entre l'adopté et l'adoptant, ou que l'adopté ne possède des parents en vie) devront être observées.<sup>(38)</sup>

D'autre part, il faudra appliquer la loi de l'adopté dans la mesure où celle-ci exige le consentement de l'adopté<sup>(39)</sup> et bien aussi la loi qui établit un rapport juridique quelconque de nature familiale ou de tutelle entre l'adopté et un tiers, si cette loi exige le consentement du tiers.<sup>(40)</sup>

Pour ce qui regarde, maintenant, le statut de l'adoption,<sup>(41)</sup> il est bien évident qu'il doit régir les conditions de fond de l'adoption (l'âge de l'adoptant et de l'adopté, leur situation familiale,<sup>(42)</sup> etc.). Et on dira le même à propos des moyens utilisables pour son établissement. Le statut de l'adoption sera également compétent pour déclarer sa nullité à cause de vice de l'acte constitutif.

Au contraire, la *lex loci* sera applicable à la forme de l'acte (bien que le statut de l'adoption puisse exiger certaines formes minimales, cette

---

(36) Voir *supra*, n.° 13 et ss.

(37) *Ibidem*.

(38) Voir *supra*, n.° 14

(39) Voir *supra*, n.° 15.

(40) *Ibidem*.

(41) Qui est donné par la loi énoncée *supra*, n.° 13.

(42) Bien que, par rapport à l'adopté, il faudra considérer aussi la loi indiquée au n.° 4 de l'article 60.°

exigence devant alors être respectée) et aux plusieurs formalités à suivre pour réaliser l'adoption.<sup>(43)</sup>

Enfin, encore pour ce qui concerne les pressupposés dont dépend l'adoption notre jurisprudence a posé comme règle qu'ils doivent être remplis au moment où l'adoption est requise.<sup>(44)</sup>

23. La loi applicable aux effets de l'adoption, par contre, règlera les effets propres de l'adoption: l'autorité parentale, son attribution, sa titularité, son contenu<sup>(45)</sup>, son exclusion et son extinction. De même, cette loi s'applique aussi aux effets de l'adoption sur les rapports pré-existants, de nature familiale, entre l'adopté et sa famille naturelle, sur son extinction ou sa conservation<sup>(46)</sup>.

Cette même loi s'applique aussi à la durée de l'adoption et à la possibilité de sa révocation<sup>(47)</sup>, et à l'attribution à l'adopté du nom de l'adoptant<sup>(48)</sup>.

Par contre, il y a certains effets découlant de l'adoption dont la réglementation n'appartient pas à la loi des effets de l'adoption.

D'abord, la tutelle. Dans ce sens, le code civil est explicite en la soumettant à la loi personnelle de l'enfant mineur (article 30.<sup>o</sup>).

---

(43) Nous avons suivi ainsi l'enseignement de BAPTISTA MACHADO, (n.º 24, p. 429.

(44) Arrêt de la Cour d'appel d'Évora du 19 juin 1984 (*in* Boletim do Ministério da Justiça, n.º 341 (décembre de 1984), p. 485) et arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne du 29 janvier 1985 (*ibidem*, n.º 350 [Novembre de 1985], p. 379).

(45) Il faudra tenir compte, ici, et concernant l'obligation d'aliments, des deux Conventions de la Haye, de 1956 e du 1973, respectivement, sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants et sur la loi applicable aux obligations alimentaires, auxquelles le Portugal est partie.

(46) Mais voir, à ce propos, les observations de BAPTISTA MACHADO (n.º 24), p. 429, qui soulignent la vocation, dans ce domaine, du statut de l'adoption.

(47) BAPTISTA MACHADO [(n.º 24), p. 340] invoque ici l'analogie avec le cas du divorce. En effet, pour cette hypothèse, l'article 55.<sup>o</sup> consacre la compétence de la loi des effets du mariage.

(48) La Cour d'Appel de Lisbonne (dans un arrêt cité *supra*, à la note 2) a reconnu d'une façon implicite cette doctrine, quand elle n'a pas admis l'adjonction d'un nom a une personne adoptée, parce que, l'adoption ne pouvant pas être pratiquée au Portugal, ses effets ne peuvent ici être reconnus.

On dira le même pour les empêchements au mariage, bien que découlant de l'adoption, on s'accorde pour les rattacher au statut du mariage<sup>(49)</sup>.

C'est aussi à la loi de la succession et non pas à la loi des effets de l'adoption de se prononcer sur les effets successoraux de l'adoption<sup>(50)</sup>.

Enfin, les effets de l'adoption sur la nationalité de l'adopté n'appartiennent non plus à la loi des effets de l'adoption. C'est à la loi portugaise, nécessairement, de déterminer les conditions d'attribution ou d'acquisition de sa nationalité, et, ainsi, de se prononcer sur l'effet d'une adoption sur la nationalité de l'enfant. Au Portugal, le mineur adopté pleinement par un national portugais acquiert la nationalité portugaise.<sup>(51)</sup>

## *B — La reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger*

24. Une fois considérée la problématique posée par le prononcé au Portugal d'une adoption internationale, il importe maintenant d'esquisser la position de l'ordre juridique portugais devant les rapports d'adoption à caractère international constitués à l'étranger.

Nous nous pencherons d'abord sur la reconnaissance de ces rapports au Portugal (1), pour en référer après, très sommairement, les effets (2).

### **1) Reconnaissance des effets d'adoptions étrangères.**

25. L'adoption étant le fait d'une décision judiciaire, il s'ensuit que son efficacité au Portugal suppose que les conditions posées pour la reconnaissance d'une décision étrangère ont été remplies. Il faut dire que ces con-

---

(49) Dans ce sens BAPTISTA MACHADO [(n.º 24), p. 430].

(50) Ainsi, chez nous, BAPTISTA MACHADO, (n.º 24), p. 430.

(51) Voir l'article 5.º de la loi n.º 37/81, du 3 Octobre. Sur cette règle, MOURA RAMOS, (n.º 27), p. 155-160 et *Portugal. Nationalité*, Revue Critique, v. 67 (1978), p. 796 et ss. et ISABEL JALLES, *Nationalité et Statut personnel dans le droit de la nationalité portugaise*, in *Nationalité et Statut personnel* (cit. n.º 27), p. 182-183.

ditions sont celles prévues au droit commun portugais, une fois que le Portugal n'est pas lié par des règles conventionnelles ayant une incidence sur ce point précis<sup>(52)</sup>. En outre, on doit aussi prendre compte du fait que notre droit ne connaît ici non plus des règles qui soient spécifiques aux cas d'adoption — le système qu'il faut donc envisager est ainsi la réglementation générale que l'on trouve aux articles 1094 à 1102 du Code de Procédure Civile.

26. La première remarque qu'il faut faire à ce propos tient à la nécessité de l'exequatur. En effet, d'après l'article 1094, les décisions<sup>(53)</sup> touchant des droits privés prises par des tribunaux étrangers ou par des arbitres à l'étranger ne produiront aucun effet<sup>(54)</sup> au Portugal, quelle que soit la nationalité des parties, si elles ne sont pas révisées et confirmées.

Cette règle ne souffre aucune limitation pour ce qui a trait aux décisions constitutives, modificatives ou extinctives de droits<sup>(55)</sup>. Concrètement, en ce qui concerne l'adoption, cette conclusion découle de la conjonction de certaines dispositions du Code de l'Enregistrement Civil. Ainsi, d'après

---

(52) Voir *supra*, n.º 4.

Pour ce qui concerne les décisions étrangères statuant en matière d'aliments, il faudra tenir compte des Conventions de la Haye de 1958 et 1973, respectivement sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants et la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires, auxquelles le Portugal est partie.

(53) On pourrait songer à s'interroger sur la question de savoir si les actes de juridiction volontaire doivent être considérés comme des décisions, pour ce qui regarde l'exigence de l'exequatur. La décision qui prononce une adoption étant un acte de ce genre le problème apparaît ici avec toute son importance.

En droit portugais, la majorité de la doctrine partage l'avis d'après lequel rien ne permet de soustraire les actes de juridiction volontaire à la formulation de l'article 1094. (Ainsi FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado. Aditamentos. Do Reconhecimento e Execução das sentenças estrangeiras*, 1975, Universidade de Coimbra, p. 29-32 et ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, v. II, Coimbra, 1946, p. 156 et ss.) Et la jurisprudence l'a suivi, en exigeant expressément une décision d'exequatur pour l'efficacité des jugements étrangers d'adoption — voir l'arrêt de la Cour d'Appel de Lisbonne cité à la note 2.

(54) Le n.º 2 du même article exclut cependant la nécessité de révision pour les cas où les décisions étrangères sont invoquées dans les tribunaux portugais comme simple moyen de preuve sujet à l'appréciation de celui qui doit juger la cause.

(55) Dans ce sens, FERRER CORREIA, (n.º 53), p. 95.



l'article 2.<sup>o</sup> de ce Code<sup>(56)</sup>, l'adoption doit être impérativement enregistrée, la conséquence du défaut d'enregistrement étant l'ininvocabilité de l'acte (article 3.<sup>o</sup>)<sup>(57)</sup>.

Il n'est pas moins vrai, toutefois, que les décisions étrangères d'adoption puissent produire au Portugal des effets liés à leur condition de fait juridique; seulement les effets découlant de leur nature d'acte juridictionnel sont exclus. La reconnaissance de la décision n'est pas ainsi exigée quand il s'agit de la prendre en ligne de compte en tant que question préalable, à laquelle une loi tierce lie certains effets pour la réglementation desquels elle seule est compétente<sup>(58)</sup>.

27. Ceci étant dit, il suffit maintenant de voir quelles sont les conditions qu'une décision étrangère d'adoption doit remplir pour être reconnue au Portugal<sup>(59)</sup>.

---

(56) Voir aussi l'alinéa c) de l'article 1 du même diplôme (Décret-loi n.º 51/78, du 30 Mars).

(57) L'article 7 du Code se rapporte aux décisions étrangères en matière d'état et de capacité des personnes, stipulant à ce propos qu'elles doivent être enregistrées par transcription, après avoir été revisées et confirmées (n.º 1 et 2). D'après ces règles, l'enregistrement est obligatoire, et son défaut déclenche ainsi, de la même façon, l'ininvocabilité de l'acte (voir l'article 3.<sup>o</sup>).

(58) Ainsi, en général, FERRER CORREIA, (n.º 53), p. 94. Concrètement, en rapport avec l'adoption, les tribunaux portugais ont reconnu, même dans un moment (avant 1966 — supra n.º 2) où on ne reconnaissait point d'effets à l'adoption elle-même, que l'institution d'héritier opérée *de iure* par un acte d'adoption intervenu à l'étranger doit pouvoir être reconnue au Portugal — voir l'arrêt de la Cour Suprême du 2 octobre 1956 (*in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 60 (novembre de 1956) p. 512 et s.) et l'arrêt de la Cour de Lisbonne mentionné à la note 5. Toutefois, et pour la négation de tout effet à l'adoption intervenue à l'étranger — même les effets secondaires, au cas l'effet successoire — voir l'arrêt de la Cour Suprême cité à la note 3 où l'on dit que, l'adoption étant inexistente, on ne peut point en faire produire aucun effet d'après notre loi.

(59) La reconnaissance est le fait d'un acte juridictionnel portugais — l'exequatur — dont la compétence appartient aux Cours d'Appel (article 1095.<sup>o</sup> du Code de Procédure Civil) et qui fait suite à un procès dont les spécificités sont énoncées aux articles 1098.<sup>o</sup> à 1102.<sup>o</sup> du même diplôme.

Pour cela, il faut tenir en considération les règles de l'article 1096.º du Code de Procédure Civile.

Ainsi, il est nécessaire, au delà du fait que la décision ait acquis force de chose jugée selon la loi du pays où elle a été rendue (alinéa b)), qu'il ait aucun doute ni quant à l'authenticité du document qui en fait la preuve<sup>(60)</sup> ni quant à l'interprétation de la décision elle-même<sup>(61)</sup>.

Il faut, en outre, que le tribunal étranger qui ait rendu la décision soit compétent à l'égard des règles de la loi portugaise concernant les conflits de juridictions (alinéa c)), c'est-à-dire, les règles de l'article 65.º dont on a parlé ci-dessus<sup>(62)</sup>.

---

(60) L'authenticité du document est un point qu'il faut apprécier d'après la loi du pays dont les tribunaux ont prononcé la décision (ainsi FERRER CORREIA [(n.º 53), p. 102] qui reconduit la solution à l'article 365.º, n.º 1 du Code Civil). Pour les cas où une légalisation du document est nécessaire (ceux où il y a des doutes sérieuses à propos de son authenticité), il faudra que la signature du fonctionnaire étranger soit reconnue par l'agent diplomatique ou consulaire portugais à l'État en question, et aussi que la signature de ce dernier soit authentifiée avec le timbre respectif (article 540 du Code de Procédure Civile).

(61) En général, ça peut fonder l'exigence, de la part du juge de l'*exequatur* d'une traduction établie par un notaire, ou authentifiée par le fonctionnaire diplomatique ou consulaire de l'État en question, ou, à défaut, par un expert nommé par le tribunal (article 140.º du Code de Procédure Civile). Mais on ne peut pas aller jusqu'au bout et exiger que la décision étrangère soit en elle-même cohérente. Dans ce sens, FERRER CORREIA, (n.º 53), p. 104 et ALBERTO DOS REIS (n.º 53), p. 161-162.

(62) *Supra*, n.º 6 à 10.

Celle-ci est, du moins, l'interprétation dominante donnée par la doctrine et la jurisprudence portugaises à ce précepte, ce qui amène à la consécration, à ce propos, du principe dit de la bilatéralité. Voir notamment FERRER CORREIA (n.º 53), p. 106, BAPTISTA MACHADO (n.º 21), p. 15 et ALBERTO DOS REIS (n.º 53), p. 166. L'opinion contraire — le système de l'unilatéralité, d'après lequel la compétence internationale serait appréciée d'après les règles du tribunal qui aurait rendu le jugement — a été défendue chez nous par CASTRO MENDES (*Alguns problemas sobre revisão de sentenças estrangeiras*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XIX (1965) p. 36 et ss.) mais elle n'a jamais été consacrée par la jurisprudence, bien qu'à ce moment (après la loi n.º 21/78, du 3 mai, qui introduit des cas de compétence exclusive) sa consécration paraîtrait souhaitable — dans ce sens FERRER CORREIA, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (Droit Comparé)*, in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra, 1982, Acta Universitatis Conimbricensis, p. 176 et *O Reconhecimento das sentenças estrangeiras no direito brasileiro e no direito português*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 116.º p. 165-166.

D'autre part, on exige aussi qu'il ne puisse être soulevée l'exception de litispendence sur la base d'une affaire portée devant un tribunal portugais, sauf si c'est le tribunal étranger qui a été saisi le premier, et qu'un tribunal portugais, même s'il n'a pas été saisi le premier, ne soit déjà arrivé à une décision définitive (alinéa d)<sup>(63)</sup>.

Il est aussi nécessaire que les droits de la défense aient été dûment respectés dans le procès étranger; cette exigence se traduit par la règle de l'alinéa e), d'après laquelle il faut que le défendeur ait été dûment assigné, sauf lorsqu'il s'agit d'une affaire pour laquelle la loi portugaise dispense l'obligation de l'assignation; et que l'assignation ait été faite personnellement, si le défendeur a été condamné tout de suite, faute de défense. Rapportée aux cas d'adoption cette règle n'a pas un grand domaine d'application, vu qu'on ne peut pas ici, à vrai dire, et comme l'on a déjà dit en passant<sup>(64)</sup>, parler d'un défendeur.

Comme il arrive en général dans tous les systèmes juridiques, le droit portugais exige aussi, pour la reconnaissance, que la décision étrangère ne contienne point de décisions contraires à l'ordre public portugais (alinéa f)<sup>(65)</sup>.

---

(63) Pour ce qui a trait à la chose jugée, la conclusion citée en texte découle de la combinaison de l'alinéa d) de l'article 1096.<sup>o</sup> avec l'alinéa g) de l'article 771.<sup>o</sup> à laquelle renvoie l'article 1100.<sup>o</sup>. Dans ce sens, FERRER CORREIA (n.<sup>o</sup> 53), p. 113 et ss. et BAPTISTA MACHADO (n.<sup>o</sup> 21), p. 22-23. Il va sans dire que si une décision étrangère a été déjà reconnue au Portugal, on ne pourra pas reconnaître une autre qui donne au même problème une solution contradictoire.

(64) Voir *supra*, n.<sup>o</sup> 7.

(65) En matière d'adoption on a invoqué l'ordre public pour ne pas accorder l'*exequatur* à des décisions étrangères où l'adopté était l'enfant légitime de personnes vivantes déterminées — voir les arrêts de la Cour d'Appel de Lisbonne du 11 juin 1971 (*in* Boletim do Ministério de Justiça, n.<sup>o</sup> 208 (juillet 1971), p. 183 et du 28 juin 1971 (*ibidem*, n.<sup>o</sup> 238 (juillet 1974), p. 279). Ça au moment (avant 1977) où le droit interne portugais consacrait cette orientation — voir *supra*, n.<sup>o</sup> 3. Le même tribunal a, cependant, par un arrêt du 3 janvier 1975 (*ibidem*, n.<sup>o</sup> 243 (février 1975), p. 319), renversé cette position, en disant que l'adoption ayant déjà été valablement constituée par une décision étrangère, l'ordre public portugais se désintéresse des raisons ou fondements de l'adoption en ne prenant en compte que la situation constituée par la sentence. Nous croyons que celle-ci était la bonne doctrine. Mais, en tout cas, le problème ne garde qu'un intérêt historique, vu que le droit interne portugais ne contient plus cette exigence.

Enfin, notre ordre juridique prévoit encore un cas de revision au fond. En effet, d'après l'alinéa g) de l'article 1096.º, ne seront pas reconnues les décisions rendues contre un portugais, si elles sont contraires aux dispositions du droit interne portugais, lorsque celui-ci est applicable d'après les règles de conflit portugaises. On pourra envisager l'application de cette norme en matière d'adoption, bien que son maniement s'avère difficile, vu qu'on ne peut pas parler ici, à vrai dire, d'un défendeur. Mais il n'est pas exclu qu'au cas où le droit portugais s'estime compétent, et l'adoption ne sera pas possible d'après notre droit interne, on refuse la reconnaissance aux décisions étrangères dans les cas où l'adopté soit l'enfant de parents portugais. La solution devra être différente, cependant, et par application de l'article n.º 31, n.º 2 du Code Civil Portugais, dans les hypothèses où la décision aura été prononcée ou aura été reconnue par les tribunaux du pays du domicile des parents naturels.<sup>(66)</sup> Dans ces cas, en effet, la doctrine de l'alinéa g) ne devra pas faire échec à la reconnaissance de la décision étrangère.

28. Les présupposés de la reconnaissance énoncés, il faut dire maintenant que le tribunal de l'*exequatur* est tenu de vérifier d'office les conditions prévues aux alinéas a), f) et g), et qu'il devra refuser également d'office la reconnaissance s'il constate par l'examen du procès ou par les connaissances qu'il tire de l'exercice de ses fonctions, l'absence d'une des conditions requises par les alinéas b), c), d) et e) (article 1101).

En tout cas, la décision de la Cour d'Appel n'est pas définitive. Elle peut donner lieu à un recours en cassation pour la Cour Suprême (article 1102). Les fondements de ce recours, sont, au-delà du défaut de n'importe quelle condition énoncée à l'article 1096.º, ceux qui sont contenus aux ali-

---

(66) Dans le sens qu'il faut considérer en matière de reconnaissance des jugements, et pour ce qui concerne l'application de l'alinéa g) de l'article 1076.º, la modification apportée au règlement normal des conflits de lois par l'article 31, n.º 2 du Code Civil, voir FERRER CORREIA, *La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales*, in *Estudos Vários de Direito* (n.º 62), p. 101 et *O reconhecimento das sentenças estrangeiras no direito brasileiro e no direito português* (n.º 62), p. 163-165, FERNANDES COSTA *Direitos Adquiridos e Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Ferrer Correia*, v. I p. 30 et suivants du tirage à part et MOURA RAMOS, *Validade do Casamento Português casado com espanhola divorciada na Venezuela*, in *Colectânea de Jurisprudência*, v. XIII (1988). t. 5, p. 17 et s.

nés a), c) et g) de l'article 771 du Code de Procédure Civile: preuve, par décision criminelle définitive, du fait que la décision étrangère a été prononcée avec violation des devoirs d'impartialité du juge saisi; recouvrement d'une pièce décisive qui pourra modifier la décision dans un sens plus favorable à la partie qui l'invoque; existence d'une décision définitive antérieure<sup>(67)</sup>.

## 2) Effets du rapport d'adoption étranger

29. Pour ce qui est, enfin, des effets du rapport d'adoption établi à l'étranger, il faudra dire que la décision étrangère d'adoption produira au Portugal les effets qui leur sont attachés par le système juridique où elle a été prononcée.

Dans la pratique, cette solution ne se détache cependant pas trop d'une assimilation de l'adoption étrangère à l'une des deux catégories d'adoption prévues pour notre droit<sup>(68)</sup>. Ainsi, au cas où l'adoption étrangère est une adoption qui fait de l'adopté un membre de plein droit de la famille de l'adoptant, en coupant de la sorte tous les liens qui le rattachent à sa famille d'origine, elle sera assimilée à une adoption plénière du droit portugais, en produisant tous les effets auxquels celle-ci tend<sup>(69)</sup>. Au contraire, si l'adoption n'établit que des faibles liens entre l'adoptant et l'adopté, tout en conservant celui-ci à l'intérieur de sa famille naturelle (comme il arrive parmi nous avec l'adoption restreinte), cette adoption partielle produira au Portugal les effets auxquels elle s'adresse, même s'ils seront différents de ceux que notre loi interne lie à l'adoption partielle ou restreinte<sup>(70)</sup>.

---

(67) Voir *supra*, n.º 63.

(68) Pour des éclaircissements plus complets, voir l'étude citée à la note 1.

(69) Vir *supra*, n.º 23.

(70) Sauf, évidemment, le jeu de l'ordre public.

## CONCLUSION

30. On dira, donc, pour finir, que l'établissement d'une adoption internationale au Portugal n'est pas très facile, une fois que, bien que les tribunaux portugais se considèrent sans grande difficulté compétents pour en statuer, le système conflictuel est très sensible au danger de constitution de situations boîteuses, l'établissement de la relation en devenant donc soumise à des conditions (cumulatives) plus lourdes.<sup>(71)</sup> Au contraire, les conditions posées à l'*exequatur* des jugements étrangers dans ce domaine n'étant pas plus exigeantes que celles qu'on connaît dans la plupart des systèmes juridiques, la reconnaissance des situations d'adoption internationale établies à l'étranger devient bien plus facile.

---

(71) On n'oubliera pas, au delà des raisons qui amènent à l'exigence d'une forte stabilité des rapports d'adoption (voir *supra*, n.º 14 et ss.), que ces règles de conflit faisaient le contrepoint d'un système matériel aussi bien restrictif à l'égard de l'adoption (voir l'étude citée à la note 1) et qu'elles n'ont pas été remplacées quand ce système a été assoupli.

**GUILHERME PEREIRA DA FONSECA**  
*Juge Conseiller*  
*à la Cour Suprême Administrative*

**II C.**  
**DIFFERENCES**  
**ENTRE LA PROCEDURE CIVILE**  
**ET LA PROCEDURE DU CONTENTIEUX**  
**ADMINISTRATIF**





## A

1. L'idée de juridiction, au sens matériel, appliquée au jugement des actes et agissements de l'Administration ou des actes et agissements du Pouvoir Exécutif relève d'un organe, le juge, étrange à la prétension ou prétensions formulées par les parties, agissant, par conséquent, en tant que tiers impartial, et trouve sa raison d'être dans le principe de la séparation des pouvoirs, qui est à l'origine de l'Etat de Droit comme expression juridico-politique la plus parfaite des idéaux de la bourgeoisie libérale.

Et c'est à l'exercice de la juridiction qu'apparaît intimement lié le contentieux administratif, tenu dans le sens formel, en tant que système de protection juridictionnelle des citoyens contre lesdits actes et agissements. Un système qui passe par deux grands groupes: celui du recours, comme moyen de contestation des actes (le recours contentieux ou recours direct en annulation contre les actes administratifs); et celui de l'action administrative visant les comportements, soit par commission soit par omission, y incluses les déclarations contractuelles qui intègrent les contrats administratifs.

Mais, si la juridiction civile ou juridiction ordinaire a toujours fonctionné en vue de régler des litiges nés des rapports humains, la juridiction administrative, dans le sens matériel susmentionné, n'a fonctionné qu'en conséquence de la Révolution Française et de la consolidation des idéaux de la bourgeoisie libérale. Ce qui, naturellement et historiquement, a eu des répercussions au Portugal, sans pour autant faire oublier l'importance d'une tradition municipaliste ancienne, ancrée sur des organes locaux autonomes.

C'est, donc, à la première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle que l'on doit rechercher l'autonomie de la juridiction administrative par rapport à la juridiction civile, qui, d'ailleurs, n'a jamais eu de vocation pour juger de tels actes et agissements de l'Administration.

Dans l'évolution historique, au Portugal, de la juridiction administrative, à partir de la première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle avec l'avènement du constitutionnalisme, l'on peut dégager plusieurs périodes, ayant leurs propres caractéristiques, que l'on peut résumer comme suit:

- une première phase, d'étendue seulement locale, avec les Conseils de Préfecture (siégeant dans chaque province et considérés l'"autorité administrative judiciaire") et, plus tard, les Conseils de District (en tant que "tribunal administratif"), avec possibilité de recours, ou pas, selon la prévision légale du moment, devant le Conseil de d'Etat (organe inséré dans le pouvoir réel et issu de la monarchie absolue); à cette époque, néanmoins, il y avait une répartition des compétences avec les tribunaux ordinaires (entre 1832 et 1845, période où s'inscrit, en 1836, le premier Code Administratif Portugais, une vaste loi sur les pouvoirs locaux).
- la phase suivante, qui s'est prolongée jusqu'au XX<sup>ème</sup> siècle (plus précisément jusqu'en 1924), avec l'intervention du Conseil d'Etat, au niveau de l'Administration Central, d'après le modèle français de la juridiction réservée ou de l'administrateur-juge (le Conseil d'Etat étant plus tard remplacé par la Cour Suprême Administrative), les tribunaux administratifs restant toujours en fonctions (entre-temps nommés auditorats, sauf une courte période pendant laquelle ils furent déclarés éteints, leurs compétences étant alors dévolues aux tribunaux ordinaires), à l'échelle locale.
- une troisième phase, d'une courte durée, entre 1924 et 1930, avec de successives extinction et réinstallation des tribunaux administratifs, eux tous, dont les compétences étaient alors dévolues aux tribunaux ordinaires pendant les périodes d'extinction (une extinction toujours justifiée, d'ailleurs, par des motifs d'ordre financier).
- après 1930, la juridiction administrative devient solide, avec les tribunaux administratifs, alors nommés tribunaux administratifs du cercle, au niveau local, et de nouveau la Cour Suprême Adminis-

trative (qui, pendant une courte période, fut appelée Conseil Suprême de l'Administration Publique), la pleine juridiction étant atteinte avec l'avènement de la Révolution du 25 avril 1974, qui renversa l'ancien régime et instaura la démocratie au Portugal. En ce sens, le premier pas se traduisit par leur désintégration du Pouvoir Exécutif —, notamment en vertu de la Constitution de la République Portugaise de 1976 (au début, celle-ci prévoyait simplement l'existence de "tribunaux administratifs", mais, conformément à la révision dont elle fit l'objet en 1989, furent plus tard créés, au niveau constitutionnel, la "Cour Suprême Administrative et les autres tribunaux administratifs" en tant que catégories de tribunaux au sein de l'organe de souveraineté qui sont les Tribunaux, la gestion et la discipline de leurs magistrats relevant de la compétence d'un conseil supérieur propre)<sup>(1)</sup>.

Aussi peut-on affirmer, à la lumière d'une telle perspective historique, que la juridiction administrative — la "justice administrative", comme le législateur constituant la désigne — est aujourd'hui complètement et tout à fait séparée de la juridiction civile, et ceci se traduit par une juridiction pleine et une pleine indépendance de ses tribunaux, ainsi que par un système d'auto-gouvernement de leurs magistrats.

Et, à l'heure actuelle, une telle indépendance est également articulée avec le renforcement des garanties juridictionnelles des citoyens, en passant par un élargissement de l'objet du recours contentieux, par l'ampliation du rapport procédural auquel se dirige l'action administrative, de nouveaux moyens d'impugnación ayant été prévus, et par l'admissibilité de moyens contentieux atypiques, auparavant inexistantes.

Tout cela se justifie, en thèse générale, par l'évolution et "l'invasion" du droit administratif, découlantes d'une activité étatique fort intervenante dans tous les domaines de la vie sociale, en tant que reflet de droits économiques, sociaux et culturels consacrés constitutionnellement, et par la spécialisation du juge dans cette branche du Droit, liée à une attitude de méfiance vis-à-vis des tribunaux ordinaires, il leur étant interdit d'intervenir dans le domaine de l'Administration Publique.

---

(1) Cfr. les articles 211.1.b), 214.1 et 214.2, 219.2 de la Constitution de la République Portugaise, ainsi que les articles 1.<sup>er</sup> et 2 du Décret-Loi n.º 129/84, du 27 avril.

2. Définie, de ce fait, au Portugal, actuellement, la séparation entre les deux juridictions — la juridiction civile et la juridiction administrative — même au niveau de la Constitution, cette séparation est, toutefois, limitée au chapitre des garanties contentieuses des citoyens, entendues celles-ci comme des moyens de défense des droits subjectifs et des intérêts légitimes, à réaliser à travers l'intervention des tribunaux administratifs. Pour ce qui est des autres domaines, la juridiction civile règne, comme concrétisation des principes selon lesquels à tout droit correspond une action et à toute personne est assuré l'accès aux tribunaux<sup>(2)</sup>. Ces garanties contentieuses, réserve faite de certains limites de la juridiction administrative, que la loi expressément spécifie, se dirigent aux actes administratifs, aux règlements ou normes réglementaires, aux contrats administratifs, à la responsabilité civile de l'Administration pour des actions de gestion publique, et à la reconnaissance de droits ou intérêts légalement protégés (domaines auxquels viennent s'ajouter le contentieux électoral, d'étendue réservée aux personnes morales publiques, et les moyens procéduraux accessoires, de caractère provisoire ou incidentale).

La réalisation de ces garanties-là, à l'exclusion des moyens procéduraux accessoires ayant, chacun d'eux, un cadre légal propre, se développe par deux formes de contestation ou types procéduraux:

- le recours, quant aux actes administratifs et aux règlements ou normes réglementaires (dans ce cas, appelé contestation de normes), y compris le contentieux électoral<sup>(3)</sup>.
- l'action, par rapport aux contrats administratifs, à la responsabilité civile de l'Administration et à la reconnaissance de droits ou intérêts légalement protégés (dans ce cas, une action atypique)<sup>(4)</sup>.

En comparaison avec l'univers de la juridiction civile, qui met à la disposition du citoyen multiples possibilités d'intervention, le domaine de la juridiction administrative s'avère réduit. Et même son point nucléaire et,

---

(2) Cfr. l'article 20 de la Constitution et l'article 2 du Code de Procédure Civile.

(3) Cfr. l'article 6 du Décret-Loi n.º 129/84, du 27 avril.

(4) Cfr. les articles 824 et 825 du Code Administratif et l'article 69 du Décret-loi n.º 267/85, du 16 juillet.

de par sa nature, caractéristique n'est que le recours, puisque, en ce qui concerne l'action, celle-ci pourrait, sans soulever de grandes difficultés, ressortir de la juridiction civile, à l'instar de toute action civile, déclarative, constitutive ou condamnatoire.

Toutefois, compte tenu des avantages de la spécialisation, à l'heure actuelle, dans les différents domaines du Droit, et dès lors qu'est décidée, en définitive, la séparation entre les deux juridictions précitées, civile et administrative, il importe d'empêcher la répartition des compétences avec les tribunaux ordinaires, du moins pour ce qui regarde lesdites garanties contentieuses, tendentiellement toujours plus élargies.

## B

La procédure contentieuse en matière administrative, au Portugal, naquit et grandit avec ce droit substantif qu'il doit soutenir, le droit administratif, dont le développement a fait éveiller, surtout pendant ces dernières années, l'intérêt pour cette branche-là du droit. Un phénomène auquel naturellement n'est pas étrange l'accentuation de la séparation entre la juridiction administrative et la juridiction civile, comme nous l'avons dit plus haut.

L'importance actuelle de la procédure contentieuse en matière administrative est, d'ailleurs, évidente. La Constitution elle-même, dans la rédaction qui lui fut donnée par la Loi n.º 1/89, du 8 juillet, au contraire de ce qui arrive à d'autres branches du droit procédural, s'en occupe expressément. C'est ce qui se dégage de la lecture des dispositions constitutionnelles contenant une véritable définition de contentieux administratif et consacrant le droit de recours contentieux et le droit d'accès à la justice administrative<sup>(5)</sup>.

---

(5) Cfr. les articles 214.3, 268.4 et 268.5 de la Constitution de la République Portugaise.

Il faut, de ce fait, regarder en face ce contentieux, lui assurer l'autonomie qui, sur les plans théorique et pratique, lui est dûe, en définissant, à l'instar de toute autre branche du droit, ses principes orientateurs et le libérant définitivement du droit substantif qui lui incombe de servir, mais non pas d'intégrer.

Il faut, toutefois, le libérer, également et définitivement du droit procédural civil, pour ériger une structure du droit adjectif qui ne se confonde pas avec celui-ci, ni ne soit de nature à souffrir des maux qu'on lui signale aujourd'hui.

D'une façon plus englobante, et considéré comme une branche du Droit, on peut dire que le droit procédural administratif contentieux est un complexe de normes et principes juridiques établissant l'organisation des tribunaux administratifs, cernant son domaine matériel de compétence, typifiant les prétensions qui peuvent lui être adressées et réglant les termes qui doivent observer l'introduction et le déroulement desdites prétensions au sein de ces tribunaux.

Et quelles caractéristiques peut-on, donc, lui attribuer?

Outre les caractéristiques générales ressortissant communément du droit procédural civil — caractère public, adjectif et instrumental — on peut lui attribuer les caractéristiques particulières signalées ci-après, ayant surtout à l'horizon le type procédural qui lui est nucléaire, le recours contentieux:

- caractère contradictoire, au sens du rapport dialectique procédural entre les parties, même si l'une d'elles est l'Administration Publique<sup>(6)</sup>, qui sont appelées à présenter leurs arguments factuels et juridiques, à indiquer leurs preuves et à se pencher sur l'opportunité et la valeur des preuves de l'adversaire.
- caractère inquisitoire, le rôle du juge étant prépondérant dans la conduite de l'instance, notamment du recours contentieux, où il y a une tendance manifeste vers l'obtention de la vérité matérielle.
- caractère prédominamment écrit de la procédure.
- caractère limité des types procéduraux.
- caractère simplifié des actes procéduraux.

(6) Cfr. L'article 26 du Décret-Loi n.° 267/85, du 16 juillet.

- caractère non suspensif.
- caractère fort intervenant du Ministère Public<sup>(7)</sup>.

Et c'est de ces caractéristiques spécifiques que l'on dégage le sens libérateur et novateur de la procédure contentieuse administrative, par rapport à la procédure civile, en cherchant dans son sein ladite structure de droit adjectif propre.

Car, s'il est vrai que l'on peut trouver, entre les principes fondamentaux de la procédure civile, des principes agissant ici — dispositif (bien mitigé, quand même, par le principe inquisitoire), stabilité de l'instance, préclusion, légalité des formes procédurales, économie procédurale, célérité procédurale (en tant que but souhaité, mais sans compromettre la justesse de la décision) — d'autres s'avèrent ici des principes dégradés. C'est ce qui se passe avec l'auto-responsabilité des parties, l'égalité des parties, la libre appréciation des preuves, l'immédiateté, l'oralité et la tendance vers une décision sur le fond.

## C

S'il en est de la sorte, et ce qui importe de nos jours, au Portugal, c'est de faire ressortir et de renforcer la spécificité même du droit de procédure du contentieux administratif, le détachant du droit de procédure civile, en définitive, en vue de faire cesser l'application suppletive de celui-ci, il s'impose, alors, d'avancer rapidement vers un droit de procédure en matière de contentieux administratif codifié, lequel reste toujours un vide dans notre univers juridique.

---

(7) Cfr. les articles 15, 27, 42, 53, 54 dudit Décret-Loi.

En fait, un vrai Code de Procédure du Contentieux Administratif, tel que, d'ailleurs, l'annonce publiquement le Gouvernement, depuis longtemps, mais sans le concrétiser jusqu'à présent, pour y faire réfléchir les solutions commandées par les caractéristiques spécifiques déjà énoncées et les principes de la procédure civile les plus adéquats.

Ainsi, en écartant finalement l'application suppletive de la procédure civile, comme il arrive encore en ce moment, l'on pourrait aboutir à une intégration des lacunes, en recourant soit à l'analogie soit à la création, par l'interprète, d'une norme dans l'esprit du système, mais au sein du seul système administratif.

Une telle évolution semble inévitable, une fois établie et assurée, au niveau constitutionnel la séparation des deux juridictions — la juridiction civile et la juridiction administrative —, au Portugal, la garantie des droits des administrés passe, de plus en plus, par l'autonomie du droit procédural administratif contentieux et par une codification, à brève échéance, de celui-ci, nettement distincte du Code de Procédure Civile en vigueur.



**FÁTIMA HENRIQUES**  
*Membre du Bureau de Documentation  
et de Droit Comparé*

**III A.2.**  
**LA SOCIETE UNIPERSONNELLE**



## **RÉSUMÉ:**

1. Exposé des motifs
2. Concept
3. Cas voisins
4. Délimitation de l'objet de l'étude
5. Perspective historique de la société unipersonnelle au Portugal
6. Droit communautaire des sociétés
7. Le régime juridique en vigueur
  - 7.1 Les sources
  - 7.2 Les dispositions de caractère général
8. L'unipersonnalité originaire
  - 8.1 Les présupposés spécifiques à la constitution de la société unipersonnelle
  - 8.2 Les exigences
9. La limitation de la responsabilité du commerçant unique
10. L'unipersonnalité qui survient
11. Conclusions
12. Bibliographie



## LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE DANS L'ORDRE JURIDIQUE PORTUGAIS

1. Procéder à l'analyse du régime juridique de l'unipersonnalité dans le droit portugais est l'objectif de cette recherche.

Cependant, auparavant, pour éviter d'éventuelles confusions de terminologie et limiter par là l'objet de notre étude, la précision du concept de base en question s'impose.

Il convient de donner aussi une brève perspective historique d'ensemble du thème, en identifiant encore que de façon très générale, les arguments qui sont venus fonder les solutions consacrées par le législateur, par la jurisprudence et par la doctrine au Portugal dans le cadre de cette matière.

Une telle démarche est justifiée pour deux raisons en particulier:

- Comme nous le verrons, le régime juridique de l'unipersonnalité en vigueur dans l'ordre juridique portugais avec quelques innovations, fait montre, d'une ligne logique de continuité.
- Ensuite, eu égard à ce qui sera certainement le principal propos d'un travail destiné à un "Congrès International de Droit Comparé", il conviendra de souligner et de démontrer les solutions consacrées au Portugal, sur ce point, ne divergent pas de façon substantielle de celles qui sont venues à être adoptées dans d'autres pays, en particulier sur le Continent européen, qui ont consacré à ce thème une attention spéciale et ont influencé, pour cette raison de façon directe ou indirecte le système juridique portugais.

2. La société unipersonnelle est classiquement définie comme celle où toutes les apports sociaux n'appartiennent qu'à une seule personne, physique ou morale.

L'on parle de société unipersonnelle originaire si l'unipersonnalité remonte au moment de la constitution; elle est "survenue" si l'originalité arrive à un moment postérieur dans la vie de la société.

L'unipersonnalité survenue, de son côté, peut être projetée en vue d'atteindre certains objectifs<sup>(1)</sup> ou purement fortuite, elle découle alors d'événements variés au cours du parcours de la société.

3. Quoique différente de la société unipersonnelle, du moins sur le plan du régime juridique applicable, la société dite fictive y ressemble parfois.

La société fictive se présente, en effet, normalement, sous la forme d'une société à responsabilité limitée, dominée par une seule personne vraiment intéressée par sa constitution et son maintien, bien qu'elle soit formellement souscrite par d'autres personnes, ces dernières, n'ont, du moins, que l'intervention nécessaire au maintien des apparences de la société en tant que telle. (ce sont les dits hommes de paille, les prête-noms ou les "Strohänner" comme l'on dit en Allemagne).

Les sociétés fictives peuvent être rassemblées en deux groupes:

- Celle qui dissimule l'existence d'un autre contrat.
- Celle qui dissimule l'activité d'une autre personne physique ou morale.

Dans ce dernier cas, du point de vue économique, l'entreprise appartient à cette personne, parce qu'en fait, et depuis l'origine, nous sommes en présence d'une société dans les mains d'un seul membre.

L'on voit bien la difficulté existente de distinguer de cette dernière, la réalité que nous avons conçue comme société unipersonnelle.<sup>(2)</sup>

---

(1) Comme par exemple l'obtention d'avantages fiscaux ou la limitation de la responsabilité de l'associé unique, comme seul commerçant en fait.

(2) Cette difficulté peut, certes, expliquer la réaction favorable de l'ordre juridique allemand, vis à vis de la société fictive. Celui-ci ne prévoit, en effet, aucune sanction, ni même aucune réaction contre la constitution d'une société à travers un "Strohänner". Cette difficulté explique également qu'à partir de la loi du 4 juillet 1980 puissent être constituées des sociétés à responsabilité limitée avec une seule personne, dans cet ordre juridique.

Cependant, le régime juridique applicable est encore aujourd'hui distinct dans l'ordre juridique portugais.

L'on distingue aussi de l'unipersonnalité toutes les situations où l'un des membres tout en n'étant pas tout seul, a une position dominante dans la société: l'on prend par exemple, la situation de la société où l'un des membres détient 99% du capital social, celle où ce contrôle n'est pas même dépendant du nombre et de la valeur des parts sociales; encore une autre où les associés tout en ayant une participation à la formation de la volonté sociale, ont une participation irrelevante au destin de la société.

A toutes celles-ci s'appliquent des régimes juridiques distincts de celui de l'unipersonnalité, de façon parallèle, aux différentes descriptions.

4. Comme nous l'avons envisagé, seul le régime juridique de l'unipersonnalité défini ci-dessus est l'objet de cette étude. C'est la raison pour laquelle notre analyse portera uniquement sur lui. Nous ne nous dispenserons pas, cependant, de citer des éléments de réalités voisines, chaque fois que cela apparaît indispensable ou même simplement éclairant quant à la matière exposée.

5. Dans une perspective historique, nous pouvons dire, sans imprécision, que le phénomène juridique de l'unipersonnalité au Portugal a connu une évolution quelque peu similaire à celle des autres pays européens comme c'est le cas de l'Allemagne, de la France ou de l'Italie par exemple.

La prise de conscience du problème est, au Portugal, plus ou moins contemporaine de celle qui se vérifie, en particulier, dans les pays cités.

La réaction initiale de l'ordre juridique portugais à la société unipersonnelle a été dans le sens du refus.

En effet, différents obstacles s'opposaient à la reconnaissance juridique de cette dernière.

En raison de la configuration typique de la société comme contrat. Selon l'art. 980<sup>(3)</sup> du Code Civil portugais la société est un contrat et, donc à ce type de société ferait défaut la pluralité des membres tenue comme indispensable aussi bien à la constitution, qu'au maintien de toute société.

---

(3) Le contrat de société est celui par lequel deux personnes ou plus s'obligent à contribuer en commun avec des biens ou des services à l'exercice en commun d'une certaine activité économique, qui ne soit pas de simple jouissance, afin de répartir les bénéfices de cette activité.

Par ailleurs, la société comme personne morale, formée d'une entité collective verrait l'attribution de sa personnalité juridique subordonnée à l'existence d'un ensemble de personnes qui, s'il venait à disparaître, la lui ferait perdre.

Voilà les arguments foncièrement théoriques qui s'opposaient à ce type de société.

Mais, des arguments de nature variable étaient également avancés dans le sens de la non reconnaissance de la société unipersonnelle:

- Admettre l'unipersonnalité serait admettre indirectement sans défaillance, la limitation de la responsabilité du commerçant unique.

Or, c'est ce qui durant longtemps, dans notre ordre juridique, comme dans plusieurs autres, a été considéré comme inadmissible.<sup>(4)</sup>

Venant confirmer le poids de ces idées sur le système juridique portugais, FERRER CORREIA en 1945 dans une étude<sup>(5)</sup> spécialement consacrée au thème écrivait: "L'on peut considérer comme doctrine bien arrêtée et cela a été une jurisprudence constante au Portugal le rejet des sociétés dénommées unipersonnelles".<sup>(6)</sup>

En ce qui concerne l'unipersonnalité originaire, nous pouvons dire qu'elle a été tenue pour inadmissible "jure constituto" jusqu'en 1976.<sup>(7)</sup> Bien qu'il se trouvât des partisans de "jure constituendo".

---

(4) Des articles 601 du Code Civil et 821 du Code de Procédure civile résulte la règle selon laquelle pour le respect des obligations le créancier est responsable sur tous ses biens, à l'exception des patrimoines autonomes lorsque la loi en prévoit l'existence.

(5) Les sociétés unipersonnelles de responsabilité limitée dans *Revista de Direito e Estudos Sociais* 1<sup>ère</sup> année, p. 231 et suiv..

(6) Venaient expliquer cette affirmation, les positions alors défendues par JOSÉ TAVARES, "Sociedades e Empresas Comerciais" 2.<sup>ème</sup> ed. 1924; AZEVEDO SOUTO, *Lei das Sociedades por Quotas*, 2.<sup>a</sup> ed.; *Revista de Legislação e Jurisprudência* 1959; *Revista dos Tribunais*, 62, entre autres.

Cependant, déjà alors, il se trouvait des auteurs qui défendaient une position de plus grande ouverture à la reconnaissance de la société unipersonnelle: MARIO DE BRITO, "Dissolução das sociedades comerciais," Coimbra, 1944.



En ce qui concerne l'unipersonnalité qui survient il faut tout de suite distinguer deux phases distinctes dans l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence portugaises:

La première phase, (qui prendra fin dans les années 40 a été caractérisée par la non-reconnaissance de la société unipersonnelle. Aussi la réduction de l'ensemble des associés à un seul était-elle considérée comme une cause d'extinction de la société.

De cette époque, datent, en effet différents arrêts qui déclarent la nullité du contrat parce que celui-ci ne peut se maintenir avec une seule personne; ou qui font reposer leur décision sur ce présumé.<sup>(8)</sup>

A cette époque remonte aussi l'arrêt de la Cour Suprême de Justice qui date du 7.1.1947, qui a agité particulièrement la doctrine<sup>(9)</sup> et qui, nous pouvons le dire, est venu à constituer une étape par rapport à la position adoptée auparavant, dans le sens d'une plus grande ouverture à l'uniper-

---

(7) En effet, mis à part le Professeur RAUL VENTURA qui indique l'art. 14 du décret-loi n.º 271 de 1972 et l'article 19 du décret-loi n.º 137 de 1979 (toutes les deux abrogées) qui prévoyaient la division des portefeuilles de titres de société d'économie mixte, pour que puissent être constituées grâce à eux, de nouvelles sociétés qui pouvaient l'être avec un seul actionniste et qui se maintiendrait ainsi. Toute la doctrine indique le décret-loi n.º 65 du 24-1-76 comme la première et unique prévision légale de l'unipersonnalité originaire au Portugal jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code des Sociétés.

L'art. 1 décret-loi citée dispose "que les sociétés anonymes dans lesquelles l'Etat détenait la majorité du capital peuvent se constituer ou continuer leur existence quelque soit le nombre d'associés. Le dénommé "privilège d'Etat", aujourd'hui encore maintenu en vigueur, était ainsi consacré.

PINTO FURTADO, "Curso de Direito das Sociedades", 2.<sup>ème</sup> ed., Coimbra, 1986, p. 93, se refuse encore à accepter l'unipersonnalité originaire "jure constituto". L'auteur disait, "la majorité du capital dont parle le décret-loi n.º 65 de 1976, n'est pas la totalité. L'existence d'un associé majoritaire présume nécessairement celle d'un minoritaire, l'unipersonnalité était immédiatement exclue.

(8) Se rapporter, entre autres, aux arrêts de la Cour Suprême de Justice du 27 avril 1945 dans le Boletim Oficial do Ministério da Justiça V, 148; du 7-6-1946; du 26-7-1946, tous les deux dans la Revista dos Tribunais 65, 166; et l'arrêt de la Cour d'Appel de Lisbonne du 18.11.1944, dans le Boletim do Ministério da Justiça, V, 43.

(9) Il s'agissait de savoir si l'on acceptait la cession de la part onéreuse par un associé, en faveur de celui qui, grâce à elle, viendrait à acquérir le statut d'associé unique.

Les rédacteurs de la Revista de Legislação e Jurisprudência, Tome 59, p. 25, se sont

sonnalité au qu'il faut ajouter l'impact des études<sup>(10)</sup> que FERRER CORREIA a consacré au thème et qui ont déclenché un véritable changement d'opinions, dont nous parlerons par la suite.

Un tournant se vérifie en effet dans la pensée juridique portugaise à tel point que nous pouvons parler d'une seconde phase dans cette pensée, qui va des années 40 jusqu'à l'approbation de l'actuel Code des Sociétés Commerciales par le décret-loi n.º 262 du 9.1.1966.

Dans cette dernière phase, la doctrine dépasse résolument les arguments de nature profondément théorique qui s'opposent à la reconnaissance de l'unipersonnalité.

La réalité socio-économique impose des règles auxquelles l'encadrement juridico-formel doit s'adapter. La conscience de ce fait est à chaque fois plus généralisée.

Bien qu'il n'existe pas de données organisées, révélatrices de l'importance et du poids des sociétés unipersonnelles au Portugal, il fallait en croire par les cas soumis à l'appréciation de la jurisprudence, en fait qu'elles se sont répandues, surtout pour les sociétés à parts; à l'exemple, d'ailleurs de ce qui se passait dans d'autres pays dont les statistiques des sociétés unipersonnelles "réelles" ou "fictives" nous parvenaient.

---

prononcés dans le sens que "la disparition de la collectivité des associés entraînerait par elle-même, l'inexistence immédiate de la société."

Cette position a provoqué une critique en cascade de la part de la doctrine, dont nous permettons faire remarquer une position en particulier qui a joué un rôle important dans le parcours sinueux de la reconnaissance de la société unipersonnelle au Portugal, BARBOSA DE MAGALHÃES, "As Sociedades Unipessoais à face da Legislação Portuguesa" dans le *Jornal de Foro*, 1951. L'auteur nous renvoie à l'avis du consultant juridique du Ministère des Finances qui en invoquant l'autorité de différents auteurs étrangers a soutenu que la concentration du capital social en une seule personne serait cause d'annulation du contrat de société parce que l'"affectio societatis" qui avait amené à la célébration du contrat, cesserait d'exister quand bien même juridiquement et formellement, aussi longtemps que l'existence de cette nullité absolue n'est pas invoquée devant les tribunaux la société comme personne juridique, continue une vie apparente." MANUEL DE ALARCÃO, écrivait déjà en 1961, en reprenant la critique de cet arrêt dans "Sociedades Unipessoais", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (supplément) XLIII, Coimbra, 1961, ce qui en montre bien son impact.

(10) "Sociedades Unipessoais de Responsabilidade Limitada", *Revista de Direito e Estudos Sociais*, année I, 1945; "Sociedades Fictícias e Unipessoais", 1948; La Société D'un Seul Associé, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. XLI, 1965; "O Problema das Sociedades Unipessoais", dans *Estudos jurídicos II*, 1969, entre autres.

Cette réalité qui s'imposait, a obligé comme c'est souvent le cas, le législateur à lui donner de la couverture juridique.

Les exemples de cette situation connus en droit comparé, n'ont pas manqué d'exercer, aussi au Portugal, leur influence.

D'un autre côté, les nouvelles normes concernant la problématique de la limitation de la responsabilité du commerçant unique ont, indubitablement, comme nous l'avons rendu explicite, fait apparaître l'unipersonnalité sous un nouveau jour.

L'idée d'abord défendue par l'autrichien PISKO<sup>(11)</sup> qui a été reçue par le Code Civil du Liechtenstein de 1925, va dans le sens d'admettre la limitation de cette responsabilité. Elle impressionne les juristes portugais qui, viennent à citer l'auteur dans leurs travaux, ainsi qu'à suggérer des réformes législatives qui prennent en considération l'expérience de cet Etat.

Or, il est connu qu'une des techniques possibles pour atteindre l'objectif de la limitation de la responsabilité du commerçant unique est la société unipersonnelle. Comme il en est ainsi, l'acceptation de cette idée fait tomber beaucoup d'obstacles qui, à cause d'elle s'opposaient à l'unipersonnalité: les conditions sont réunies pour le changement.

Celui-ci, arrive effectivement, mais modéré.

C'est pourquoi, pour la majorité de la doctrine, la solution du problème de l'unipersonnalité était de la considérer comme une cause de dissolution judiciaire de la société, passés 6 mois après la réduction de l'ensemble des associés à un seul, avec pour base l'art 120 du code Commercial, concernant les sociétés des capitaux.<sup>(12)</sup>

---

(11) Die Beschraenkte Haftung des Einzelkaufmannes. Eine Legislatorische Studie dans Zeitsch. f.d.priv.u.oeff.r.der gegenw: Bd. 37. 1910.

(12) Cette position a été constamment consacrée par la jurisprudence. Voir dans ce sens l'arrêt du 7.7.1983 dont voici le résumé:

I. La société à parts est une société de capitaux.

II. La société réduite à l'unipersonnalité est uniquement dissoute par une sentence proferée après qu'une action a été intentée par un intéressé.

III. Si aucun intéressé ne demande la dissolution de la société réduite à un associé, celle-ci pourra subsister indéfiniment.

IV. Pour être intéressé il faut avoir un intérêt direct et légitime à la dissolution.

V. La norme qui impose la dissolution de la société unipersonnelle n'est pas d'ordre public."

Ce dernier point avait pour effet de retirer au Ministère Public la légitimité de requérir la dissolution judiciaire de la société.

Quant aux sociétés de personnes, par la disposition de l'art. 1007 paragraphe d) du Code Civil, on considérerait que la réduction à l'unipersonnalité entraînerait "ipso jure" la dissolution de celles-ci, si dans un délai de 6 mois ne se trouvait pas reconstitué la pluralité des associés.

6. Au cours de cette approche de l'évolution du phénomène de l'unipersonnalité chez nous, comme le Portugal est membre à part entière de la Communauté Européenne,<sup>(13)</sup> il faut prendre en considération l'influence du droit communautaire en matière de sociétés, dans l'ordre juridique portugais qui, en raison de l'applicabilité directe et de la primauté du droit communautaire, se trouve lié à son respect.

Dans ce domaine, il faut examiner la Deuxième Directive du Conseil de la CEE sur le droit des sociétés<sup>(14)</sup> dont l'art. 5 dispose:

"1. Lorsque la législation d'un État membre exige le concours de plusieurs associés pour la constitution d'une société, la réunion de toutes les actions en une seule main ou l'abaissement du nombre des associés au-dessous du minimum légal après la constitution n'entraîne pas la dissolution de plein droit de cette société.

2. Si, dans les cas visés au paragraphe 1, la dissolution judiciaire de la société, peut être prononcée en vertu de la législation d'un État membre, le juge compétent doit pouvoir accorder à cette société un délai suffisant pour régulariser sa situation.

3. Lorsque la dissolution est prononcée, la société entre en liquidation."<sup>(15)</sup>

---

(13) La signature de l'acte d'adhésion du Portugal à la Communauté européenne date du 12.6.85 à Lisbonne. Elle a eu lieu après une période de négociations prolongée qui a été suivie de la demande formelle d'adhésion le 28.3.1977.

(14) Directive du Conseil 77/91 du 13.12.1976 dans le Journal Officiel des Communautés Européennes. L. n.º 26/1, 31.1.1977.

(15) L'adaptation du droit portugais au droit communautaire dans cette matière a appartenu à RAUL VENTURA qui a élaboré un avant-projet revu en 1982 par une commission présidée par le Ministre de la Justice et constituée par FERNANDO OLAVO, par ANTÓNIO CAEIRO et par le propre RAUL VENTURA.

La directive en cause s'appliquant uniquement aux sociétés anonymes d'après ce que nous avons dit plus haut au sujet du régime juridique applicable à ce type de société, nous devons conclure que le régime portugais n'est pas en conflit avec le droit communautaire, même avant l'approbation de l'actuel Code des Sociétés Commerciales.

Cependant il nous a paru opportun, de profiter de la réforme entreprise dans le cadre du droit portugais des sociétés, qui a été consacrée dans le Code des Sociétés Commerciales en vigueur (entre autres, par exemple le décret-loi n.º 248/86 du 25.8.1986, dont nous parlerons plus loin), pour procéder à des précisions terminologiques et même substantielles, afin de rendre plus claire la reconnaissance des solutions suggérées au niveau communautaire.<sup>(16)</sup>

Nous en avons profité, par ailleurs, pour traiter uniformément l'unipersonnalité, applicable en principe à tous les types de sociétés.

Entre-temps, le Conseil de la Communauté Européenne devait adopter postérieurement, la douzième Directive CEE concernant les sociétés unipersonnelles à la responsabilité limitée.<sup>(17)</sup>

En ce qui concerne le Portugal le type de société visé par la Directive est, comme elle s'y réfère elle même, "la société par parts avec responsabilité limitée."

Cependant les dispositions de la Directive, conformément à son article 6, s'appliquent également aux sociétés anonymes dans les Etats membres qui permettent l'existence de sociétés unipersonnelles comme elles sont définies à son article 2 n.º 1, ce qui nous le verrons est le cas du régime juridique portugais en vigueur.

Si l'on prend cet article à la lettre, il permet aux Etats membres de ne pas admettre l'existence de sociétés unipersonnelles dans ses ordres juridiques.

---

(16) Se rapporter à RAUL VENTURA "Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da CEE sobre Direito das Sociedades" dans *Documentação e Direito Comparado*, n.º 3, 1980, p. 16; "Dissolução e Liquidação das Sociedades, Comentário ao Código de Sociedades Comerciais", Almedina, 1987, p. 157.

(17- Directive 89 / 667 / CEE du 21.12.89 dans le *Journal Officiel des Communautés Européennes*. L. n.º 395, 30.12.1989.

Cependant, l'article suivant pose une condition à l'utilisation de cette possibilité: les législations des Etats membres doivent, en contrepartie, prévoir la possibilité pour le commerçant individuel de créer une entreprise à responsabilité limitée envers lesquelles devront fonctionner des garanties équivalentes à celles imposées par le droit communautaire pour la société unipersonnelle.

Parmi ces garanties la Directive en question souligne les suivantes:

- a) La publicité de l'unipersonnalité à travers son immatriculation qui doit identifier l'associé unique. (article 3).
- b) Les contrats célébrés entre l'associé unique et la société qu'il représente doivent être écrits ou doivent figurer dans le procès-verbal de la société (article 5).
- c) Les décisions prises par l'associé unique, relevant des pouvoirs de l'assemblée générale, pour lesquelles il est compétent en vertu de l'article 4, doivent être écrites, ou figurer dans le procès-verbal de la société.

Enfin la Directive établit dans son article 8 n.º 1 un délai pour la transposition dans les Etats membres qui va jusqu'au 1.1.1992 pouvant aller jusqu'au 1.1.1993 pour les sociétés qui existaient déjà à cette date.

La doctrine portugaise ne s'est pas encore prononcée sur une éventuelle nécessité d'adaptation du droit portugais à cette Directive. Tout indique qu'une telle adaptation ne sera pas nécessaire comme il doit en résulter d'ailleurs, certainement de l'analyse du régime juridique en vigueur dans cette matière, analyse à laquelle nous procéderons déjà tout de suite.

## 7.

7.1 Le régime juridique en vigueur dans cette matière, figure essentiellement dans les textes suivants:

- Le Code des Sociétés Commerciales approuvé par le décret-loi n.º 262 du 2.9.86 applicable aux sociétés commerciales et aux sociétés civiles qui adoptent un des types de sociétés commerciales comme l'art. 1 n.º 2 et 4 de ce décret-loi le permet.

- Le Code Civil, art. 1007 paragraphe d)<sup>(18)</sup> applicable à la société civile qui n'adopte aucun type de société commerciale.
- Le décret-loi n.º 248 du 25 août qui a créé et réglementé le dénommé "Etablissement commercial individuel de responsabilité limitée".
- Le Code du Registre du commerce approuvé par le décret-loi n.º 403 du 3.12.1986.

7.2 L'art. 7 du Code des Sociétés Commerciales sous l'épigraphe "Formes et Parties du Contrat" de société, dans son n.º 2 subordonne la constitution d'une société à un nombre minimum de deux parties:

Artifice, généralisé en la matière mais il prévoit immédiatement les exceptions à la règle:

1.<sup>er</sup> Les cas prévus par la loi où le nombre des parties exigé pour la formation du contrat de société est supérieure. C'est le cas des sociétés anonymes, qui en vertu de l'art. 273 du Code des Sociétés Commerciales ne peuvent être constituées qu'avec un minimum de 5 associés. C'est également le cas des sociétés en commandite par actions auxquelles est appliquée la même règle en vertu de l'art. 479 du Code des Sociétés Commerciales.

2.<sup>ème</sup> Dans les cas d'autorisation légale de constitution de société par une seule personne.

Nous sommes donc, dans le cadre de la dénommée unipersonnalité originaire. Mais, dans quels termes se trouve-t-elle exactement consacrée?

8. L'unipersonnalité originaire est consacrée dans l'ordre juridique portugais uniquement dans un cas très particulier, prévu par l'article 488 du Code des Sociétés Commerciales qui ne peut être interprété par analogie, puisque cela s'oppose au caractère exceptionnel de l'unipersonnalité

---

(18) Article 1007 du Code Civil: "La société est dissoute (...):  
parag. d) Parce que s'est éteinte la pluralité des associés, si dans un délai de 6 mois elle n'a pas été reconstituée".

originnaire en raison de l'art. 7 du Code des Sociétés Commerciales, déjà cité, qui renvoie à la loi expresse en cette matière.<sup>(19)</sup>

La même raison la retire au libre arbitre des parties; mais comme c'est patent, cela n'interdit pas au législateur de créer de nouvelles situations d'unipersonnalité originnaire, par une loi expresse.

L'article 488<sup>(20)</sup> du Code des Sociétés Commerciales s'insère dans le Chapitre III du Code qui traite des sociétés en relation de groupe sous l'épigraphe "Domination Initiale Totale" et prévoit qu'une société puisse être l'unique associé d'une autre société anonyme.

8.1 Les présupposés spécifiques à la constitution d'une société unipersonnelle, dans les termes de l'art. 488 déjà cité sont les suivants:

- L'associé unique doit être une société, il ne peut être une personne physique ni une personne morale sans but lucratif. Mais, parce que la loi ne distingue pas, rien ne paraît s'opposer à ce qu'il s'agisse d'une société commerciale ou d'une société civile dépourvue de forme commerciale.<sup>(21)</sup>

Dans la rédaction initiale de la disposition en analyse, qui correspondaient à l'art. 479 du projet de 1983 auquel nous avons déjà fait référence, l'associé unique d'une société unipersonnelle originnaire doit être une société ayant son siège au Portugal. Cela se comprenait puisque l'art. 5 du même projet permettait que des sociétés dont le siège ne se trouvait pas au Portugal, puissent y constituer un établissement de responsabilité limitée. Cependant cette dernière disposition fut par la suite retirée de la rédaction définitive du Code des Sociétés Commerciales, ce qui a certainement expliqué que le décret-loi n.º 280 du 8.7. 87 ait donné une nouvelle rédaction de

---

(19) Le caractère exceptionnel est confirmé expressément dans le préambule du décret-loi n.º 248 du 15.8.86.

(20) "Une société, grâce à un acte authentique, peut constituer une société anonyme dont elle est la seule titulaire des actions."

(21) Dans ce sens, BRITO CORREIA, "Direito Comercial", Associação Académica da Faculdade de Direito de Coimbra, 1989, p. 225; OLIVEIRA ASCENSÃO, "Direito Comercial", 1.º vol., Associação Académica da Faculdade de Coimbra, 1988, p. 465.



l'art. 488 du Code des Sociétés Commerciales, dans lequel l'exigence initiale est supprimée.<sup>(22)</sup>

8.2 Notons que pour la constitution de ce type de société, il est exigé de façon spécifique, essentiellement que la valeur nominale de la participation sociale correspond au capital social, ce qui découle logiquement de l'unipersonnalité et des garanties dont elle doit être assortie.

L'acte constitutif de la société<sup>(23)</sup> doit être également adapté à la situation de l'unipersonnalité en ce qui concerne la composition de ses organes. Il n'est pas exclu que soit adopté immédiatement un statut adapté à une future pluralité des associés, d'autant plus que l'art. 489 n.º 4 paragraphe c) du Code des Sociétés Commerciales prévoit expressément la possibilité de création de sociétés unipersonnelles qui par la suite vont avoir une pluralité d'associés.

Au surplus, les dispositions relatives à la constitution des sociétés anonymes (art. 488 n.º 2 du Code des Sociétés Commerciales) s'appliquent à la société unipersonnelle, ce qui se comprend à partir du moment où, à la différence de ce qui arrive en Allemagne où l'on a décidé d'adopter pour la société unipersonnelle le type de société par parts. Pour ce faire au Portugal, l'on a opté pour le type de la société anonyme.

Par ailleurs, à la société unipersonnelle, depuis son origine sont appliquées des dispositions légales établies pour les groupes de sociétés (comme c'est le cas de l'art. 489, n.º 4, 5 et 6 du Code des Sociétés Commerciales) ce qui s'explique également par le fait que la loi l'entend systématiquement comme une modalité de société en relation de groupe nous y avons déjà fait allusion.

---

(22) Cette exigence est considérée comme maintenue même après le décret-loi n.º 280 du 8.7.1987, par BRITO CORREIA, loc. citée p. 225; OLIVEIRA ASCENÇÃO, loc. citée p. 465.

(23) Nous avons déjà vu que de façon classique, la doctrine portugaise définit la société comme un contrat, cependant des thèses comme celles répandues en Allemagne qui identifient la société surtout à une technique d'organisation de l'entreprise, trouvent des partisans également au Portugal.

Comme l'acte constitutif d'une société unipersonnelle originaire ne peut pas se définir sinon comme un engagement unilatéral, il jettera certainement une lumière sur cette querelle doctrinaire.

9. Il en résulte nous l'avons vu, qu'au Portugal l'unipersonnalité originaires n'a pas été la technique juridique utilisée pour permettre la limitation de la responsabilité du commerçant unique.

Ceci arrive uniquement parce que pour ce faire, l'on a utilisé un autre moyen juridique: l'entreprise individuelle à responsabilité limitée que nous allons désigner par la suite par E.I.R.L. et dont le régime juridique figure au décret-loi n.º 246 du 25-8-86.<sup>(24)</sup>

L'entreprise individuelle de responsabilité limitée est qualifiée par la doctrine de patrimoine autonome sans personnalité juridique. Il en découle des conséquences évidentes en termes de régime juridique.

Selon l'art. 1 du décret-loi n.º 248 de 1986 "toute personne physique qui exerce ou prétend exercer une activité commerciale peut constituer à cet effet, un établissement individuel de responsabilité limitée."

La constitution de la e.i.r.l. est assujettie à un acte authentique et à son immatriculation. (art. 2 et 5)<sup>(25)</sup>

---

(24) Ce n'est certainement pas par hasard que ce texte suit dans le temps la loi française de 1985 qui permet la constitution de sociétés unipersonnelles originaires. Il a cependant comme source directe un projet de la main de MARIA ÂNGELA COELHO, qui en suivant la majorité de la doctrine a considéré qu'il s'agissait de la solution la plus en accord avec la tradition juridique portugaise pour obtenir la limitation de la responsabilité du commerçant unique. Se rapporter à M. ÂNGELA COELHO "A Limitação da Responsabilidade do Comerciante em Nome Individual" dans la Revista de Direito e Economia n.º 6, 7 (1980-81); "A Limitação da Responsabilidade em Nome Individual e a Reforma da Sociedade Limitada" (GmbH) par la loi allemande du 4.7.80 loc. citée p. 48 et suiv.; FERRER CORREIA, "Sobre a Reforma da Legislação Comercial Portuguesa" dans Revista da Ordem dos Advogados de l'année 44, 1984; ANTÓNIO CAEIRO, "Vers une Nouvelle Législation Portugaise sur les Sociétés Commerciales, Europa-Institut, 1986; OLIVEIRA ASCENSÃO, "Estabelecimento Comercial e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, dans Revista da Ordem dos Advogados., 1987; et dans "Novas Perspectivas de Direito Comercial", Almedina, 1988; Direito Comercial Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989; ANA MARIA PERALTA, Sociedades Unipessoais, dans "Novas Perspectivas do Direito Comercial", Almedina, 1988; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, "A Limitação do Comerciante Individual", dans "Novas Perspectivas do Direito Comercial", Almedina, 1988.

(25) Selon les données aimablement fournies par le "Registo Nacional de Pessoas Colectivas" il s'enlève à 23 le numéro de e.i.r.l. au Portugal.

Le capital social d'une e.i.r.l. ne peut pas être inférieur à 400.000\$00 (quatre cent mille écus<sup>(26)</sup>). Il peut être réalisé en numéraire, en choses ou droits susceptibles de gage.

La part en numéraire ne peut cependant être inférieure aux 2/3 di capital minime. (art. 3).

Le capital doit être intégralement réalisé au moment où l'acte est dressé et la part en numéraire doit être déposée dans une institution de crédit au nom du titulaire de l'établissement, sur un compte spécial, qui ne peut être utilisé qu'après l'élaboration de l'acte constitutif c'est à dire de l'acte authentique (art. 3 n.º 4).

Le patrimoine de l'e.i.r.l. répond uniquement des dettes découlant de l'exploitation de la e.i.r.l. (art. 10 n.º 1).

— Après la publication de l'acte constitutif "les créanciers personnels" peuvent gager l'établissement si l'insuffisance des autres biens du débiteur est prouvée.

Le patrimoine personnel du commerçant, à son tour, ne répond pas des dettes de l'e.i.r.l. (art. 12 n.º 1), avec une exception:

— Le titulaire de l'e.i.r.l. est responsable à la hauteur de tout son patrimoine (personnel et de l'e.i.r.l.) en cas de faillite de l'e.i.r.l. si l'inobservation de la règle de la séparation du patrimoine dans la gestion de l'e.i.r.l. est prouvée (art. II n.º 2)<sup>(27)</sup>.

Au reste, en cas de faillite du titulaire de l'e.i.r.l. ses créanciers ont un droit de préférence vis à vis des créanciers ordinaires du failli en ce qui concerne les biens de l'e.i.r.l. (art. 27 n.º 1)<sup>(28)</sup>.

---

(26) C'est aussi le montant exigé, au Portugal, pour la constitution d'une société à parts de responsabilité limitée.

Le parallèle se doit certainement au fait que cette forme de société est utilisé, traditionnellement au Portugal pour limiter de façon fictive ou pas la responsabilité de l'associé unique.

(27) Différentes règles consacrent ce principe dans le décret-loi que nous avons analysée. Nous citons à peine les plus importantes: réalisation de l'entrée — art. 2 parag. b), 3 n.º 4 et 7; mention de la firme avec l'ajout "e.i.r.l." — art. n.º 9; régime des dettes — art. 10 et 11; rémunération limitée — art. 13; l'intangibilité du capital — art. 14; la réserve légale — art. 15; l'altération de l'acte constitutif — art. 16; l'augmentation et la réduction du capital — art. 17 et 18.

(28) Dans cette matière nous suivons de près les positions adoptées par BRITO CORREIA, "Direito Comercial" Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, vol. 1, p. 380 et suiv..

10. Une fois traitée l'unipersonnalité originaire, il nous reste encore à savoir comment est reçue l'unipersonnalité qui survient en droit portugais.

L'unipersonnalité qui survient pour une période supérieure à un an est cause de dissolution judiciaire de la société (arts. 142 n.º 1 parag. a) et 464 n.º 3 du Code des Sociétés Commerciales)<sup>(29)</sup>.

La dissolution ne s'effectue pas, en effet, automatiquement.

Peuvent requérir la dissolution de la société: l'associé unique, tout créancier social et les créanciers de l'associé à responsabilité illimitée (art. 144 du Code des Sociétés Commerciales).

Cette discipline légale est considérée comme une faveur envers l'unipersonnalité dans la doctrine, surtout si l'on a en considération l'impossibilité légale de transformation en e.i.r.l. de la société unipersonnelle, quand ce dernier absorberait les finalités fondamentales que cette société pourrait se proposer d'atteindre.

La dissolution par diminution des associés à un chiffre inférieur au minimum légal n'est pas sujette au délai de caducité prévu par l'art. 144 n.º 3 du Code des Sociétés Commerciales pour les cas de dissolution contractuelle.

L'associé unique peut solliciter du Tribunal, même après avoir requis la dissolution de la société, un délai raisonnable pour régulariser la situation sociale, la dissolution de la société est suspendue entre-temps.<sup>(30)</sup>

Dans ce cas le juge entendra les créanciers de la société, il peut ordonner les diligences qui s'avèrent nécessaires pour la préservation du patrimoine social pendant ce délai. (art. 143 n.º 2 du Code des Sociétés Commerciales).

---

(29) L'article 142 n.º 1 parag. a) établit le régime général:

"La dissolution judiciaire de la société peut être requise sur la base d'un fait prévu par la loi ou d'un contrat et encore:

parag. a) Quand pour ne période supérieure à un an le nombre d'associés est inférieur au minimum exigé par la loi, sauf si l'un des associés est l'Etat ou lui est assimilé par la loi pour cet effet".

L'art. 464 n.º 3 prescrit une solution identique pour les sociétés anonymes en particulier.

(30) "... L'associé ou tout associé qui reste peut requérir au Tribunal un délai raisonnable afin de régulariser la situation, la dissolution de la société est suspendue entre-temps."

En cas de faillite de la société unipersonnelle l'art. 84 du Code des Sociétés Commerciales dispose<sup>(31)</sup> que l'associé unique répond de façon illimitée de toutes les obligations sociales contractées dans la période suivant la concentration des parts ou actions, à partir du moment où est prouvée, que dans cette période, n'a pas été respectée l'affectation du patrimoine de la société au respect des propres obligations. Même si la faillite survient après la reconstitution de la pluralité des associés, cette responsabilité se maintient.

La loi limite ainsi, la responsabilité de l'associé unique en cas de faillite. Pendant la vie normale de la société le statut d'associé unique n'est pas changé par l'unipersonnalité, et ses biens personnels ne répondent pas des dettes de la société.

Mais la loi met à la charge des créanciers la preuve que la séparation du patrimoine n'a pas été respectée.

II. Pour conclure, nous pouvons dire en ce qui concerne le problème de l'unipersonnalité au Portugal:

1. Le phénomène a connu une évolution similaire à celle qu'ont connu les autres ordres juridiques, en particulier européens.

2. Le système juridique portugais admet aussi bien l'unipersonnalité originaire, quoique restreinte à la prévision de l'art 488 du Code des Sociétés Commerciales; que l'unipersonnalité qui survient, qui constitue uniquement une cause de dissolution judiciaire de la société. Or, étant assuré que normalement personne n'a un intérêt particulier, en réalité, à requérir la dissolution de la société unipersonnelle, elle tend ainsi à perdurer.

3. Ceci représente sans aucun doute un traitement de faveur envers l'unipersonnalité qui ne s'explique pas aisément face à l'existence de l'e.i.r.l. qui par nature répond aux mêmes besoins que la société unipersonnelle.

---

(31) C'est un cas "d'irrespect", parmi d'autres, consacré par l'ordre juridique portugais. Cf. PEDRO CORDEIRO, "A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais", dans "Novas Perspectivas do Direito Comercial", Almedina, 1988.



## **BIBLIOGRAFIA**

- AZEVEDO SOUTO**, Lei das Sociedades por Quotas, Coimbra, 2.<sup>a</sup> ed.
- ANTÓNIO CAEIRO**, Vers une Nouvelle Législation Portugaise sur les Sociétés Commerciales, Europa-Institut, 1986.
- ANA MARIA PERALTA**, Sociedades Unipessoais, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, 1988.
- ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA**, A Limitação do Comerciante Individual, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, 1988.
- BARBOSA DE MAGALHÃES**, As sociedades unipessoais, in *Jornal do Foro*, 1951.
- BRITO CORREIA**, *Direito Comercial*, vols. I e II, FDL, 1989.
- FERNANDO OLAVO**, *Direito Comercial*, vol. I, Lisboa, 1970.
- FERRER CORREIA**,  
Sociedades Unipessoais de Responsabilidade Limitada, in *R.D.E.S.*, ano I, 1945.  
Sociedades Fictícias e Unipessoais, Coimbra, 1948.  
La Société d'un Seul Associé, in *B.F.D.C.*, vol. XLI, 1965.  
O Problema das Sociedades Unipessoais, in *Estudos Jurídicos II*, 1969.  
Sobre a Reforma da Legislação Comercial Portuguesa, in *R.O.A.*, 1984.  
*Lições de Direito Comercial*, Coimbra, 1973.

**MÁRIO DE BRITO**, Dissolução das Sociedades Comerciais, Coimbra, 1944.

**MANUEL DE ALARCÃO**, Sociedades Unipessoais, B.F.D.C. (Suplemento) XLIII, 1961.

**OLIVEIRA ASCENSÃO**,

Direito Comercial, Parte Geral, vol. I, Lisboa, 1988.

Estabelecimento Comercial e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, in. R.O.A., 1987.

Idem, in. Novas Perspectivas do Direito Comercial, Almedina, 1988.

**M. ÂNGELA COELHO**, A Limitação da Responsabilidade em nome Individual e a Reforma da Sociedade de Responsabilidade Limitada (GmbH) pela Lei Alemã de 4.7.1980, in. R.D.E. 6-7 (1980-81).

**PEDRO CORDEIRO**, A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais, in Novas Perspectivas do Direito Comercial, Almedina, 1988.

**PINTO FURTADO**, Curso de Direito das Sociedades, 2.<sup>a</sup> ed. Almedina, Coimbra, 1986.

**RAÚL VENTURA**,

Dissolução e Liquidação de Sociedades, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Almedina, 1987.

Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da CEE sobre Direito das Sociedades, in. Documentação e Direito Comparado, n.º 3, 1980.

R.L.J. ano 59

R.T. ano 62



ANTÓNIO VILHENA DE CARVALHO  
*Membre du Bureau de Documentation  
et de Droit Comparé*

**III B.**  
**LE DROIT D'AUTEUR**  
**FACE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES:**  
**LE CAS PARTICULIER**  
**DU LOGICIEL**



1. Introduction: l'exemple américain
2. Développements législatifs dans d'autres pays
3. La situation au Portugal
4. Bornes de l'histoire législative du logiciel
5. Les raisons de la recherche d'une protection juridique
6. La raison de la préférence accordée au Droit d'Auteur
7. Les difficultés de l'application du Droit d'Auteur au logiciel
8. Le problème de l'originalité
9. L'étendue de la protection
10. Expression versus idée
11. Formes de protection juridique autres que le Droit d'Auteur
12. Conclusion



1. Avec l'adoption, en 1980, du *Computer Software Copyright Act*<sup>(1)</sup>, les Etats-Unis ont inauguré une nouvelle époque en ce qui concerne la protection juridique des programmes d'ordinateur, en mettant fin à des incertitudes et à des controverses auxquelles ont pris part, pendant presque deux décades, tant aux Etats-Unis que dans d'autres pays, les Tribunaux, la doctrine, les administrations nationales chargées de la protection de la propriété industrielle et intellectuelle et, évidemment, l'industrie informatique.

Le problème était né en 1964, au moment où le *Copyright Office* de ce pays-là avait consenti à enregistrer un programme d'ordinateur, laissant aux tribunaux la tâche de décider de la question de fond, c'est-à-dire, celle concernant la qualification d'un programme d'ordinateur comme une oeuvre intellectuelle, et, en tant que telle, protégée par le Droit d'Auteur. Bien que les premières décisions jurisprudentielles qui aient abordé cette question, en des termes exprès, ne remontent qu'à la décade suivante — et peu après l'adoption en 1976 d'une nouvelle loi sur le Droit d'Auteur, qui avait laissé le logiciel de côté et qui avait préféré maintenir expressément le *status quo* existant (17 U.S.C. par. 117) — cet espace de temps a permis d'éclaircir, d'une façon nette, le doute touchant l'application aux programmes d'ordinateur de la protection accordée par un système rival, le Droit des Brevets. Dans ce cas, la jurisprudence n'a fait que confirmer, à travers des arguments juridiques, la politique du *Patent Office*, qui refusait

---

(1) Pub. L. n.° 96-517, du 12/12/1980.

des demandes de brevets se rapportant à des programmes d'ordinateur pour des raisons que bien des auteurs ont considéré comme n'étant que d'ordre bureaucratique! De toute façon, le fait que les demandes de brevets entraînaient un grand coût de temps et d'argent avait déjà dissuadé l'industrie informatique de chercher la protection de ses programmes dans la propriété industrielle, tout en l'amenant à adhérer à la solution du Droit d'Auteur, comme un important moyen complémentaire d'autres formes classiques de protection juridique disponibles jusqu'à ce moment-là (secret commercial ou industriel, concurrence déloyale, droit des contrats, etc.).

2. L'évolution qui eut lieu aux Etats-Unis à l'égard de ce problème n'a pas laissé indifférents d'autres systèmes juridiques. En fait, dès le début de la décade de 80, est notoire le souci de légiférer dans ce domaine, en confirmant presque toujours par la voie législative la solution déjà trouvée jurisprudentiellement. Des pays, tels que l'Australie, la Bulgarie<sup>(2)</sup>, le Canada, la Colombie, la Corée du Sud, le Danemark, l'Espagne, les Philippines<sup>(3)</sup>, la Formose, la France, l'Hong-Kong, l'Hongrie, l'Inde, l'Indonésie, l'Israel, le Japon, la Malaisie, le Mexique, le Niger, le Royaume-Uni<sup>(4)</sup>, la République Fédérale d'Allemagne, la République Dominicaine, le Singapour et l'Uruguay, ont déjà adopté de législation, tout en étendant aux programmes d'ordinateur la protection accordée par le Droit d'Auteur aux créations intellectuelles<sup>(5)</sup>. Alors que quelques-uns de ces pays se sont bornés à inclure les programmes d'ordinateur dans le catalogue des oeuvres protégées, d'autres, par contre, ont éprouvé le besoin d'adopter des disposi-

---

(2) La Bulgarie, bien qu'elle n'ait pas opté pour un texte destiné spécialement à résoudre le problème de la protection juridique du logiciel, a adopté en 1979 de législation en quelque sorte connexe, mais d'un contenu original ayant trait aux conditions d'utilisation de logiciel produit dans ce pays.

(3) Les Philippines ont été, chronologiquement, le premier pays qui ait légiféré en la matière (1972), quoique tout en se limitant à ajouter les programmes d'ordinateur à la liste des oeuvres protégées par le Droit d'Auteur.

(4) Le Royaume-Uni offre la curiosité d'avoir déjà légiféré en la matière à deux reprises: en 1985, moyennant le Copyright (Computer Software) Amendment Act et, en 1988, à travers le Copyright Designs and Patents Act.

(5) Cette liste est fondée sur l'enquête faite par Fenwick Davis & West et traduit l'état de la situation en janvier 1990 (International legal protection for software, *Software Protection*, v. 8, n.° 9, fév. 1990, p. 7-11).

tions spécifiques destinées à résoudre des problèmes que la simple soumission du logiciel aux règles de la propriété intellectuelle finirait nécessairement par entraîner.

Bien d'autres pays, nonobstant le fait qu'ils n'ont pas encore concrétisé, par la voie législative, leur option, ont poursuivi par la voie jurisprudentielle des solutions à plusieurs égards tributaires de la tendance auparavant décélée dans les tribunaux américains. À titre d'exemple, simplement, nous trouvons dans ce deuxième groupe l'Italie, les Pays-Bas, l'Autriche, la Belgique et la Nouvelle-Zélande, pays dans lesquels les tribunaux se sont déjà prononcés en faveur de l'applicabilité des normes du Droit d'Auteur aux programmes d'ordinateur.

3.1. La situation au Portugal, pour ce qui concerne la protection juridique des programmes d'ordinateur, est loin d'être nette, au contraire de ce qui prétendent faire croire certaines affirmations contenues dans la doctrine étrangère, qui soutiennent, comme si c'était déjà établi, que, bien qu'elle ne soit pas confirmée par la jurisprudence, cette protection se produirait à travers le Droit d'Auteur.<sup>(6)</sup>

On arrive, cependant, facilement, à la conclusion que tel n'est pas le cas. La doctrine, en plus d'être insuffisante, n'est pas unanime. Dans l'une des rares études publiées au Portugal à ce sujet, LUIZ FRANCISCO REBELLO<sup>(7)</sup> soutenait qu'il s'avèrait que la protection des programmes d'ordinateur était susceptible d'être accordée par la législation en vigueur sur le Droit d'Auteur, et ce à une époque où nous ne nous trouvons pas encore à l'abri du nouveau Code du Droit d'Auteur<sup>(8)</sup>; toutefois, il attirait déjà l'attention sur le fait qu'il faudrait considérer des adaptations de la

---

(6) Un exemple flagrant est donné par le Livre Vert sur le Droit d'Auteur, lui-même (V. infra note 22), où il est dit que "la doctrine considère que les programmes d'ordinateur sont visés par la notion de création intellectuelle au sens de l'article premier du code de 1985 sur le droit d'auteur et les droits voisins, bien qu'ils ne figurent pas parmi les exemples énumérés à l'article 2".

(7) Cf. REBELLO, Luiz Francisco, *Protecção jurídica dos programas de computador, Memória da Academia das Ciências de Lisboa, Classe de Letras, T. XXIII, 1983.*

(8) Code du Droit d'Auteur et des Droits Voisins, approuvé par le Décret-Loi n.º 63/85, du 14 mars, amendé par la Loi n.º 45/85, du 17 septembre.

législation en vigueur en vue de la mettre en accord avec ce type d'oeuvres, notamment les questions concernant la titularité des droits, l'étendue de la protection et la durée<sup>(9)</sup>, s'agissant, au fond, de soucis qui ont mené certains pays à adopter de législation spéciale en cette matière.

En sens opposé, nous trouvons l'opinion de OLIVEIRA ASCENSÃO, qui s'efforce de concerner à lutter contre l'idée selon laquelle les programmes d'ordinateur peuvent être compris dans le domaine des créations intellectuelles énumérées à l'article 2 du Code du Droit d'Auteur, tout en affirmant que le "programme échappe à la notion d'oeuvre", qu'il est plutôt "un procédé ou un schéma pour l'action" et, en tant que tel, non protégé<sup>(10)</sup>.

3.2. Il est possible de décrire en peu de mots les tentatives de résoudre ce problème par la voie législative. La première eut lieu à l'occasion de l'élaboration du nouveau Code du Droit d'Auteur. Le projet original incluait les programmes d'ordinateur et la documentation auxiliaire correspondante, dans la disposition qui énumère les oeuvres considérées comme des créations intellectuelles (article 2), ainsi que la définition d'auteur de programmes d'ordinateur. Ces mentions ont toutefois été rayées de la version définitive du Décret-Loi qui a approuvé le Code<sup>(11)</sup>, laissant ouverte la question de la tutelle à accorder au logiciel.

En 1989, cependant, fut soumis à l'Assemblée de la République un projet de loi "sur la protection juridique du logiciel"<sup>(12)</sup>. Ce projet ne fait

---

(9) Op. cit. note 7, p. 225.

(10) ASCENSÃO, Oliveira, *Direito de Autor e direitos conexos*, édition policopiée, Lisboa, 1989/1990, p. 154. Pareille affirmation se trouvait déjà dans "Os direitos conexos ao direito de autor e as situações nacionais", *Revista Jurídica*, nouvelle série, n.º 8, oct.-déc. 1986, p. 11. Il faut toutefois souligner que cet auteur avait auparavant soutenu l'application du droit d'auteur aux programmes d'ordinateur, bien qu'en se reportant à la réalité juridique brésilienne: "le programme d'ordinateur, en tant qu'expression d'une création de l'esprit, est une oeuvre intellectuelle, aux termes de l'article 6 de la Loi n.º 5988. Il est couvert par un droit d'auteur, dont le régime est identique à celui de toute oeuvre d'expression linguistique". Cf. Programa de computador e direito autoral, in *A Protecção jurídica do software*, Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 93.

(11) Cf. REBELLO, Luiz Francisco, La nouvelle législation portugaise sur le droit d'auteur, *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, n.º 129, jul. 1986, p. 15.

(12) Projet de loi n.º 396/V, du 11/5/1989, DAR, II série, A, n.º 34, présenté par le Parti Social-Démocrate, de l'initiative du député Mário Raposo.



que reproduire presque intégralement quelques-unes des dispositions figurant dans la première version de la proposition de directive des Communautés Européennes relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur<sup>(13)</sup>, une situation quelque peu bizarre si l'on tient compte du chœur de critiques dont la proposition de directive fut la cible, à la suite de sa publication, ce qui aurait dû faire ressentir le besoin, comme il s'est en effet produit, d'y apporter des modifications substantielles. Si, en plus de ceci, nous ajoutons la contestation dont ce projet de loi a été l'objet de la part du lobby informatique portugais<sup>(14)</sup>, nous pourrions d'emblée conclure que l'Assemblée de la République ne se prononcera probablement pas à ce sujet avant que, au sein de la Communauté, cette question ne soit définitivement réglée<sup>(15)</sup>.

Nonobstant l'idée, presque généralisée, selon laquelle il vaut mieux attendre la résolution, au niveau communautaire, de la forme et du contenu de la protection à accorder au logiciel, cette année (1990) a été déposé devant l'Assemblée de la République un nouveau projet de loi visant l'amendement du Code du Droit d'Auteur<sup>(16)</sup>. Il ne s'agit plus, comme c'était le cas du projet précédent, de mettre en oeuvre les dispositions de la proposition de directive de la Communauté Européenne, mais plutôt d'une révision du Code, à caractère général, en profitant d'une telle occasion pour régler des domaines regardant les programmes d'ordinateur. Les solutions proposées s'avèrent d'ailleurs bien plus proches de la législation en vigueur dans quelques pays<sup>(17)</sup> que celles qui sont préconisées dans

---

(13) Cf. infra note 21.

(14) Cf. la position de l'Association Portugaise d'Informatique (API) à propos du projet de loi in *Correio Informático*, n.º 91, du 28/11/1989, p. 23-24.

(15) Dans ce sens, cf. L'Avis de la Commission des Affaires Constitutionnelles, Droits, Libertés et Garanties, de l'Assemblée de la République, sur les projets de loi 475/V, 477/V, et la proposition de loi 97/V, DAR, II série, A, n.º 29, p. 1050.

(16) Projet de loi n.º 477/V, du 6/2/1990, présenté par le Parti Socialiste, DAR, II série, A, n.º 19. Ce n'est pas la seule initiative ayant trait à l'amendement du Code qui soit pendante, en ce moment, au Parlement. En effet, sont en train d'être appréciés un projet de loi du Parti Communiste (projet de loi n.º 447/V, du 5/2/1990) et une proposition de loi du Gouvernement (proposition de loi n.º 97/V, du 11/5/1990), qui toutefois ne contiennent aucune mention aux programmes d'ordinateur.

(17) La France et l'Espagne, nommément.

la proposition de directive: on inclue les programmes d'ordinateur, leur description et documentation auxiliaire dans le catalogue des oeuvres protégées (sans les assimiler, donc, à un autre type d'oeuvres comme le fait la proposition de directive); on procède à la révision du régime de titularité des programmes, en dérogeant au régime général du Code, tout en octroyant les droits concernant les programmes créés en accomplissement d'un devoir fonctionnel ou dans le cadre d'un contrat de travail à l'entité pour le compte de laquelle ils ont été réalisés, réserve faite d'une convention écrite stipulant le contraire; on modifie la durée de la protection qui sera de 25 ans à compter de la date de la création; on règle la cession des droits sur un programme d'ordinateur (quoique la confusion d'ordre terminologique soit manifeste, en détournant le concept de transmission de droits consacré dans le Code du Droit d'Auteur); on interdit les reproductions non autorisées effectuées par l'utilisateur, exception faite de la copie de sauvegarde, et on empêche la cession non autorisée d'un programme à une tierce personne; finalement, on admet la possibilité pour l'utilisateur d'apporter des modifications au programme, pourvu qu'elles soient nécessaires à son utilisation.

Le fait que, comme nous venons de le dire, deux projets se trouvent pendants devant le Parlement ne permet pas d'affirmer que le Portugal fera partie, à très brève échéance, des pays qui ont déjà trouvé la solution, par la voie législative, de la protection juridique à accorder aux programmes d'ordinateur. En fait, il est à peine possible d'envisager l'issue des deux projets, avant que le projet de directive des Communautés ne soit approuvé en définitive. Et, au moment où ceci se vérifiera, et s'il se vérifie, tout semble indiquer qu'il faudra procéder à d'importants aménagements des deux projets pour les adapter au Droit Communautaire.

4. Trois importantes bornes méritent d'être rappelées dans l'histoire législative, encore courte, du logiciel: l'élaboration, en 1977, sous les auspices de l'OMPI, des dispositions-type sur la protection du logiciel (qui ont par la suite servi de base au projet de traité international envisageant de réglementer cette même matière), la conclusion, en 1973, de la Convention de Munich sur le Brevet Européen<sup>(18)</sup> et la présentation par la Commission de la Communauté Européenne, en 1989, d'une proposition de directive relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur.

---

(18) La Convention est entrée en vigueur en 1977 et y sont parties 14 Etats: tous les Etats-membres de la Communauté Européenne — exception faite du Portugal et de l'Ir-

4.1. Tout en suivant la technique de la loi modèle, les dispositions-type ne visent pas à constituer une solution unique du problème de la protection juridique du logiciel<sup>(19)</sup>. Les Etats conservent, naturellement, le pouvoir discrétionnaire pour, le cas échéant, poursuivre la voie de l'adoption de législation *sui generis* en la matière, en s'appuyant sur les suggestions formulées dans les dispositions-type — qui, au fond, vont reprendre des caractéristiques provenant simultanément de la propriété industrielle et de la propriété intellectuelle — ou, au contraire, se limiter à changer, à certains égards, les lois existantes sur le Droit d'Auteur. Nul doute que cette dernière solution ait été celle choisie à l'unanimité.

4.2. La Convention sur le Brevet Européen est venue consacrer d'une façon claire l'inapplicabilité du Droit des Brevets aux programmes d'ordinateur "en tant que tels", ne les considérant pas comme des inventions. Tout en suivant cette Convention, beaucoup d'Etats ont aussi fini par exclure expressément la possibilité pour la propriété industrielle de pouvoir jouer un rôle de relief dans le domaine de la protection juridique du logiciel<sup>(20)</sup>. Cette exclusion n'est pas absolue, comme nous le verrons, et une importante fonction subsiste encore, à l'égard de cette forme de protection, tendant à augmenter.

---

lande — et, en plus, l'Autriche, la Suède, la Suisse et le Liechtenstein (situation se vérifiant le 1/1/1990).

(19) Art. 9: "La présente loi n'exclut nullement, en ce qui concerne la protection du logiciel, l'application des principes généraux du droit ou l'application de toute autre loi, comme celles sur les brevets, sur le droit d'auteur ou sur la concurrence déloyale".

(20) N'ayant pas trop souci d'épuiser ce sujet, nous voulons quand même distinguer quelques-uns des pays qui ont suivi cette solution: la France, le Mexique, la Pologne, l'Espagne, l'Autriche, la Belgique, le Royaume Uni, le Danemark et la Finlande. Quelques-uns d'eux reproduisent *ipsis verbis* le libellé de l'article 52.2 de la Convention qui dispose que:

"Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1.<sup>er</sup>, notamment:

.....  
c) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs:".

4.3. La proposition de directive relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur<sup>(21)</sup>, présentée le 5 janvier 1989, apparaît à la suite du Livre Vert sur le Droit d'Auteur et le Défi Technologique<sup>(22)</sup>, où le problème de la protection du logiciel avait mérité un traitement dans un chapitre propre. Le compromis de la Commission envers le Droit d'Auteur est net et cela se justifie du fait que c'est celle-là la tendance mondiale et le "fondement légal approprié pour assurer un équilibre entre un niveau effectif de protection et les intérêts des utilisateurs"<sup>(23)</sup>

Il va sans dire que, quel que soit le texte qui viendra finalement à faire l'objet d'approbation par le Conseil, il ne laissera pas d'avoir d'importantes répercussions dans l'industrie informatique européenne, et, de ce fait, les débats passionnants que la proposition de directive a déclenchés — et qui ont également eu des retentissements au Portugal — ont bien plus trait aux conséquences à caractère économique qu'elle pourra, au cas où elle soit approuvée comme telle, éventuellement entraîner qu'à l'opportunité juridique des solutions préconisées. Ceci ne signifie pas que le débat économique aurait sous-estimé la discussion juridique. À cet égard, la proposition de directive ne s'est pas vue épargner de sévères critiques: premièrement, de ceux qui tiennent toujours à l'adoption de législation *sui generis* visant la protection juridique du logiciel, à l'instar d'ailleurs de ce qui s'était produit, au sein de la Communauté, à l'égard des topographies de produits semi-conducteurs<sup>(24)</sup>; deuxièmement, de la part de ceux qui mettent en cause, d'une manière énergique, l'ensemble des dispositions de la directive et son exposé des motifs<sup>(25)</sup>, non pas en raison des implications économiques qui puissent en découler, mais plutôt du fait qu'elles heurtent ouvertement les

---

(21) COM (88) 816 final, JO, C, 91, du 12/4/1989.

(22) COM (88) 172 final.

(23) Conclusions de la Commission, tirées lors de l'adoption d'une proposition de la Commission visant une directive du Conseil sur la protection juridique des programmes d'ordinateur, publiées en tant qu'annexe de la proposition de directive.

(24) Directive du Conseil, du 16 décembre 1986 (87/54/CEE) relative à la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs, accueillie par le droit portugais dans la Loi n.º 16/89, du 30 juin.

(25) Pour ne pas parler de ceux qui, au départ, mettent en cause la compétence de la Communauté Européenne pour légiférer en la matière.

principes contenus dans la législation en vigueur dans quelques Etats-membres<sup>(26)</sup>. Nous nous trouvons, en ce moment, dans une phase où des modifications importantes sont susceptibles d'intervenir par rapport à la proposition initiale en résultat de la discussion soulevée; il est, de ce fait, prématuré de se perdre en considérations ayant trait à l'orientation finale à adopter. De toute façon, deux problèmes méritent dès maintenant d'être retenus, du fait qu'ils constituent, pour l'instant, le centre des débats: nous nous reportons à l'exclusion des interfaces de la protection accordée par la directive (4.3.1.) et au fait que soit admise la pratique de l'ingénierie inverse (4.3.2.).

4.3.1. L'article 1.<sup>er</sup> de la proposition de directive établit que: "Lorsque la spécification des interfaces est formée par les idées et les principes qui sont à la base d'un programme d'ordinateur, ces idées et ces principes ne sont pas susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur." Une définition d'interface, nous la trouvons au préambule de la proposition de directive, où il est dit qu'il constitue une "interconnexion et interaction logique et, en tant que de besoin, physique, dans le sens de permettre le fonctionnement de tous les éléments du support logique et de l'équipement avec d'autres supports logiques et équipements et avec les utilisateurs dans toutes les formes auxquelles ils sont destinés"<sup>(27)</sup>. Ne pas confondre, donc, cette question avec celle qui regarde les interfaces pouvant exister entre le pro-

---

(26) A titre d'exemple de commentaires défavorables à la proposition de directive, cf.: VANDENBERGHE, Guy P.V., Copyright protection of computer programs: an unsatisfactory proposal for a directive, *European Intellectual Property Review*, 1989, n.° 11, p. 409; GAUDRAT, Philippe, BRIAT, Martine et TOUBOL, Frédérique, Europe des logiciels: au menu, P.L.A. (propriété littéraire et artistique) du chef à la mode bruxelloise, *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1989, n.° 2, p. 64 et 1989, n.° 3, p. 58; ZENOZENCOVICH, Vincenzo, L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore, *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, A.6, n.° 1, janv.-avr. 1990, p. 77.

(27) Au fond, il s'agit d'une définition relevant de l'accord intervenu, en 1984, entre la Commission de la Communauté Européenne et l'IBM, à propos d'une prétendue violation par cette entreprise de l'article 86 du Traité CEE, du chef d'abus de position dominante. Cet accord a permis la divulgation d'informations concernant les interfaces de l'équipement IBM/370. Les interfaces ont alors été définies comme "les interconnexions et interactions logiques, et, le cas échéant, physiques entre ou avec les produits du système 370 qui permettent aux produits de fonctionner entre eux selon toutes les modalités pour lesquelles ils ont été conçus". Cf. à ce sujet HUET, Jérôme, *Le reverse engineering ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe: questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence*, *Recueil Dalloz Sirey*, n.° 16, 26/4/1990, p. 102.

gramme et l'utilisateur final, aujourd'hui communément dénommés *graphic user interfaces*, que nous pouvons situer dans le domaine de ce que l'on a convenu d'appeler *look and feel* du programme<sup>(28)</sup>. Maintenant, il ne nous concerne que le problème de l'interconnexion ou le caractère interopératif de programmes ou équipements ou de programmes entre eux, qui assurent à l'utilisateur la possibilité de faire des options n'ayant pour base que les buts qu'il envisage de poursuivre et qui ne soient pas prises en raison d'impératifs ou contraintes à caractère technique. Comme l'on peut aisément s'en rendre compte, les implications pratiques de la solution à adopter sont inestimables: soit que l'on assure le monopole — peut-être injustifié — à un groupe réduit de constructeurs, ce qui nécessairement limitera le progrès technologique, soit qu'en revanche l'on permet le libre accès et l'utilisation des interfaces auparavant développés par autrui, comme garantie du non cloisonnement du marché. Une fois encore convient-il d'abandonner des considérations d'ordre économique pour que l'on se place sur un plan strictement juridique. C'est que, au fond, la proposition de directive ne s'écarte nullement, à cet égard, de la solution classique du Droit d'Auteur: les interfaces ne sont pas protégées tant qu'ils constituent des idées ou principes, des réalités, il n'est pas nécessaire de le souligner, que le Droit d'Auteur exclut de son champ d'application; par contre, seront protégés les interfaces qui constituent en soi des oeuvres remplissant les conditions exigées par le Droit d'Auteur, notamment celle qui touche à son originalité<sup>(29)</sup>. Bien que la détermination pratique de ce qui sera un interface original, qui ne constitue pas une idée mais plutôt une expression, ne s'avère sûrement pas une tâche aisée, c'est en fait celui-ci le cadre juridique dans lequel il faut que nous nous mouvions.

4.3.2. Ne figurant pas dans la proposition originale, il a été ajouté à l'article 5 un paragraphe 3, qui dispose: "la présente directive n'empêche pas que les Etats-membres autorisent la reproduction d'un programme d'ordinateur aux fins d'analyse en vue de la détermination des interfaces, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur".

---

(28) Cf. infra point 10.

(29) Cf, dans le même sens, HUET, Jérôme, op. cit. note 27, p. 102, COLOMBE, Michel et MEYER, Caroline, Seeking interoperability: an industry response, *European Intellectual Property Review*, vol. 12, n.° 3, mars 1990, p. 79.

La question de l'admissibilité de l'ingénierie inverse ou analyse inverse est une nouveauté, en ce qui concerne le Droit d'Auteur. Les oeuvres jusque là protégées étaient perceptibles en elles-mêmes ou pourraient l'être à travers des appareils adéquats à cette fin. Les programmes d'ordinateur, par contre, ne sont pas, comme nous le verrons plus loin, perceptibles à eux seuls. La majorité des détenteurs de programmes d'ordinateur a seulement accès au code machine, autrement dit, au programme dans sa version destinée à être lue par la machine et non pas à la version qui a été formalisée par son créateur. Dès lors, on s'interroge sur la légitimité du processus qui consiste à rendre au programme en code-machine (programme cible) son caractère précédent d'intelligibilité par l'homme. Un tel processus, que d'ordinaire on appelle décompilation, a en règle pour but la détection des solutions imaginées par son auteur, ou la détermination des caractéristiques de ce programme, en vue de garantir son interconnexion avec des programmes à créer par la suite<sup>(30)</sup>. Il ne s'agit pour autant pas, ainsi que quelqu'un l'a fait ressortir, d'espionner des créations d'autrui pour mieux les pirater<sup>(31)</sup>, mais plutôt d'assurer presque toujours un but en soi même souhaitable au regard de l'industrie informatique en général et de l'utilisateur en particulier.

Le problème juridique se pose, en effet, au moment où, pour effectuer la décompilation du programme-cible, il faut procéder à sa reproduction ou traduction. A cet égard, nous sommes déjà dans le domaine des utilisations de l'oeuvre qui nécessitent l'autorisation de son auteur, à moins que l'on puisse admettre qu'il s'agit là d'une des catégories d'utilisations libres que normalement les lois du droit d'Auteur consacrent et qui sont dispensées d'une telle autorisation<sup>(32)</sup>.

La réponse qu'il s'impose de trouver, à l'égard de ce problème, il faut la donner par la voie législative, comme le propose la Communauté elle-

---

(30) Cf. CORNISH, W.R., Computer program copyright and the Berne Convention, *European Intellectual Property Review*, vol. 12, n.º 4, avr. 1990, p. 129-132.

(31) Cf. COLOMBE, Michel et MEYER, Caroline, op. cit. note 29, p. 82, lorsqu'ils affirment que, pour un pirate qui désire copier un programme, il suffit de copier le programme-cible, sans avoir besoin d'investir du temps et de l'argent dans une activité qui peut même n'avoir aucune réussite.

(32) Article 75 du Code du Droit d'Auteur.

même, à l'instar de ce qui a été établi par rapport aux topographies des produits semi-conducteurs<sup>(33)</sup>. La circonstance qu'il n'y ait pas à ce jour de jurisprudence constante, qui soit capable d'ouvrir la voie, contribue aussi à ce que l'on estime souhaitable que la Communauté prenne une position nette sur cette question. La controverse qui s'est installée sur la question de savoir si l'ingénierie inverse est ou non admise aux Etats-Unis invite à écarter, une fois pour toutes, de possibles doutes<sup>(34)</sup>, qui n'ont certainement pas été dissipés en vertu de la communication du gouvernement de ce pays, laquelle eut lieu à la suite d'une question formulée par la Commission de la Communauté sur la compatibilité d'une telle pratique avec le droit américain<sup>(35)</sup>. En effet, dans cette communication, bien que l'on dise en des termes exprès que "under U.S. law, unauthorized reproduction or translation of substantial parts of a program's object code into source code would result in a prima facie violation of the copyright owner's rights to reproduce the work and to make derivative works", on affirme, plus loin, que la réponse à donner par un tribunal hypothétique, saisi d'un cas concret d'ingénierie inverse, dépendra de quatre facteurs fondamentaux: en premier lieu, du but poursuivi de la décompilation; ensuite, du caractère de l'oeuvre concernée; puis, de la partie de l'oeuvre protégée qui a été utilisée à l'occasion de la décompilation; et, finalement, de l'effet potentiel produit sur le marché en raison de l'utilisation non autorisée.

5. Les raisons de la recherche d'une protection juridique pour le logiciel, qu'elle soit fondée sur le Droit d'Auteur, la Propriété Industrielle ou sur toute autre formule, découlent de deux sortes de facteurs fondamentaux:

5.1. La valeur économique du marché mondial du logiciel est aujourd'hui significative. Les chiffres disponibles à l'heure actuelle indiquent que le volume des ventes réalisées en 1987 aura atteint 75 billions de dollars et des projections concernant le marché européen font prévoir un

---

(33) Article 5, par. 3, de la directive et 13.b) de la Loi n.º 16/89, du 30 juin.

(34) Cf. HUET, Jérôme, op. cit. note 27, où il y a un commentaire à un arrêt rendu par un tribunal américain (*Vault v. Quaid Software*, 847 F. 2d. 255, 5th Cir. 1988) admettant le caractère licite de l'ingénierie inverse vis-à-vis du Copyright Act.

(35) La position du U.S. Trade Representative fut intégralement publiée dans *Software Protection*, avril 1990, p. 10-13.



accroissement annuel de 14% environ, entre les années 1985 et 1991. Par ailleurs, le pourcentage des dépenses encourues en raison du logiciel représente pour le moment environ 60% du total du marché de l'informatique<sup>(36)</sup>.

Les très grands intérêts en jeu ne sont pas compatibles avec des moyens inadéquats de protection et ne se satisfont pas de solutions purement nationales. Le logiciel exige quelque chose qui donne des garanties de protection internationale, même si ce n'est qu'en raison des pressions fortes exercées dans ce sens par ses principaux producteurs<sup>(37)</sup>.

5.2. Les moyens de protection technique disponibles sont insuffisants et faillibles. Franchir les barrières techniques de la reproduction d'un programme n'est qu'un défi attirant pour un utilisateur moyennement ingénieux. Le marché lui-même trouve aujourd'hui disponibles des programmes destinés exclusivement à déprotéger et à copier d'autres programmes et il n'est plus rare que la presse de la spécialité instruisse le lecteur du moyen de surmonter les obstacles techniques mis au piratage. Tout ceci a fait en sorte que bien des producteurs de logiciel aient progressivement perdu l'habitude de protéger techniquement leurs programmes — même puisque, maintes fois, cela se traduit par des troubles dans l'utilisation normale d'un programme par un utilisateur honnête —, en cherchant dans la protection juridique des moyens suffisamment forts pour parvenir à une diminution des pratiques illicites. La tâche n'est toutefois pas aisée: des estimations signalent que, pour chaque programme vendu, circulent en moyenne 2 à 10 copies reproduites de façon illégale; qu'un programme de grande consommation pouvant coûter 500 dollars est facilement acquis pour cinquante fois moins, dans des marchés parallèles; que, dans un certain pays asiatique, sont vendues, par mois, quinze mille unités des dix programmes américains de grande consommation les plus connus, dont

---

(36) Cf. AROSSA, Lydia, Software and computer services: a report, *The Computer Law & Security Report*, vol. 4, n.º 3, sept.-oct. 1988, p. 2.

(37) Il suffira de rappeler, en tant qu'exemple, les pressions exercées par les Etats-Unis sur le Japon pour que celui-ci n'adopte pas la législation *sui generis* proposée par le MITI (Ministry of International Trade and Industry) et les tentatives menées à bout par le même pays en vue de mettre fin aux mesures protectionnistes et la législation discriminatoire existant au Brésil en matière de logiciel.

seul un milliard est vendu à travers les circuits licites<sup>(38)</sup>; que, à titre d'exemple, les industriels français d'informatique ont perdu, en conséquence du piratage de programmes, 1120 millions de francs français, en 1985, ce qui traduirait environ 20% du chiffre total de leurs affaires et que les pertes montent, annuellement, pour l'instant, à un billion de dollars environ, aux Etats-Unis et à environ 150 millions de livres au Royaume Uni. Il a été proposé qu'un bon indice pour vérifier dans quelle mesure les pratiques d'appropriation de logiciel sont habituelles dans chaque pays serait obtenu par la proportion du logiciel vendu licitement par rapport aux ventes de matériel. En faisant usage de ce critère, on a constaté, par exemple, qu'en Italie cette proportion serait bien mineure qu'en France, ce qui semble révéler que l'absence de protection législative explicite des programmes d'ordinateur, eu égard à l'incertitude qu'elle entraîne, encourage cette sorte de phénomènes<sup>(39)</sup>. Pareil raisonnement est tout à fait applicable au cas portugais.

En la matière, il y a peu d'innocents: des institutions universitaires aux centres de recherche, des entreprises privées à des services de l'administration centrale<sup>(40)</sup> en passant naturellement par le citoyen anonyme, à tous revient une quote-part de la responsabilité dans le phénomène de la croissance démesurée de la reproduction — et parfois de la vente — illicite de logiciel. Certains pays en font même une affaire internationale, hautement profitable et institutionnellement patronnée sous le manteau de la contribution au progrès technologique, ne se bornant pas seulement à rendre facile l'utilisation et reproduction abusive de programmes, mais encore à encourager la pure contrefaçon, l'exploitation totale des créations intellectuelles d'autrui, ne soumettant pas ses responsables aux sanctions habituelles pour ce genre de conduite illicite.

---

(38) Cf. op. cit. note 36. p. 5.

(39) Cf. le commentaire apporté par la Federation Against Software Theft (FAST) au Livre Vert de la Commission sur le Droit d'Auteur in *The Computer Law & Security Report*, vol. 5, n.º 1, mai-juin 1989, p. 12.

(40) Il faut remarquer ce qui s'est récemment passé en France, lorsque l'Etat français fut condamné par un tribunal pour contrefaçon et concurrence déloyale, en raison de copies illicites de quelques programmes connus de grande consommation, découvertes dans des services du Ministère de l'Equipement (arrêt du 13/7/1989 du Tribunal de Grande Instance de Paris, Aff. Ashton Tate, La Commande Electronique, l'Agence pour la Protection des Programmes, Micropro, Microsoft France et Micro Corporations contre l'Etat français. Le texte de l'arrêt est reproduit dans *Expertises*, n.º 120, sept. 1989, p. 313-316).

L'impératif d'une protection juridique du logiciel s'impose par soi-même. Le choix du moyen de protection le plus efficace s'est jusqu'à ce jour orienté presque toujours dans un seul sens: le Droit d'Auteur, même si un tel sens n'est pas exclusif.

6. La raison de la préférence accordée au Droit d'Auteur, en ce qui concerne la protection du logiciel, est aisément compréhensible. Une série de facteurs contribuent à ce que ce moyen juridique s'avère idéal pour donner du corps à une extrême nécessité de protection. De façon sommaire, et sans tenir compte de l'importance relative de chacun d'eux, nous pourrions signaler les facteurs qui expliquent cette préférence, tels qu'ils suivent:

6.1. Les programmes d'ordinateur, du fait qu'ils sont réduits à la forme écrite dans quelques-unes de leurs phases d'élaboration, peuvent être considérés comme des créations du domaine littéraire ou scientifique. En remplissant la condition de l'extériorisation, et dès que celle-ci s'encadre dans l'une des formes de création intellectuelle communément reçues, elle constituera une oeuvre protégée par le Droit d'Auteur;

6.2. Pour être une oeuvre protégée, il faut qu'elle remplisse encore d'autres conditions, desquelles ressort celle de l'originalité. Tout en s'agissant d'une question controversée, comme nous le verrons plus loin, il a été admis que les programmes d'ordinateur satisfont au besoin d'originalité pour autant qu'ils sont le résultat d'un effort intellectuel personnel ou qu'ils portent la marque de la personnalité de leurs auteurs;

6.3. Susceptibles d'être facilement reproduits, les programmes d'ordinateur exigent un système de protection juridique capable de limiter d'une manière efficace une telle reproduction, en dehors des cas autorisés par son créateur. Le Droit d'Auteur, dans la mesure où il crée un monopole de reproduction de l'oeuvre au profit de son créateur — le droit exclusif de reproduire ou d'autoriser la reproduction — se présente à l'industrie informatique comme un moyen de combattre la contrefaçon et l'utilisation non autorisée. La notion de reproduction, étendue à l'utilisation non autorisée de programmes, est une question ouverte et, sur le plan doctrinaire, controversée, ayant mérité des solutions fort dissemblables d'un pays à l'autre. Toutefois, le simple fait que soit admise, en tant qu'hypothèse, la

répression de l'utilisation non autorisée s'avère un facteur de plus de préférence pour le Droit d'Auteur;

6.4. Le droit de l'auteur sur l'oeuvre naît avec la création de celle-ci, sans d'autres formalités, réserve faite des pays où l'accomplissement de ces formalités est condition de sa protection. De toute façon, celui-ci est un problème mitigé, même dans les pays qui suivent le modèle du *copyright* et qui exigent, en plus de l'enregistrement de l'oeuvre, qu'une mention de réserve soit apposée. Aux Etats-Unis, depuis la réforme de 1976, les droits sur l'oeuvre existent indépendamment du fait que ces formalités soient ou ne soient pas accomplies, alors même que le non accomplissement puisse entraîner d'importantes conséquences d'ordre juridique. L'adhésion récente des Etats-Unis à la Convention de Berne ne fait plus que confirmer cette idée<sup>(41)</sup>;

6.5. Le Droit d'Auteur apporte, encore, l'avantage d'une protection internationale accordée aux Etats qui sont parties à la Convention de Berne pour la Protection des Oeuvres Littéraires et Artistiques ou à la Convention Universelle sur le Droit d'Auteur. En effet, les deux Conventions consacrent la règle du traitement national, c'est-à-dire, la concession de protection, en égalité de circonstances avec les oeuvres nationales, aux oeuvres originaires d'un Etat contractant<sup>(42)</sup>. La possibilité pour les Conventions sur le Droit d'Auteur d'être appliquées aux programmes d'ordinateur — le raisonnement développé en vue de justifier cette application est, au fond, une simple transposition au plan international des raisons qui ont motivé la soumission, au niveau intérieur, des programmes d'ordinateur aux lois nationales sur le Droit d'Auteur — constitue un argument déterminant, dans certains pays, aux fins de justifier la préférence accordée au Droit d'Auteur. Il ne semble cependant pas y avoir d'unanimité pour ce qui concerne l'application de ces Conventions dans ce domaine. L'enquête menée en 1983 par l'OMPI à ce sujet a permis d'apprendre que la majorité

---

(41) Il faut cependant souligner que, depuis le 16 octobre 1989, est devenu obligatoire le dépôt devant le Copyright Office, en vue de l'utilisation dans la Bibliothèque du Congrès, de logiciel de grande consommation distribué sous la forme de code-machine et destiné à des micro-ordinateurs obéissant au format IBM et Macintosh. Parallèlement, sont adoptées des règles en vue d'entraver l'accès par des chercheurs au logiciel ainsi déposé.

(42) Article 5 de la Convention de Berne et article II de la Convention Universelle.

des Etats est de l'avis que le logiciel n'est pas suffisamment protégé par les traités qui existent. D'ailleurs, l'échec de la tentative d'élaboration, sous l'influence de l'OMPI, d'un traité spécifique relatif à la protection du logiciel, et la difficulté, dans la pratique, à réviser ces Conventions en temps utile, font croire qu'il ne se posera pas trop de difficultés d'accepter, dans un Etat contractant, la protection de programmes d'ordinateur étrangers dans des conditions analogues à celles des programmes élaborés au niveau intérieur. Nous ne connaissons pas, à ce jour, de décision jurisprudentielle qui aurait écarté un programme étranger du champ d'application des lois sur le Droit d'Auteur, en raison de sa non inclusion dans la liste des oeuvres prévues par les Conventions sur le Droit d'Auteur;

6.6. Les sanctions prévues par le Droit d'Auteur comportent un haut degré de dissuasion à l'égard d'actes nuisant aux intérêts des producteurs de logiciel. Dans bien des pays, outre l'application des règles classiques sur la responsabilité civile, la violation des droits d'auteur est un crime punissable de sévères sanctions. Par ailleurs, la plupart des systèmes prévoient des moyens, par voie administrative ou judiciaire, de faire cesser une conduite qui hypothétiquement violerait les droits d'auteur d'autrui, même avant que la question de fond ne soit décidée;

6.7. Le fait que la protection accordée par d'autres voies s'avère imparfaite a contribué à rendre plus nette la préférence donnée à la propriété intellectuelle. Les solutions apportées par quelques-unes de ces voies sont parcellaires et inapplicables dans bien des cas d'espèce. De toute façon, elles pourront constituer un moyen additionnel de réparation d'une infraction, en profitant du fait qu'elles peuvent, dans des circonstances déterminées, être cumulées avec la protection conférée par le Droit d'Auteur<sup>(43)</sup>.

7. L'application du Droit d'Auteur aux programmes d'ordinateur n'est toutefois pas exemptée de difficultés. Certes, cette branche du Droit a, au fil des années, su s'adapter à l'évolution technologique, de façon à ce qu'elle couvre des domaines non imaginés au moment de sa formulation originale. Pareille adaptation a, cependant, d'importantes limites, pour ce qui est du logiciel, pouvant même rendre inviable une protection efficace

---

(43) À titre d'exemple, l'article 212 du Code du Droit d'Auteur.

de celui-ci. Sans préjudice d'un meilleur éclaircissement de ce problème par la suite, il convient de mentionner, bien qu'en résumé, quelques questions jusqu'à ce jour difficiles à résoudre :

7.1. Pour autant que les producteurs de logiciel sont concernés, il ne suffit pas que la reproduction illicite d'un programme soit punie. L'utilisation d'un programme, non autorisée par son auteur, par une personne autre que l'acquéreur original de ce programme, constitue pour l'industrie informatique la frustration de ses attentes de profits. Cet utilisateur, de son côté, n'aura pas de poids sur sa conscience lorsqu'il pratique un acte à tous égards pareil à celui de la lecture d'un livre emprunté à quelqu'un. En plus, d'un point de vue strictement social, l'usage répandu et aisé de programmes sera susceptible de contribuer à un meilleur développement technologique et à une meilleure exploitation des potentialités progressives que l'informatique représente. L'équilibre entre ces trois vecteurs n'est pas facile à concrétiser et les intérêts en jeu sont trop antagoniques pour permettre un degré minimal de conciliation. La réponse traditionnelle du Droit d'Auteur à ce problème serait celle d'admettre la libre utilisation des programmes disponibles, l'empêchant, tout au plus, dans les seuls cas où il y aurait conscience de son caractère contrefait<sup>(44)</sup>. Cette conception a été écartée par un simple artifice juridique, qui a fait en sorte que la simple introduction occasionnelle d'un programme dans un ordinateur rentre dans le concept d'acte de reproduction et, en tant que tel, interdit<sup>(45)</sup>. C'est indéniable qu'il y a une certaine vérité technique derrière cet artifice juridique: l'introduction d'un programme dans un ordinateur afin que celui-ci accomplisse une tâche spécifique exige, presque toujours, un transfert automatique, quoique temporaire, des instructions contenues dans son rapport physique à la mémoire centrale de l'ordinateur. Ce fait a permis à une grande partie de la doctrine d'admettre, à l'instar d'ULMER et

---

(44) C'est la solution apportée par l'article 113 de la Loi japonaise sur le Droit d'Auteur; c'est également la solution préconisée dans la proposition de directive communautaire qui établit, à son article 6, paragraphe 1, que "Le fait d'importer, de posséder ou de prendre en charge une copie illicite d'un programme d'ordinateur en sachant ou en ayant de bonnes raisons de croire qu'il s'agit effectivement d'une copie illicite constitue une infraction aux droits de l'auteur de ce programme".

(45) Il est évident que le problème ne se poserait même pas si nous suivions l'avis de OLIVEIRA ASCENSÃO, qui soutient que la reproduction équivaut à la multiplication des exemplaires d'une oeuvre. Cf. op. cit. note 10, p. 145.

KOLLE, que le Droit d'Auteur est suffisamment souple pour qu'il considère comme reproduction le simple acte d'usage d'un programme<sup>(46)</sup>.

De toute façon, le doute subsistera toujours à moins qu'il ne soit tranché par la voie législative ou jurisprudentielle, de façon à permettre à l'utilisateur de savoir précisément quel type de conduites lui sont ou ne sont pas interdites<sup>(47)</sup>.

Il est à croire, cependant, que la tendance soit celle de suivre l'orientation prise par l'article 5 vi) des dispositions type de l'OMPI, qui subordonne la simple utilisation d'un programme à l'autorisation de son auteur<sup>(48)</sup>. Tout dépendra, toutefois, du degré d'efficacité des mesures réprimant cette sorte d'actes. En effet, il semble que la plupart des situations d'usage non autorisées sont à peine contrôlables, la loi courant le risque, en ne prévoyant pas de sanctions dissuasives, de devenir rapidement, dans ce domaine, lettre morte. Au fond, c'est une hypothèse que certains producteurs de matériel informatique ne voient pas comme une catastrophe menaçante. Le logiciel, pour autant qu'il constitue le "combustible" de l'ordinateur, ne peut pas être soumis à une législation trop restrictive de sa circulation,

---

(46) EUGEN ULMER e GERT KOLLE, Copyright protection of computer programs, IIC, 1983, n.º 2, p. 185.

(47) La loi française n.º 85 660, du 3.7.1985, qui consacra le régime du Droit d'Auteur applicable au logiciel, contient dans son article 47 une disposition limitant l'utilisation de programmes: "... toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants droit est passible des sanctions prévues par ladite loi". La loi espagnole sur la propriété intellectuelle (Loi n.º 2/1987, du 11 novembre) dispose, dans son article 99.3, que ne constitue pas de reproduction la simple introduction du programme dans la mémoire interne de l'ordinateur. Le cadre de cette disposition permet toutefois de mettre en doute si elle sera applicable en dehors des cas où il y aurait eu une cession du droit d'usage du programme, ne légitimant pas, de ce fait, l'utilisation non autorisée par des tiers. D'autre part, l'article 99, paragraphe 1, dit que la cession du droit d'usage, en plus de n'être pas exclusive, est intransmissible. Il restera toutefois le doute sur l'efficacité, vis-à-vis de tierces personnes, de ladite disposition.

(48) "le propriétaire a le droit d'interdire à toute personne les actes suivants:

.....  
vi) Utiliser le programme d'ordinateur ou un programme d'ordinateur établi de la façon mentionnée aux points iii), iv) ou v) pour commander le fonctionnement d'une machine capable de faire le traitement de l'information ou de l'emmagasiner dans une telle machine".

sinon l'équilibre précaire devant exister entre producteurs et consommateurs deviendra irrémédiablement perdu<sup>(49)</sup>

7.2. Le Droit d'Auteur ne comporte pas seulement, dans certains systèmes juridiques, des droits de caractère patrimonial, mais aussi des droits à caractère personnel, dénommés d'habitude des droits moraux. D'entre eux ressort le droit au respect et à l'intégrité de l'oeuvre, dans quelques pays considéré comme indisponible et inaliénable, se traduisant dans la pratique par l'octroi à son auteur d'un droit exclusif de faire ou d'autoriser des modifications et/ou traductions de son oeuvre<sup>(50)</sup>. Ce n'est pas difficile à comprendre les troubles qu'une règle pareille est susceptible de causer à l'exploitation intégrale des potentialités d'un programme d'ordinateur. En tant que produit essentiellement utilitaire, un programme doit pouvoir faire l'objet de modifications ou adaptations en fonction des nécessités objectives éprouvées par son utilisateur final. Ni tous les programmes peuvent être élaborés sur mesure, en dictant le consommateur les résultats pratiques qu'il envisage de voir obtenus de façon à ce que le créateur du programme puisse concevoir des solutions expressément destinées à la solution d'un problème déterminé. Le marché informatique est aujourd'hui dominé par des programmes *standard* obligeant le producteur à chercher l'usager modèle, qui se contentera de programmes standardisés.

Cependant, la rentabilité du programme appelle souvent, à cet égard, qu'un ou autre aspect particulier du programme soit modifié. Que l'on soit tenu de faire subordonner cette modification à l'autorisation d'un

---

(49) Il se peut, d'ailleurs, que celle-là la ait été raison pour laquelle la Commission de la Communauté Européenne a estimé, dans l'exposé des motifs qui accompagne sa proposition de directive, que "lorsqu'un programme est vendu au public (...) il ne sera pas nécessaire d'obtenir l'autorisation du titulaire du droit pour prêter ce programme à un tiers ou pour l'utiliser dans un appareil déterminé ou dans un certain lieu", assertion qui pourtant semble difficile de s'accorder avec la teneur restante du paragraphe où elle est insérée. De toute façon, cette solution, au cas où elle serait consacrée, entraînera certainement des modifications en ce qui concerne la législation en vigueur dans quelques Etats-membres, notamment en France (cf. GAUDRAT, BRIAT, TOUBOL, op. cit. note 26, p. 75).

(50) Cf. l'article 12 de la Convention de Berne: "Les auteurs d'oeuvres littéraires ou artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs oeuvres." Le droit exclusif des auteurs de faire ou d'autoriser la traduction de leurs oeuvres est consacré dans l'article 8 de la Convention de Berne, ainsi que dans l'article 5, paragraphe 1, de la Convention Universelle.



auteur, presque toujours lointain, c'est une charge trop lourde pour un secteur où des besoins d'ordre purement technique s'accordent mal avec une exigence — destinée à une sorte de créations intellectuelles tout à fait différentes — d'intégrité et de respect de l'oeuvre.

En partant de ce présupposé, quelques-uns des Etats qui ont récemment amendé leurs lois sur la propriété intellectuelle ont prévu en des termes exprès — tout en courant le risque, certains d'entre eux, d'enfreindre l'article 12 de la Convention de Berne — la possibilité pour le détenteur d'une copie d'un programme d'ordinateur d'y faire intervenir, sans le consentement de son auteur, les adaptations nécessaires à son utilisation, dans lesquelles sont incluses, à titre d'exemple, la traduction du langage de la programmation utilisé dans le programme en un autre. C'en est le cas des pays comme les Etats-Unis<sup>(51)</sup>, le Japon<sup>(52)</sup>, l'Australie<sup>(53)</sup>, la France<sup>(54)</sup>, l'Espagne<sup>(55)</sup>, le Canada<sup>(56)</sup> et le Brésil<sup>(57)</sup>, qui ont éprouvé le besoin de procé-

---

(51) U.S.C., Titre 17, par. 117: "Notwithstanding the provisions of par. 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program..."

(52) Article 20, par. 2 (iii) de la Loi sur le Droit d'Auteur: "(The right to preserve the integrity of a work provided in article 20(1)) shall not apply to the following modifications:

.....  
(iii) Modifications in a program work necessary to use the program in a particular computer with which it cannot be used or to permit the program to be used more effectively in a computer."

(53) Article 43A de la Loi sur le Droit d'Auteur:  
"(1) Subject to sub-section (2) the copyright in a literary work being a computer program is not infringed by the making of a reproduction of the work, or of a computer program being an adaptation of the work..."

(54) Article 46 de la Loi n.º 85-660, du 3.7.1985:  
"Sauf stipulation contraire, l'auteur ne peut pas s'opposer à l'adaptation du logiciel dans la limite des droits qu'il a cédés, ni exercer son droit de repentir ou de retrait".

(55) Article 99.4 de la Loi sur la Propriété Intellectuelle, du 11.11.1987:  
"4. No constituye transformación, a los efectos previstos en el artículo 21, la adaptación exclusiva por el mismo".

(56) Article 17(2) 1) de la Loi du 8.6.1988 portant amendement au Droit d'Auteur:  
"le fait, pour le propriétaire d'un exemplaire — autorisé par le titulaire du droit d'auteur — d'un programme d'ordinateur, de produire une seule copie de l'exemplaire par adaptation, modification ou conversion, ou par traduction en un autre langage infor-

der à la révision du régime des adaptations d'oeuvres en vue de l'adapter au monde du logiciel. Ce problème est évidemment indépendant de celui qui concerne la possibilité pour les oeuvres dérivées, nées en vertu d'adaptation ou de traduction d'une oeuvre originale, de se voir protéger en tant qu'oeuvres assimilées à des oeuvres originales, celles-ci faisant l'objet de protection et d'exploitation autonomes. La solution saura être trouvée dans le cadre des principes généraux du Droit d'Auteur et pourra éventuellement changer d'un pays à l'autre. Toutefois, la manière restreignante dont il est accordé à l'utilisateur, dans les pays susmentionnés, le consentement en vue d'adapter les programmes d'ordinateur à ses besoins personnels, sans l'autorisation de l'auteur, permet d'écarter l'hypothèse selon laquelle les oeuvres dérivées, créées d'une telle façon, pourraient être détournées de leur but original<sup>(58)</sup>.

D'autres types de droits moraux pourront éventuellement troubler la circulation normale du logiciel. Il suffira de penser, par exemple, au droit de retrait qui permet à l'auteur de l'oeuvre de faire cesser la circulation de celle-là, pourvu qu'il porte réparation aux intéressés des préjudices subis. Une telle possibilité est à peine plus que théorique, mais elle reflète bien le caractère protecteur que, dans certains pays, la propriété intellectuelle revêt à l'égard de l'auteur, au mépris d'autres intérêts hypothétiques méritant aussi de la protection. Cette circonstance a amené un pays, au moins, parmi ceux qui reconnaissent aux auteurs des droits à caractère personnel, à rayer l'hypothèse permettant l'exercice, par ceux-là, de leur droit de retrait en ce qui concerne des programmes par eux élaborés<sup>(59)</sup>.

---

matique s'il établit que la copie est destinée à assurer la compatibilité du programme avec un ordinateur donné qu'elle ne sert qu'à son propre usage et qu'elle est détruite dès qu'il n'est plus propriétaire de l'exemplaire".

(57) Article 7 de la Loi n.º 7646, du 18.12.1987:

"Ne constitue pas d'infraction au droit d'auteur du programme d'ordinateur:

.....  
iv) l'intégration d'un programme, en conservant ses caractéristiques essentielles, à un système d'application ou opérationnel, sur le plan technique indispensable aux besoins de l'utilisateur, pourvu que ce soit pour l'usage exclusif de celui qui l'a promu."

(58) C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'article 75 du Code du Droit d'Auteur, qui consacre la possibilité pour l'utilisateur de l'oeuvre de ne pas nécessiter, dans des cas particuliers, l'autorisation de l'auteur pour la traduire ou transformer, mais, et ça c'est le point important qu'il faut retenir, "dans la mesure nécessaire à cette utilisation".

(59) Article 46 de la Loi française n.º 85 660, du 3.7.1985, tel qu'il est cité dans la note 54.

7.3. L'autorisation en vue de la reproduction pour usage privé a également fait l'objet de limitations dans des lois récentes sur la protection des programmes d'ordinateur. Le Droit d'Auteur, en admettant, en des termes assez larges, un droit de copie privée, finirait par porter préjudice aux intérêts de l'industrie du logiciel pour autant qu'il accorde à l'utilisateur final une licence légale pour élaborer des copies d'une oeuvre, pourvu qu'elles ne soient pas détournées des seuls buts à l'égard desquels une telle réalisation est permise. Il suffirait au consommateur, lorsqu'il aurait besoin de plusieurs programmes pour être utilisés simultanément dans plusieurs ordinateurs, tout en acquérant un seul programme, d'en exécuter de successives copies.

Cette circonstance a poussé quelques pays à conditionner les reproductions pour usage privé à des copies de sécurité ou de sauvegarde<sup>(60)</sup>, destinées à prévenir des accidents — toujours fréquents — concernant la copie originale.

7.4. La durée de la protection accordée par le Droit d'Auteur a été considérée comme un obstacle, lorsqu'on envisage son application au logiciel.

Le délai de protection est de 50 ou 25 ans, à compter de la date du décès de l'auteur, suivant que nous nous plaçons, respectivement, à l'abri de la Convention de Berne ou de la Convention Universelle sur le Droit d'Auteur. Les programmes d'ordinateur ont une durée de vie utile substantiellement plus courte. Tenant compte du fait qu'ils deviennent très tôt obsolètes, alors pourquoi leur conférer une protection dépassant de beaucoup les limites de leur utilisation effective?

Les dispositions type de l'OMPI ont suggéré une légère réduction de la durée de protection, laquelle pourrait devenir, dans sa limite minimale, de 20 ans, calculés à partir de la première utilisation, vente, louage ou cession<sup>(61)</sup>. Au fond, le problème primordial reste toujours le même: tant que le logiciel conserve des potentialités pour être commercialisé, il se

---

(60) Article 47 de la Loi française n.º 85 660; United States Code, Titre 17, par. 117; article 99-2 de la Loi espagnole sur la propriété intellectuelle; article 43A (1) (a) de la Loi australienne sur le Droit d'Auteur; article 47 bis (1) de la Loi japonaise sur le Droit d'Auteur; article 17 (2) (m) de la Loi canadienne sur le Droit d'Auteur; article 7.1. de la Loi brésilienne sur les programmes d'ordinateur.

(61) Article 7-2.

trouve protégé; lorsque finie la période de protection dont il a bénéficiée et son auteur dûment compensé de son effort intellectuel développé au début, il serait finalement à la disposition de tout le monde, son exploitation n'aurait plus eu d'intérêt pratique. L'équilibre, qui saurait peut-être exister dans d'autres types d'oeuvres, entre l'intérêt collectif et l'intérêt individuel du créateur intellectuel, ne se vérifiera pas, de ce fait, en matière de logiciel.

De tous les amendements législatifs récents en la matière, ce n'est qu'en France<sup>(62)</sup> et au Brésil<sup>(63)</sup> que l'on décèle la préférence pour une réduction substantielle de la durée de protection des programmes d'ordinateur. Dans tous les autres pays, les seules modifications, si elles ont eu lieu, se sont traduites par l'introduction de nouveaux critères aux fins de la détermination du commencement de la protection<sup>(64)</sup>. La raison sera peut-être trouvée dans le fait que l'on n'a pas voulu heurter les dispositions tant de la Convention de Berne que de la Convention Universelle, constituant sur ce point précis *jus conventionis*, puisque cela entraînerait, par voie de conséquence, une éventuelle protection des programmes nationaux moindre lorsque comparée à la protection à accorder, impérativement, à des programmes originaires des autres Etats contractants. Les Conventions auront fonctionné, à cet égard, comme un frein puissant mis aux prétensions de certains secteurs qui exigeaient, pour des impératifs du développement technologique, une durée de protection ne dépassant celle qui est prévue par rapport à la propriété industrielle.

7.5. La dernière question, il faut l'avertir, n'est qu'une fausse question. Elle concerne certaines conditions qui ont été requises du logiciel pour que celui-ci puisse se voir appliquer le Droit d'Auteur. Bien que distinctes, elles seront ci-dessous groupées pour des raisons pratiques:

7.5.1. Le fait que les programmes manquent de caractère esthétique a servi à motiver les premiers cas jurisprudentiels dans lesquels fut refusée

---

(62) Article 48 de la Loi précitée.

(63) Article 3 de la Loi n.º 7646, du 18.12.1987.

(64) Article 97 de la Loi espagnole sur la Propriété Intellectuelle; article 53.3. de la Loi japonaise sur le Droit d'Auteur; article 7 de la première version de la proposition de directive.

leur protection par le Droit d'Auteur. Toutefois, celle-ci est une question aujourd'hui décidément surmontée pour autant qu'il est indéniable que, à ce jour, le Droit d'Auteur a la vocation à s'étendre à des domaines où des considérations d'ordre artistique ou esthétique n'ont pas ou ont à peine de la signification;

7.5.2. La question de la finalité et du caractère utilitaire du logiciel apporte le même type de solution. La destination que l'on assigne à l'oeuvre, les fonctions qu'elle est appelée à accomplir sont indifférentes pour ce qui concerne le Droit d'Auteur. Le caractère utilitaire est aujourd'hui manifeste dans maintes sortes d'oeuvres protégées et beaucoup de législations nationales considèrent, expressément, comme négligeables leur finalité ou destination<sup>(65)</sup>;

7.5.3. L'exigence, pour les oeuvres protégées par le Droit d'Auteur, d'être perceptibles et intelligibles par l'être humain a suscité quelques embarras à ceux qui tiennent à ce moyen de protection du logiciel. Il est évident que, lorsque les programmes d'ordinateur sont décomposés dans les différentes phases que comporte leur élaboration, quelques-unes d'elles n'auront pas de difficulté à satisfaire à cette condition-là. En effet, soit l'algorithme soit l'analyse fonctionnelle et organique du programme, soit encore le programme-source, ce sont des éléments qui font usage d'un langage compréhensible pour tout informaticien de capacité moyenne, et sont directement perceptibles. Le principal obstacle relève, comme il est facile à constater, du code-objet, écrit dans un langage machine et visant une communication non pas avec l'homme mais plutôt avec l'ordinateur. Ce fait a contribué à ce que quelques-unes des premières décisions jurisprudentielles sur ce sujet aient écarté la possibilité de protection du code-objet, sous prétexte que celui-ci n'est pas directement intelligible (c'est ce qui s'est passé notamment aux Etats-Unis, dans la République Fédérale d'Allemagne et en Australie). Toutefois, dans de la jurisprudence ultérieure,

---

(65) Le Code du Droit d'Auteur, dans son article 2, considère comme protégées les créations intellectuelles indépendamment de leur "objectif". Cf., en plus, l'article 1.3, qui dispose qu' "aux fins des dispositions de ce Code, l'oeuvre est indépendante de sa divulgation, publication, utilisation ou exploitation".

pareille orientation a nettement été abandonné<sup>(66)</sup>: ce n'est pas nécessaire que le programme soit directement et immédiatement perceptible par l'homme, s'avérant suffisant qu'il puisse le devenir lorsqu'il est reproduit à l'aide d'équipement adéquat; d'autre part, quoique le langage-machine dans lequel le programme-objet se trouve traduit ne soit pas, en règle, compréhensible, un programmeur expérimenté — et patient, bien sûr — aura la capacité pour le lire, l'interpréter et, le cas échéant, le réécrire en cette forme même<sup>(67)</sup>.

8. Le Droit d'Auteur protège les oeuvres originales. Le débat sur le concept d'originalité, lorsqu'il s'applique au logiciel, s'est tout de suite révélé comme un problème crucial — qu'un auteur a même appelé d'"irritante", pouvant entraîner des conséquences pratiques importantes. Certes, c'est surtout dans la doctrine et au sein des tribunaux européens que cette question a été débattue. Aux Etats-Unis et dans d'autres pays anglo-saxons, une oeuvre est originale dans la mesure où elle n'a pas été copiée à partir d'une autre, autrement dit, il y aura de l'originalité toutes les fois que l'oeuvre doit son origine à la création de son auteur<sup>(68)</sup>.

Nul doute qu'à l'heure actuelle les programmes d'ordinateur "puissent" être des oeuvres originales. L'affirmation d'ULMER, considérant que différents programmeurs devant faire face à la résolution d'un même problème lui donneront suite par des moyens d'expression différents, n'a pas subi de forte contestation. Ce fait révèle qu'il y a une marge suffisante de discrétion, au moment de la réalisation d'un programme, pour que la personnalité ou l'esprit créatif de son auteur puissent s'exprimer. Compte tenu du fait qu'il n'existe pas d'expression obligatoire d'une idée, et que, dans chaque cas, un but donné peut être atteint par une multiplicité de formes,

---

(66) A titre d'exemple, l'Arrêt dans l'affaire *Williams Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.*, ainsi que celui du cas *Tandy Corporation v. Personal Micro Computer, Inc.*, aux Etats-Unis; l'Arrêt concernant l'affaire *Apple Computer, Inc. v. Segimex SARL*, en France; celui de l'affaire *Inkasso-Programm* (décision de la Cour Suprême Fédérale, du 9.5.1985) dans la République Fédérale d'Allemagne.

(67) Aujourd'hui, on se sert fréquemment de techniques de microprogrammation avec l'utilisation directe d'instructions en langage-machine.

(68) C'est même ainsi qu'il est dit dans l'exposé des motifs de la proposition de directive (article 1.<sup>er</sup>, par. 3): "le seul critère qui puisse être appliqué en vue de déterminer s'il est susceptible de faire l'objet de protection, est le critère de l'originalité, c'est-à-dire, que l'oeuvre ne fut pas copiée".

chacune de ces formes constituant un programme différent, nous nous trouverons, par conséquence, devant une oeuvre originale, méritant de la protection, pourvu que soient remplis les autres conditions requises pour bénéficier du Droit d'Auteur.

Ce critère ne résoud pourtant pas le niveau que cette originalité doit revêtir: suffira-t-il que l'oeuvre ne soit pas banale ou évidente pour qu'elle soit originale? qu'elle soit le résultat d'un travail intellectuel personnel?<sup>(69)</sup> ou sera-t-il, en outre, requis un effort créatif minimum de la part de son auteur? ou, de surcroît, qu'y soit manifeste l'empreinte de la personnalité de son créateur?

La réponse à ces questions n'est pas aisée et n'est non plus unanime l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence. La Cour Suprême de la République Fédérale d'Allemagne, dans un Arrêt rendu le 9 mai 1985 (Inkasso-Programm) a hissé ce niveau-là à une position trop élevée pour les programmes d'ordinateur. Il ne suffirait, pour qu'un programme fût original, qu'il aurait possédé des caractéristiques créatives; il serait nécessaire, en plus, de le comparer avec la capacité d'un programmeur moyen, et, seulement dans la mesure où elle serait surmontée par son auteur, serait-on en face d'une oeuvre originale susceptible de bénéficier de la protection<sup>(70)</sup>. Si cette orientation finit par être confirmée ultérieurement, laissant sans abri un grand nombre des programmes produits par l'industrie informatique, on peut courir le risque de voir que seule une petite partie d'entre eux se trouvera dans des conditions de remplir ces conditions-là, ce qui pourra obliger à repenser toute la question des rapports entre le logiciel et la propriété intellectuelle.

Les tribunaux français, de leur côté, ont adopté une attitude quelque peu différente. Tout en parachevant une jurisprudence relativement uni-

---

(69) Cf. Article 3 des dispositions-type de l'OMPI: "la présente loi ne s'applique qu'au logiciel qui est original dans le sens qu'il est le fruit du travail intellectuel personnel de son créateur".

(70) Cf. la traduction anglaise de cet Arrêt en annexe de KINDERMANN, Copyright protection for computer software in Germany, EIPR, 1986-6, pp. 185-187: "If the overall comparison with the known subject-matter reveals creative characteristics, these have to be confronted with the production of an average programmer. The ability of an average designer, abilities strictly confined to craftsmanship, the mechanical, living-up and assembling of the material is outside any protectability. The lower boundary of copyrightability begins at a general average ability concerning selection, collection, arrangement and division of the information and instructions."

forme, à cet égard, la Cour Suprême française, à travers ses fameux Arrêts du 7 mars 1986, est venue définir le critère à suivre en vue de la détermination du degré d'originalité qu'il faudrait requérir des programmes d'ordinateur. L'un d'eux — l'Arrêt S.A. Babolat Maillot Witt contre Jean Pachot — affirme, en des termes exprès, que "(l') auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant jusqu'au-delà de la mise en oeuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualisée: qu'en l'état de ces énonciations et constatations (...) les logiciels conçus par M. Pachot portaient la marque de son apport intellectuel..."

Cette formule est venue discréditer cette partie de la doctrine qui considérait que l'originalité requise par rapport aux programmes d'ordinateur, en France comme dans d'autres pays, était d'un niveau élémentaire et que les Tribunaux, en connaissant de cette originalité, devraient adopter une attitude libérale.

Un deuxième aspect important qu'il faut retenir, et qui a fait également l'objet d'un débat doctrinaire élargi, concerne le rapprochement qui est essayé — et qui se dégage du rapport sur lequel se sont appuyés ces arrêts-là — envers deux concepts ressortissant à la propriété industrielle: nouveauté et activité inventive. Alors que le concept d'originalité traduit une réalité subjective — la marque de la personnalité de l'auteur, l'effort intellectuel personnalisé — le concept de nouveauté est, pour l'essentiel, entendu en un sens objectif: est nouveau tout ce qui n'est pas connu. La fusion de ces deux critères visant à les ériger en des conditions nécessaires à la protection des programmes par le Droit d'Auteur est de nature à créer, en France, ainsi que dans la République Fédérale d'Allemagne, une situation assez bizarre: après un effort considérable en vue de placer le logiciel à l'abri du Droit d'Auteur, parfois au sacrifice des principes qui lui ont toujours été inhérents, ce logiciel se voit, d'un seul pas, tomber sous la "griffe" du domaine public.

Le débat qui eut lieu autour du problème de l'originalité, telle qu'appliquée aux programmes d'ordinateur, doit constituer un motif de réflexion. Du même fait que l'on ne prétend pas que ceux-ci subissent des modifications de manière à les faire rentrer dans le corset de fer de la loi, l'on ne pourra non plus exiger que celle-ci modifie, coûte que coûte, ses mesures, en repoussant, selon le cas, les assises sur lesquelles elle-même repose.

D'autant plus que nous ne saurions oublier de reconnaître une certaine raison chez les auteurs qui soutiennent que ce n'est pas dans leur forme,



mais plutôt dans leur substance, que l'on pourra trouver l'originalité des programmes d'ordinateur. Au fond, il n'est pas incorrect d'affirmer que ce qui est vraiment original c'est l'algorithme, la méthode, l'idée — pas protégée par le Droit d'Auteur —, qui nécessitera un effort intellectuel minimum dans son passage à l'expression.

9. L'étendue de la protection à conférer par le Droit d'Auteur est le problème dont nous nous occuperons par la suite. En décomposant les différentes phases que le programme comporte jusqu'à aboutir à son résultat final, nous verrons dans quelle mesure la propriété intellectuelle protège chacune de ces phases, sans pour autant nuire à une vision d'ensemble (9.1.); ensuite, nous essayerons de déterminer si quelques-uns des différents types de programmes d'ordinateur existant à ce jour se trouvent protégés ou, par contre, si quelques-uns d'eux ne remplissent pas les conditions requises par le Droit d'Auteur (9.2.).

9.1.1. Elaboré à travers le langage naturel ou des formules mathématiques, l'algorithme représente l'idée sous-jacente au programme et l'identification de la méthode à développer lors de son élaboration. Ainsi défini, il est aisé à constater que l'algorithme est insusceptible de faire l'objet de la protection accordée par le Droit d'Auteur, puisqu'est indiscutable le jugement selon lequel celui-ci ne s'applique pas aux idées, aux méthodes ou procédés, aux concepts...<sup>(71)</sup>. Les nouvelles lois sur la protection du logiciel se sont dispensées de l'affirmer<sup>(72)</sup> et la jurisprudence ne reflète pas, à cet égard, des écarts de la règle<sup>(73)</sup> dignes d'être signalés. Le fait d'utiliser un

---

(71) Cf. l'article 1.2 du Code de Droit d'Auteur, ainsi que l'article 4 des dispositions-type de l'OMPI.

(72) Exception faite de la loi japonaise, article 10.3 (iii), et de la proposition de directive de la Communauté européenne (article 1, paragraphe 3).

(73) Cf. l'Arrêt INKASSO-PROGRAMM, de la Cour Suprême de la RFA:  
"The arithmetic rule (the so-called algorithm) taken into consideration in the computer program and referring to a predetermined computer is therefore as inaccessible to copyright protection as other mathematical or technical teachings or rules used in the writing of the program which as components of the scientific teaching have to be free and accessible to everybody".

algorithme élaboré par autrui ne constitue pas de conduite susceptible de se voir réprimer par le Droit d'Auteur<sup>(74)</sup>.

9.1.2. Dans la phase suivante, le programmeur se vouera, en prenant éventuellement l'algorithme comme un point de départ, à l'analyse fonctionnelle et organique du programme, ayant recours, à cette fin, à des représentations graphiques — organigrammes ou *flowcharts* — qui indiquent schématiquement la structure du système et le mode de traitement de l'information par l'ordinateur.

Au sujet de cette étape de l'élaboration du programme, il a été dit que les organigrammes ou *flowcharts*, quoique ne devant pas être inclus dans une définition de programme d'ordinateur au sens étroit, sont toutefois de nature à bénéficier d'une protection autonome accordée par le Droit d'Auteur. En effet, dans la mesure où ils constituent des illustrations — en l'espèce, à caractère scientifique et technique, mais non pas artistique —, ou des oeuvres à caractère graphique, ils pourront se voir inclure dans l'une ou quelques-unes des catégories bénéficiant, de tout temps, de la protection du Droit d'Auteur. Ce ne fut toutefois pas celle-ci l'orientation prise dans les dispositions-type de l'OMPI, qui inclua dans le concept de logiciel la "description de programme" qu'il faut entendre comme "une présentation complète d'opérations sous forme verbale, schématique ou autre, suffisamment détaillée pour déterminer un ensemble d'ordinateur correspondant".

Du reste, que l'on considère les organigrammes et *flowcharts* en tant que partie spécifique du logiciel ou comme des créations protégées d'une façon autonome, le résultat, dans la pratique — décomptées les règles spécifiques que certaines législations ont introduites pour ce qui concerne la protection du logiciel —, sera pour l'essentiel le même, en passant, évidemment, par l'application du Droit d'Auteur.

---

(74) Cf., toutefois, MILLE, Antonio, L'évolution des idées juridiques concernant la protection du logiciel par le droit d'auteur, *Bulletin du Droit d'Auteur*, vol 22, n.° 4, 1988, p. 22: "ils nous semblent absolument constitutifs de la structure interne de l'oeuvre, leur propriété étant par conséquent attribuable en exclusivité à leur auteur". Cependant, cet auteur identifie trois étapes préalables à la construction de l'"algorithme total", celles-ci n'étant pas, elles-mêmes, protégées: "idée", "façon d'opérer" et "fonctionnalité" qu'au fond nous pouvons assimiler à la notion classique d'algorithme.

9.1.3. Dans la phase de programmation proprement dite, le créateur du programme rédigera l'ensemble des instructions que l'ordinateur accomplira par la suite. A cet effet, il aura recours à des langages de programmation<sup>(75)</sup> — dénommés, normalement, langages de haut niveau — dont le FORTRAN, BASIC, COBOL, C, ALGOL, etc, n'en sont que des exemples. Le programme d'ordinateur, présenté sous cette forme, programme-source, n'étant quand même pas intelligible pour un profane, il est aisément interprété par un informaticien. C'est ceci qui, en bonne mesure, a déterminé et facilité la protection du logiciel par le Droit d'Auteur: du fait qu'il constitue une oeuvre de langage — bien qu'un langage chiffré, recourant même à des expressions et mots propres au langage naturel, et pouvant, grossièrement, être comparé à la notation musicale — et qu'il révèle un minimum de créativité personnelle, il serait, donc, dans des conditions de pouvoir être considéré comme une création littéraire, compte tenu du fait qu'il est concrétisé par un écrit.

La copie servile d'un programme d'ordinateur dans sa version de programme-source constituera, pour cela, une violation du Droit d'Auteur, réprimée en tant que contrefaçon.

9.1.4. Le langage dans lequel est écrit le programme-source n'est pas compréhensible pour l'ordinateur. Il s'impose de le transcrire, en utilisant à cette fin des programmes élaborés seulement à cet effet (compilateurs). La version du programme-source, transcrite en un langage-code, représentera le programme-objet, qui n'est plus qu'une notation en langage binaire, composé seulement de "0" et "1".

---

(75) Qui sont, en eux-mêmes, des oeuvres également protégées par le Droit d'Auteur. Ce ne fut pourtant pas l'avis de la Commission de la Communauté, lorsqu'elle a inclus dans la proposition de directive, à l'image de ce qu'avait déjà fait la loi japonaise, les langages de programmation dans le catalogue des oeuvres ne méritant pas de protection (article 1, par. 3).

Un problème qui s'est aussitôt posé, comme nous l'avons dit plus haut, touche à l'hypothétique intangibilité<sup>(76)</sup> et inintelligibilité du programme-objet, sa complète inaptitude pour communiquer quelque chose à l'être humain, et l'incapacité de celui-ci pour en décéler un contenu informatif, ce qui représenterait des motifs suffisants pour ne pas permettre que les dispositions sur le Droit d'Auteur lui fussent appliquées. Sont allées dans ce sens les premières décisions jurisprudentielles rendues, en la matière, aux Etats-Unis (dont il convient de faire ressortir la décision rendue dans l'affaire DATA CASH) et une partie de la doctrine a fini par s'orienter, sous l'influence de STERN<sup>(77)</sup>, vers la non susceptibilité de protection du programme-objet. L'évolution ultérieure a, cependant, démenti cette opinion. A partir des premières années de la décennie de 80, sont de plus en plus fréquentes les décisions jurisprudentielles, en plusieurs pays (les EUA, le Japon, la RFA, la France), qui rendent extensible à la version du programme en code-objet la même protection accordée au programme-source. La justification est simplificatrice et, à première vue, convaincante: le programme-objet n'étant qu'une simple translittération du programme-source, une version différente mais équivalente de la même oeuvre, il n'y aurait pas de raison pour protéger le premier et déclarer l'autre comme étant de libre reproduction. L'argument avancé est, d'un point de vue technique, aisément refutable. La correspondance entre l'un et l'autre code n'est pas univoque: à un programme-source donné ne correspondra toujours pas, forcément, le même programme-objet, de telle sorte que celui-ci ne pourra pas, pour sûr, être considéré comme une traduction ou reproduction de celui-là. Les véritables raisons qui auront conduit à ce revirement jurisprudentiel semblent ressortir plutôt au domaine économique que juridique. Ne pas protéger le programme-objet, en fait, équivaldrait à soustraire de l'efficacité à la protection que le Droit d'Auteur est susceptible d'apporter au logiciel. La grande majorité des programmes qui sont commercialisés sur une large échelle le sont dans leur version en code-objet, ce

---

(76) L'U.S.C., titre 17, par. 102 exige que l'oeuvre soit fixée sur un moyen d'expression tangible: "copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device".

(77) Cf. STERN, La protection juridique du logiciel et des innovations en rapport avec l'informatique aux Etats-Unis d'Amérique, *La propriété industrielle*, 1982, n.° 2, pp. 157-176 et n.° 5, pp. 186-197.

qui permet de bien évaluer les conséquences qu'entraînerait leur manque de protection.

D'ailleurs, il ne faut pas penser que celui-ci est un problème définitivement résolu. On vérifie toujours des tendances vers le retour à l'exclusion initiale (en est symptomatique une décision dans ce sens, rendue il n'y a pas longtemps par la Cour Suprême australienne) et la manifestation de propositions d'amendements, en matière législative, réservant un traitement différent pour le programme-objet — bien qu'en le protégeant — de celui qui est accordé au programme-source<sup>(78)</sup>.

Une question, à bien des égards voisine de celle-ci, concerne les cas où le code-objet est enregistré, d'une façon définitive, sur un circuit intégré et incorporé physiquement dans un ordinateur. Dans les cas où il ne peut plus être modifié ou reprogrammé, ne pouvant qu'être lu ou utilisé, on dira que nous sommes devant un programme se présentant sous la forme de ROM (Read Only Memory), appartenant à ce que l'on a convenu d'appeler *firmware*, quelque chose à mi-chemin entre le logiciel et le matériel proprement dit. La réponse à donner par le Droit d'Auteur à l'égard de ce type de programmes a commencé par faire l'objet d'analyse dans les mêmes décisions jurisprudentielles qui se penchèrent sur le problème du programme-objet. De ce fait, les solutions trouvées se rapportent directement, de telle sorte qu'il est à présent établi, dans beaucoup de juridictions, que les programmes qui se présentent sous cette forme-là sont protégés par le Droit d'Auteur, constituant des conduites punissables, en tant que contrefaçon, soit la copie servile d'un programme enregistré sur un ROM, soit la conversion en ROM d'un programme enregistré sur un autre support, étant commercialisé ensuite comme original.

9.1.5. La protection de la documentation auxiliaire, parfois vendue en annexe du programme et décrivant pour l'utilisateur ses potentialités et sa façon d'opérer, n'a pas constitué de problème jusqu'ici. Toutefois, on

---

(78) C'est le cas de la proposition contenue dans le "Livre blanc sur le Droit d'Auteur" publié, en 1984, au Canada. De toute façon, cette tentative n'a pas réussi. La Loi du 18.6.1988 modifiant la Loi sur le Droit d'Auteur, définit le programme d'ordinateur comme "un ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier".

pourra toujours discuter si cette protection doit être exercée par les dispositions générales sur le Droit d'Auteur, tenant compte du fait qu'elle est une création intellectuelle de caractère littéraire ou scientifique, ou si l'on doit la soumettre aux dispositions spécifiques — le cas échéant — sur la protection du logiciel.

Les dispositions-type de la OMPI donnent à la documentation auxiliaire un traitement pareil à celui qui est réservé aux programmes d'ordinateur au sens étroit<sup>(79)</sup>. Telle orientation n'a été prise que par la loi espagnole<sup>(80)</sup>, et est presque indiscutable le point de vue selon lequel, dans les autres pays, la documentation est protégée comme toute oeuvre littéraire ou scientifique. Il n'y a, d'ailleurs, aucune raison valable pour que l'on opte pour la solution opposée.

9.2.1. Une distinction primordiale en matière de logiciel est celle qui fait la séparation entre programmes d'application et systèmes opératifs ou programmes élémentaires. Ceux-ci, qui d'ordinaire accompagnent le matériel où ils se trouvent incorporés, ont pour but de gérer et d'optimiser le fonctionnement de l'ordinateur et ses éléments périphériques et n'existent qu'en fonction du matériel. Les premiers sont indépendants du système qui s'en servira et leur fonction est celle de répondre aux besoins de chacun des utilisateurs. Rentrant dans cette dernière catégorie un nombre et un type interminables de programmes, à savoir, des programmes de comptabilité, de gestion de bases de données, graphiques, de traitement de texte, etc., et il est possible de distinguer, parmi eux, depuis des programmes de consommation à large échelle, obéissant à une standardisation déterminée, jusqu'à des programmes exécutés en fonction des besoins d'un utilisateur en particulier.

Il est clair que, dans un premier instant, il y eut des doutes ayant trait à la protection des systèmes opératifs, sans existence propre, pour le cas où ils seraient enlevés du contexte dans lequel ils sont appelés à accomplir leur fonction. Toutefois il ne fut plus possible d'accorder une grande marge de spéculation à ce problème, après la décision d'un tribunal américain dans

---

(79) Cf. l'article 1, (iii).

(80) Cf. l'article 96.2: "la documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este título dispensa a los programas de ordenador". Le projet de loi 477/V qui est pendant devant l'Assemblée de la République portugaise consacre une solution semblable.

l'affaire *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, qui rejeta l'argumentation portant sur le fait que les systèmes opératifs ne jouissent pas de la protection accordée par le *Software Copyright Act*, et affirma, par contre, que ledit texte "makes no distinction between applications programs and operating programs". Depuis lors, la controverse, si elle est née, a cessé d'exister.

9.2.2. Un type spécifique de programmes demande une référence particulière, eu égard aux imprécisions dont il a été l'objet. Nous nous rapportons aux jeux d'ordinateur. Leur qualification en tant que créations intellectuelles originales méritant d'être protégées par le Droit d'Auteur n'a pas, en règle, été contestée (à titre d'exemple, deux des arrêts précités de la Cour Suprême française, du 7.3.1986, portaient sur des jeux d'ordinateur). Mais, si en quelques juridictions une telle protection a été assurée, puisqu'ils constituent un genre particulier de la catégorie logiciel, dans d'autres, em revanche, seuls leur facette perceptible et son aspect visuel ont été analysés.

Conformément à cette dernière orientation, les jeux seront protégés en tant qu'oeuvre cinématographique ou audiovisuelle, étant négligeable la circonstance qu'ils ont pour base un programme d'ordinateur.

A notre avis, l'optique correcte par rapport à ce problème repose sur la reconnaissance de la protection à l'égard de ces deux aspects, d'une manière indépendante, mais toutefois simultanée. En ce qui concerne un jeu, nous croyons digne de protection non seulement son programme élémentaire, pourvu qu'il remplisse les conditions requises par le droit d'Auteur pour la protection du logiciel, mais encore son résultat visuel, à condition que celui-ci rentre dans l'une des catégories des oeuvres considérées comme des créations intellectuelles et qu'il satisfasse aux conditions requises de celles-ci. Telle est l'orientation qui a été prise par les tribunaux américains et qui s'accorde bien avec les plus récentes décisions jurisprudentielles à l'égard du "*look and feel*" des programmes d'ordinateur.

#### 10. Le Droit d'Auteur protège l'expression d'une idée.

En cas de copie servile d'un programme d'ordinateur, où l'auteur de la contrefaçon ne fait que reproduire chiffre à chiffre un programme d'autrui, la distinction entre idée et expression n'est pas pertinente et la condamnation d'un tel acte ne soulève pas de doutes, pour ce qui concerne les juridictions qui ont opté pour la solution du Droit d'Auteur.

Cependant, nous assistons aujourd'hui à un raffinement sur les formes de piraterie en matière d'informatique, où des programmeurs peu scrupuleux, dont l'imagination est surtout dirigée vers l'appropriation du travail intellectuel d'autrui, ont recours à des techniques ingénieuses de camouflage pour mieux déguiser la nature contrefaite de leurs créations. Cette circonstance a fait ressortir la nécessité de placer dans de nouveaux termes la question de la protection juridique efficace des programmes d'ordinateur, et, au fond, de faire appliquer à ce genre de créations intellectuelles le raisonnement développé par rapport à d'autres types d'oeuvres.

Quelques juridictions ont déjà apporté une réponse à cette nouvelle question, ou bien se trouvent dans des conditions de le faire. Ainsi, une jurisprudence soit-disant de "seconde génération" est en voie de consolidation. Encore une fois, l'attitude de pionnier est issue des Etats-Unis, où l'on cherche à élargir les limites de la protection accordée par le Droit d'Auteur, de manière à ce qu'elle couvre soit la structure et l'architecture interne d'un programme, soit son "*look and feel*", sa représentation visuelle sur un écran. Les décisions jurisprudentielles déjà rendues dans ce pays ne sont pas encore en grand nombre (desquelles il est opportun de faire remarquer, du fait de son caractère novateur, les affaires Whelan et Broderbund), mais elles pourront devenir une influence déterminante soit dans la solution de tous les autres cas qui se trouvent, à présent, pendants et attendent une solution, soit encore en vue de l'orientation qu'elles pourront offrir à des tribunaux faisant face à des problèmes identiques, dans d'autres systèmes juridiques<sup>(81)</sup>.

11. La protection conférée au logiciel par le Droit d'Auteur n'est pas exclusive. D'autres modes de protection sont, de surcroît, possibles et il se peut que, dans un proche avenir, leur importance devienne encore plus grande. Nous énoncerons par la suite, sommairement, quelques-uns d'entre eux.

11.1. La propriété industrielle fut l'une des premières solutions qui aient été essayées par les producteurs de logiciel. Trois fortes raisons sont,

---

(81) Par l'intermédiaire des arrêts du 7.3.1986, la Suprême Cour française a reconnu expressément que le Droit de l'Auteur sur un programme d'ordinateur comporte non seulement son expression mais encore sa structure et sa composition.



cependant, intervenues assez tôt pour exclure la concession de brevets à des programmes d'ordinateur. Tout d'abord, ce ne furent que des motifs d'ordre bureaucratique qui ont été à la base d'une telle exclusion: défaut de préparation technique des administrations nationales pour évaluer des demandes de brevet concernant des programmes d'ordinateur et trop de temps dépensé, depuis l'instruction de la procédure de brevet jusqu'à la délivrance concernée, ce qui s'accorde mal avec le fait que ces produits tombent vite en désuétude; un deuxième argument regardait la publicité que la concession d'un brevet représente et les dangers qu'emporterait, dans un contexte de forte concurrence, la révélation des aspects techniques d'un programme; une troisième et dernière raison, probablement déterminante, découle du fait que les programmes d'ordinateur ne remplissent pas les conditions requises pour être considérés comme des inventions faisant l'objet de brevet.

En effet, l'absence de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle, ainsi que leur nature immatérielle, ont contribué à ce que les premières décisions jurisprudentielles rendues, aux Etats-Unis, sur ce sujet (dans les affaires *Gottschalk v. Benson* et *Parker v. Flook*) aient écarté, d'une façon catégorique, la concession de brevets à des procédés incluant des algorithmes ou des programmes d'ordinateur, en soi-mêmes ni nouveaux ni non-évidents. L'influence desdites décisions en dehors des Etats-Unis fut notoire, les tribunaux d'autres pays (notamment du Japon, du Royaume-Uni, de la France et de l'Allemagne Fédérale) ayant suivi cette même tendance.

Une telle tendance s'est, d'ailleurs, renforcée par voie législative. Après que la France, en 1968, est devenue le premier pays qui ait consacré, d'une façon expresse, l'éloignement des programmes d'ordinateur des domaines de la propriété industrielle, d'autres pays, sous l'influence de la Convention de Munich sur le Brevet Européen, entre-temps entrée en vigueur, ont également, en reprenant, dans quelques cas, *ipsis verbis* le libellé de cette convention, refusé la possibilité, pour les programmes "en tant que tels", de faire l'objet d'un brevet. Au fond, il s'agissait de confirmer et de clore, par voie normative, le débat doctrinaire à propos de cette matière, en adhérant à l'opinion déjà majoritaire qui regardait la protection du logiciel par les règles relatives au Droit d'Auteur comme la formule capable d'assurer une répression plus efficace des conduites causant du trouble aux intérêts de l'industrie informatique.

Certains faits survenus ultérieurement ont, cependant, refusé l'opinion selon laquelle le Droit d'Auteur n'est, en aucune sorte, approprié pour être

appliqué aux programmes d'ordinateur. Il est opportun de mettre ici en relief, compte tenu de leur importance, deux décisions jurisprudentielles, l'une rendue en France et l'autre aux Etats-Unis (les affaires *Diamond v. Diehr*, de la Cour Suprême Fédérale des Etats-Unis, et *Schlumberger*, de la Cour d'Appel de Paris), qui ont affirmé que, même si le logiciel, en lui-même considéré, ne doit pas faire l'objet de brevet, le fait qu'un procédé satisfaisant aux conditions de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle, inclue, dans l'une de ses étapes ou phases, l'utilisation d'un programme d'ordinateur ne doit pas, de ce seul fait, être liminairement exclu de la protection accordée par la propriété industrielle.

On ne saurait oublier les implications pratiques des arrêts précités, qui remontent au début de la décennie de 80, surtout si l'on prend en compte l'importance croissante de l'introduction de la robotique dans le domaine de l'industrie et de l'application élargie de programmes d'ordinateur qui y a lieu. On assiste, de ce même fait, à une attitude bien plus libérale du côté des administrations nationales, chargées de la concession de brevets, à l'égard des procédés qui recourent, pour des raisons d'ordre économique ou technique, à des programmes d'ordinateur — bien que ceux-ci ne peuvent pas, en eux-mêmes, faire l'objet de brevet —, une attitude qui correspond, au niveau international, à deux occasions importantes:

- La publication, en 1985, par l'Office Européen des Brevets — un organisme chargé d'octroyer les brevets européens, à l'abri de la Convention de Munich sur le Brevet Européen —, de nouvelles directives sur les inventions concernant les programmes d'ordinateur brevetables, lesquelles, en reprenant le raisonnement des arrêts *Diamond* et *Schlumberger*, déclarent, nous le citons, que "si l'objet revendiqué apporte une contribution de caractère technique à l'état de la technique, la brevetabilité ne devrait pas être mise en cause pour la simple raison qu'un programme d'ordinateur est impliqué dans sa mise en oeuvre";
- La décision rendue le 15 juillet 1986 par la Chambre de Recours Techniques de l'Office Européen des Brevets, dans l'affaire *Vicom Systems, Inc.*, où une demande de brevet concernant un procédé technique, mené à bout sous le contrôle d'un programme, n'a pas été considérée comme ayant trait à un programme, "en tant que tel", n'existant pas, pour cette même raison, d'objections à ce qu'il

soit accordé<sup>(82)</sup>. De la teneur de cette décision ressort un penchant notoire pour élargir les domaines limités, jusque là évidents, de l'interaction de la propriété industrielle avec le logiciel, sans toutefois prétendre, pour autant, oublier l'exclusion définitive des programmes "en tant que tels" — même si la définition de ce qui est un programme "en tant que tel" reste toujours dans l'incertitude — du Droit des Brevets.

11.2. Le droit des contrats, le secret commercial ou de fabrique et les règles sur la concurrence déloyale sont d'autres moyens de protection possibles à l'égard du logiciel, souvent méprisés, mais pouvant jouer un rôle important dans le comblement des handicaps démontrés chez la propriété industrielle et intellectuelle.

Méritent un relief tout particulier les deux premiers moyens signalés, pour autant qu'ils ont été, en un premier moment, les plus utilisés par les producteurs de logiciel, et qui, non pas rarement, se sont trouvés liés.

La protection contractuelle, bien qu'elle représente encore, à ce jour, le moyen le plus utilisé pour la protection des programmes d'ordinateur, se heurte, comme il l'a toujours été souligné, à la limitation de se voir encadrer dans le champ étroit des rapports entre les contractants, sans que rien ne puisse être fait à l'égard de comportements abusifs de la part de tierces personnes. En outre, elle se doit, forcément, de respecter, dans des situations déterminées, les législations sur les clauses contractuelles générales — c'est ce qui se passe, par exemple, au regard du logiciel de grande consommation — ou sur les comportements anti-concurrentiels.

Le secret commercial ou de fabrique, qui peut soit apparaître dans le cadre d'un rapport contractuel, soit toucher à une situation objective, révèle

---

(82) Il faut mettre en évidence, du fait de son importance, les extraits de la décision, tels qu'ils suivent:

"The Board is of the opinion that a claim directed to a technical process which process is carried out under the control of a program (be this implemented in hardware or in software), cannot be regarded as relating to a computer program as such within the meaning of Art. 53(3) EPC, as it is the application of the program for determining the sequence of steps in the process for which in effect protection is sought. Consequently, such a claim is allowable under Art. 52(2) (c) and (3) EPC.

Generally speaking, an invention which would be patentable in accordance with conventional patentability criteria should not be excluded from protection by the mere fact that for its implementation modern technical means in the form of a computer program are used."

également ses insuffisances, lorsqu'il est appliqué au logiciel, étant donnée la nature imparfaite de ses règles dans bien des systèmes juridiques, et représente, au fond, la reconnaissance du fait que le résultat recherché — le maintien du secret — ne fut pas obtenu, n'en restant alors au lésé que la réparation des dommages subis. D'autre part, ce mode de protection présuppose, évidemment, la divulgation du logiciel dans un cercle restreint, ne s'avérant de ce fait adéquat pour les cas où se vérifie une commercialisation sur une large échelle.

Les règles sur la concurrence déloyale, bien qu'elles représentent, en théorie, une solution de ressort, ont eu, dans la pratique, une utilisation marginale. L'exigence, telle qu'elle est formulée dans beaucoup de systèmes, d'après laquelle il faut qu'il s'agisse d'une situation de concurrence et que, en plus, soit vérifiée une conduite déloyale chez l'un des concurrents, est de nature à limiter, dans une bonne mesure, le recours à ce type de protection.

## 12. CONCLUSION

Nous avons vu, d'une façon bien sommaire, l'orientation prise dans plusieurs pays à l'égard du problème de la protection juridique du logiciel. Les uns adoptant de législation spécifique en vue de le mettre sous la tutelle de la propriété intellectuelle, les autres admettant, par voie jurisprudentielle, que le Droit d'Auteur est la forme la plus adéquate et efficace pour protéger ce type de bien immatériel à caractère technique, nous arrivons de ce fait à la conclusion que nous nous trouvons vis-à-vis d'une réalité que le Droit est parvenu à encadrer, en définitive et avec succès. Le fait que le Droit d'Auteur a toujours maintenu un caractère suffisamment souple en vue de s'adapter au progrès technologique, et que le programme d'ordinateur presuppose, du moins en quelques-unes de ses phases d'élaboration, le passage par une (des) formes(s) d'expression protégée(s) d'une façon classique, ainsi qu'un effort intellectuel minimum de la part de son créateur, aura contribué décidément à la préférence quasi unanime dont il a fait l'objet.

Bien des problèmes sont, toutefois, restés sans solution. Nous avons souligné, à titre d'exemple, quelques-uns d'entre ceux qui, à notre avis, s'avèrent les plus importants, sans souci d'épuiser le thème, tout en laissant de côté d'autres qui peut-être auraient nécessité un traitement autonome (le problème de la titularité des programmes d'ordinateur, l'exigence, chez certains pays, de l'enregistrement ou du dépôt des oeuvres et leurs conséquences pour ce qui concerne la multiplication des cas de contrefaçon, l'obligation portant sur la rémunération forfaitaire à accorder à l'auteur, etc.).

Cependant, le fait qu'il existe des problèmes particuliers ayant trait à des caractéristiques qui ne ressortissent qu'au logiciel ne constitue pas d'obstacle à ce qu'ils soient surmontés par l'adoption de solutions spécifiques. Celle-ci a d'ailleurs été, ainsi que nous l'avons vu, la voie suivie par quelques ordres juridiques. Mais, peut-être finirons-nous par courir un risque superflu: celui de falsifier considérablement le Droit d'Auteur, dans la mesure où, en envisageant de surmonter les difficultés concrètes ressenties par une classe déterminée ou groupe d'intérêts — les producteurs de logiciel —, sont écartés des règles et des principes, consolidés, tenus tout le temps comme justes et valables pour le commun des créations intellectuelles. Un traitement d'exception, pour un bien d'exception, ne méritera-t-il pas, plutôt, de législation d'exception?

Tout de même, il y a toujours une question de fond qui subsiste: celle qui concerne l'évident défaut de préparation du Droit d'Auteur — même si nous en avons une vision évolutive et que nous ne nous attachons pas à la conception romantique des premières années — pour protéger un type d'oeuvres à caractère éminemment technique, utilitaire et ne communiquant pas d'information. Il est certain que chacune de ces objections peut, isolément, être réfutée, avec succès, mais, lorsqu'elles se vérifient toutes ensemble, on en peut décéler quelques difficultés qui se poseront à l'intégration des programmes d'ordinateur dans le cadre conceptuel du Droit d'Auteur.

Le législateur français, qui, en 1985, a promulgué une loi, dans le domaine de la propriété intellectuelle visant, entre autres questions, à protéger les programmes d'ordinateur, a lui-même compris que la véritable solution du problème passait par l'adoption obligatoire de législation *sui generis*. Seuls l'impératif de doter la France de règles capables de mettre fin à la situation d'indéfinition qui régnait et le besoin de suivre un chemin permettant de protéger, sur le plan international, l'industrie française du

logiciel, toujours plus importante, ont fait pencher la balance du côté du Droit d'Auteur.

A l'heure actuelle, sont de plus en plus nombreuses les voix qui soutiennent l'adoption de législation *sui generis* — tant au niveau national qu'international — destinée à la protection juridique du logiciel. Les insuffisances, reconnues et assez prouvées, du Droit d'Auteur, ainsi que l'exemple apporté, en 1984, par les Etats-Unis et tout récemment suivi par les Communautés Européennes, en adoptant de législation *sui generis* sur la protection des produits semiconducteurs — bien que dans beaucoup de points accueillant des apports de la propriété intellectuelle — sont des circonstances qui sauraient légitimer une prise de position quelque peu différente de celle que les Communautés sont, malheureusement, en voie de défendre, tout en entraînant avec elle des pays qui, comme le Portugal, n'étant pas encore compromis, seraient dans de bonnes conditions de choisir librement le moyen le plus adéquat, d'un point de vue strictement juridique, pour la protection, dans leur territoire, des programmes d'ordinateur.

JÚLIO VIEIRA GOMES  
*Maître-assistant*  
*à l'Université Catholique Portugaise (Porto)*

**III C.**  
**LA FLEXIBILITE**  
**DU TEMPS DE TRAVAIL**  
**AU PORTUGAL**





Dans cette brève étude nous irons essayer de décrire l'état actuel de la législation en ce qui concerne la dimension temporelle de la réalisation du travail; celle-ci comme on le verra est assez rigide — on remarquera, cependant, que nous ferons seulement référence en principe à la loi applicable à la généralité des contrats de travail laissant de côté les contrats de travail soumis à un régime spécial.

La réglementation du temps de travail actuellement en vigueur repose sur deux concepts fondamentaux: la "période normale de travail", d'une part, et "l'horaire de travail", d'autre part. D'après ce qui établit la loi (art. 45 n.º 1 DL 49408 de 24.11.1969) on peut définir la période normale de travail comme étant le nombre de heures que le travailleur s'est obligé à accomplir. Étant donnée, d'autre part que le travailleur est fondamentalement obligé à accomplir son travail (ou mieux, à être disponible) pendant un certain temps il s'agit ici d'une composante essentielle pour la compréhension de la dimension de la prestation due par le travailleur.

La période normale de travail est, comme on le développera tout de suite, soumise à des limites; mais ces limites fonctionnent comme limites au travail réalisé ayant comme contrepartie la retribution "normale". Par rapport à la généralité des travailleurs subordonnés cette limite est de huit heures par jour et quarante-huit heures par semaine (art. 5 n.º 1 DL 409/71), en ce qui concerne les employés de bureau elle est de sept heures par jour et quarante-deux par semaine (Art. 5 n.º 2 DL 409/71). la référence à la limite hebdomadaire est particulièrement importante puisque la durée physique du travail aujourd'hui qui a le plus de contenu psychologique est la semaine. C'est pourquoi il est possible une augmentation de la

période normale de travail journalier quando on accorde au travailleur une journée ou une demi-journée de repos hebdomadaire complémentaire même si cette augmentation ne doit pas en principe être supérieure à une heure. Les limites que je viens de mentionner peuvent subir une augmentation soit par voie légale soit à travers d'un instrument de réglementation collective quand il s'agit d'un travail essentiellement intermittent (en d'autres termes des situations où le travailleur présent dans le local de travail où s'exerce le contrôle de l'employeur est à cause de la nature même de l'activité inoccupé à des intervalles plus ou moins réguliers) ou de simple présence (art. 6 n.º 2 al. b, DL 409/71) et par rapport au personnel qui travaille dans des activités sans but lucratif ou étroitement liées à l'intérêt public. Dans ce cas il faut que la sujétion aux limites sus-mentionnées soit absolument inacceptable. Par rapport, encore à ce dernier cas et s'il s'agit d'une activité de caractère industrielle la période normale de travail hebdomadaire devra être fixée de façon à ne pas dépasser la moyenne de quarante-huit heures par semaine comptée à la fin du nombre de semaines établi dans le décret réglementaire ou instrument de réglementation collective en cause. On admet, de ce fait, la possibilité de création d'un cycle où les heures de travail seront réparties de façon inégale par les différentes semaines.

La période de travail journalière, d'autre part devra être interrompue par un intervalle dont la durée ne sera pas inférieure à une heure ni supérieure à deux heures de façon à ce que les travailleurs ne réalisent plus de cinq heures consécutives (art. 10 n.º 1 DL 409/71); l'hypothèse de journée continue n'est pas, cependant entièrement exclue, elle peut même être justifiée par les besoins du travailleur. D'ailleurs la loi prévoit expressément (art. 24 n.º 1 DL 136/85) par exemple la possibilité des travailleurs ayant des enfants ou adoptés à charge d'un âge inférieur à douze ans de demander la prestation de travail en régime de journée continue et cette demande ne pourra pas être refusée que si il y a des raisons "expresses et explicites" de fonctionnement de l'entreprise où l'impossibilité de remplacer le travailleur quand celui-ci s'avère indispensable (art. 25 e 19 DL 136/85).

La possibilité de réduire les limites maximaux des périodes normales de travail à travers d'un instrument de réglementation collective a été écartée théoriquement (la pratique reste assez diverse) par le DL 505/74 jusqu'à la publication d'une nouvelle discipline légale en ce qui concerne la durée du travail.

Le travail à temps partiel n'a mérité jusqu'à présent que peut d'importance au législateur. Ainsi on peut constater toujours une grave lacune législative à ce propos. Le contrat référé n'est pas un contrat formel et il n'y a pas de droit de priorité d'accès à l'emploi à temps entier en faveur de ceux qui sont engagés à temps partiel. On peut soutenir, mais la loi est muette à ce sujet, l'égalité de droits syndicaux de ces travailleurs par rapport aux autres et ils doivent par exemple être considérés en termes égalitaires quand la loi fait référence au nombre de travailleurs d'un établissement. Le DL 409/71, art. 43, qui est d'ailleurs la seule norme consacrée au travail à temps partiel établit seulement l'égalité de traitement en matière de salaire puisque "la rétribution des travailleurs admis en régime de temps partiel ne pourra pas être inférieure à la fraction de la rétribution du travail à temps complet correspondante à la période de travail accordée" au même temps qu'on renvoie aux instruments de réglementation collective la tâche d'établir des préférences pour l'accès au travail à temps partiel à certaines catégories de travailleurs (ceux qui ont des responsabilités familiales, une capacité de travail réduite ou qui fréquentent des établissements d'enseignement moyen ou supérieur). La situation des travailleurs ayant des enfants ou des adoptés à sa charge et à l'âge inférieure à douze ans ou handicapés est prévue par le DL 136/85; celui-ci établit d'une part que le travail à temps partiel aura dans ces cas la durée de moitié de l'horaire normal de travail et il affirme d'autre part que la réalisation de travail à temps partiel sera prise en compte d'une façon proportionnelle au moment de fixer l'ancienneté et la rémunération (art. 20). Quand il s'agit d'handicapés et dans le régime d'emploi protégé les limites maximales des périodes normaux de travail peuvent être réduits par un règlement interne (art. 26 DL 40/83). Le travailleur-étudiant d'autre part (L 26/81) pourra lui aussi être intéressé à cette modalité de réalisation de travail.

Même si le DL 49408 établit toujours dans son art. 11 n.º 1 que le travailleur peut être engagé d'une façon permanente, saisonale ou éventuelle il paraît que cette référence au caractère saisonale de l'activité doit être interprétée dans le cadre de la contratación à terme (art. 41 n.º 1 al. c) DL 64-A/89). Ce qui signifie, au moins à première vue qu'il ne paraît pas possible parmi nous actuellement de recourir aux travailleurs "fixes à caractère non continu" pour employer la terminologie espagnole ou au "contrat de travail intermitent" pour employer la terminologie française. Il s'agit d'un contrat sans terme ou à la durée indéterminée où à des périodes

d'activité ce succèdent des périodes d'inactivité qui correspondent à des phases de suspension du contrat — tout cela, donc, dans un même contrat.

On doit comprendre par "horaire de travail" la détermination des horaires du début et de la fin de la période normale de travail journalier et bien aussi des intervalles de repos (art. n.º 2 DL 409/71), situant de ce fait avec exactitude quand est-ce que la prestation de travail est due. L'employeur a à sa charge le fait d'établir l'horaire de travail du personnel à son service (art. 11 n.º 1 DL 409/71 et art. 49 DL 49408) en ayant en compte la période de fonctionnement à laquelle elle sera parfois légalement obligée (art. 23 DL 409/71). Cette période de fonctionnement est désignée par période d'ouverture au cas d'établissements de vente au public et par période de laboration quand il s'agit d'établissement industriel. Le changement des horaires de travail applicables à une partie ou à tous les travailleurs de l'entreprise doit être précédée d'un avis du comité de l'entreprise (L 46/79 art. 24 n.º 1 al. f).

Dans l'élaboration des horaires de travail l'employeur devra prendre en considération la fréquence de cours scolaires par ses travailleurs et l'existence de travailleurs à la capacité de travail réduite (art. 12 DL 409/71). D'ailleurs l'article 3.º n.º 1, L 26/81 consacre ainsi l'adoption d'horaires flexibles: "les entreprises ou services doivent élaborer des horaires de travail spécifiques pour les travailleurs-étudiants avec une flexibilité déterminée par la fréquence des cours et le déplacement conséquent pour les établissements d'enseignement respectifs".

Une fois élaboré l'horaire de travail, une copie de la carte respective devra être remise à l'Inspection Générale du Travail avec une antécédence minimale de huit jours relativement à son entrée en vigueur (art. 46 DL 409/71 et DN 36/87 n.º 7) et les services de cette Inspection pourront demander un justificatif en ce que concerne la durée du travail consacrée dans cette carte. On n'exige pas aujourd'hui cependant une approbation préalable de la carte de l'horaire de travail, laquelle devra être affichée dans un endroit bien visible à l'endroit de travail. L'affichage précédera nécessairement son entrée en vigueur et de même il faudra procéder auparavant à son enregistrement dans un livre adéquat. La carte de l'horaire de travail fera mention de la firme ou dénomination de l'employeur, de l'activité accomplie et de l'endroit de travail. Elle devra aussi référer le début et la fin de la période de fonctionnement que l'employeur doit respecter et encore le début et la fin du période normal de travail avec l'indication des

pauses de repos, du jour de repos hebdomadaire, du jour ou demi-jour de repos hebdomadaire complémentaire s'il y en a. Finalement elle doit faire référence aux jours de fermeture ou suspension de l'activité au cas où il ne s'agit pas d'activité exempte de l'obligation de fermer ou suspendre un jour par semaine (DN 36/87). La carte devra également indiquer les noms des travailleurs, s'il y en a, dont le régime et durée du travail s'écarte de ce qui est établi pour les autres et au cas où il existe des relais de personnel différent le nombre de relais et l'échelle de rotation bien comme l'horaire et les jours de repos du personnel de chaque relais et l'indication des relais où il y aura des travailleurs mineurs.

Le DL 49408 définissait dans son article 46 n.º 1 "Travail Extraordinaire" comme celui qui était accompli au-delà de la période normale de travail tandis que le DL 421/83 art. 2.º définit le "Travail Supplémentaire" comme celui qui est accompli en dehors de l'horaire de travail. Même avant de décrire d'une façon nécessairement sommaire le régime de travail supplémentaire il est convenable de rappeler qu'au Portugal même si le travailleur n'a pas évidemment un droit à réaliser du travail supplémentaire, il a non obstant et au contraire de ce qui se passe dans d'autres régimes juridiques comme par exemple l'espagnol le devoir de l'accomplir quand celui lui sera demandé. Effectivement la réalisation du travail supplémentaire doit être déterminée par l'employeur au préalable et d'une façon explicite (art. 6 n.º 1 DL 421/83) mais au cas où cela succédera les travailleurs sont obligés à réaliser ce travail sauf quand il y aura une justification valable pour refuser cette réalisation et dans ce cas-là ils devront demander leur dispense (art. 3 n.º 1 DL 421/83). La seule exception admise par la loi concerne les travailleurs handicapés, les femmes enceintes ou ayant des enfants à l'âge inférieure à dix ans et les mineurs.

La loi aujourd'hui en vigueur a essayé, elle l'admet d'ailleurs explicitement, d'établir des mécanismes avec le but de décourager le recours abusif au travail supplémentaire, notamment pour augmenter la création de l'emploi sans diffuser, tout de même, excessivement le recours au travail supplémentaire quand celui-ci s'avère nécessaire. Ainsi le travail supplémentaire peut être réalisé en deux genres de situations: tout d'abord quand il y a une augmentation éventuelle de travail qui ne justifie pas cependant la célébration d'un nouveau contrat de travail sans ou avec durée déterminée, et aussi dans les cas de force majeure ou quand le travail supplémentaire est indispensable pour prévenir ou réparer des dommages importants, qui peuvent menacer l'entreprise et sa viabilité économique.

Dans cette dernière catégorie de cas qui concerne, en conséquence des situations d'urgence le travail supplémentaire n'est pas soumis à des limitations temporelles. L'employeur doit cependant communiquer sa réalisation à l'Inspection Générale du Travail dans un délai de 48 heures. Si celle-là ne reconnaît pas l'existence d'une situation d'urgence le travail supplémentaire est à nouveau soumis aux limitations temporelles valables pour la première catégorie de situations (augmentation éventuelle du travail). Selon l'article 5, DL 421/83, ces limitations sont les suivantes: 160 heures de travail par an, 2 heures de travail par chaque journée normale de travail et un nombre d'heures équivalent à la période normale de travail quand il s'agit d'un jour de repos hebdomadaire obligatoire ou complémentaire et d'un jour de congé.

Une des méthodes pour décourager le recours au travail supplémentaire est l'augmentation de son coût; le travail supplémentaire sera en effet rémunéré avec une augmentation minimale de 50% par rapport à la retribution normale pendant la première heure, 75% les heures ou fractions suivantes et 100% quand le travail supplémentaire sera réalisé en jour de repos hebdomadaire obligatoire ou complémentaire ou en jour congé (art. 7 DL 421/83). Au Portugal il ne paraît pas possible de remplacer cette augmentation du salaire par une période de repos au contraire de ce qui se passe en France et en Espagne; cette possibilité permettrait aux entreprises d'adapter les horaires de travail aux fluctuations de son activité. On remarquera, cependant, qu'au cas où il y aura un accord entre l'employeur et les travailleurs il est possible de compenser avec du travail réalisé en-dehors de l'horaire de travail mais qui ne sera pas considéré comme du travail supplémentaire des suspensions d'activité d'une durée non supérieure à 48 heures suivies ou intercalées par un jour de repos ou jour congé (art. 2 n.º DL 421/83). Dans les entreprises ayant plus de dix travailleurs la réalisation de travail supplémentaire un jour qui ne soit pas le jour de repos hebdomadaire obligatoire donne aux travailleurs le droit à un repos compensatoire rémunéré correspondant à 25% des heures de travail supplémentaire réalisées, lequel peut être exigé au moment où un nombre d'heures égal au nombre d'heures de la période normale de travail est accompli et il doit être joui l'un des trente jours suivants.

Remarquons d'autre part que le travail supplémentaire doit être enregistré dans un livre spécial (art. 10 DL 421/83 et art. 23 DL 491/85) dans lequel seront enregistrés non seulement les heures de travail supplémentaire

mais encore la raison ou fondement du travail supplémentaire réalisé et le repos compensatoire qui a été accordé au travailleur.

Les crédits résultants de la réalisation de travail supplémentaire sont soumis à un régime de preuve spécial, puisqu'on exige un document approprié quand il s'agit de crédits que pouvaient être exigés il y a plus de cinq ans.

Les articles 22 et 23 du DL 491/85 sanctionnent avec des amendes ("coimas") le recours au travail supplémentaire en-dehors des cas prévus par la loi et bien aussi la violation des limites de durée annuelle du travail supplémentaire; il ne paraît pas, cependant, que l'intention du législateur ait été celle de abroger l'article 11 du DL 421/83 qui sanctionne de la même façon d'autres limites de durée et la non concession de repos compensatoire.

Rappelons encore qu'on ne considère pas comme travail supplémentaire le travail réalisé par des travailleurs exemptés d'horaire de travail un jour normal de travail (art. 2 n.º 2 al. a) DL 421/83); ces travailleurs — et rappelons que peuvent être exemptés d'horaire de travail les travailleurs qui exercent des fonctions de direction, de confiance ou de fiscalisation — ne sont pas soumis aux limites maximales de la période normale de travail mais ils conservent entièrement leur droit aux jours de repos hebdomadaire, obligatoire et complémentaire et aux fériés (arts. 13 et 15 DL 409/71) et ils ont, d'autre part, en absence d'une disposition spéciale qui ne sera jamais inférieure à la rémunération correspondante à une heure de travail extraordinaire par jour (art. 14 n.º 2 DL 409/71 et art. 50 DL 49408).

La loi définit en principe comme travail nocturne le travail réalisé dans la période qui s'écoule entre les 20 heures du jour suivant (une définition différente peut se trouver par exemple en ce qui concerne le travail rural dans la Base XIX, PRT para a Agricultura de 8/6/79) même si la loi admet que les instruments de réglementation collective peuvent considérer comme nocturne le travail réalisé pendant une quelconque période de onze heures consécutives à la condition qu'au moins sept heures de ces onze heures soient comprises entre 22 heures d'un jour et 7 heures du matin du jour suivant (arts. 29 n.º 1 et 2 DL 409/71). Le travail nocturne était interdit aux femmes dans les établissements industriels sauf en cas de force majeure ou quand il s'avérait indispensable pour éviter la perte de matières en laboration susceptibles d'une détérioration rapide. D'autre part les femmes étaient autorisées à réaliser du travail nocturne quand elles exer-

ceaient des postes de responsabilité soit de direction soit de caractère technique. Ces normes ont été cependant considérés comme inconstitutionnelles puisqu'elles violaient le principe de l'égalité de traitement et d'accès à l'emploi entre les deux sexes. Des limitations en ce qui concerne le travail nocturne des mineurs existent toujours: quand il s'agit d'activités de caractère non industriel les mineurs de 16 ans ne devront réaliser du travail nocturne que si cela s'avère indispensable à sa formation professionnelle et quand il s'agit d'un établissement industriel le travail nocturne n'est admis qu'aux mineurs âgés de plus de 16 ans et seulement dans les situations de force majeure ou quand il est indispensable à sa formation (art. 33 DL 409/71). Il faudra dire encore que quand il s'agit d'un contrat d'apprentissage lequel, d'ailleurs n'est pas un contrat de travail comme on peut lire au préambule du DL 102/84 ("le contrat d'apprentissage ne constitue pas une relation laborale et traduit une réalité diverse, représentée par la formation professionnelle du jeune...") l'horaire devra être fixé par les entreprises entre 8 et 20 heures exception faite au cas où la formation générale devra être fréquenté dans un horaire nocturne (art. 25 n.º 3 DL 102/84).

Le travail nocturne sera rémunéré avec une rétribution supérieure en 25% à la rétribution qui correspond au travail équivalent réalisé pendant la journée (art. 30 DL 409/71). Observons cependant qu'au moment de la célébration du contrat les parties peuvent déjà prendre en compte la nature nocturne de l'activité pour fixer la rétribution et de ce fait on devra considérer que la rétribution accordée couvre déjà l'augmentation légalement due à cause de ce genre particulier de travail (A. STA de 1.2.1977; Ac. Dout. STA 184, p. 193). D'ailleurs le DI 348/73 qui interprète l'article 30 du DL 409/71 a établi que cet article ne couvre pas des activités exercées exclusivement ou de façon prédominante pendant la période nocturne et des activités que par leur nature même ou à cause de la loi doivent nécessairement fonctionner et être à la disposition du public pendant la nuit. D'autre part ce même diplôme a permis que l'augmentation de rétribution soit établie dans un instrument de réglementation collective à travers de la réduction équivalente des limites maximales de la période normale de travail. En ce qui concerne le travail par relais l'article 27 du DL 409/71 établit que des relais de personnel différente doivent être organisés chaque fois que la période de fonctionnement dépasse les limites maximales de la période normale de travail (art. 27 n.º 1); ces limites d'ailleurs continuent à s'appliquer à la durée de chaque relais (art. 27 n.º 3). Ces relais devront



dans la mesure du possible être organisés selon les intérêts et les préférences des travailleurs (art. 27 n.º 2); on devra tenir en compte en particulier les droits du travailleur étudiant (art. 4 L. 26/81). Le personnel ne peut être muté de relais qu'après la journée de repos hebdomadaire (art. 27 n.º 4 DL 409/71) et la loi établit (art. 52 n.º 2 DL 49408) que les travailleurs de chaque relais doivent avoir "en sept jours un jour de repos". Une certaine controverse existe en ce qui concerne la portée exacte de cette norme; en effet tandis que une partie de la jurisprudence considère que le repos hebdomadaire doit avoir lieu au cours du septième jour et jamais au huitième, une autre partie de la jurisprudence appuyée par un secteur considérable de la doctrine, soutient en invoquant la maléabilité de l'organisation et l'agilité dans la mise en oeuvre dans le temps de la réalisation du travail que ce qui est en cause est seulement le respect d'une ratio d'un jour de repos pour six jours de travail même si le travailleur peut parfois travailler plus de six jours consécutifs et d'autres fois moins de six. D'ailleurs il serait ainsi plus facile d'assurer que le jour de repos hebdomadaire coïnciderait périodiquement avec le Dimanche ce qui est aussi établi par la loi (art. 51 n.º 3 DL 49408). Le subside de relais est en règle non cumulable avec la rémunération spéciale du travail nocturne. Remarquons encore que l'entreprise devra conserver en enregistrement séparé du personnel de chaque relais (art. 28 n.º 2 DL 409/71 et art. 18 n.º 1 DL 491/85) en même temps que dans les cartes de l'horaire de travail on devra faire mention du nombre de relais et de l'échelle de rotation s'il y en a, l'horaire et les jours de repos du personnel de chaque relais et l'indication des relais où il y aura des mineurs (DN 36/87 n.º 3).

Le jour de repos hebdomadaire ne peut qu'exceptionnellement être autre que le Dimanche (art. 51 n.º 1). Les circonstances exceptionnelles qui justifient le fait que le jour de repos hebdomadaire obligatoire ne soit pas le Dimanche peuvent être en rapport avec la nature de l'activité exercée — ce sera le cas des gardiens et des concierges, personnel de services de nettoyage ou chargés de travaux préparatoires et complémentaires qui doivent être nécessairement réalisés le jour de repos hebdomadaire des autres travailleurs et c'est aussi le cas du personnel indispensable pour assurer la continuité des services qui ne peuvent pas être interrompus (art. 37 n.º 2 DL 409/71) — ou encore avec le fait que l'entité patronale ne soit pas obligée légalement à fermer ou suspendre son activité le Dimanche.

Nous allons maintenant pour conclure faire une référence brève au choix de la période de vacances, au régime déjà mentionnée de façon

sommaire des travailleurs étudiants et des travailleurs ayant des enfants ou des adoptés à leur charge à l'âge inférieure à 12 ans ou handicapés et aussi à la possibilité de réduction de la période normale de travail pour cause due à l'employeur.

En ce qui concerne le choix de la période de vacances (laquelle ne peut pas être inférieure à vingt et un ni supérieure à trente jour consécutifs, art. 4 n.º 1 DL 874/76) celui-ci devra être fait en principe par accord entre l'employeur et le travailleur. Si l'accord ne peut pas être établi cette tâche est attribuée à l'employeur laquelle dans l'élaboration de la carte de vacances devra entendre le comité d'entreprise ou le comité syndical ou intersyndical ou les délégués du personnel tout cela dans cette ordre. En absence d'accord la période de vacances devra être en principe, (exception faite à ce qui disposent les instruments de réglementation collective et si l'avis des entités susmentionnées est favorable à une exception) comprise entre le premier Mai et le 31 Octobre. La fixation de la période de vacances en deux époques distinctes dépendra aussi de l'accord du travailleur même si la loi est formulée d'une façon assez malheureuse (art. 8 n.º 3 DL 874/76). D'après l'article 25 n.º 1 DL 491/85, la carte de vacances définitive devra être élaborée jusqu'au 15 avril de chaque année et elle devra être affichée à l'endroit de travail entre cette date et le 31 octobre; ce plan doit inclure le début et la fin du période de vacances de chaque travailleur. La période de vacances d'un travailleur peut être ajournée ou interrompue même après le moment de sa fixation si cela est exigé à cause de besoins imperieux du fonctionnement de l'entreprise. Dans ce cas-là le travailleur a le droit à une indemnité de l'entité patronale établie selon les dommages qu'il a souffert car il croyait qu'il pourrait jouir de l'intégralité de ses vacances à l'époque fixée (art. 9 n.º 1 DL 874/76); on doit remarquer malgré cela que l'interruption des vacances ne doit pas porter préjudice à la jouissance de la moitié de la période à laquelle le travailleur aurait droit (art. 9 n.º 2 DL 874/76).

Remarquons encore que le travailleur étudiant jouit de droits spéciaux en ce qui concerne la fixation de la période de vacances; en effet (art. 7 L. 26/81) le travailleur étudiant a droit à fixer ses vacances selon les besoins scolaires de même qu'à la jouissance intercalée de quinze jours à son choix exception faite respectivement aux cas où cela s'avère incompatible avec le plan de vacances de l'employeur ou quand l'établissement ou service ferme à cause des vacances.

D'autre part et toujours en ce qui concerne le travailleur étudiant il est important d'ajouter le devoir d'élaboration d'horaires spécifiques pour ses travailleurs; si cela n'est pas possible (L. 26/81 art. 3 n.º 2) la loi prévoit une licence en sa faveur pour un certain nombre d'heures hebdomadaires. Cette licence dépend de la durée de sa période normale de travail et elle peut aller jusqu'à quatre heures quand cette période va jusqu'à trente-six heures, jusqu'à cinq heures quand cette période normale de travail hebdomadaire est comprise entre 36 et 39 heures et jusqu'à six heures quand la période mentionnée est supérieure à 39 heures. Ces heures de licence ne déterminent pas une perte de rétribution et elles peuvent être utilisées d'une seule fois ou d'une façon intercalée (art. 3 n.º 4 L. 26/81). Le travailleur étudiant a encore d'autres droits spéciaux parmi lesquels on peut compter un crédit d'environ quatre jours par discipline (art. 6 L. 26/81) et le droit d'utiliser jusqu'à six jours de licence sans rétribution chaque année civile.

En dehors du droit déjà mentionné à demander une journée de travail continue ou le travail à temps partiel des travailleurs ayant des enfants ou adoptés à leur charge à l'âge inférieure à 12 ans ou handicapés la protection de la maternité et de la paternité peut se répercuter d'autres façons dans le temps de prestation du travail: parmi ces droits le droit de la femme à une licence pour cause de l'accouchement (90 jours dont 60 nécessairement après l'accouchement) et le droit de licence pour consultation et pour cause d'aleitement. Dans ce dernier cas la femme a droit à une licence jusqu'au moment où son enfant atteindra l'âge d'un an pendant deux périodes différentes à la durée maximale d'une heure pour chaque jour de travail (art. 12 L. 4/84); nous pensons qu'il incombe à la femme l'indication des heures de licence selon l'avis médical). La loi réfère encore la possibilité d'une licence spéciale pour l'accompagnement de l'enfant pour une période de six mois qui peut être prorogée jusqu'à deux ans (art. 14 L. 4/84). Cette licence spéciale ne peut pas être interrompue à l'intérêt de l'employeur.

On va conclure cette brève panoramique de la réglementation du temps de travail aujourd'hui en vigueur au Portugal et dans laquelle d'ailleurs nous n'avons pas fait référence à des matières qui peuvent indirectement se répercuter dans celle-là (voyons par exemple le crédit de temps pour l'exercice de fonctions syndicales) en disant que cette réglementation est relativement rigide ce qui a provoqué une sévère critique de la doctrine. Ainsi et pour référer seulement un exemple Bernardo Lobo Xavier (in

Descanso Semanal em Regime de Turnos, RDES ano XVIII n.º 2 págs. 255 e ss., 278-279) après avoir accentué que la vie a perdu certains rythmes chronologiques et de ce fait il est inutile de les protéger, soutient même que tous les secteurs montrent leur mécontentement par rapport à la rigidité des normes au sujet de la durée et l'horaire de travail et tout le gaspillage qui en est la conséquence. Et à une époque où on généralise dans d'autres pays la pratique d'horaires genuinement flexibles où le travailleur est libre même si avec des limitations de choisir le début et la fin de sa période journalière de travail (ce qui cependant oblige à une réappréciation de cet élément "horaire de travail" pour qualifier une situation comme étant de travail autonome ou de travail subordonné") on pourrait penser entre nous à la généralisation de la pensée sousjacent à la Base XVIII n.º 4 du PRT para a Agricultura de 8.6.79 selon laquelle "on ne considerera pas comme travail extraordinaire le travail réalisé pour compenser des suspensions d'activité demandées par les travailleurs" ce qui, comme il est évident, contribuerait à une maleabilité accrue de la dimension temporelle de la réalisation du travail.

RUI ÁLVARO DE FIGUEIREDO RIBEIRO  
*Membre du Bureau de Documentation  
et de Droit Comparé*

**IV B.3.**  
**L'INFLUENCE  
DE LA DECLARATION FRANÇAISE  
DES DROITS DE L'HOMME  
ET DU CITOYEN (1789)  
SUR LES CONSTITUTIONS PORTUGAISES**



## 1. Introduction et délimitation du thème

L'objet de ce rapport est, croit-on, bien exprimé au titre lui-même: il s'agit de savoir quelle influence eut la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de 1789, sur les Constitutions portugaises.

Par conséquent, il n'est pas question — réserve faite des seuls cas où cela s'avèrera nécessaire — de rechercher la formation et l'évolution des droits fondamentaux<sup>(1)</sup>; on n'essaiera pas, non plus, d'examiner les conceptions relevantes en cette matière ni les attitudes — philosophiques, politiques et juridiques — sousjacentes à de telles conceptions; finalement, cet exposé ne se penchera pas sur la problématique du fondement de ces droits, de leur conceptualisation et de leur matérialisation. Ce sont des questions que se posera, surtout, celui qui cultive la philosophie du droit, des questions qui paraissent positionnées en-dehors du domaine des considérations de ce rapport.

Et n'y aura-t-il pas qui, comme ce fut le cas de NORBERTO BOBBIO, se place sous une perspective peut-être réaliste, en écartant des prétensions de nature éclairante, pour s'occuper principalement des problèmes concernant la jouissance pratique et la sauvegarde des droits fondamentaux<sup>(2)</sup>? Cet Auteur n'affirme-t-il pas, lui-même, que "le fondement des valeurs doit être recherché dans les besoins de l'homme"<sup>(3)</sup>?

---

(1) L'expression est employée ici dans son sens élargi, comportant, donc, soit les droits fondamentaux proprement dits, soit les droits de l'homme; on essaiera d'en faire la distinction plus loin.

(2) Cfr. NORBERTO BOBBIO, "L'illusion du fondement absolu", in *Les fondements des droits de l'homme*, oeuvre collective, page 4 et suivantes.

(3) Cfr. NORBERTO BOBBIO, "Introduzione alla filosofia del diritto", Turim, 1948, pages 34 et suivantes.

## 2. Droits fondamentaux, droits de l'homme, droits du citoyen

Bien que maintes fois utilisées en tant que synonymes, ces expressions ne se confondent point.

Lorsqu'on parle de *droits fondamentaux*, on prétend renvoyer aux positions juridiques subjectives des personnes, considérées individuellement ou institutionnellement, accordées par chaque État en vertu de sa Constitution — qu'il s'agisse de la Constitution formelle ou matérielle <sup>(4)</sup>. Dès lors, on peut parler des droits fondamentaux dans le sens formel et des droits fondamentaux dans le sens matériel (ceux-ci, quoique n'étant pas consacrés dans la Loi Fondamentale, regardé sous une perspective formelle, découlent, presque toujours, de l'adhésion de cette Loi à une clause ouverte, à un principe de non typicité des droits fondamentaux). Ce sont, de ce fait, les droits des personnes vis-à-vis de l'État, considéré tant sous sa facette d'État-communauté des citoyens que sous son côté d'État-pouvoir. Ainsi, il n'y a pas vraiment de droits fondamentaux sans la reconnaissance de l'existence d'un noyau essentiel de dignité des personnes, lequel doit être sauvegardé, coûte que coûte, même à l'égard du pouvoir politique lui-même; cela signifie, d'une part, que, dans un régime politique autoritaire, les droits fondamentaux sont restreints et que, dans un régime politique totalitaire, ils sont supprimés; d'autre part, cela veut dire qu'il ne peut y avoir de droits fondamentaux sans qu'il y ait d'État. Autrement dit: si la raison d'être de l'État est celle de servir l'homme, en accomplissant ses buts, de sûreté, de justice et de bien-être, c'est dans ce cadre que l'on doit chercher la juste conciliation, l'équilibre, entre le pouvoir et la liberté.

*Droits de l'homme* est l'expression employée pour désigner des droits de tous les peuples, de tous les hommes, à toute époque. Ce sont des droits inaliénables et naturels, une fois qu'ils sont des droits préexistant à l'État. Les Constitutions des États s'occupent des droits fondamentaux, les textes de droit international traitent des droits de l'homme. Mais, c'est justement dans la période comprise entre 1789 et 1948 — une période démarquée par deux actes de vocation universelle (la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme) — que

---

(4) Dans le même sens, JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional, tome IV, p. 7.



se développe et consolide le processus d'acquisition des droits fondamentaux (soit des droits, libertés et garanties, soit des droits économiques, sociaux et culturels). Ainsi qu'il en est pour les droits fondamentaux, de même, à l'égard des droits de l'homme, l'on vérifie que chaque progrès technique, chaque progrès social, et même chaque aberration, sont un pas en avant, dans la mesure où en naissent de nouvelles prétensions de sauvegarde et de stabilité, de sûreté, de dignité et de paix.

Finalement, l'expression *droits du citoyen* apparaît comme renvoyée à une réalité différente. La Déclaration de 1789 parle de droits du citoyen, celui-ci étant un être subordonné à l'État, dont les droits reposent sur l'ordre juridique en vigueur. Cela étant dit, l'on pourra se demander si la notion, plus récente, de droits fondamentaux ne sera-t-elle pas si englobante qu'elle n'embrace et subsume intégralement celle des droits du citoyen. Il ne semble pas qu'il en soit de la sorte. Tandis que les droits fondamentaux sont des droits de *toutes* les personnes vis-à-vis de l'État, en d'autres termes, des droits de toutes les personnes assurés par un État, les droits du citoyen se révèlent en tant que droits de *certaines* personnes, établis non seulement au profit de l'individu lui-même (comme une forme de réalisation et de participation dans la vie de la "Cité"), mais encore dans l'intérêt de l'État et du régime politique qu'il incarne (comme une façon de libre conformation de la volonté politique ou comme un moyen d'extériorisation d'une légitimité apparente). A cette lumière, les droits du citoyen s'avèrent des droits-fonctions, voire même des pouvoirs-devoirs<sup>(5)</sup>. Ce sont des droits exercés par le citoyen non seulement à son profit, mais aussi au bénéfice de l'État ou d'une collectivité territoriale mineure; ajoutons-y: cet exercice peut correspondre à l'accomplissement d'un devoir civique ou même juridique. Cette idée sera-t-elle présente dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen? Les droits du citoyen y seront-ils des droits-fonctions? Il n'y aura aucun doute, pourvu que l'on tienne compte que de tels droits sont déclarés<sup>(6)</sup> non seulement pour la protection de la

---

(5) On peut donner l'exemple du droit de suffrage, dont l'exercice, tel qu'il est de règle, se subordonne à certaines conditions: citoyenneté, âge, jouissance des droits civils et politiques et, dans certains cas, domicile aussi.

(6) Déclarés et pas constitués, car, dans bien des cas, ils sont antérieurs à l'État. Celui-ci doit les reconnaître comme imprescriptibles et les sauvegarder (face aux assauts provenant de ses propres organes et, également, vis-à-vis des actions préjudiciables des particuliers).

personne humaine, mais aussi pour la défense d'une nouvelle idée du droit et d'une nouvelle constellation de valeurs dont les points de repères maximaux sont la liberté, la propriété, la sûreté, l'égalité juridique (qui, tenue de nos jours comme insuffisante, voire même rétrograde, constitua à l'époque un progrès hautement important) et la résistance à l'oppression — si chères à la bourgeoisie émergeant alors en tant que classe dominante. Et tant cela est vrai que, bien que tous les hommes soient libres et égaux au regard de leurs droits, le suffrage universel est dénié, étant même imposées de sévères restrictions à la capacité électorale active, et, à plus forte raison, passive. On estime cependant que les deux notions sont toujours valables à l'heure actuelle. Certes, à l'aube de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ainsi que du mouvement constitutionnaliste, la notion des droits fondamentaux, telle qu'elle est entendue aujourd'hui, s'identifiait à celle des droits du citoyen — les droits de la personne devant l'État étaient ceux-là et ceux-là seuls. Il est vrai, également, que les droits fondamentaux contemporains comportent, entre autres, les droits à la liberté, à la sûreté, à la propriété, à l'égalité devant la loi. Mais, alors que les droits fondamentaux contemporains surgissent en tant que droits de toutes les personnes — ou, tendant à toutes les personnes — ayant un rapport avec l'État (qu'elles soient des ressortissants, des étrangers ou des apatrides)<sup>(7)</sup>, les droits du citoyen apparaissent en tant que droits du citoyen actif ou, dans certains cas, des droits de l'"*homo activus*".

Une mention de plus: si les concepts de droits fondamentaux, de droits de l'homme et de droits du citoyen sont entendus comme quelque chose qui ne se comprend pas sans qu'il y ait une liaison concrète avec l'État et son ordre juridique, ils ne sont pas pour autant conçus *seulement* par rapport à l'État et à son droit positif. Et en voici la raison: la loi (tenue dans son sens le plus large) n'est pas l'essence du droit et l'État de droit c'est l'État subordonné au droit, à ce droit qui ne s'identifie pas avec la volonté de l'État, mais plutôt s'impose à l'État législateur lui-même.<sup>(8)</sup>

---

(7) Dans ce sens, vd. article 15 de la Constitution de la République Portugaise, de 1976.

(8) Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, in "Direito Penal Português", vol. I, p. 83.

### 3. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de 1789

Les idées du jusnaturalisme rationaliste, du libéralisme et de l'individualisme (qui, à cette époque-là, conçoit l'homme sur un passé hypothétique — son passé pré-social) sont présentes dans toutes les proclamations solennelles de la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle. Le “Bill of Rights” de l'État de Virginie, la Déclaration de l'Indépendance des États Unis, les dix premiers Amendements (de mars 1789) de la Constitution américaine (de 1787) en sont un bon exemple.

Ces dix premiers Amendements, véritable Déclaration des Droits du Peuple Américain, iront inspirer profondément la proposition de LAFAYETTE, concrétisée et matérialisée à travers la Déclaration du 26 août, 1789.

Déclarée par l'Assemblée Nationale française, “devant et sous les auspices de l'Être Suprême” (cf. le préambule), elle représente, au début d'un processus révolutionnaire qu'irait ensanglanter la France, les assises politiques, philosophiques et juridiques d'une nouvelle société, reposant sur des valeurs éternelles et intemporelles, ayant la virtualité d'une application à l'humanité toute entière. Elle est, parallèlement, un moyen de rendre les *citoyens français et tous les hommes* conscients de leur dignité, et un instrument d'évaluation de la légitimité ou de la prépotence des actes du pouvoir.

Tandis que le “Bill of Rights” anglais, de 1689, et les Déclarations américaines sont à peine plus qu'une codification des principes déjà intériorisés par le sentiment juridique des citoyens et extériorisés par leur vie collective<sup>(9)</sup>, la Déclaration de 1789, issue d'une France où la réalité constitutionnelle était bien différente de celle des Anglo-Saxons, représente, à la fois, l'“extrait de l'acte de décès” de l'État absolu et la “bénédiction *urbi et orbi*” au regard de la liberté et de la valeur intrinsèque de la personne humaine. C'est dans ce sens qu'elle n'est pas seulement française, mais universelle.

---

(9) Comme nous le savons, alors qu'en Europe continentale chaque révolution est une rupture, une coupure radicale avec le passé, en Grande-Bretagne la révolution se traduit par une reprise de la tradition, d'une voie d'où, par un écart momentané de nature totalitaire, elle s'était vue détournée.

Il revient à l'Histoire de faire le bilan entre la lumière et l'ombre de la Révolution Française. Depuis lors, cependant, les choses ne furent plus jamais comme avant. Avec elle naît, à travers la Déclaration, un constitutionnalisme révolutionnaire et, ainsi que JORGE MIRANDA le fait remarquer<sup>(10)</sup>, ayant une vocation universelle de diffusion d'idées. Avec elle surgit aussi un nouveau concept de Constitution, non plus seulement institutionnel (ensemble des règles fondamentales de la structure de l'État), mais plutôt matériel et formel, comportant, en tant que corollaires, le principe démocratique ou de la souveraineté nationale, le principe représentatif, le principe de la séparation des pouvoirs, le principe de la primauté de la loi, le principe de l'égalité juridique et celui de la liberté politique. (cf. article 16 de la Déclaration de 1789).

Orientée, principalement, vers l'établissement des fondations d'un nouvel ordre social, peut-être la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de 1789<sup>(11)</sup>, n'aura-t-elle pas attaché l'importance due à la sauvegarde pratique des droits. Cela ne permet toutefois pas de conclure par l'absence de valeur juridique de la Déclaration: elle n'est ni une recommandation ni une motion de l'Assemblée Nationale française; elle n'est pas un texte interprétatif des Constitutions françaises; et elle n'est pas, assurément, une "déclaration de vérités philosophiques", ainsi que CARRÉ DE MALBERG l'a nommée<sup>(12)</sup>. Nonobstant ses observations d'ordre général, qui appellent souvent la médiation éclairante du législateur, son importance juridique réside non seulement dans l'application pratique et dans la vivification qu'en fait la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français, mais aussi dans l'ensemble de principes, de caractère non seulement politique, mais plutôt aux implications relevantes dans le monde du droit, qu'elle répand dans d'autres pays et qui pénètrent dans les ordres juridiques respectifs. A travers et avec elle on passe, recourant à la terminologie de JELLINEK, du "*status subjectionis*" (propre à l'État absolu, où les

---

(10) JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tome I, 3.<sup>e</sup> éd., p. 146.

(11) Cette Déclaration, qui a fait oublier celles qui la suivirent, constitua le préambule de la Constitution française du 3 septembre 1791 et disparut, sur le plan juridique, en 1793, étant mise en vigueur, de nouveau, plus d'un siècle et demi après, en vertu de la Constitution de 1946, et constituant le droit en vigueur aux termes du préambule de la Loi Fondamentale du 4 octobre de 1958.

(12) CARRÉ DE MALBERG. "Contribution à la théorie générale de l'État", tome 2, p. 579.

droits de la personne sont déniés) au "*status libertatis*" ("status négatif", propre à l'aube du régime constitutionnel, où l'on commence à reconnaître une sphère de liberté, soustraite à l'influence du pouvoir public); à travers elle et en raison d'elle, on arrive au "*status civitatis*", ("status positif", de compromis entre l'intérêt public et l'intérêt individuel et entraînant une action positive de l'État, traduite par un "dare" ou un "facere") et de celui-ci on passe au "*status activae civitatis*" (où la personne, considérée individuellement, est le sujet du pouvoir, formant ou conformant, par les moyens constitutionnels, ce pouvoir et ses manifestations).

#### **4. Projection de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen sur les Constitutions portugaises**

En plus de ce qui fut dit au point 3 de ce rapport, où l'on s'est penché sur les idées et les principes qui, de la Révolution et de la Déclaration, sont passés dans le Monde, il faut analyser maintenant le poids de la Déclaration dans les Lois Fondamentales portugaises.

Ainsi que le dit GUSTAV RADBRUCH<sup>(13)</sup>, "dans le domaine de l'expérience, il n'y a que trois genres d'objets susceptibles d'une mise en valeur absolue: la personnalité humaine individuelle, la personnalité humaine collective et les produits de l'activité humaine elle-même ou les oeuvres humaines. "S'il est vrai qu'aucun système politique ou social ne mérite de dédicacion lorsqu'il ne tend pas vers l'assouplissement, dans son ensemble, du sort des hommes"<sup>(14)</sup>, la manière comment ils tendent à réaliser ce desideratum est diverse. Tandis que, dans les États libéraux de droit

---

(13) GUSTAV RADBRUCH, "Filosofia do Direito", 5.<sup>e</sup> éd., traduit par CABRAL DE MONCADA — Coleção Studium, Coimbra, 1974, p. 125 et 126.

(14) Cfr. JOSEPH-BARTHÉLEMY et B. MIRKINE-GUETZÉVITCH dans la préface de l'oeuvre de HAROLD LASKY, "A Liberdade", Edições Delfos, Lisboa, 1973.

et dans les États sociaux de droit, l'accent est mis sur les valeurs individuelles, dans les États autoritaires et totalitaires, l'accent porte sur les valeurs collectives. Soit le marxisme-léninisme, d'un côté, soit le fascisme et le corporatisme, de l'autre, rehaussent les valeurs collectives, tenant les individuelles pour subalternes; celles-ci ne sont admises, et dans ce seul cas, que si elles ne mettent pas en cause la primauté des valeurs collectives.

Ce cadre, qui était celui de la Constitution autoritaire de 1933<sup>(15)</sup>, n'est pas la tradition du droit portugais. Cette Constitution est, en fait, un inter-règne de la ligne démocratique et pluraliste des Lois Fondamentales du Pays.

En effet dans toutes les autres Constitutions — 1822, 1826, 1838, 1911 et 1976 — ce sont les valeurs de la démocratie politique représentative qui y sont reçues, ce sont les principes de la primauté de la loi, de la liberté politique, de l'égalité devant la loi, de la séparation des pouvoirs qui y trouvent un abri<sup>(16)</sup>. C'est, donc, de l'idée de droit sousjacent à la Déclaration que se font écho les Constitutions portugaises.

Par ailleurs — abstraction faite de la Charte Constitutionnelle de 1826, octroyée par D. Pedro IV, roi du Portugal et premier empereur du Brésil, laquelle se fondait sur un principe monarchique — toutes les autres Constitutions adhèrent au principe de la souveraineté nationale (de la nation, en tant que communauté historique de culture) ou au principe de la souveraineté populaire (c'est le cas de la Loi Fondamentale actuelle, dans laquelle quelques-uns tendent à voir la consécration d'une idée de souveraineté fractionnée entre ceux qui, à chaque moment, constituent le peuple).

---

(15) La Constitution renfermait un compromis entre le libéralisme et l'autoritarisme, mais, dans la pratique, c'était ce dernier qui l'emportait, puisque la Constitution écrite était une et celle vécue une autre.

(16) Dans la Constitution de 1933, ces principes étaient aussi formellement consacrés, mais il est vrai qu'ils ne se répécuaient pas dans la vie quotidienne; cela arrivait notamment à l'égard des droits fondamentaux, assujettis à de très sévères restrictions (voire même d'ordre administratif), et cela arrivait également en ce qui concerne la séparation des pouvoirs, qui n'était qu'apparente, car ce qui se dégageait de la Constitution c'était une concentration des pouvoirs dans le Chef de l'État, des pouvoirs qui, dans la pratique, étaient exercés par le Président du Conseil (Premier Ministre). D'ailleurs, il faudra mentionner que la seule fois où le Chef de l'État se trouva au coeur de la décision politique eut lieu en 1968, lorsque, à la suite d'un accident qu'incapacita le Professeur Salazar, le Président de la République, à l'époque l'Admiral Tomaz, le destitua de ses fonctions et nomma, pour le remplacer, le Professeur Marcello Caetano.

L'on se demandera si, étant donné que la Déclaration est de 1789 et la première Constitution portugaise écrite de 1822, ce seront les valeurs de la Déclaration (et non pas d'autres) qui se projettent sur cette Constitution et celles qui s'ensuivirent. La réponse doit être affirmative: ce sont, en effet, les valeurs de la Déclaration qui sont transposées aux systèmes normatifs portugais, bien que, le plus souvent, mûries par le temps et burinés par l'expérience; les formulations sont perfectionnées, les idées-clés ne changent toutefois pas.

Les Constitutions libérales — 1822, 1826, 1838 et 1911 — incarnent un projet fondé sur la liberté politique, l'égalité devant la loi, la sûreté, la propriété privée, la séparation des pouvoirs. L'État reste neutre, comme il est propre au libéralisme économique, face aux domaines économique et social, et l'égalité n'est qu'une égalité juridique, une égalité au départ; les droits des personnes sont les droits, libertés et garanties du type classique, dont la fonction immédiate est de sauvegarder l'autonomie des personnes (plus loin, nous transcrivons les principes qui, dans chaque Constitution, s'avèrent révélateurs de cette idée de droit).

Dans l'État social de droit, dont la Constitution de 1976 est le pilier, la liberté et la limitation du pouvoir politique sont des buts, encore et toujours présents, bien qu'ils ne soient pas les seuls. L'on y envisage aussi la séparation avec interdépendance des pouvoirs, l'articulation des droits, libertés et garanties avec des droits et devoirs économiques, sociaux et culturels (propres à cette deuxième phase de l'État constitutionnel, et dont la fonction est de refaire les conditions matérielles, sociales et culturelles dans lesquelles vivent les personnes), l'égalité non seulement juridique, non seulement formelle, mais aussi l'égalité sociale (qui est une égalité matérielle, à travers la loi, et, partant, une égalité à l'arrivée). Cependant, les valeurs relevant déjà de 1789 ne laissent jamais d'être présentes.

Un point sépare, néanmoins, la réalité portugaise de la réalité française: alors qu'en France fut adoptée, à l'instar des États-Unis d'Amérique, la *méthode de la déclaration des droits*, qui consiste à autonomiser la matière des droits fondamentaux par rapport à celle de l'organisation du pouvoir politique, au Portugal fut choisie, dans toutes Constitutions, la *méthode de la garantie des droits*, autant dire que, dans un même texte, sont traitées les deux matières.

Ajoutons-y, encore, pour mettre fin à ces considérations: la "trace" de la Déclaration imprègne, comme on l'a vu, toutes les Constitutions du

Portugal. Ici, comme en France, les Lois Fondamentales ont *toujours* revêtu<sup>(17)</sup> le même sens premier: celui de l'organisation rationnelle du pouvoir public et de ses rapports avec les individus et les groupes.

## 5. Analyse des diverses Constitutions portugaises

### 5.1. Constitution de 1822

La Constitution de 1822, la première des Constitutions portugaises écrites, qui marque le début du constitutionalisme au Portugal, voue son Titre I (de l'article 1<sup>er</sup> au 19) aux droits et devoirs individuels des Portugais. L'article premier définit le grand but de la Constitution, les articles 2, 3, 6 et 9 portant, respectivement, sur les valeurs (de base) de la liberté, de la sûreté personnelle, de la propriété et de l'égalité juridique. En plus d'autres droits du type classique, énoncés dans la Loi Fondamentale, celle-ci s'attache, ainsi qu'on l'a dit, au principe de la souveraineté nationale (articles 26 et 121), au principe représentatif (article 27), au principe de la séparation des pouvoirs (articles 29 et 30) et au principe de la primauté de la loi, tenue en tant qu'expression de la volonté générale (article 104). Tout cela correspond au refus formel de "l'ancien régime", où il n'y avait pas de limitations, d'ordre juridique, au pouvoir du Roi.

Voici le libellé des principes mentionnés:

#### ARTICLE 1<sup>er</sup>

La Constitution Politique de la Nation Portugaise a pour objet de maintenir la liberté, la sûreté et la propriété de tous les Portugais.

#### ARTICLE 2

La liberté consiste à ne pas être tenu de faire ce que la loi n'oblige pas, ni de ne pas faire ce qu'elle n'interdit pas. Le maintien de cette liberté dépend de l'observation précise des lois.

---

(17) La Constitution de 1933, elle-même, avait ce sens, quoiqu'orientée dans une perspective autoritaire et corporative, dont elle était animée.



### ARTICLE 3

La sûreté personnelle se traduit par la protection que le Gouvernement doit assurer à tous pour qu'ils puissent maintenir leurs droits personnels.

### ARTICLE 6

La propriété est un droit sacré et inviolable, reconnu à tout Portugais de disposer de tous ses biens, selon sa propre volonté, aux termes de la loi. Lorsque, pour l'une quelconque raison de nécessité publique et urgente, il s'impose qu'il soit privé de ce droit, il recevra d'abord une indemnité, sous la forme établie par les lois.

### ARTICLE 9

La loi est égale envers tous. On ne doit pas, par conséquent, tolérer des privilèges de for dans des affaires civiles ou criminelles, ni des commissions spéciales. Cette disposition ne comprend pas les affaires qui, de leur propre caractère, appartiennent à des juridictions particulières, conformément aux lois.

### ARTICLE 26

La souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Elle ne peut toutefois être exercée que par ses représentants légalement élus. Aucun individu ou corporation n'exerce d'autorité publique qui n'émane pas de la Nation elle-même.

### ARTICLE 27

La Nation est libre et indépendante, et ne peut être le patrimoine de personne. A elle seule appartient d'élaborer, par l'intermédiaire de ses Députés, siégeant aux "Cortes", sa Constitution ou Loi Fondamentale, sans assujettissement à la sanction du Roi.

### ARTICLE 29

Le Gouvernement de la Nation Portugaise est la Monarchie constitutionnelle héréditaire, avec des lois fondamentales qui réglementent l'exercice des trois pouvoirs politiques.

## ARTICLE 30

Ces pouvoirs sont le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Le premier relève de la compétence des "Cortes", étant assujéti à la sanction du Roi (articles 110, 111 et 112). Le second appartient au Roi et aux Secrétaires d'État, qui l'exercent sous l'autorité de ce même Roi. Le troisième est confié aux Juges.

Chacun de ces pouvoirs est tellement indépendant que l'un ne peut pas assumer les attributions de l'autre.

## ARTICLE 104

Loi est la volonté des citoyens déclarée à travers l'unanimité ou pluralité des voix de leurs représentants, réunis aux "Cortes", à la suite de discussion publique.

La loi oblige les citoyens sans dépendance de leur acceptation.

## ARTICLE 121

L'autorité du Roi émane de la Nation et est indivisible et inaliénable.

### 5.2 *Constitution de 1826 ("Charte Constitutionnelle")*

La Charte Constitutionnelle de 1826 voue à la matière des droits individuels, ainsi que le fait la Constitution de 1933, un seul article, long d'ailleurs: le dernier de ses articles (145). Cette Loi Fondamentale consacrait les droits traditionnels dans un texte de racine libérale, en demeurant néanmoins fidèle soit au principe de la séparation des pouvoirs, soit au principe représentatif.

## ARTICLE 10

La division et l'harmonie des Pouvoirs Politiques est le principe conservateur des Droits des Citoyens, et le moyen le plus sûr de rendre effectives les garanties que la Constitution leur offre.

## ARTICLE 11

Les Pouvoirs Politiques, reconnus par la Constitution du Royaume du Portugal, sont quatre: Le Pouvoir Législatif, le Pouvoir Modérateur, le Pouvoir Exécutif et le Pouvoir Judiciaire.

## ARTICLE 12

Les Représentants de la Nation Portugaise sont le Roi et les “Cortes” Générales.

## ARTICLE 145

L'inviolabilité des Droits Civils et Politiques des Citoyens Portugais, qui est ancrée dans la liberté, la sûreté individuelle et la propriété, est assurée par la Constitution du Royaume, de la manière suivante;

par. 12 — La Loi sera égale envers tous, qu'elle protège ou qu'elle punisse, et elle donnera la récompense en conformité avec le mérite de chacun.

par. 21 — Le Droit à la Propriété est assuré dans toute sa plénitude. Lorsque le Bien Public, légalement vérifié, exige l'utilisation et l'emploi de la propriété du Citoyen, celui-ci sera préalablement dédommagé de la valeur de celle-là. La Loi fixera les cas où cette exception aura lieu, et établira les règles de la détermination de l'indemnisation.

### 5.3. *Constitution de 1838*

La Constitution de 1838, plus élaborée, au point de vue de la technique, que les deux précédentes, reflète l'adhésion à ce même cadre de valeurs déjà consacré dans les Lois Fondamentales de 1822 et 1826, en essayant, d'autre part, de trouver un compromis entre ces deux textes.

On présente ensuite la transcription des dispositions que l'on considère les plus significatives:

#### ARTICLE 4

Le Gouvernement de la Nation Portugaise est Monarchique-héréditaire et représentatif.

#### ARTICLE 9

Nul ne peut être tenu de faire ou de ne pas faire que ce que la Loi oblige ou interdit.

#### ARTICLE 10

La Loi est égale envers tous.

#### ARTICLE 33

La Souveraineté réside essentiellement dans la Nation, de laquelle émanent tous les pouvoirs politiques.

#### ARTICLE 34

Les pouvoirs politiques sont le Législatif, l'Exécutif et le Judiciaire.

par. 1 — Le Pouvoir Législatif relève de la compétence des "Cortes", soumis à la Sanction du Roi.

par. 2 — L'Exécutif est dévolu au Roi, qui l'exerce à travers les Ministres et les Secrétaires d'État.

par. 3 — Le Judiciaire est confié aux Juges et Jurés, conformément à la Loi.

#### ARTICLE 35

Les pouvoirs politiques sont essentiellement indépendants: aucun d'eux ne peut assumer les attributions d'un autre.

#### 5.4 *Constitution de 1911*

La Constitution de 1911, la dernière des Constitutions libérales et la première des Constitutions républicaines portugaises, conserve et vivifie tous les postulats mentionnés plus haut; nous disons “vivifie” pour deux raisons différentes: premièrement, du fait qu’en vertu de cette Loi Fondamentale le suffrage censitaire (fondé sur la richesse) disparaît, n’étant toutefois pas encore prévu le suffrage universel; deuxièmement, parce que la Constitution de 1911, dans son désir d’améliorer la protection de la dignité de la personne humaine, consacre — pour la première fois dans le droit constitutionnel portugais — le principe de la non typicité des droits fondamentaux (article 4), un principe qui est, d’ailleurs, repris par les Constitutions suivantes, celles de 1933 et 1976.

#### ARTICLE 3

La Constitution assure aux Portugais et aux étrangers résidant dans le pays l’inviolabilité des droits à la liberté, à la sûreté individuelle et à la propriété, aux termes suivants:

- 1 — Nul ne peut être obligé à faire ou à ne pas faire que ce que la loi prévoit;
- 2 — La loi est égale envers tous, mais elle n’a de caractère obligatoire que celle qui est promulguée en conformité avec cette Constitution;
- .....

#### ARTICLE 4

La spécification des garanties et des droits, prévus dans la Constitution, n’exclut pas d’autres garanties et d’autres droits non énoncés, mais qui découlent de la forme de gouvernement qu’elle établit, des principes qu’elle consacre ou qui soient contenus dans d’autres lois.

#### ARTICLE 5

La Souveraineté réside essentiellement dans la Nation.

## ARTICLE 6

Sont organes de la Souveraineté Nationale le Pouvoir Législatif, le Pouvoir Exécutif et le Pouvoir Judiciaire, indépendants et harmonieux entre eux.

## ARTICLE 7

Le Pouvoir Législatif est exercé par le Congrès de la République composé de deux Chambres, notamment la Chambre des Députés et le Sénat.

par. 1 — Les membres du Congrès sont des représentants de la Nation et non pas des représentants des collèges qui les élisent.

par. 2 — Nul ne peut être à la fois membre des deux Chambres.

par. 3 — Nul ne peut être Sénateur avant l'âge de trente-cinq ans, ni Député avant l'âge de vingt-cinq ans révolus.

### 5.5. *Constitution de 1933*

La Loi Fondamentale de 1933 fit l'objet de neuf révisions, la dernière desquelles, en 1971 (Loi n.º 3/71 du 9 août), s'est orientée vers l'amélioration des droits, libertés et garanties individuels des citoyens portugais, tels qu'ils étaient prévus dans son article 8. Le texte constitutionnel révélait, quand même, dans plusieurs de ses dispositions, la même idée de soumission des valeurs individuelles aux valeurs collectives. Les exemples qui illustrent le mieux cette idée se trouvaient aux articles 6.2 et 8, par. 1 et par. 2, ainsi qu'aux articles 35 et 39. Ces articles dont les libellés s'ensuivent, se manifestent fondés sur un principe, si souvent invoqué par le régime précédent, qui se traduisait par le brocard suivant: "Tout pour la Nation, rien contre la Nation".

## ARTICLE 6

Il incombe à l'État de:

.....

2. Coordonner, encourager et diriger toutes les activités sociales, en faisant prévaloir une juste harmonie d'intérêts, dans la légitime subordination des particuliers à l'intérêt général:

## ARTICLE 8

Constituent des droits, libertés et garanties individuels des citoyens portugais:

- 1 — Le droit à la vie et à l'intégrité de la personne;
- 1 A — Le droit au travail, aux termes établis par la loi;
- 2 — Le droit au bon nom et à la réputation;
- 3 — La liberté et l'inviolabilité de convictions et pratiques religieuses, en raison desquelles nul ne peut être poursuivi, privé de droits ou exempté d'obligations ou de devoirs civiques. Nul ne sera obligé de répondre au sujet de ses convictions et pratiques religieuses, sauf aux fins d'obtention de renseignements statistiques en vertu de la loi;
- 4 — La liberté d'expression de la pensée par un moyen quelconque;
- 5 — La liberté d'enseignement;
- 6 — L'inviolabilité du domicile et de la correspondance, aux termes prévus par la loi;
- 7 — Le libre choix de la profession ou de l'emploi, industrie ou commerce, sans préjudice des restrictions légales imposées par l'intérêt collectif et des exclusifs que seuls l'État et les corps administratifs pourront octroyer aux termes de la loi, en raison d'utilité publique reconnue;
- 8 — Ne pas être privé de liberté ni détenu préventivement, sauf dans les cas prévus par les par. 3 et 4;
- 9 — Ne pas faire l'objet d'un jugement répressif si ce n'est en vertu d'une loi antérieure qui déclare punissable l'action ou l'omission, ni faire l'objet d'une peine plus grave que celle prévue au

moment où le crime fut commis, ni d'une mesure de sûreté dont les conditions n'auraient pas été prévues par une loi antérieure;

- 10 — La procédure pénale est assujettie au principe des débats contradictoires, en assurant à l'accusé, avant et après l'inculpation et en vue de l'application de la mesure de sûreté, toutes les garanties à la défense;
- 11 — Il ne peut y avoir de peine de mort, sauf dans le cas de belligérance avec un pays étranger et afin d'être appliquée au théâtre de guerre, aux termes de la loi pénale militaire, ni de peines ou de mesures de sûreté privatives ou restrictives de la liberté à caractère perpétuel, ou de durée illimitée ou établies par des périodes indéfiniment prorogeables, réserve faite des mesures de sûreté fondées sur des troubles psychiques et ayant un but thérapeutique;
- 12 — Il ne peut y avoir de confiscation de biens, ni de transmission d'une peine quelconque du délinquant;
- 13 — Il ne peut y avoir de peine d'emprisonnement en raison de défaut de paiement de frais ou de l'impôt du timbre;
- 14 — La liberté de réunion et d'association;
- 15 — Le droit à la propriété privée et à sa transmission entre vifs ou par décès, conformément à la loi;
- 16 — Ne pas être astreint à payer des impôts qui n'auraient pas été créés par la loi;
- 17 — Le droit à l'indemnisation pour tous dommages effectifs aux termes de la loi, celle-ci pouvant, en cas de lésion morale, prévoir que l'indemnisation ait un caractère pécuniaire;
- 18 — Le droit à soumettre aux organes de souveraineté ou à toute autre autorité des représentations ou pétitions, des réclamations ou plaintes pour défendre leurs droits ou l'intérêt général;
- 19 — Le droit de résister à tout commandement qui porte atteinte aux droits, libertés et garanties individuelles, lorsqu'ils ne sont pas légalement suspendus, et de repousser par la force toute agression privée, lorsqu'il est impossible de recourir à l'autorité publique;
- 20 — La révision des sentences, étant assuré le droit d'indemnisation pour les dommages subis, à verser par le Trésor Public au condamné ou à ses héritiers, aux termes établis par la loi;



21 — Le recours contentieux des actes administratifs définitifs et exécutoires qui soient entâchés d'illégalité.

par. 1 — La spécification de ces droits, libertés et garanties n'exclut pas d'autres, contenus dans la Constitution ou dans les lois, étant entendu que les citoyens devront toujours en faire usage sans porter atteinte aux droits de tiers, ni léser les intérêts de la société, ni les principes de la morale.

par. 2 — Des lois spéciales régleront l'exercice de la liberté d'expression de la pensée, de l'enseignement, de réunion et d'association et de la liberté religieuse, devant, en ce qui concerne la première, empêcher, préventivement ou répressivement, la perversion de l'opinion publique, dans sa fonction de force sociale, et sauvegarder l'intégrité morale des citoyens, auxquels sera assuré le droit de faire insérer gratuitement la rectification ou la défense dans la publication périodique où ils auront été injuriés ou infamés, sans préjudice de tout autre responsabilité ou procédé prévus par la loi.

## ARTICLE 35

La propriété, le capital et le travail accomplissent une fonction sociale, en régime de collaboration économique et de solidarité, la loi pouvant définir les conditions de leur emploi ou exploration, en conformité avec l'intérêt collectif.

## ARTICLE 39

Les différends collectifs, issus des rapports de travail, seront réglés, aux termes de la loi, par conciliation ou arbitrage, étant interdite la suspension de l'activité par l'une quelconque des parties ayant pour but de faire prévaloir les intérêts respectifs.

## 5.6. *Constitution de 1976*

La Constitution de 1976 est, ainsi que nous l'avons dit plus haut, la Constitution d'un État social de droit (cfr., par exemple, son article 2, disposition qui, à l'instar d'autres, permet une telle affirmation). Cela signifie, d'une part, que les valeurs déjà mentionnées, originaires de la Révolution Française de 1789, n'ont jamais cessé d'être présentes ni d'être considérées et, d'autre part, que l'on prétend protéger, globalement, l'autonomie des personnes ("globalement", vu leurs différentes sphères), ainsi que la solidarité économique, la socialité des personnes et leur participation à la vie culturelle.

Dans ce type d'État, l'on n'envisage pas seulement la défense de la liberté-autonomie, mais encore la sauvegarde et le développement de la liberté-participation; l'on ne remet pas en cause la sécurité juridique, en tant que valeur essentielle de la vie collective, mais la solidarité exige que l'on poursuive la sécurité matérielle de tous et de chacun; l'on ne voit plus la propriété en tant que valeur absolue, mais plutôt comme quelque chose dotée d'une fonction sociale relevante; sans perdre de vue l'égalité juridique, l'on cherche, à travers elle et au-delà d'elle, l'égalité sociale; tout en reconnaissant la signification du principe de la séparation des pouvoirs, en tant qu'élément d'équilibre démocratique, on ne lui confère toutefois pas une raideur bloquante, plutôt il est temperé d'un nécessaire degré d'interdépendance.

Autrement dit: à l'aide d'un cadre constitutionnel jugé efficace, le législateur constituant eut pour but "une liberté égale envers tous, construite à travers la correction des inégalités"<sup>(18)</sup>, car on ne peut pas concevoir, dans un État de droit, de liberté sans égalité, ainsi que l'on ne peut imaginer d'égalité sans liberté.

---

(18) Cfr. JORGE MIRANDA, in "Manual de Direito Constitucional", tome IV, Coimbra, 1988, p. 97.

Ci-après, suivent les dispositions s'avérant les plus éclairantes du cadre que nous venons d'esquisser.

## ARTICLE 2

*(État de droit démocratique)*

La République Portugaise est un État de droit démocratique, fondé sur la souveraineté populaire, sur le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique démocratiques, et sur le respect et la garantie de concrétisation des droits et libertés fondamentaux, dont le but est la réalisation de la démocratie économique, sociale et culturelle et l'approfondissement de la démocratie participative.

## ARTICLE 3

*(Souveraineté et légalité)*

1. La souveraineté, une et indivisible, réside dans le peuple, qui l'exerce dans les formes prévues par la Constitution.
2. L'État se subordonne à la Constitution et se fonde sur la légalité démocratique.
3. La validité des lois et des autres actes de l'État, des régions autonomes et des pouvoirs locaux, dépend de leur conformité à la Constitution.

## ARTICLE 9

*(Tâches fondamentales de l'État)*

Les tâches fondamentales de l'État sont les suivantes:

- a) Garantir l'indépendance nationale et créer les conditions politiques, économiques, sociales et culturelles qui la favorisent;
- b) Garantir les droits et les libertés fondamentaux et le respect des principes de l'État de droit démocratique;
- c) Défendre la démocratie politique et assurer et encourager la participation démocratique des citoyens à la solution des problèmes nationaux;

- d) Promouvoir le bien-être et la qualité de la vie du peuple, l'égalité réelle entre les Portugais, ainsi que la concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels, par la transformation et modernisation des structures économiques et sociales.

## ARTICLE 10

*(Suffrage universel et partis politiques)*

1. Le peuple exerce le pouvoir politique au moyen du suffrage universel, égalitaire, direct, secret et périodique et des autres formes prévues dans la Constitution.

2. Les partis politiques contribuent à l'organisation et à l'expression de la volonté populaire, dans le respect des principes de l'indépendance nationale et de la démocratie politique.

## ARTICLE 12

*(Principe d'universalité)*

1. Tous les citoyens jouissent des droits et sont assujettis aux devoirs énoncés par la Constitution.

2. Les personnes morales jouissent des droits et sont assujetties aux devoirs compatibles avec leur nature.

## ARTICLE 13

*(Principe d'égalité)*

1. Tous les citoyens ont la même dignité sur le plan social et sont égaux devant la loi.

2. Nul ne peut être privilégié, avantagé, défavorisé, privé d'un droit ou exempté d'un devoir en raison de son ascendance, de son sexe, de sa race, de sa langue, de son lieu d'origine, de sa religion, de ses convictions politiques ou idéologiques, de son instruction, de sa situation économique ou de sa condition sociale.

## ARTICLE 111

*(Titularité et exercice du pouvoir)*

Le pouvoir politique appartient au peuple et s'exerce conformément à la Constitution.

## ARTICLE 112

*(Participation politique des citoyens)*

La participation directe et active des citoyens à la vie politique représente la condition et l'instrument fondamental de la consolidation du système démocratique.

## ARTICLE 113

*(Organes de souveraineté)*

1. Les organes de souveraineté sont le Président de la République, l'Assemblée de la République, le Gouvernement et les Tribunaux.

2. La formation, la composition, la compétence et le fonctionnement des organes de souveraineté ne sont définis que par la Constitution.

## ARTICLE 114

*(Séparation et interdépendance)*

1. Les organes de souveraineté doivent observer la séparation et l'interdépendance prescrites par la Constitution.

2. Aucun organe de souveraineté, de région autonome ou de collectivité locale ne peut déléguer ses pouvoirs à d'autres organes, sauf dans les cas prévus par la Constitution et par la loi.



MARTA SANTOS PAIS  
*(Membre du Bureau de Documentation  
et de Droit Comparé)*

**IV B. 1.**  
**LES SITUATIONS D'URGENCES**  
**EN DROIT**  
**CONSTITUTIONNEL**





1. Reconnaisant l'importance de la délimitation de la notion des situations d'urgence, surtout pour l'exercice des droits fondamentaux de l'homme, la Constitution portugaise s'occupe des états d'exception dans la Partie I, dédiée aux "Droits et Devoirs Fondamentaux", plus précisément dans l'article 19, relatif à "la suspension de l'exercice des droits".

Cet article détermine en effet que:

"1. Les organes de souveraineté ne peuvent, conjointement ou séparément, suspendre l'exercice des droits, libertés et garanties, sauf en cas d'état de siège ou d'état d'urgence proclamés de la façon prévue par la Constitution.

2. L'état de siège ou l'état d'exception ne peuvent être décrétés, sur la totalité ou une partie du territoire national, qu'en cas d'agression effective ou imminente de la part des forces étrangères, de perturbation ou de grave menace contre l'ordre constitutionnel démocratique ou de calamité publique.

3. L'état d'urgence est déclaré lorsque les conditions mentionnées au paragraphe précédent se révèlent de moindre gravité, et il ne peut déterminer que la suspension des droits, libertés et garanties susceptibles d'être suspendus.

4. L'option entre l'état de siège et l'état d'urgence, aussi bien que leurs déclarations et exécutions respectives, doivent respecter le principe de la proportionnalité et se limiter, nommément en ce qui concerne leur extension et durée et les moyens utilisés, à ce qui est strictement nécessaire au prompt rétablissement de la normalité constitutionnelle.

5. La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence est dûment fondée et contient la spécification des droits, libertés et garanties dont l'exercice est suspendu, l'état déclaré ne pouvant avoir une durée supérieure à quinze jours ou à la durée fixée par la loi lorsque découlant d'une déclaration de guerre, sans préjudice d'éventuelles prorogations, les mêmes limites étant sauvegardées.

6. La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence ne peut en aucun cas affecter les droits à la vie, à l'intégrité et à l'identité personnelles, à la capacité civile et à la citoyenneté, le principe de la non rétroactivité de la loi criminelle, le droit des inculpés à la défense et à la liberté de conscience et de religion.

7. La déclaration de l'état de siège et de l'état d'urgence ne peut modifier la normalité constitutionnelle dans les termes prévus par la Constitution et par la loi, et ne peut nommément affecter l'application des normes constitutionnelles relatives à la compétence et au fonctionnement des organes de souveraineté et du gouvernement propre des régions autonomes ou les droits et immunités de leurs titulaires respectifs.

8. La proclamation de l'état de siège ou de l'état d'urgence habilite les autorités à prendre les mesures nécessaires au rétablissement rapide de la normalité constitutionnelle."

2. Révélant une préoccupation accrue de précision, la Constitution a ainsi défini, suite à la loi de révision constitutionnelle de 1989, les notions des deux formes admises d'exception constitutionnelle, celles qui admettent la suspension de l'exercice des droits, libertés et garanties, en établissant une certaine gradation entre *l'état d'urgence*, applicable lors de la vérification des situations de moindre gravité, et *l'état de siège*.

Et la loi 44/86, du 30 septembre, qui a complété les dispositions constitutionnelles dans ce domaine, détermine que *l'état d'urgence* s'applique à des situations de moindre gravité, nommément des cas de calamité publique, tandis que *l'état de siège* est déclaré lorsque certaines circonstances se vérifient ou sont imminentes, c'est-à-dire, lorsque des actes de force ou d'insurrection compromettent la souveraineté, l'indépendance, l'intégralité territoriale ou l'ordre constitutionnel démocratique, et lorsque ces actes ne peuvent être éliminés par les moyens normaux prévus dans la Constitution et dans la loi.

D'un autre côté, dans une situation d'*urgence*, les pouvoirs des autorités administratives civiles pourront être renforcés, si nécessaire, les Forces Armées y accordant leur appui. A son tour, pendant l'*état de siège* les autorités civiles sont subordonnées aux autorités militaires ou remplacées par celles-ci.

### **3. La déclaration et l'exécution de l'état de siège ou de l'état d'urgence**

Les états d'exception ne peuvent être proclamés que selon la forme prévue par la Constitution. Cela veut dire que pour l'effective validité de ces situations d'exception, il faudra tenir compte du fondement de la mesure exceptionnelle, de la nature des droits suspendus, de la durée de l'état d'exception, de la proportionnalité des mesures prises, ou encore de la normalité constitutionnelle qu'il faudra préserver — conditions découlant des différents paragraphes de cet article 19. Et il faudra tenir encore compte des dispositions constitutionnelles relatives l'intervention des institutions démocratiques au moment de la proclamation et de l'application de l'état d'exception.

Dans ce chapitre la Constitution portugaise a une fois de plus manifesté un soin particulier dans la réglementation de cette question, renforçant la limitation des possibilités d'un recours injustifié ou abusif à ces mesures.

3.1. D'après l'article 137, par. 1 d) de la Constitution, il incombe au Président de la République de déclarer l'état de siège ou l'état d'urgence, compte tenu des articles 19 (reproduit ci-haut) et 141 (dans le même sens se manifeste l'article 10 de la loi 44/86).

A cet égard, le Président sollicite à l'Assemblée de la République l'autorisation pour déclarer l'état de siège ou d'urgence, dans un message fondé qui inclura notamment les faits qui justifient la déclaration et une mention à l'audition du Gouvernement et à la réponse de celui-ci (loi 44/86, article 24).

3.2. Aux termes de l'article 141, les états d'exception ne pourront être décrétés qu'après l'audition du Gouvernement et autorisation de l'Assem-

blée de la République ou de sa Commission Permanente, au cas où celle-là ne serait pas en réunion et qu'il s'avérerait impossible de la faire réunir d'immédiat.

*La Commission Permanente* siège en dehors de la période normale de fonctionnement de l'Assemblée de la République, y compris lorsque celle-ci a été dissoute (article 182 de la Constitution).

Or, dans le cas où la Commission Permanente aurait autorisé le Président de la République à déclarer l'état de siège ou d'urgence, elle devra procéder à la *convocation de l'Assemblée dans les plus brefs délais* (article 182 par. 4), de façon à ce que celle-ci, siégeant en session plénière et capable d'assurer des garanties plus effectives de fiscalisation, puisse ratifier la décision prise (voir aussi les articles 10 par. 2 et 26 de la loi 44/86).

### 3. 2.1. *L'Assemblée de la République*

Il appartient, en effet, à l'Assemblée de la République, dans l'exercice de ses fonctions de contrôle, d'apprécier l'application de la déclaration de l'état de siège et de l'état d'urgence (article 165 b) de la Constitution).

En tout état de cause, l'Assemblée de la République et sa Commission Permanente ne pourront introduire des mesures additionnelles, lorsqu'elles autorisent ou confirment l'autorisation (article 10 par. 3 de la loi 44/86), et ces autorisation et confirmation ne pourront être conditionnées.

Soit l'autorisation soit la confirmation par l'Assemblée de la République, soit encore le refus par la plénière auront la forme de loi (article 25 par. 2 de la loi 44/86). Les interventions de la Commission permanente suivront, à leur tour, la forme de Résolution.

Dans le cas où il y aurait un refus de la demande d'autorisation, les actes pratiqués entretemps, à l'abri de la déclaration, seraient valables (article 26 par. 3 de la loi 44/86), mais les citoyens maintiendraient pleinement leur droit d'accès aux tribunaux pour la défense de leurs droits, libertés et garanties lésés ou menacés de lésion par toute mesure inconstitutionnelle ou illégale, étant aussi applicables les dispositions concernant les crimes pour responsabilité (articles 6 et 7 de la Loi 44/86).

### 3.3. *L'intervention du Gouvernement*

L'article 141 exige aussi l'audition du Gouvernement pour que la déclaration de l'état d'exception puisse être faite. Cette audition aura lieu

aux termes de l'article 200, qui accorde au Gouvernement la compétence politique pour se prononcer sur la déclaration de l'état de siège et l'état d'urgence (article 200 par. 1 - f) de la Constitution).

#### 3.4. *Cessation de l'état d'exception*

Dans le cas où les circonstances qui ont justifié la déclaration de l'état d'exception se terminent, celle-là sera immédiatement abrogée, moyennant un décret du Président de la République, contresigné par le Gouvernement (article 13, par. 1 de la loi 44/86).

Mais les états de siège et d'urgence se terminent automatiquement lorsque le délai fixé dans leur déclaration s'écoule, ou encore par le refus de la plénière de l'Assemblée de la République, si la déclaration a été autorisée par sa Commission Permanente (article 13 par. 2 de la loi 44/86).

#### 3.5. *Contenu de la déclaration*

La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence doit inclure, de façon claire et expresse les éléments suivants, auxquels nous reviendrons un peu plus tard (article 14 de la loi 44/86):

- a) caractérisation et fondement de l'état déclaré
- b) portée territoriale
- c) durée
- d) spécification des droits, libertés et garanties dont l'exercice est suspendu ou restreint
- e) détermination, dans l'état de siège, des pouvoirs accordés aux autorités militaires
- f) détermination, dans l'état d'urgence, du degré de renforcement des pouvoirs des autorités administratives civiles et, le cas échéant, de l'appui assuré à celles-ci par les Forces Armées
- g) spécification des crimes soumis à la juridiction des tribunaux militaires.

#### 3.6. *Application de la déclaration*

Il a déjà été mentionné plus haut que l'Assemblée de la République doit apprécier l'application de la déclaration de l'état de siège ou d'urgence.

Mais c'est au Gouvernement d'assurer l'exécution de l'état de siège ou de l'état d'urgence, lui incombant de maintenir le Président de la République et l'Assemblée de la République informés (article 17 de la loi 44/86).

Avant l'écoulement d'un délai quinze jours suite à la fin de l'état d'exception, ou, dans le cas où celui-ci aura été renouvelé, de quinze jours suite à la fin de chaque période, le Gouvernement envoie à l'Assemblée de la République un rapport détaillé et, dès que possible documenté, des mesures prises pendant l'application de la déclaration respective.

L'Assemblée de la République, fondée sur ce rapport et sur d'autres documents ou éclaircissements qu'elle jugera utile, appréciera l'application de la déclaration respective sous la forme d'une résolution votée en plénière, où seront mentionnées, en particulier, les mesures nécessaires et adéquates à la responsabilisation civile et criminelle par violation aux dispositions de la déclaration ou aux dispositions légales applicables (article 29 de la loi 44/86).

### *3.7. Limitations*

La déclaration d'un état d'exception justifie encore deux autres limitations aux pouvoirs des organes de souveraineté. En effet, le Président de la République ne peut dissoudre l'Assemblée de la République lorsqu'un état de siège ou d'urgence est en vigueur (article 175 de la Constitution), circonstance qui renforce l'action de contrôle exercée par l'Assemblée pendant une situation d'exception. Et dans le cas où le Président aurait malgré tout décidé de dissoudre le Parlement, son décret serait juridiquement inexistant (paragraphe 2 de ce même article 175).

D'un autre côté, aucun acte de révision constitutionnelle ne peut être réalisé pendant la situation d'exception (article 289 de la Constitution), étant ainsi sauvegardée toute tentative de bénéficier de cette circonstance pour modifier le texte fondamental.

## **4. Principes applicables aux situations d'exception**

Tenant compte des dispositions constitutionnelles et légales susmentionnées, il est possible de souligner quelques principes fondamentaux

caractérisant les situations d'exception dans le système juridique portugais. Nous les analyserons ci-après.

Mais avant, qu'il nous soit permis de rappeler que le Portugal a ratifié deux instruments internationaux se penchant sur les états d'exception — la Convention européenne des Droits de l'Homme et le Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques.

Etant donné l'article 8 de la Constitution, et en particulier son paragraphe 2, les droits prévus par les Conventions et Accords internationaux, après leur ratification et publication dans le journal officiel, produisent leurs effets sur le plan intérieur pour autant qu'ils lient internationalement l'Etat portugais, en engageant directement toute entité publique ou privée (article 18 de la Constitution).

Les dispositions de ces deux instruments s'appliquent donc directement au Portugal, étant donné que le droit conventionnel occupe un rang infra-constitutionnel et supra-légal, toute mesure contraire à leur contenu justifiant le recours aux tribunaux nationales et aux instances de Strasbourg (le Portugal a reconnu la compétence de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'Homme) ou au Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies (le Portugal a aussi déjà ratifié le premier Protocole Additionnel au Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques).

Compte tenu de la ratification de ces deux instruments, lors de la déclaration d'un état d'exception, le Portugal devra notifier le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe et, par l'entremise du Secrétaire Général de l'Organisation des Nations Unies, les Etats parties au Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques, des mesures adoptées et de leurs fondements, aussi bien que de la date où les dérogations ont pris fin.

#### 4.1. *Principe de la menace exceptionnelle*

D'après le texte constitutionnel et la loi 44/86, les états d'exception ne pourront être déclarés que dans les cas d'aggression effective ou imminente de la part des forces étrangères ou de grave menace ou perturbation contre l'ordre constitutionnel démocratique — notamment lorsque la souveraineté, l'indépendance ou l'intégrité territoriale sont mises en cause —, ou encore de calamité publique (article 19 par. 2 de la Constitution et articles 1.<sup>er</sup> et 8 de la loi 44/86).

Il doit ainsi s'agir d'un *danger actuel ou imminent*, ce qui empêchera que les restrictions décrétées ne puissent être légalement appliquées à des fins purement prospectives ou abstraites.

D'un autre côté, la menace pourra peser sur une *partie ou la totalité du territoire*, selon la portée géographique des causes qui ont déterminé la déclaration de l'état d'exception, une proportionnalité se justifiant entre la partie du territoire et les mesures d'exception nécessaires pour maintenir ou rétablir la normalité (articles 19 par. 2 de la Constitution et 4 de la loi 44/86).

Il faudra enfin que la menace actuelle et imminente soit effectivement *exceptionnelle*, ne pouvant être éliminée par les moyens normaux prévus dans la Constitution et dans la loi, de par leur nature insuffisants à cette fin (article 8 de la loi 44/86).

#### 4.2. *Principe de la Publicité*

Vu les effets déclenchés par la déclaration d'un état d'exception, notamment en ce qui concerne la suspension de l'exercice des droits, libertés et garanties, il s'impose naturellement que la publicité soit assurée à la déclaration et que celle-ci inclue les éléments fondamentaux caractérisant la situation exceptionnelle.

a) Publicité avant tout de nature *formelle*. On l'a déjà souligné plus haut, la déclaration formulée par le Président de la République revêt la forme de décret, l'autorisation, confirmation ou le refus par l'Assemblée de la République revêtent la forme de loi et sa Commission Permanente agit sous la forme de résolution — tous ces actes étant publiés au journal officiel.

Cette circonstance, alliée au fait que le Parlement contrôle l'application de la déclaration, mène à écarter les situations exceptionnelles de fait, soit la prise de mesures dérogatoires sans proclamation de l'état d'exception, soit le maintien de mesures suite à l'abrogation de l'état d'exception.

b) Mais encore la publicité *matérielle*, se rapportant au contenu de la déclaration de la situation exceptionnelle. A cet égard, il a déjà été dit que la déclaration doit inclure clairement et expressément un certain nombre d'éléments, considérés essentiels.



## CARACTERISATION ET FONDEMENT DE L'ARRET D'EXCEPTION DECLARE

La déclaration doit définir la figure juridique de l'état d'exception — état de siège ou état d'urgence, d'après les circonstances exceptionnelles qui le justifient — en respectant le principe de la proportionnalité et en se limitant aux mesures strictement nécessaires au rétablissement rapide de la normalité constitutionnelle.

D'un autre côté, la déclaration doit être fondée de façon adéquate. C'est-à-dire, il doit être clair qu'il s'agit d'une situation exceptionnelle actuelle ou imminente qui ne peut être dépassée par le simple recours aux moyens normaux prévus par la Constitution et la loi.

Il faut aussi qu'il s'agisse d'une des circonstances définies par la Constitution et la loi, soit l'instabilité intérieure ("grave menace ou perturbation de l'ordre constitutionnel démocratique"), soit l'agression extérieure de la part de forces étrangères, soit encore des facteurs naturels ("calamité publique").

## PORTEE TERRITORIALE

On l'a déjà vu, il faut que la déclaration détermine si elle s'applique sur la globalité ou seulement sur une partie du territoire, en établissant une proportionnalité entre ce territoire et la nécessité des mesures adoptées, notamment à l'égard des droits, libertés et garanties suspendus (article 4 de la loi 44/86).

## DUREE

L'encadrement juridique portugais reflète le principe selon lequel l'état d'exception, de par sa nature, doit se limiter à la période strictement nécessaire à la sauvegarde des droits et intérêts qu'il se destine à protéger et au rétablissement de la normalité.

Conscient que la pérennisation des états d'exception contribue à l'érosion des droits fondamentaux de l'homme, vu l'institutionnalisation des restrictions à leur exercice, et invite à une intervention arbitraire des pou-

voirs publics, il a été prévu une règle suivant laquelle l'état déclaré ne pourra avoir une durée supérieure à quinze jours.

Il peut naturellement se justifier de renouveler l'état d'exception, ou même de modifier le contenu des mesures prises, mais à ce moment-là les garanties établies par la Constitution et par la loi impliquent l'application du régime défini pour la déclaration initiale, les mêmes limites étant sauvegardées (article 19 par. 5 de la Constitution et articles 5 et 25 de la loi 44/86).

La durée de l'état d'exception doit être fixée par la mention du jour et de l'heure de son commencement et de sa fin.

## SPECIFICATION DES DROITS, LIBERTES ET GARANTIES DONT L'EXERCICE EST SUSPENDU

Il s'agit d'un domaine de la plus grande importance, qui peut contribuer décisivement à un climat de sérénité et de certitude au sein de la population, justement à un moment caractérisé par la crainte et l'instabilité.

Il faut absolument être conscient de la liste des droits que l'on est empêché d'exercer pendant la période d'exception, des conditions établies pour l'action de chacun, d'un côté l'individu qui doit s'abstenir de pratiquer ce qui est interdit, de l'autre les pouvoirs publics, invités à ne pas imposer des mesures qui se placent au-delà de la limite que la déclaration leur impose, à l'abri de la Constitution de la loi.

La suspension de l'exercice des droits fondamentaux n'empêche naturellement l'application du principe de l'interdiction de l'excès, c'est-à-dire:

- a) l'état d'exception sera déclaré seulement dans le cas où il s'avère nécessaire et adéquat pour dépasser les situations de danger exceptionnel prévues par la Constitution.
- b) la suspension s'applique seulement aux droits, libertés et garanties dont l'exercice met en danger les objectifs de l'état d'exception.

Dans ce domaine, il faudra tenir compte des limites qui découlent de l'encadrement juridique, que reflète la conscience et l'exceptionnalité de l'état déclaré et l'exigence de la proportionnalité et compatibilité entre la

gravité de la situation et la nature des mesures prises visant au prompt rétablissement de la normalité.

- a) Tout d'abord, il y a un noyau dur de droits, libertés et garanties insusceptibles d'être suspendus, des droits indérogeables ou intangibles.

La Constitution mentionne le droit à la vie, à l'intégrité et à l'identité personnelles, à la capacité civile et à la citoyenneté, le principe de la non rétroactivité de la loi criminelle, le droit des inculpés à la défense et la liberté de conscience et de religion (article 19 par. 6, confirmé par la loi 44/86 dans son article 2 par. 1).

Mais, nous l'avons déjà affirmé, le Portugal a ratifié soit la Convention européenne des Droits de l'Homme, soit le Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques qui se rapportent aussi au droit de ne pas être tenu en esclavage (respectivement dans leurs articles 15 et 4).

Or, étant donné que selon la Constitution portugaise s'applique directement le droit conventionnel lorsque régulièrement ratifié après sa publication officielle (article 8 par. 2), et que selon l'article 16 par. 1 "les droits fondamentaux énoncés dans la Constitution n'excluent pas les autres droits découlant des lois et des règles applicables de droit international", il s'impose d'inclure dans ce noyau dur intangible aussi le droit de ne pas être tenu en esclavage.

A notre avis, d'ailleurs, le fait qu'il n'ait pas été jugé nécessaire de mentionner explicitement ce droit, dans le cadre de l'article 19 de la Constitution, ne peut se justifier que par le fait que le Portugal a aboli l'esclavage depuis longtemps dans la loi et dans les moeurs, l'intégrité physique et morale des individus étant reconnue comme inviolable (article 25 de la Constitution).

Le fait que la Constitution mentionne un noyau de droits intangibles ne veut naturellement pas dire que tous les autres droits pourront ou devront être suspendus lors de la déclaration d'un état d'exception. En effet, chaque situation exigera la pondération des mesures à adopter, des mesures qui se justifieront dans le cas où elles sont proportionnelles au danger souffert ou imminent, s'avèrent compatibles avec les objectifs qu'elles poursuivent et respectent les obligations découlant de l'encadrement juridique applicable, sur le plan national ou international.

- b) En deuxième lieu, la suspension des droits dérogeables doit toujours respecter les principes de l'égalité et de la non discrimination

(Loi 44/86, article 2 par. 2), à considérer notamment dans l'esprit de l'article 13 de la Constitution, qui détermine:

“1. Tous les citoyens ont la même dignité sur le plan social et sont égaux devant la loi.

2. Nul ne peut être privilégié, avantagé, défavorisé, privé d'un droit ou exempté d'un devoir en raison de son ascendance, de son sexe, de sa race, de sa langue, de son lieu d'origine, de sa religion, de ses convictions politiques ou idéologiques, de son instruction, de sa situation économique ou de sa condition sociale.”

Qu'il nous soit d'ailleurs permis de mentionner que les étrangers et les apatrides séjournant ou résidant au Portugal jouissent des droits et sont soumis aux devoirs des citoyens portugais. Ils sont uniquement empêchés de l'exercice des fonctions publiques n'ayant pas un caractère essentiellement technique, des droits politiques, (quoique des exceptions aient été admises à l'égard des élections locales, selon certaines conditions) et des droits et des devoirs que la loi réserve exclusivement aux citoyens portugais (article 15 de la Constitution).

c) La suspension de l'exercice des droits, libertés et garanties devra encore obéir aux limites suivantes (article 2 par. 2 de la loi 44/86):

- la fixation de la résidence ou la détention de personnes fondée sur la violation des normes de sécurité en vigueur, sera toujours transmise au juge d'instruction compétent dans un délai maximum de 24 heures après son occurrence, le droit de *l'habeas corpus* étant notamment assuré;
- la réalisation de perquisitions domiciliaires et le recueil de différents moyens d'obtention de preuve feront l'objet d'un procès verbal et seront transmis au juge d'instruction, accompagnés d'une information sur les causes et les résultats respectifs;
- dans le cas de circulation conditionnée ou interdite de personnes ou de véhicules, les autorités devront assurer les moyens nécessaires à l'accomplissement de la déclaration, particulièrement en ce qui concerne le transport, le logement et la manutention des citoyens affectés;

- la suspension de publications, émissions de radio et télévision et spectacles de cinéma ou théâtre, aussi bien que la saisie de publications, pourront être déterminées;
- les réunions des organes statutaires des partis politiques, syndicats et associations professionnelles ne seront en aucun cas interdites, dissoutes ou soumises à une autorisation préalable.

#### DETERMINATION, DANS L'ETAT DE SIEGE, DES POUVOIRS ACCORDES AUX AUTORITES MILITAIRES

L'article 8 par. 2 de la Loi 44/86 détermine que dans une situation d'état de siège il y aura lieu à une subordination des autorités civiles aux militaires, celles-ci pouvant même les remplacer.

Les forces de sécurité seront placées, à des fins opérationnelles, sous l'autorité du Chef de l'Etat Majeur des Forces Armées, à travers leurs commandants-généraux respectifs.

Les autorités administratives civiles continuent à exercer la compétence qui, aux termes de la déclaration, n'ait pas été affectée par les pouvoirs accordés aux autorités militaires, devant fournir à celles-ci les éléments d'information qui leur soient demandés.

#### DETERMINATION DANS L'ETAT D'URGENCE DU DEGRE DE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DES AUTORITES ADMINISTRATIVES CIVILES

Dans l'état d'urgence, il faudra que la déclaration indique si le renforcement des pouvoirs des autorités civiles est nécessaire et détermine dans quelle mesure les Forces Armées les devront appuyer (article 9 de la loi 44/86).

Bien sûr, soit dans l'état de siège soit dans l'état d'urgence, les autorités en général devront prendre les mesures nécessaires et adéquates au prompt rétablissement de la normalité (article 19 de la loi 44/86).

## SPECIFICATION DES CRIMES SOUMIS A LA JURIDICTION DES TRIBUNAUX MILITAIRES

La déclaration doit aussi faire mention spécifique des crimes soumis à la juridiction des tribunaux militaires.

C'est seulement dans la situation de l'état de siège — la situation la plus grave — que les tribunaux militaires se voient accorder une compétence élargie.

Les tribunaux militaires, il faut ne pas l'oublier, appartiennent à l'appareil judiciaire portugais, étant l'une des catégories prévues par la Constitution des organes chargés de défendre des droits et des intérêts légalement protégés, de réprimer la violation de la légalité démocratique et de régler les conflits d'intérêts (articles 205 et 211).

Les tribunaux militaires y assument donc un rôle propre qui comprend, aux termes de l'article 22 de la loi 44/86, outre les crimes que la déclaration-même place sous leur juridiction:

- l'instruction et le jugement des infractions aux dispositions de la déclaration de l'état de siège;
- l'instruction et le jugement des crimes dolosifs ayant directement trait aux causes qui aux termes de la déclaration, caractérisent et déterminent l'état de siège, commis contre la vie, l'intégrité physique et la liberté des individus, le droit à l'information, la sûreté des communications, le patrimoine, l'ordre et la paix publics pendant toute la durée de la déclaration (article 22 de la loi 44/86).

### 4.3 *Principe de la Proportionnalité*

Nous avons déjà abordé cette réalité, qui découle fondamentalement de l'article 19 par. 4 de la Constitution, confirmé par la loi 44/86 (article 3) qui détermine justement que la déclaration de l'état d'exception doit respecter ce principe de la proportionnalité et se limiter au strictement nécessaire, en ce qui concerne son extension, durée et les moyens utilisés, visant au rétablissement de la normalité constitutionnelle.

- a) Il doit naturellement exister une relation de proportionnalité entre le fait exceptionnel, la menace actuelle ou imminente, et les mesures d'exception prises pour y faire face, considérées adéquates aux fins visées. C'est-à-dire, il s'impose une proportionnalité *matérielle*.

- b) D'un autre côté, il s'impose une proportionnalité *territoriale*, qui déterminera l'application de la déclaration à tout le territoire ou seulement à une partie, selon la gravité de la situation et son adéquation au prompt rétablissement de la normalité.
- c) Enfin, il faudra tenir compte d'une proportionnalité *temporale*, qui mènera à maintenir l'état d'exception pendant la période minimale nécessaire à la sauvegarde des droits et intérêts qu'il vise protéger et au rétablissement de la normalité, la Constitution établissant la limite de quinze jours, sans préjudice d'éventuelles prorogations, soumises aux limites et conditions de la déclaration initiale (article 19 par. 5 de la Constitution).

Réflète de cette réalité est l'article 13 de la loi 44/86, qui détermine que lorsque les circonstances qui ont justifié la déclaration de l'état d'exception se terminent, celle-là sera immédiatement abrogée par un décret du Président de la République.

#### 4.4. *Principe de l'intangibilité des Droits Fondamentaux*

La Constitution énonce les droits, libertés et garanties considérés indérogeables, c'est-à-dire, à respecter en toute circonstance. Dans cette liste, comme mentionné plus haut, il faudra inclure aussi le droit de ne pas être tenu en esclavage, mentionné par la Convention européenne des Droits de l'Homme et le Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques, l'une et l'autre ratifiés par le Portugal.

Parmi les droits intangibles, une mention se justifie à l'égard des droits de défense de l'accusé. En effet, s'il pouvait y avoir des doutes sur la portée de cette expression, notamment sur le point savoir si l'on y incluait ou non tous les droits de défense, la loi 44/86 a contribué à rendre plus claire cette expression. En effet, l'on y établit que l'individu doit bénéficier, *notamment* de l'*habeas corpus*.

Il s'agit, en effet, d'une importante garantie procédurale, à invoquer contre tout abus de pouvoir sous forme d'arrestation ou de détention illégale devant une instance judiciaire ou militaire, selon le cas, garantie qui pourra être demandée soit par l'intéressé soit par tout citoyen jouissant de ses droits politiques (article 31 de la Constitution).

#### 4.5. *Principe d'un système de contrôle*

##### a) *Parlementaire*

Au moment de décrire le mécanisme prévu pour la déclaration et l'exécution d'un état d'exception, qu'il s'agisse d'un état de siège ou d'urgence, l'action du Parlement a été largement décrite, révélant de façon inéquivoque l'importance de son intervention pour autoriser (article 164 de la Constitution), confirmer l'autorisation donnée par la Commission Permanente (article 182 de la Constitution) ou refuser celle-ci, ou encore pour veiller à son application, sur la base des rapports fournies par le Gouvernement (aux termes de l'article 165 de la Constitution).

Cette préoccupation découle aussi de l'établissement de la réserve absolue de compétence de l'Assemblée de la République pour légiférer en matière de régime d'états d'exception (article 167-e)).

Elle est en outre réflétée dans l'interdiction imposée au Président de la République de dissoudre l'Assemblée de la République pendant un état d'exception (article 175 de la Constitution), ou encore dans l'impossibilité de procéder à une révision constitutionnelle pendant une telle situation (article 289 de la Constitution) (voir point 3.7. ci-haut).

##### b) *Judiciaire*

L'appréciation des dispositions constitutionnelles permettent de dégager une préoccupation déterminée pour préserver la compétence des tribunaux civils et limiter l'intervention des tribunaux militaires.

Tout d'abord, pendant un état d'exception les citoyens maintiennent pleinement le droit d'accès aux tribunaux pour la défense de leurs droits, libertés et garanties lésés ou menacés de lésion par toute mesure inconstitutionnelle ou illégale (article 6 de la loi 44/86).

D'un autre côté, les tribunaux civils, à l'exception de la compétence spécifique accordée aux tribunaux militaires, déjà mentionnée, gardent leur compétence propre et poursuivent l'exercice de leurs fonctions, veillant notamment à ce que soient respectées les normes constitutionnelles et légales qui régissent l'état d'exception déclaré (articles 22 et 23 de la loi 44/86).

Dans ce cadre, la Constitution détermine, en effet, que la déclaration de l'état de siège ou d'urgence ne peut affecter l'application des normes constitutionnelles relatives à la compétence et au fonctionnement des orga-



nes de souveraineté (article 19 par. 7), les tribunaux étant justement ceux chargés de l'administration de la justice au nom du peuple (article 205 de la Constitution).

Or, étant vrai que les situations d'exception viabilisent très souvent la pratique d'abus, nommément en ce qui concerne l'arrestation et la détention pour des périodes très longues et sans appréciation de la légalité de cette privation de liberté, la manutention de la compétence et action des tribunaux civils constitue une garantie de la plus grande importance, vu leur indépendance et impartialité.

c) Mais le système juridique portugais a encore prévu une autre garantie de contrôle dans le cadre de la défense de la légalité démocratique et des droits des citoyens. En effet, l'Office du Procureur Général de la République et le Service du Médiateur (*Provedor de Justiça*) maintiennent le plein exercice de leurs fonctions, siégeant en permanence (article 18 de la Loi 44/86).

Cette prévision se révèle de grande importance, vu les compétences de ces institutions. En effet, il incombe à l'Office du Procureur Général de la République, organe supérieur du Ministère Public, la défense de la légalité démocratique (articles 224 à 226 de la Constitution).

A son tour, le *Provedor de Justiça* est un organe public indépendant, désigné par l'Assemblée de la République, dévoué à la défense des droits et intérêts légitimes des citoyens, moyennant le recours à des moyens informels qui assurent la garantie de la légalité et de la justice de l'Administration (article 23 de la Constitution).

#### 4.6. *Principe du dédommagement*

Pendant un état d'exception, et malgré les limites découlant de l'encadrement législatif, il se peut que les citoyens souffrent des excès, nommément en raison de l'utilisation abusive des mesures prescrites par la déclaration de l'état de siège ou d'urgence, par les autorités publiques.

De ce fait, la loi a établi la responsabilité de l'Etat, en prevoyant l'attribution d'une indemnisation à ceux ayant souffert une violation des

droits, libertés et garanties du fait de la déclaration, ou d'une mesure inconstitutionnelle ou illégale prise pendant l'application de cette déclaration, notamment en raison de privation de liberté illégale ou injustifiée (article 2 par. 3 de la loi 44/86).

## CONCLUSION

En se penchant sur la réalité des états d'exception, la Constitution de la République a naturellement reflété les traits fondamentaux de l'Etat portugais, Etat de droit démocratique, fondé sur la souveraineté populaire, le pluralisme d'expression et l'organisation politique démocratiques et sur le respect et la garantie de l'application effective des droits et libertés fondamentaux.

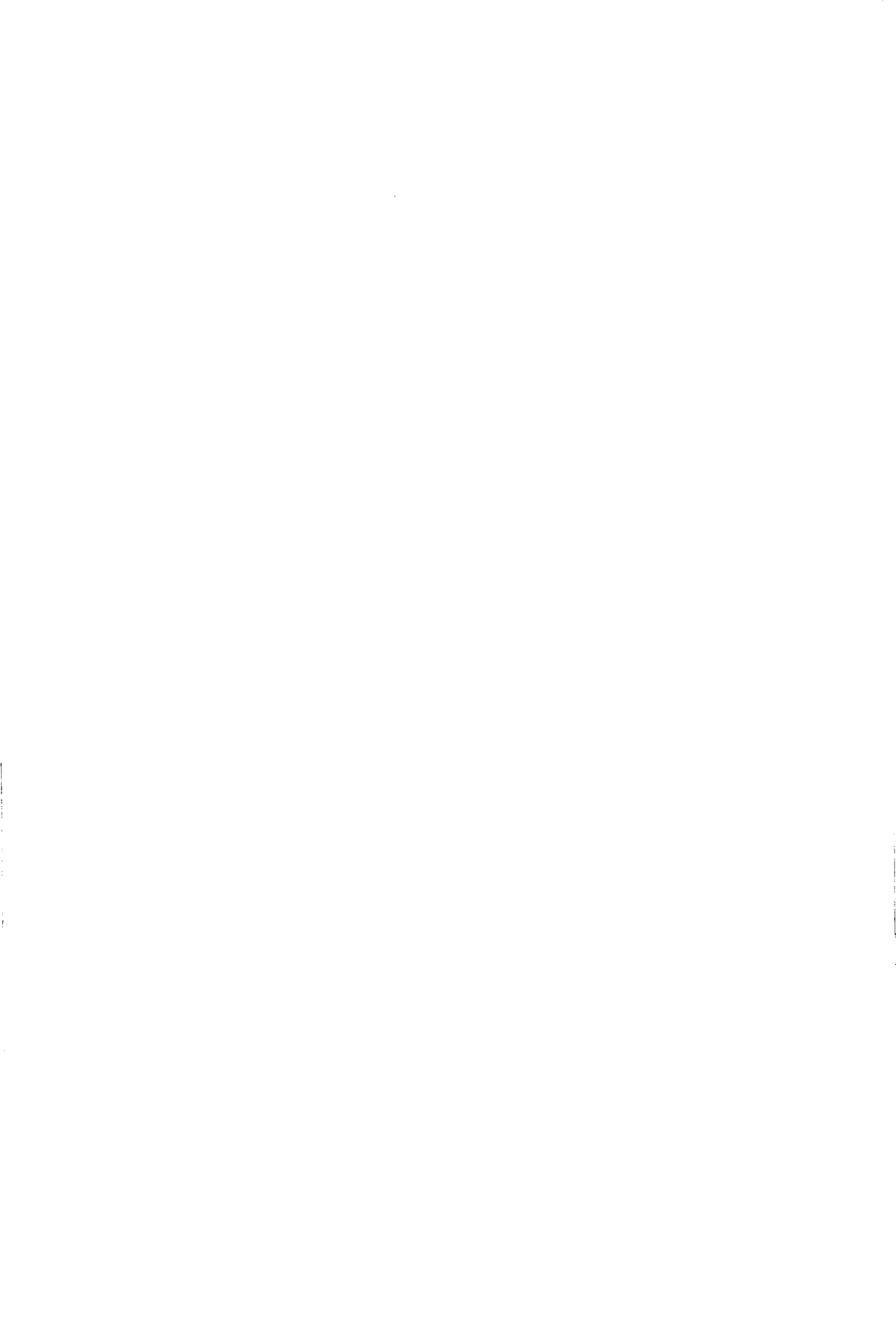
Le respect des droits de l'homme a mené à considérer, parmi les tâches prioritaires de l'Etat, la garantie des droits et libertés fondamentaux et le respect des principes de l'Etat de droit démocratique.

D'un autre côté, il a été reconnu que les dispositions constitutionnelles relatives aux droits, libertés et garanties sont d'application directe et engagent toutes les entités, publiques ou privées.

C'est donc en tant que régime exceptionnel que la suspension de l'exercice des droits de l'homme, en raison de la déclaration d'un état d'exception, a été réglementée, assurant la sauvegarde des éléments essentiels de cet état de droit démocratique fondé sur la dignité de la personne humaine.

**MÁRIO TORRES**  
Procureur Général Adjoint  
près la Cour Constitutionnelle

**IV B.**  
**LE “CONSTITUTIONNALISME”**



## 1 — Introduction historique

Les trois premières Constitutions portugaises écrites, relatives à la période de la monarchie libérale (Constitution de 1820, Charte Constitutionnelle de 1826, Constitution de 1838), n'abordent pas la question du contrôle de la constitutionnalité des lois, vu l'époque et surtout vu le poids décisif que les idées politiques françaises ont eu dans l'élaboration de ces trois premières Lois Fondamentales écrites. En effet, en France, on repoussait l'idée de confier l'appréciation de la constitutionnalité des lois au pouvoir judiciaire — idée qui avait fait lentement son chemin, à partir d'une décision de 1796 de la Cour Suprême Fédérale des États-Unis, et s'était transformée en précédent invariablement respecté depuis l'affaire *Marbury V. Madison*, jugée en 1803 —, car elle entraînait ce qui était considéré comme une immixtion intolérable d'un pouvoir (le pouvoir judiciaire) dans le champ de compétence d'un autre pouvoir (le pouvoir législatif). La voie préférée, depuis la Révolution de 1789 — et cela même sous la Constitution de 1791 où était évidente l'influence de la solution politique adoptée en Amérique du Nord —, avait été celle de la compétence exclusive du Parlement en matière de contrôle de la constitutionnalité.

Cette solution, selon MARQUES GUEDES<sup>(1)</sup>, entraînait deux conséquences que la pratique avait mises brutalement en évidence. La première était la non application de l'idée de rigidité constitutionnelle: du fait de la prépondérance donnée à l'institution parlementaire et du pouvoir, attri-

---

(1) Préface à l'ouvrage collective *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Economica, Paris, 1989, p. 9.

bué au Parlement et à lui seul, d'apprécier de façon exclusive la constitutionnalité des lois, le texte constitutionnel était entièrement à le merci des Chambres, puisqu'il suffisait que le Parlement évitât de se prononcer sur la non-constitutionnalité de règles incompatibles avec la Loi Fondamentale pour que cette dernière soit considérée comme implicitement modifiée.

Deuxièmement, cela revenait à placer les magistrats, les administrateurs et les citoyens, lorsqu'ils étaient confrontés à des normes non conformes à la Constitution, "devant le dilemme de devoir, ou bien écarter la loi au nom de la Constitution offensée, ou bien écarter la Constitution par amour de la loi et attachement aux institutions parlementaires".

C'est seulement la Constitution républicaine du 21 août 1911, élaborée à la suite de la Révolution du 5 octobre 1910, qui consacra explicitement, pour la première fois, le principe du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Selon son article 63: "Le pouvoir judiciaire, lorsque, dans les faits soumis à jugement, une des parties conteste la validité de la loi ou des textes, émanant du pouvoir exécutif ou d'institutions dotées de l'autorité publique, qui sont invoqués dans le procès, appréciera sa légitimité constitutionnelle ou leur conformité avec la Constitution et les principes qu'elle consacre". Ce dispositif était complété par l'assurance que seule devait être respectée par la loi promulguée conformément à la Constitution (article 3: "La Constitution assure aux portugais et aux étrangers résidant dans le pays l'inviolabilité des droits relatifs à la liberté, à la sécurité et à la propriété, dans les termes suivants: (...) 2.º La Loi est égale pour tous, mais seule celle promulguée dans les termes de la Constitution doit être respectée").

Fut ainsi adoptée une solution différente de celle accueillie pendant la monarchie constitutionnelle (1820-1910), solution défendue par la doctrine depuis la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>(2)</sup>, et coïncidant avec celle adoptée en Amérique du Nord, et au Brésil après la Constitution républicaine de 1891. C'était, en somme, la reconnaissance du contrôle diffus et inciden-

---

(2) Selon le professeur Marnoco e Souza (*Direito Político*, 1910. p. 783): "Il peut sembler que le pouvoir judiciaire doit appliquer chez nous les lois non-constitutionnelles, puisque notre Constitution s'est inspirée des principes de la Révolution française. Mais la distinction que notre Constitution établit entre la fonction constituante et la fonction législative ordinaire amène naturellement à une toute autre conclusion. Seul le pouvoir législatif ordinaire peut élaborer des lois dans le cadre des limites de la Constitution et ainsi seulement celles qui répondraient à telles conditions peuvent être appliquées par le pouvoir judiciaire".

tal des lois (*judicial review*, *richterliches Prüfungsrecht*), confié à la généralité des tribunaux ordinaires (intégrant le pouvoir judiciaire) dans le cadre des cas concrets qu'ils étaient appelés à résoudre.

Selon CARDOSO DA COSTA<sup>(3)</sup>, le fait est surprenant, compte tenu du contexte de la doctrine constitutionnelle européenne de l'époque et de l'accent radicalement parlementaire de la Constitution républicaine de 1911. Mais pour cela il existe une explication: la nette reconnaissance par la doctrine constitutionnelle portugaise de la distinction entre la loi constitutionnelle et la loi ordinaire et de la prééminence de la première sur la seconde. Ainsi, la Constitution portugaise de 1911 assumait un caractère précurseur dans l'espace européen dans la consécration du principe selon lequel aussi les tribunaux ont accès direct à la Constitution, leur appartenant, dans l'exercice de cette faculté, de contrôler même la conformité, constitutionnelle de la loi parlementaire. Ainsi, le droit constitutionnel portugais fut-il un des premiers ponts par lequel ce principe, fermement reconnu par la doctrine et le droit nord-américain depuis le début de son histoire constitutionnelle, a changé pour le constitutionnalisme du vieux continent.

Le principe selon lequel rentre dans la compétence des tribunaux en général le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois fera pour toujours partie intégrante du patrimoine juridique portugais.

Le contrôle contentieux diffus est reconnu par l'article 122 (puis 123) de la Constitution de 1933 en des termes plus complets que ceux de la Constitution de 1911, puisque il relève de la propre compétence officieuse du juge. C'était la reconnaissance accomplie de l'idée de *judicial review*, en tant que vrai pouvoir-devoir des tribunaux de vérifier la correction constitutionnelle des lois qu'ils devraient appliquer et de refuser l'application de celles qui n'étaient pas conformes à la Constitution.

Signalons cependant que l'objectif fondamental reconnu à la faculté de *judicial review*, dans le cadre des Constitutions de 1911 et de 1933, c'était d'assurer la conformité "matérielle" ou "substantive" des règles de droit ordinaire face à la Constitution, et non pas le contrôle de la "régularité formelle et organique" des lois, c'est à dire, le contrôle du respect des règles constitutionnelles concernant soit le procès de l'élaboration des lois soit la compétence pour son émission.

---

(3) "O Tribunal Constitucional Português: a sua origem histórica", in *Festschrift für WOLFGANG ZEIDLER*, p. 351.

On doit reconnaître que ce régime n'a pas connu une effectivité pratique significative: en effet, ont été très rares les décisions des tribunaux portugais, pendant la vigence des Constitutions de 1911 et de 1933, qui ont déclaré l'inconstitutionnalité de normes juridiques. La reconnaissance, par ces textes constitutionnels, du contrôle diffus de la constitutionnalité a surtout eu la valeur d'une affirmation de principe.

Ce contrôle a connu un développement extraordinaire dans le nouveau cadre constitutionnel issu de la Constitution de 1976, à la suite de la Révolution du 25 avril 1974. Le nouveau système, qui sera analysé dans le numéro suivant, a bénéficié de deux facteurs de développement.

En premier lieu, la "réalité constitutionnelle", c'est à dire, le conditionnalisme politique, culturel, social et économique, était représentée par une société politiquement diversifiée et contrastante et face à l'institution d'un procès politique plural caractérisé par fortes clivages idéologiques et sociales. En plus, la "régionalisation" de l'État engendra inévitablement des conflits entre les organes centraux de la République et les organes autonomes régionaux. Tout ça amenait à une intense revalorisation normative de la Constitution et réclamait une garantie accrue du respect du compromis institutionnel et politique qu'elle représentait. D'autre part, l'idée du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois s'enracina et se développa en Europe, avec la diffusion du modèle autrichien du contrôle concentré en des cours constitutionnelles.

C'est dans ce cadre que la Constitution de 1976 a introduit un système complexe de la constitutionnalité des lois, qui a connu de significatifs développements à la suite des deux révisions constitutionnelles de 1982 et de 1989. C'est le système actuel, après la révision de 1989, que nous exposons par la suite.

## **2 — Le système actuel de contrôle de la constitutionnalité des lois**

Le système actuel est un système assez complexe, qui combine le contrôle diffus avec le contrôle concentré et le contrôle abstrait (a priori, a posteriori et par omission) avec le contrôle concret.



## 2.1 — *L'inconstitutionnalité par omission*

D'après l'exposé de PIERRE BON<sup>(4)</sup>, toute Constitution est un ensemble de règles que les pouvoirs publics, et notamment le pouvoir législatif, doivent respecter lorsqu'ils prennent les mesures positives qui rentrent dans leur champ de compétence respectif. Si, par exemple, le Parlement adopte une loi qui va à l'encontre des dispositions de la Constitution, il commet une inconstitutionnalité que le juge constitutionnel sanctionnera en annulant en principe la loi en question. La juridiction constitutionnelle agira alors comme un législateur négatif (Kelsen), paralysant le pouvoir législatif intervenu inconstitutionnellement.

Mais les exigences de la Constitution peuvent également être reconçues à raison de l'inertie des autorités normatives qui ne prennent pas les mesures nécessaires à l'exécution des dispositions de la Constitution, surtout si celle-ci, comme c'est le cas de la Constitution portugaise, a un contenu très largement "programmatique".

L'article 283 de la Constitution institue une procédure particulière destinée à mettre en évidence et à réparer les inconstitutionnalités par omission, conçues comme le "non-respect de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires pour rendre exécutoires les normes constitutionnelles".

## 2.2 — *Le contrôle a priori (contrôle abstrait préventif)*

Le contrôle *a priori* est exclusivement un contrôle de constitutionnalité (et non aussi un contrôle de légalité, comme dans le cadre du contrôle abstrait *a posteriori* et du contrôle concret), c'est-à-dire un contrôle exercé tant par rapport aux dispositions de la Constitution que par rapport aux principes qui y sont consacrés.

Le Président de la République peut déférer au contrôle *a priori* de la juridiction constitutionnelle une norme quelconque contenue dans un traité international qui lui a été soumis pour ratification, dans un décret qui lui a été soumis pour promulgation comme loi ou décret-loi, ou dans un accord international dont le décret d'approbation lui a été soumis pour signature.

Les Ministres de la République (représentants de la souveraineté de la République près des Régions Autonomes des Açores et Madère) peuvent

---

(4) *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, pp. 21 ss.

déférer au contrôle *a priori* de la juridiction constitutionnelle une norme quelconque contenue dans un décret législatif régional ou dans un décret réglementaire régional qui applique les lois générales de la République et qui lui a été soumis pour signature.

Finalement — et c'est une innovation de la révision constitutionnelle de 1989 —, le Premier-Ministre ou 1/5 des Députés à l'Assemblée de la République (Parlement), c'est-à-dire 50 Députés, peuvent aussi déférer à la Cour Constitutionnelle le contrôle *a priori* des normes contenues dans un décret soumis au Président de la République pour promulgation comme loi organique (c'est-à-dire, lois concernant: (a) les élections des titulaires des organes de souveraineté; (b) le régime du référendum; (c) l'organisation, le fonctionnement et la procédure devant la Cour Constitutionnelle; (d) l'organisation de la défense nationale, la définition des devoirs d'elle découlants, et les bases générales de l'organisation, du fonctionnement et de la discipline des Forces Armées; (e) les régimes de l'état de siège et de l'état d'urgence).

Les effets des jugements du Tribunal Constitutionnel varient selon ils relèvent ou ne relèvent pas d'une inconstitutionnalité concernant la norme soumise à son appréciation. Dans ce dernier cas, le Président de la République et les Ministres de la République peuvent soit promulguer ou signer les lois ou les décrets en cause soit exercer son droit de veto politique.

Dans la première hypothèse (jugements relevant d'une inconstitutionnalité), s'agissant de traité international, celui-ci ne pourra être ratifié que si l'Assemblée de la République l'approuve à la majorité des deux tiers des Députés présents.

S'agissant d'inconstitutionnalité figurant dans les autres actes susceptibles de donner lieu à contrôle *a priori* — lois, décrets-lois, décrets législatifs régionaux, accords internationaux, décrets réglementaires régionaux appliquant les lois générales de la République —, le Président de la République ou le Ministre de la République a l'obligation d'apposer son veto à l'acte qui contient la norme déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal Constitutionnel. L'acte revient alors devant l'organe qui l'avait adopté afin que ce dernier, soit l'expurge de la norme jugée inconstitutionnelle, soit, selon le cas (c'est à dire, si l'auteur de l'acte est une assemblée), le confirme à la majorité des deux tiers des Députés présents. Si l'acte n'est pas expurgé de la norme jugée inconstitutionnelle ou s'il n'est pas confirmé à la majorité des deux tiers des Députés présents, il ne peut être promulgué ou signé. Si, à l'inverse, l'acte est expurgé de la norme jugée inconstitution-

nelle ou est confirmé à la majorité des deux tiers des Députés présents, il peut être promulgué ou signé par le Président de la République ou le Ministre de la République mais ils n'en ont pas pour autant l'obligation.

### 2.3 — *Le contrôle a posteriori (contrôle abstrait successif)*

Le contrôle abstrait a posteriori<sup>(5)</sup> est la possibilité, pour la juridiction constitutionnelle, de contrôler, en dehors de tout litige pré-existant devant un juge — d'où le qualificatif "abstrait" —, la conformité à la Loi Fondamentale d'une norme déjà entrée en vigueur — d'où le qualificatif "a posteriori" — la juridiction étant saisie directement par des organes principalement politiques.

En matière de contrôle de la constitutionnalité, en ce qui concerne les normes de référence, il s'agit non seulement des dispositions de la Constitution, mais aussi des principes qui y sont consacrés; en ce qui concerne les normes contrôlées, il s'agit de n'importe quelle norme. Le Tribunal Constitutionnel, dans son arrêt n.º 26/85, a précisé ce que l'on entend par "norme": il affirme qu'il ne peut pas avoir une conception matérielle, doctrinale et définie *a priori* de la notion de norme la caractérisant par les concepts de généralité et d'abstraction mais au contraire une conception fonctionnellement adaptée au système de contrôle de la constitutionnalité permettant d'attribuer la qualité de norme à une mesure de portée individuelle comme par exemple les "leis-medida" ou "leis-providência" (*Massnahmengesetze* du droit allemand ou *leggi-provedimenti* du droit italien), c'est-à-dire les lois à contenu concret ou individualisé. Plus généralement, le Tribunal considère, dans la même décision, qu'il faut entendre par normes "les règles de conduite" ou les "critères de décision" concernant les particuliers, l'administration ou les tribunaux et il poursuit: "par conséquent, tous les actes des pouvoirs publics ne sont pas concernés par le système de contrôle de la constitutionnalité prévu par la Constitution. Y échappent, d'une part, les décisions juridictionnelles et les actes de l'administration sans valeur normative ou les actes administratifs proprement dits; et, d'autre part, les "actes politiques" ou "actes de gouvernement" au sens strict du terme (comme par exemple les décisions du Président de la République relatives à la dissolution de l'Assemblée de la République, à la nomination du Premier Ministre...). Les uns et les autres, d'ailleurs, ne sont

(5) PIERRE BON, loc. cit. pp. 66 ss.

pas des actes “normatifs”, mais plutôt des actes d’application, d’exécution ou de simple utilisation de “normes” — c’est-à-dire de règles de conduite ou de critères de décision —, qu’il s’agisse de normes infraconstitutionnelles (comme c’est normalement le cas pour le premier) ou des normes constitutionnelles (ce qui est caractéristique des seconds)”.

Le droit portugais permet aussi au Tribunal Constitutionnel de sanctionner trois types d’illégalité:

- 1) les illégalités nées de la violation par le droit régional du statut de la région et d’une loi générale de la République;
- 2) les illégalités nées de la violation par le droit national du statut de la région;
- 3) les illégalités nées de la violation des lois avec valeur renforcée (c’est-à-dire, des “lois organiques”, des lois d’autorisation législative, des lois contenant les bases générales des régimes juridiques et des lois-cadre).

Un *tertium genus* concerne le contrôle du vice (qui le législateur ne s’est pas compromis à qualifier comme “illégalité” ou comme “inconstitutionnalité”) de “contrariété” de norme contenue dans un acte législatif face à une convention internationale.

Les autorités de saisine sont:

- soit pour le contrôle de constitutionnalité, soit pour le contrôle d’illégalité, le Président de la République, le Président de l’Assemblée de la République (Parlement), le Premier Ministre, le Pourvoyeur de Justice (Ombudsman), le Procureur Général de la République, et un dixième des Députés de l’Assemblée Nationale;
- lorsque la demande de déclaration d’inconstitutionnalité invoque la violation des droits des régions autonomes ou la demande de déclaration d’illégalité invoque la violation du statut régional ou de loi générale de la République: les Ministres de la République, les assemblées législatives régionales, les présidents des gouvernements régionaux ou un dixième des députés d’assemblée régionale.

Les déclarations d’inconstitutionnalité et d’illégalité prononcées dans le cadre d’une procédure de contrôle abstrait a posteriori des normes ont

force obligatoire générale. Selon l'article 282 de la Constitution: "1. La déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité avec force obligatoire générale prend effet dès l'entrée en vigueur de la norme déclarée inconstitutionnelle ou illégale et entraîne la remise en vigueur des normes que celle-ci a pu abroger. 2. Dans le cas où il s'agit d'inconstitutionnalité ou d'illégalité pour violation d'une norme constitutionnelle ou légale postérieure, la déclaration ne prend effet qu'à partir de l'entrée en vigueur de la norme en question. 3. Font exception les affaires qui ont fait l'objet d'une décision définitive. Néanmoins, le Tribunal Constitutionnel peut en décider autrement lorsqu'il s'agit de matière pénale ou disciplinaire ou encore d'infractions à l'ordre social (*ordnungswidrigkeiten*) et que le contenu de la norme est défavorable à celui qui est mis en cause. 4. Le Tribunal Constitutionnel peut, pour des raisons dûment motivées de sécurité juridique, d'équité, ou d'intérêt public d'exceptionnelle importance, attribuer aux effets de la déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité une portée encore plus restrictive que celle prévue aux paragraphes 1 et 2".

#### 2.4. *Le contrôle concret*

Le contrôle concret — toujours a posteriori — préssuppose que la question de constitutionnalité (ou d'illégalité) se pose d'abord devant le juge ordinaire au cours d'un litige préexistant.

Le système portugais combine certaines caractéristiques du système diffus de type nord-américain avec d'autres du système concentré de type européen.

Il y a contrôle diffus de type nord-américain en ce sens que tout tribunal, peut contrôler la constitutionnalité des normes à l'occasion du jugement de litiges qui entrent dans sa compétence. C'est ainsi que l'article 207 de la Constitution dispose que, "dans les affaires soumises à leur jugement, les tribunaux ne pourront pas appliquer des normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou violent les principes qui y sont consacrés." C'est dire qu'ils pourront écarter d'eux mêmes, et sans avoir à surseoir à statuer et à saisir la juridiction constitutionnelle, les normes qu'ils considèrent être inconstitutionnelles, fussent-elles des lois. Est ainsi avalisée la tradition portugaise du contrôle diffus, qui, comme on l'a indiqué dans l'introduction, remonte à la Constitution républicaine de 1911.

Mais, et c'est là l'élément de contrôle concentré qui se greffe sur ces mécanismes de contrôle diffus, ces jugements qui prennent partie sur des

questions de constitutionnalité pourront faire l'objet d'un recours devant le Tribunal Constitutionnel, ce dernier ne statuant que sur la question de la constitutionnalité de la norme.

Puisque le juge *a quo* a le pouvoir d'apprécier lui-même la conformité au droit supérieur de la norme qu'il a à appliquer au procès, il ne saurait être question de lui reconnaître la possibilité de déférer au juge constitutionnel ses propres jugements en la matière. Ainsi, le Tribunal Constitutionnel peut être saisi par le Ministère Public et par toute personne qui, en application de la loi qui définit la procédure devant le juge *a quo*, a le droit d'intenter un recours contre les jugements rendus par ce dernier.

Dans le cas des décisions négatives d'inconstitutionnalité ou d'illégalité (c'est-à-dire, des décisions qui appliquent une norme dont l'inconstitutionnalité ou l'illégalité a été invoquée sans succès au cours du procès, ne peut saisir la juridiction constitutionnelle que la partie qui a suscité la question d'inconstitutionnalité ou d'illégalité et dont, en conséquence, le point de vue n'a pas été suivi pas le juge *a quo*.

Au contraire de ce qui se passe dans certains pays européens comme l'Allemagne — avec le *Verfassungsbeschwerde* — et l'Espagne — avec le recours *d'amparo* —, le Portugal ne met à la disposition des citoyens aucun mécanisme spécifique de protection des droits fondamentaux. En revanche, la voie du contrôle concret de la constitutionnalité des normes offre aux citoyens un droit d'accès direct à la juridiction constitutionnelle qui peut être considéré comme un substitut tout à fait valable à l'absence des procédures particulières de protection des droits fondamentaux ouvertes aux individus.

Les décisions rendues par le Tribunal Constitutionnel en matière de contrôle concret ont en principe effet de chose jugée limité au procès même si ces décisions peuvent avoir indirectement des effets plus généraux. En premier lieu, à partir du moment où le Tribunal Constitutionnel a déclaré une norme inconstitutionnelle ou illégale, toute décision d'un tribunal qui applique la norme en question dans un autre procès devra obligatoirement faire l'objet d'un recours devant le Tribunal Constitutionnel intenté pour le Ministère Public. En second lieu, chaque fois qu'une norme aura été déclarée inconstitutionnelle ou illégale par le Tribunal Constitutionnel dans trois cas concrets, une procédure de contrôle abstrait pourra être déclenchée (soit par n'importe quel juge du Tribunal Constitutionnel, soit par le

Ministère Public) à son égard avec les effets généraux que cette dernière implique.

### 3. Le Tribunal Constitutionnel

Le Tribunal Constitutionnel, institué par la révision constitutionnelle de 1983, est composé de treize juges, dont dix élus par l'Assemblée de la République (Parlement) à la majorité des deux tiers, et les trois autres cooptés pour les dix premiers. Six d'entre eux doivent être juges des autres tribunaux; les sept autres doivent être des juristes.

Le mandat des juges est de six ans, renouvelable.

Le Tribunal travaille en assemblée plénière (pour les procès de contrôle abstrait: *a priori*, *a posteriori* et inconstitutionnalité par omission) ou en sections (pour les procès de contrôle concret), avec la possibilité de recours pour le plénière des décisions contradictoires des sections.

Le nombre des affaires entrées dans les derniers trois ans a été le suivant, selon les types de contrôle:

	1987	1988	1989
Contrôle <i>a priori</i>	2	5	3
Contrôle abstrait <i>a posteriori</i>	24	18	28
Inconstitutionnalité por omission	2	—	1
Contrôle concret	308	557	277





**RUI ÁLVARO DE FIGUEIREDO RIBEIRO**  
*(Membre du Bureau de Documentation  
et de Droit Comparé)*

**IV A.2**  
**LA CONCLUSION**  
**ET LA MISE EN OEUVRE**  
**DES TRAITES DANS L'ORDRE JURIDIQUE**  
**PORTUGAIS**



## 1. Question Préalable

Ce rapport concerne le système portugais de conclusion et mise en oeuvre de conventions internationales.

Ce n'est pas une tâche aisée, pour un Etat unitaire régional, comme c'est le cas pour le Portugal, spécialement du fait de l'ensemble des pouvoirs dont disposent, constitutionnellement et statutairement, les régions autonomes. Mais c'est une raison de plus pour que cette étude s'avère plus passionnante.

## 2. La République Portugaise comme Etat Unitaire Régional

La République Portugaise est un Etat unitaire, un Etat unitaire toutefois décentralisé<sup>(1)</sup> et régional, puisqu'il comporte en son sein deux régions

---

(1) D'un point de vue strictement *juridique*, l'on appelle *décentralisé* l'Etat où l'administration publique (au sens matériel, comme activité administrative, donc) est assignée, en vertu de la loi, non seulement à lui-même, mais encore à d'autres personnes collectives territoriales (ou populaires à base territoriale, pour utiliser la terminologie classique).

Sur le plan *administratif*, la décentralisation peut être territoriale (s'il en résulte des pouvoirs locaux et des régions autonomes) et institutionnelle (s'il en résulte des instituts publics, des associations publiques, des fondations publiques).

*Politiquement*, l'on considère décentralisé l'Etat où coexistent, en son sein, des collectivités territoriales dotées d'autonomie politique (et pas seulement administrative, comme c'est le cas des pouvoirs locaux), c'est à dire, des collectivités qui exercent, à travers leurs organes, des pouvoirs législatifs et exécutifs propres; elles exercent des pouvoirs propres — ceux qui découlent d'un octroi constitutionnel — mais elles ne le font pas de leur propre chef: elles le font parce que la Loi Fondamentale le permet et, dès lors, agissant dans l'exercice d'une autorité dérivée (dans le même sens, DIOGO FREITAS DO AMARAL, "Estado", in *Polis — Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 2, colonnes 1126 et suivantes).

Le Portugal est, de ce fait, un Etat décentralisé sur le plan juridique, sur le plan administratif et sur le plan politique.

autonomes — les archipels des Açores et de Madère<sup>(2)</sup> — dotées de statuts politico-administratifs<sup>(3)</sup> et d'organes de gouvernement qui leur sont propres (conformément à l'article 6 de la Constitution de 1976).

Ce régime politico-administratif est fondé sur les caractéristiques géographiques, économiques, sociales et culturelles des Açores et de Madère<sup>(4)</sup> et sur les aspirations historiques des populations insulaires à l'autonomie (article 227.1 de la Constitution).

L'autonomie régionale n'est toutefois pas illimitée: elle ne peut porter atteinte à l'intégrité de la souveraineté de l'Etat et elle s'exerce dans le cadre de la Constitution et aux termes des statuts de chaque région, statut qui est approuvé par l'Assemblée — le Parlement portugais — sur la base du projet<sup>(5)</sup> de l'assemblée régionale respective (articles 227.3.b), 164.b), 228 et 229, de la Constitution).

---

(2) La régionalisation intégrale du Pays ne fut pas encore adoptée. A l'égard du territoire continental, la Constitution a prévu l'existence de régions administratives, qui sont, ainsi que les paroisses et les communes, des pouvoirs locaux (cfr. l'article 238); toutefois, "tant que les régions n'auront pas été concrètement instituées, sera maintenue l'actuelle division en districts, dans l'espace qu'elles n'occupent pas" (article 295.1 de la Loi Fondamentale).

(3) Le Statut Politico-Administratif de la Région Autonome des Açores fut approuvé par la Loi n.º 39/80, du 5 août, et modifié, une fois déjà, par la Loi n.º 9/87, du 26 mars. Aux termes de l'article 297 de la Constitution, demeure en vigueur le Statut Provisoire de la Région Autonome de l'Archipel de Madère, approuvé par le Décret-Loi n.º 318-D/76, du 30 avril, et amendé par le Décret-Loi n.º 247-F, du 1.º juin; récemment, le 11/4/90, fut publiée au Diário da República (le journal officiel de la République portugaise) la Résolution n.º 3/90/M, du 2 février, de l'Assemblée Régionale de Madère, contenant un projet de statut politico-administratif pour la Région.

(4) Par rapport aux deux archipels, il se justifie de parler plutôt d'arrivée que de découverte. Si l'on avait tenu compte d'un critère chronologique, la Constitution parlerait, certainement, de Madère et Açores, puisque le débarquement à Madère eut lieu en 1420 et à Porto Santo l'année précédente, en 1419; en ce qui concerne les Açores, l'arrivée des Portugais eut lieu à partir de 1427, ainsi que l'écrit JOSÉ HERMANO SARAIVA, in "História Consisa de Portugal", 2.ª édition pp. 113 et 134. La Loi fondamentale a toutefois adopté un critère alphabétique.

(5) La distinction entre proposition de loi et projet de loi est traditionnelle en Droit Constitutionnel portugais et relève de la Constitution de 1822: la proposition de loi signifie que l'initiative incombe à une entité extra-parlementaire, alors que, pour ce qui est du projet de loi, une telle initiative est prise par les sujets parlementaires eux-mêmes. C'est, en fait, ce qui ressort du libellé de l'article 170 de la Loi Fondamentale, de 1976, qui parle nommément de "propositions de loi du Gouvernement" et de "propositions de loi de l'initiative d'une assemblée régionale". Cependant, l'article 228.1 de la Constitution

Si l'autonomie de chaque région s'exerce dans le respect de la Constitution et du statut politico-administratif respectif, ce seront ces mêmes textes qui définiront leur cadre institutionnel. Ils le font effectivement: l'article 229 de la *Loi Fondamentale*, qui définit la région autonome comme une personne morale de droit public, énumère l'ensemble de ses pouvoirs, à définir dans le statut respectif et l'article 230 établit les limites de ces mêmes pouvoirs, limites qui découlent d'ailleurs des principes généraux d'universalité (principe consacré à l'article 12 de la Constitution et selon lequel tous les citoyens jouissent des droits et sont assujettis à des devoirs) et d'égalité (principe reconnu dans l'article 13 et selon lequel tous les citoyens ont les mêmes droits et les mêmes devoirs<sup>(6)</sup>). En outre, les statuts autonomes doivent contenir les matières qui présentent un intérêt *spécifique* pour les régions, puisque c'est cet intérêt spécifique qui est le cerne de l'autonomie politique consacrée par la Loi Fondamentale à l'égard des régions autonomes.

Mais il faut mettre en évidence, dès maintenant, certains autres points, qui retiendront notre attention par la suite:

1) La Constitution n'a délibérément pas défini les matières susceptibles de présenter un "intérêt spécifique" pour les régions; elle a préféré assigner cette tâche à l'Assemblée de la République: c'est à l'Assemblée de la République — en collaboration avec les assemblées législatives régionales (connaissant mieux, en principe, ce qui est l'intérêt spécifique de chaque région), auxquelles il incombe d'exercer, exclusivement, l'initiative législative — qu'il revient d'approuver les statuts politico-administratifs. La Loi Fondamentale portugaise s'est écartée, à cet égard, d'un texte considéré paradigmatique en cette matière: la Constitution italienne, du 27 décembre 1947, dont l'article 117 définit d'une façon directe les attributions régionales; une solution identique fut adoptée par la Constitution espagnole, du 29 décembre 1978 (article 148);

---

prévoit que "les projets de statuts politico-administratifs des Régions Autonomes sont élaborés par les Assemblées régionales et envoyés pour discussion et approbation à l'Assemblée de la République". La raison d'être de l'utilisation de l'expression "projets" plutôt que "propositions" semble résider dans le fait que c'est aux assemblées législatives régionales qu'il incombe, de façon propre et exclusive, d'exercer l'initiative législative —originaire ou de révision.

(6) D'après JORGE MIRANDA, in "Manual de Direito Constitucional", tome IV, p. 219.

2) La Constitution parle “d’intérêt spécifique” et non “d’intérêt exclusif” de la région autonome. “Intérêt spécifique” sera, semble-t-il, un intérêt qui est important pour la région et qui lui est propre, étant donc matières d’un intérêt spécifique “celles qui exigent d’être traitées de façon spéciale, du fait qu’elles y revêtent une configuration particulière”, conformément à l’Arrêt n.º 42 de la Cour Constitutionnelle;<sup>(7) (8)</sup>

3) Une autre question est celle de savoir si l’énumération (contenue dans les statuts) des matières d’un intérêt spécifique est déterminante ou n’est plus qu’une exemplification. A l’appui de cette dernière solution, deux sortes d’arguments se présentent: le premier, d’ordre littéral, ressort du libellé de l’article 33 du Statut Politico-Administratif de la Région Autonome des Açores; le second est de caractère téléologique, car seul le caractère non déterminant de l’énumération permettra, dans une matière d’une telle importance, l’adaptation à une réalité, par nature évolutive, laissant, ainsi, la porte ouverte à une interprétation finalistique de la Constitution. Lié à ce problème, mais toutefois différent, est celui qui consiste à rechercher si l’une quelconque des matières rentrant dans ce cercle, conçu statutairement comme étant de nature à revêtir un intérêt spécifique, doit être “*ipso facto*” considérée comme apportant en réalité un intérêt de ce genre ou si, bien au contraire, face à l’analyse du cas d’espèce, l’on peut arriver à la conclusion qu’il n’y existe pas un intérêt d’une nature pareille; si l’énumération “n’est qu’instrumentale par rapport aux fondements et aux buts de l’autonomie constitutionnellement proposés”<sup>(9) (10)</sup>, il ne choquera pas,

---

(7) L’article 33 du Statut Politico-Administratif de la Région Autonome des Açores mentionne les matières qui intéressent spécialement la région. Le Statut Provisoire de la Région Autonome de l’Archipel de Madère ne le fait toutefois pas.

(8) La Constitution de 1933, qui était la Constitution d’un régime nationaliste et autoritaire, érigea, lors de sa dernière révision, en 1971, les provinces d’outre-mer en régions autonomes, avec des statuts propres et la possibilité d’être dénommées Etats (article 133). Son article 135.b) accordait à chaque province “le droit de légiférer, à travers des organes propres, dans le respect des normes constitutionnelles et de celles émanant des organes de souveraineté, sur toutes les matières “qui intéressent exclusivement chaque province”.

(9) L’expression appartient à JORGE MIRANDA, “A Autonomia Legislativa Regional e o Interesse Específico das Regiões Autónomas”, in *Estudos sobre a Constituição*, oeuvre collective, 1.<sup>er</sup> vol., p. 307 et suivantes.

nous le croyons, une telle interprétation, que la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle semble, d'ailleurs, accueillir (Arrêt n.º 57, du 26 mars 1985);

4) Tellement grand est le relief donné par la Loi Fondamentale à l'autonomie politico-administrative des archipels des Açores et de Madère, qu'elle la considère une limite matérielle de la révision constitutionnelle (article 290.o)<sup>(11)</sup>, en refusant, par exemple, l'hypothèse d'une loi de révision constitutionnelle qui viendrait diminuer l'autonomie régionale; mais le régime constitutionnel de l'autonomie n'est intangible qu'en ce qui concerne la réduction du degré de ladite autonomie, ne nuisant en rien, bien au contraire, à son élargissement, autrement dit, à une spécification plus étendue (réserve faite, évidemment, du principe de l'unité de l'Etat)<sup>(12)</sup>;

5) Etant donné que le Portugal n'est pas un Etat fédéral, mais plutôt un Etat unitaire, ses régions autonomes ne se confondent pas avec des Etats fédérés, bien qu'elles puissent avoir davantage de pouvoirs, dans son ensemble, que ceux dont disposent certains Etats membres d'une fédération. Une pareille confusion ne s'avère pas possible, pour plusieurs raisons d'ordre différent:

---

(10) Les fondements de l'autonomie régionale ont été déjà mentionnés et sont contenus dans l'article 227.1 de la Constitution; les buts de l'autonomie régionale, consacrés dans le paragraphe 2 dudit article, sont la "participation démocratique des citoyens, le développement económico-social et la promotion et la défense des intérêts régionaux, ainsi que le renforcement de l'unité nationale et des liens de solidarité entre tous les Portugais".

(11) Les limites matérielles de la révision constitutionnelle sont des limites de frontière: la frontière entre une Constitution, dont l'on envisage de préserver l'essence, et une nouvelle Constitution, qui surgirait par la voie de la révision, si de telles limites n'existeraient pas et que la révision irait si loin qu'elle affecterait le noyau central de la Loi Fondamentale (dans le même sens, JORGE MIRANDA, in "Manual", cit., tome II, 2.<sup>ème</sup> éd., p. 173 et suivantes, ainsi que J.J. GOMES CANOTILHO et VITAL MOREIRA, in "Constituição da República Portuguesa, Annotée", vol. 2, 2.<sup>ème</sup> éd., p. 564 et suivantes).

(12) Il en est de même des droits fondamentaux (article 288, alinéas d) et e)), dont la configuration concrète, actuelle, la révision constitutionnelle doit respecter, pouvant toutefois faire ajouter d'autres droits ou améliorer (objectivement) ceux qui y sont déjà consacrés.

5.1. En premier lieu, parce que la souveraineté est une seule: soit aux effets internes soit aux effets extérieurs, c'est l'Etat Portugais qui l'emporte; alors qu'un Etat fédéré est souverain du point de vue interne<sup>(13)</sup>, la région autonome ne l'est pas;

5.2. Comme il existe, dans un Etat fédéral, une dualité de souverainetés, chacun des Etats fédérés pourra se pourvoir lui même, dans l'exercice d'un pouvoir constituant originaire, d'une Constitution consacrant un système propre d'organisation du pouvoir politique; ce qui ne se produit pas dans une région autonome, dont le statut relève de la Constitution de l'Etat unitaire, étant assignées au pouvoir central — de règle, avec la collaboration d'un (des) organe (s) régional (aux), comme c'est le cas au Portugal — l'élaboration et la modification de ce même statut, du fait que la région n'est pas douée de pouvoir constituant;

5.3. Tandis que l'Etat fédéré participe à l'élaboration et à la révision de la Loi Fondamentale de l'Etat fédéral<sup>(14)</sup>, il n'en est pas de la sorte en ce qui concerne un Etat unitaire régional, où les régions autonomes ne sont pas appelées à prendre part à un tel processus<sup>(15)</sup>;

5.4. Dans l'Etat fédéré, la loi, dont le fondement relève de la Constitution de ce même Etat, atteint le particulier, en raison du caractère souverain dudit Etat; dans un Etat unitaire, la loi régionale est fondée sur la

---

(13) Dans l'*ordre interne*, la souveraineté signifie le pouvoir que l'Etat se voit accorder de s'auto-organiser et de se régir, se traduisant donc par le caractère originaire du pouvoir et par son ordre juridique.

Dans l'*ordre externe*, la souveraineté reflète le pouvoir de l'Etat vis-à-vis des autres sujets de Droit International Public (et non pas seulement à l'égard des autres Etats), avec lesquels il établit des rapports dans la communauté internationale.

(14) Un exemple éclairant est celui des Etats-Unis d'Amérique: les addenda ("amendments") à la Constitution américaine de 1787 doivent être approuvés par deux tiers des membres des deux chambres du Congrès (de la Chambre des Représentants, qui représente le peuple du pays, et du Sénat, qui représente les Etats) et sont ratifiés par trois quarts des Etats, devant y être inclus le vote favorable de(s) l'Etat(s) éventuellement affecté(s) par l'addendum.

(15) Ce qui ne signifie pas que les Députés, élus par des circonscriptions électorales situées dans les régions autonomes, n'interviennent pas dans le cadre de l'Assemblée de la République; en vertu de la Constitution portugaise, cependant, "Les députés représentent l'ensemble du pays et non pas les circonscriptions qui les élisent" (article 152.3). Ce qui n'existe pas c'est, donc, une participation institutionnalisée des régions au processus constituant ou au processus de révision constitutionnelle.



Constitution de l'Etat et elle ne peut affecter le domaine juridique du particulier qu'en ce qui touche aux matières attribuées à la région concernée et du fait que la Constitution de l'Etat lui permet de le faire.

### 3. Le Système Portugais de Conclusion de Conventions Internationales

Caractérisée la République Portugaise en tant qu'Etat unitaire régional, il s'impose maintenant d'examiner le processus de conclusion de conventions internationales à la lumière de la Constitution de 1976.

Dans le processus de conclusion de conventions internationales<sup>(16)</sup>, il faut mentionner trois phases:

1.<sup>ère</sup>) Celle de *la négociation et de la mise au point*, qui se traduit dans la sauvegarde des intérêts que chacune des parties estime vitaux pour soi; d'après l'article 200.1.b) de la Constitution, cette compétence est dévolue au Gouvernement, dans l'exercice de ses fonctions politiques. La solution

---

(16) Dans la doctrine du Droit International Public, l'expression *convention* apparaît en tant que synonyme de *traité*. Toutefois, la Loi Fondamentale en vigueur à l'heure actuelle, dans ses articles 8.2, 122.1.b), 164.j) et 200.1 alinéas b) et c), fait appel à l'expression "*conventions internationales*" pour désigner soit les traités en forme solennelle soit les accords en forme simplifiée — *les accords internationaux*, selon la terminologie de la Constitution de la République Portugaise.

La Constitution ne définit aucune de ces catégories d'actes internationaux (traités solennels et accords en forme simplifiée), mais il est d'usage d'attribuer au traité une valeur législative et à l'accord en forme simplifiée une valeur réglementaire; en fait, dans le droit américain, le traité est dénommé "treaty" et l'accord en forme simplifiée "executive agreement". Parfois, il s'avère difficile de faire la distinction d'un point de vue matériel; du point de vue formel, pourtant, la *ratification* semble être la note distinctive entre les traités solennels (qui l'exigent) et les accords en forme simplifiée (qui y renoncent). Ce critère formel est d'ailleurs manifeste dans l'article 1. alinéa e) du Décret-Loi n.º 113/88, du 8 avril, lequel établit les formalités des textes émanant du Gouvernement.

Nous citons, toutefois, l'article 2.1 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités, du 23 mai 1969:

"L'expression "traité" s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière".

traditionnelle en cette matière, à l'égard de laquelle la Loi Fondamentale de 1976 s'avère profondément novatrice, c'était d'attribuer au Chef de l'Etat le dénommé "treaty making power"; toutefois, la Constitution actuelle assigne au Gouvernement la définition, la direction et l'exécution presque intégrales de la politique extérieure<sup>(17)</sup>; cette phase de négociation s'achève avec l'authentification du texte (normalement par la signature par celui qui est dûment autorisé à cette fin), texte qui, dorénavant, est arrêté comme définitif, l'Etat signataire devenant, dès lors, lié par un devoir de bonne foi (cfr. l'article 18 de la Convention de Vienne sur le Droit des traités — C.V.).

2.<sup>ème</sup>) Celle de *l'approbation*; l'approbation relève de la compétence de l'Assemblée de la République (article 164.j)), qui l'accomplit sous la forme d'une résolution (article 169.5), ou du Gouvernement (article 200.1.c)) et dans ce cas l'acte d'approbation revêt la forme de décret (article 200.2)<sup>(18)</sup>.

3.<sup>ème</sup>) La troisième phase est celle de *la ratification*, qui appartient au Président de la République, l'acte présidentiel prenant la forme de décret

---

(17) Le Président de la République voit ses compétences, au trait des relations internationales, bornées aux actes prévus aux plusieurs alinéas de l'article 138 de la Constitution, aux actes susceptibles "de promouvoir et de garantir le droit à l'autodétermination et à l'indépendance de Timor-Oriental" (article 293 de la Constitution de la République Portugaise) et au droit à l'information au sujet des affaires concernant la direction politique extérieure (article 204.1.c)).

(18) En ce qui concerne l'approbation par l'Assemblée de la République, elle est précédée d'une proposition de résolution, approuvée en Conseil des Ministres (article 203.1.a)), qui est soumise à l'appréciation du Parlement. Après que la proposition est transformée en résolution, il s'impose de distinguer deux cas:

— celui de l'approbation de traités, auquel cas il n'est pas requis que la résolution soit promulguée ou signée par le Président de la République (article 169.6 de la Constitution); seul le traité annexe de la résolution est ratifié et publié dans le Diário da República (article 122.1.b) de la Constitution).

— celui de l'approbation d'accords internationaux (accords en forme simplifiée), à l'égard de laquelle la résolution de l'Assemblée de la République doit être signée par le Président de la République (article 137, alinéa b) de la Constitution).

Si l'approbation ressort à la compétence du Gouvernement, l'acte revêt, comme nous l'avons dit, la forme de décret simple (approuvé en Conseil des Ministres — article 203.1.d) — et signé par le Premier Ministre et par les Ministres compétents en raison de la matière — article 204.3 de la Constitution), décret qui doit être signé par l'organe compétent (le Président de la République — cfr. l'article 137, alinéa b) de la Constitution) et, ultérieurement, contresigné par le Gouvernement (article 143.1 de la Constitution), se trouvant finalement en bonne forme pour être publié.

(le décret présidentiel de ratification); la ratification, qui concerne uniquement des traités solennels — après approbation (en vue de leur ratification) par l'instance compétente (article 138.b) de la Constitution) — est condition "sine qua non" de la bonne forme des traités, soit par rapport au Droit International Public (car elle témoigne l'engagement international de l'Etat Portugais), soit dans le Droit Interne (sans ratification, si celle-ci s'avère nécessaire, il ne peut y avoir de production d'effets dans l'ordre interne — cfr. article 8.2 de la Constitution)<sup>(19)</sup>.

Ceci dit, ce n'est toutefois pas tout. Bien que ressortissant au Gouvernement, ainsi que nous l'avons vu, la définition, la direction et l'exécution presque intégrales de la politique extérieure, il convient maintenant de mettre en évidence un aspect qui s'avère d'une extrême importance: les régions autonomes portugaises participent "à la négociation des traités et des accords internationaux qui les intéressent directement, ainsi qu'aux avantages qui en découlent" (article 229.1.s) de la Constitution). Une telle participation, bornée aux négociations "qui les intéressent directement" (du fait qu'elles se rapportent à leur territoire ou à leurs intérêts) semble comporter, d'une part, le droit-devoir d'information et de consultation, d'autre part, l'intégration de quelqu'un désigné par le gouvernement régional, dans l'équipe négociatrice<sup>(20) (21)</sup>.

S'il en est ainsi, c'est le Gouvernement de la République qui procède aux négociations et la participation des régions est toujours exceptionnelle

---

(19) A vrai dire, il faudrait distinguer entre le *décret de ratification et la charte de ratification* (instrument extrait du décret en vue du dépôt — c'est le cas des traités multilatéraux — ou de l'échange — les traités bilatéraux; la notice concernant la ratification est publiée dans le *Diário da República*, aux termes de l'article 122.1.b) de la Constitution, et constitue l'acte rendant public le dépôt ou l'échange).

(20) En ce qui concerne la Région Autonome des Açores, vd. l'article 56, alinéa 9, du Statut respectif et, quant à la Région Autonome de Madère, l'article 33, alinéa j), de son Statut Provisoire.

(21) Contre, J. MOTA DE CAMPOS, qui dit qu'"il appartient (...) au Gouvernement, responsable de la négociation, de définir les termes de cette participation, qui n'implique nécessairement pas de contact personnel et direct des représentants des Régions, à côté des représentants du Gouvernement portugais, avec les représentants de l'autre ou des autres parties contractantes", in "As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982", ISCSP, Lisboa, 1985, p. 84.

— la région n'est pas un sujet de droit international, n'ayant donc ni le "jus tractum", ni le "jus legationis", non plus le "jus belli", qui caractérisent les Etats en tant que sujets de Droit International Public. Par ailleurs, en règle générale, le processus de conclusion des conventions internationales se déroule moyennant l'intervention des organes mentionnés plus haut, qui agissent en tant qu'organes de souveraineté et qui sont habilités pour engager internationalement l'Etat — l'ensemble de l'Etat; ce qui signifie qu'il n'existe aucun lien de représentation entre la région autonome et la République — c'est celle-ci et celle-ci seule qui est prépondérante au regard des effets internationaux et, en concluant des conventions, elle n'agit pas au nom et au lieu d'un autre sujet de Droit International Public.

De même, l'on ne connaît, non plus, aucune pratique, ni aucune démarche dans le sens d'octroyer à des entités autres que l'Etat de la compétence dans le cadre des relations internationales, l'on ne connaît pas, non plus, d'oeuvres de la doctrine interne qui approchent de façon systématique le problème de la conclusion de conventions internationales par des entités différentes de l'Etat.

#### **4. L'Application de Conventions Internationales dans l'Ordre Juridique Portugais**

Avant d'aborder, en particulier, cette question, il convient d'analyser, quoique de façon sommaire, les rapports entre le Droit International et le Droit Interne, d'après la Constitution de 1976.

Ce sont deux, fondamentalement, les thèses qui, dans l'abstrait, peuvent être indiquées comme régissant la matière des relations entre le droit international et le droit interne:

1.<sup>ère</sup>) La *thèse dualiste* (qui a vu dans TRIEPEL, ANZILOTTI et STRUPP ses principaux défenseurs), selon laquelle l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international sont deux univers juridiquement distincts, deux cloisons étanches: distincte du fait de leurs *origines ou sources*<sup>(22)</sup>, de leurs *sujets ou destinataires*<sup>(23)</sup> et, en plus, sur le *plan organique* (étant

---

(22) La volonté unilatérale de l'Etat ou les volontés conjuguées des Etats.

(23) Les particuliers dans chaque Etat ou les Etats mêmes.

donné que, au contraire de ce qui se passe au niveau interne, il n'y a pas, dans le cadre international, de système juridictionnel capable de l'imposer de façon coercitive — le droit international, pour utiliser une expression consacrée dans la doctrine, “ne connaît ni police ni juge”). Cela veut dire qu'une norme ressortissant à un ordre normatif déterminé ne pourra produire, en dehors de celui-ci, aucun effet juridique<sup>(24)</sup>;

2.<sup>ème</sup>) La *thèse moniste*, d'après laquelle l'univers juridique est un seul, comportant une face interne et une face internationale. Lorsqu'il y a un conflit entre les dispositions d'origine interne et celles d'origine internationale, quelques-uns des auteurs estiment que la primauté doit être donnée aux premières (*thèse moniste avec primauté du droit interne*), il y en a, cependant, d'autres qui soutiennent la superposition des secondes (*thèse moniste avec primauté du droit international*, partagée par KELSEN, VERDROSS, DUGUIT et d'autres).

Cette conception moniste avec primauté du droit international a pour corollaires, notamment, ceux qui suivent:

1.<sup>er</sup>) L'incorporation de plein droit, dans le système normatif national, des dispositions d'origine internationale, pourvu que soient remplis des impératifs à caractère constitutionnel;

2.<sup>ème</sup>) L'applicabilité interne desdites dispositions en tant que normes de droit international (i.e., sans qu'elles perdent cette qualité), ne s'avérant donc pas nécessaire un acte de réception quelconque (accompli en conformité avec le droit interne et se traduisant par la transformation de la norme internationale en norme de droit interne et par l'incorporation de la norme transformée dans le système juridique national);

3.<sup>ème</sup>) La subordination du droit interne au droit international; par conséquent, en cas de conflit entre des normes des deux ordres, il faudra

---

(24) Dans ce sens, J. MOTA DE CAMPOS, “Direito Comunitário”, vol. II. 2.<sup>ème</sup> éd., p. 166 et suivantes.

reconnaître la primauté de la norme d'origine internationale, avec toutes les conséquences qui en découlent<sup>(25) (26) (27)</sup>.

A cette position moniste avec primauté du droit international a adhéré la Constitution de 1976, dans son article 8. En effet, cette disposition reconnaît l'intégration de plein droit, dans le système normatif portugais, des règles et des principes de *droit international général ou commun*, constitué par les normes coutumières et par les principes généraux du droit, partagés par les "nations civilisées" (cfr. l'article 8.1, qui consacre une clause d'incorporation automatique, selon laquelle ces normes "font partie intégrante du droit portugais", s'imposant, donc, sans que soit même requise leur publication), des règles et des principes du *droit international conventionnel* (article 8.2, qui établit une clause de réception pleine, étant donné que ses normes, une fois remplies les conditions constitutionnellement prévues à cet effet — tant la régularité de la ratification ou de l'approbation que la publication —, se voient accorder application dans l'ordre interne "pour autant qu'elles lient internationalement l'Etat portugais"), et ceux du *droit international dérivé* (cfr. l'article 8.3, qui procède encore à une incorporation automatique).

Pendant, la primauté ainsi admise ne se présente pas sans restrictions. La Loi Fondamentale vigente donna la préférence à un *monisme modéré avec primauté du droit international*, puisqu'elle exige la compatibilité du droit international commun et conventionnel avec elle-même (cfr. les articles 3.3, 207, 277.1, 278, 279, 280, 281, etc.). Autrement dit: le droit

---

(25) Cela ne veut pas dire qu'il conviendra de modifier, "ipso facto", la norme interne ou que celle-ci saurait être révoquée par la norme internationale de sens différent: c'est que les normes en question peuvent avoir des champs d'application différents; toutefois, en cas de conflit, la norme internationale suspend automatiquement — et dans la mesure où l'opposition se vérifie — l'applicabilité de la norme juridique interne.

(26) La thèse moniste, ainsi esquissée à grands traits, se présente donc radicalement opposée à la thèse dualiste; selon celle-ci, le droit international ne peut pas s'appliquer dans l'ordre interne, ni le droit interne ne peut avoir d'application dans l'ordre international (pour que la norme d'origine internationale fût applicable dans l'ordre interne, il faudrait faire sa réception, aux termes mentionnés plus haut, pouvant alors — et seulement alors — se poser l'hypothèse d'un conflit entre la norme d'origine interne et la norme d'origine internationale, devenue interne par "nationalisation"; abstraction faite de ce cas, aucun conflit entre les deux ordres juridiques ne sera concevable.

(27) Dans ce même sens, J. MOTA DE CAMPOS, op. cit., p. 165 et suivantes.

international a, en général, une valeur supra-légale, mais infra-constitutionnelle; elle prévaut sur la loi interne ordinaire, mais se subordonne à la Loi Fondamentale.

L'adoption d'une solution moniste avec primauté du droit international (même en termes modérés comme le fait la Constitution de 1976) entraîne aussi une posture favorable à l'applicabilité directe et vice-versa<sup>(28)</sup>. Et cette position est également consacrée dans ledit article 8 de la Constitution de la République Portugaise.

Etant celle-là la position des conventions internationales dans l'ordre juridique portugais, étant de tels actes directement applicables, l'on ne conçoit pas d'intervention d'autres organes, en plus de ceux qui ont déjà été mentionnés. Même lorsque la convention internationale — traité ou accord en forme simplifiée — n'est pas une convention "self-executing", c'est à l'Etat qu'il appartient de l'appliquer et de remplir toute obligation qui puisse en naître; et si les engagements qui lient l'Etat se traduisent dans l'obligation de rendre effectifs certains droits et/ou devoirs à l'égard des particuliers, c'est lui, l'Etat qui, à travers ses organes propres, est tenu de s'acquitter d'une telle tâche, la mise en oeuvre de certaines conventions pouvant être suivie par la région<sup>(29)</sup>. Se rallie à cette affirmation l'article 8.2 de la Constitution: si "les règles qui découlent des conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées produisent leurs effets sur le plan intérieur, après leur publication officielle, pour autant qu'elles lient internationalement l'Etat portugais", elles seront en vigueur sur tout le territoire national, étant appliquées de la même façon dans tout le pays et non pas seulement sur l'une de ses parties.

---

(28) D'un point de vue *formel*, l'applicabilité directe signifie que la disposition d'origine internationale (ou communautaire) est en vigueur dans l'ordre interne d'un Etat, indépendamment de tout processus de "nationalisation"; au sens *matériel*, une disposition est dite directement applicable, dans la mesure où elle fait naître des droits pour les particuliers ou leur impose des obligations, droits et/ou obligations qu'un tribunal national peut être appelé à défendre ou à faire respecter.

Il faut reconnaître, cependant, que la majorité des dispositions de droit international (général ou conventionnel) n'a pas de capacité pour atteindre directement les particuliers dans leur sphère juridique; cela peut, toutefois, se produire (et se produit) dans le cas d'une disposition nette et exécutable par elle-même, i.e., dans le cas d'une disposition "self-executing".

(29) Conformément à l'article 56, alinéa g), du Statut Politico-Administratif de la Région Autonome des Açores.

Il se pourra quand même dégager un problème, qui est le suivant:

Si la convention internationale porte sur des matières définies par le statut régional comme l'intéressant particulièrement, la région ne pourra-t-elle pas — et supposant qu'il ne s'agit pas d'une convention "self-executing" —, à travers son (ses) organes(s) compétent(s) à cet effet, "réglementer" la convention en vue de son application "in loco"? La réponse doit être négative — et négative pour plusieurs raisons:

- premièrement, parce que, compte tenu du fait que le droit public est régi par un principe *d'attribution* ou de *compétence*, selon lequel il n'est licite de faire que ce qui est permis, ne doivent être admis des *pouvoirs implicites* (des pouvoirs que la Constitution ne mentionne pas en des termes exprès, mais qui sont réputés être idoines en vue de la réalisation de certains buts constitutionnellement définis), dont l'exercice, en dépassant les attributions contenues dans la Constitution, constituerait une violation du principe de la conformité avec la Constitution, principe reconnu dans ses article 3.3, 277 et ceux qui suivent; or, nulle part, dans le texte constitutionnel ne se dégage ce pouvoir "de réglementer" des conventions, en ce qui concerne les régions autonomes;
- deuxièmement, parce que la mise en oeuvre d'une convention internationale (qui dans certains cas peut être suivie, mais non pas dirigée, par la région, qui n'est pas un sujet de droit international) doit être accomplie de bonne foi (article 26 de la Convention de Vienne, déjà mentionnée), son application étant étendue à l'ensemble du territoire de chacune des parties, à moins qu'une intention différente ne ressorte de la convention ou ne soit par ailleurs établie (article 29 de la Convention de Vienne); la convention s'applique à l'égard de l'ensemble du territoire de chacune des parties, elle s'applique également de façon uniforme à l'égard de tout le territoire; s'il en était autrement, et si, après l'entrée en vigueur dans l'ordre international, la convention pouvait être dérogée par un acte normatif ordinaire (d'une communauté d'un rang inférieur à l'Etat ou émanant de l'Etat lui-même, à travers ses organes), l'on nierait le monisme modéré avec primauté du droit international public que la Loi Fondamentale consacre, on admettrait une viola-



tion du principe de la bonne foi et l'on frustrerait l'(les) autres(s) partie(s) dans ses (leurs) attentes légitimes<sup>(30)</sup>.

- finalement, parce que, étant donné que la République Portugaise est le seul sujet de droit international (et non pas les régions autonomes), les matières sur lesquelles portent les conventions internationales, par elle conclues avec d'autres Etats, sont des matières d'un *d'intérêt spécifique national* et non pas régional (les conventions visent, justement, à protéger internationalement l'intérêt national).

## 5. Conclusion

Nous avons essayé, à travers cette étude, de faire l'analyse du cas portugais en ce qui concerne la conclusion et la mise en oeuvre de conventions internationales. Ainsi, nous avons procédé à la caractérisation de la République Portugaise en tant qu'Etat unitaire régional (point 2), dressé le cadre normatif touchant la conclusion de conventions internationales (point 3), ainsi qu'examiné le problème de l'application de telles conventions dans l'ordre juridique national (point 4).

Nous espérons seulement qu'une telle étude pourra contribuer à une meilleure connaissance du système juridique portugais, en ce qui concerne le sujet que nous nous sommes proposés d'aborder.

---

(30) Il est à noter que la Convention de Vienne, dont le Portugal n'est pas signataire, constitue une codification de règles du droit international coutumier, des règles qui "font partie intégrante du droit portugais" (article 8.1 de la Constitution).



MIGUEL LOBO ANTUNES  
*Coordinateur du*  
*Groupe d'Appui Documental*  
*de la Cour Constitutionnelle*  
*et Vice-Président du Conseil de Presse*

**IV C.1.**  
**LA PROTECTION**  
**DE LA LIBERTE D'EXPRESSION**  
**AU PORTUGAL**



## I — INTRODUCTION

Entre 1926 et 1974, le Portugal vécut sous un régime politique totalitaire — connu par “Estado Novo” ou “salazarismo” — qui abolit, ou restreignit sévèrement, un grand nombre de droits fondamentaux, dont la liberté d’expression de la pensée.

Au cours de cette période, par exemple, toute la presse périodique était assujettie à une étouffante censure administrative préalable. Et il se produisait souvent, tantôt l’interdiction de la mise en vente de journaux étrangers ou la saisie de livres par la police politique, tantôt l’ordonnance de coupures aux films, présentés aux cinémas ou diffusés par la télévision.

Les interdictions se fondaient non seulement sur des motifs d’ordre politique, mais encore sur ce que les censeurs jugeaient conduirait à la perversion de la moralité publique. Souvent, les coupures des ciseaux de la censure n’étaient, donc, que peu moins qu’arbitraires.

La liberté d’expression fut rétablie après le renversement du régime salazariste par le “putsch” du 25 avril 1974<sup>(1)</sup>. Le législateur à l’époque envisagea, dès lors, de consacrer dans la loi et dans la Constitution ce même droit, ainsi que d’autres droits fondamentaux.

Est, de ce fait, bien récente la pratique législative et jurisprudentielle portugaises concernant la liberté de manifestation de la pensée. Malgré

---

(1) Ce matin-là, les censeurs ont tenté, sans y parvenir, d’empêcher que la presse puisse relater le coup d’état, alors que les informations disponibles indiquaient qu’il allait réussir.

cette jeunesse, elle n'en est pas moins, croyons-nous, une pratique assez riche, susceptible d'être utilement comparée à d'autres pratiques, plus enracinées, peut-être, dans l'histoire.

Le rapport qui suit donnera un aperçu du cadre légal où la liberté d'expression évolue (1<sup>ère</sup> Partie) et le sens de la jurisprudence issue de ce même cadre (2<sup>ème</sup> Partie). Une brève conclusion générale terminera cet exposé.

## PREMIERE PARTIE — LA LOI

### 1 — La Constitution

1.1 La Constitution Portugaise de 1976 (CRP)<sup>(2)</sup>, dans son catalogue des droits fondamentaux, long et détaillé, voue quatre de ses articles à la liberté d'expression et d'information.

La première de ces dispositions (article 37) commence par proclamer que "Chacun a le droit d'exprimer et de faire connaître librement sa pensée par la parole, par l'image ou par tout autre moyen, ainsi que le droit d'informer, de s'informer et d'être informé sans entraves ni discriminations" (par. 1).

En précisant quelques dimensions de ce droit, il est interdit toute sorte ou forme de censure (par. 2) et assuré le droit de réponse ou de rectification, de même que celui à l'indemnisation des dommages subis pour quiconque se croit lésé par ou en conséquence de l'exercice illicite de la liberté de manifestation de la pensée (par. 4). On interdit aussi soit l'existence d'un droit pénal d'exception, lorsqu'il s'agit de qualifier et de punir des infractions commises dans ce domaine, soit l'institution de tribunaux spéciaux pour être saisis de ces affaires (par. 3).

En vertu d'une norme constitutionnelle applicable à tous les droits fondamentaux (article 18 de la CRP: "1. Les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et garanties sont directement applicables et engagent toutes les entités, publiques ou privées"), la liberté d'expression est sauve-

---

(2) La Constitution, approuvée par une Assemblée Constituante, le 2 avril 1976, est entrée en vigueur le 25 avril de cette année-là, et fit l'objet d'une révision profonde, en 1982 ainsi qu'en 1989; sauf indication expresse du contraire, les citations faites dans le présent rapport renvoient à la rédaction en vigueur à l'heure actuelle.

gardée non seulement au regard de l'autorité, de l'État, dans ses diverses manifestations, mais aussi vis-à-vis des entités privées, étant de ce fait illicites — avec toutes les conséquences d'ordre juridique qui en découlent — les actions des particuliers qui empêchent ou restreignent la liberté d'expression d'autrui. A cet égard, ce droit, bien qu'ancré dans la tradition libérale, la dépasse, en la développant et modernisant, ayant égard à la complexité des rapports sociaux modernes. De la protection de l'individu au regard de l'État, on passe à la protection de l'individu face à la société et à tous les phénomènes d'autorité qui s'y produisent.

La réglementation qui vient d'être exposée laisse percevoir que la liberté d'expression, telle que la Constitution la définit, est astreinte à des limitations. Les références aux droits de réponse et de rectification, d'un côté, et à l'indemnisation, de l'autre, révèlent que la liberté d'expression, au-delà de ses propres limitations internes, afférentes à la fois à sa définition et à la fonction qu'elle exerce, doit accepter des limitations extérieures découlant de la co-existence avec d'autres droits constitutionnellement protégés, à savoir le droit au bon nom et à la réputation, à l'image, à la vie privée (cf. art. 26.1 de la CRP).

Il faut, en plus, souligner que les interdictions portant sur la censure et les régimes pénaux ou procéduraux, et les droits de réponse ou de rectification couvrent, dans la Constitution Portugaise, toute sorte de manifestation de la pensée, et non pas seulement la liberté d'expression à travers les moyens de communication sociale.

1.2 La liberté de la presse fait l'objet du second des quatre articles mentionnés plus haut, l'article 38. Liberté de presse s'entend ici comme englobant la liberté d'expression ou d'information soit par voie de la presse écrite, soit à travers la radio ou la télévision.

Se souciant de détails de réglementation inhabituels en droit constitutionnel comparé, cette norme consacre un ensemble de droits des journalistes: la liberté d'expression et de création, l'intervention dans l'orientation éditoriale des organes d'information sociale les concernant, le droit à l'accès aux sources d'information, le droit à l'indépendance et au secret professionnel, le droit d'élire les conseils de rédaction (dont les fonctions ne sont toutefois pas définies) (article 38.2.a) et b)).

Si, d'une part, est assuré le droit de fonder des journaux et d'autres publications, indépendamment de toute autorisation administrative, cautionnement ou qualification préalables (par. 2c)), d'autre part est exigé un



concours public en vue de l'octroi de l'autorisation nécessaire à l'exploration des stations de radio et de télévision (par. 7). Cette dernière exigence englobe, nous le croyons, non seulement le respect des règles formelles des concours publics, mais aussi l'observation de certains principes matériels, notamment celui de l'équité dans l'appréciation des candidatures, celui de la transparence des procédés, ou celui de l'adaptation des critères de classification à l'objet de la concession.

L'indépendance des moyens d'information, par rapport aux pouvoirs politique et économique, que l'État se voit ici fermement assigné d'assurer (par. 4), est promue non seulement par la consécration des droits des journalistes, ainsi que nous l'avons mentionné plus haut, mais aussi par l'exigence de transparence à l'égard de la situation patrimoniale et financière des entreprises (par. 3), par le principe de la spécialité, lorsqu'elles sont propriétaires d'organes d'information générale, en empêchant qu'elles mènent d'autres activités d'ordre économique, par des obstacles que l'on envisage de créer à leur concentration et par la consécration de l'aide non discriminatoire de l'État (par. 4).

En conséquence de la décision d'intervention de l'État dans bien des secteurs de l'économie, telle qu'elle a été inscrite dans les principes régissant le processus de transition vers la démocratie, lequel eut son début le 25 avril 1974, l'État, qui dès avant détenait la propriété des deux canaux de télévision, ainsi que d'une station de radiodiffusion émettant par plusieurs ondes maints programmes différents, est devenu le propriétaire de la totalité ou de la part la plus importante du capital de la grande majorité des entreprises de presse éditant, à l'époque, des quotidiens, en plus d'avoir étendu son domaine à la radio (sur ce terrain, seule une radio privée, propriété de l'Eglise Catholique, survécut). Fut ainsi constitué un secteur public de communication sociale d'énormes dimensions, qui dominait de beaucoup dans la société. Pareille situation, si d'une part favorisa une certaine modération générale capable d'apaiser des conflits — ce qui sans doute contribua à la consolidation démocratique —, d'autre part entraîna de graves conséquences à la fois d'ordre économique (les entreprises cumulaient des erreurs de gestion et des déficits que le budget de l'État comblait) et politique (les partis d'opposition reprochaient systématiquement à ceux du Gouvernement de s'avoir servi des moyens de communication sociale, à leur profit, et la lutte politique pour se servir de cet outil eut des répercussions négatives sur la qualité et la crédibilité de l'information qui était diffusée).

En même temps, dû au recul de la présence de l'État dans la vie économique, depuis la fin du stade de consolidation démocratique<sup>(3)</sup>, le secteur public de la communication sociale est devenu de moins en moins important. Des journaux sont en train d'être vendus à des entreprises privées, les radios locales se multiplient, on envisage même la concession de deux nouveaux canaux de télévision nationaux à des entités privées.

La Constitution prévoit, cependant, que l'État maintienne une position, tant dans la radio que dans la télévision, en vue d'assurer "l'existence et le fonctionnement d'un secteur public" (par. 5). La définition de l'étendue dudit secteur est du ressort du législateur, qui, à cet égard, a toute la latitude pour faire le choix de la mise en conformité.

Entre-temps, la Loi Fondamentale proclame toujours<sup>(4)</sup> que les organes de communication publics sont indépendants par rapport au Gouvernement et à l'Administration Publique, en imposant que leur structure et leur fonctionnement garantissent cette indépendance, de même que la possibilité d'expression et de confrontation des divers courants d'opinion (par. 6).

1.3 Le troisième article de la Constitution Portugaise (art. 39), voué à la liberté d'expression, concerne la Haute Autorité pour la Communication Sociale.

Il s'agit d'un organe de création constitutionnelle — il ne surgit que lors de la deuxième révision de la Constitution — qui est chargé d'assurer "le droit à l'information, la liberté de la presse et l'indépendance des moyens de communication sociale face au pouvoir politique et au pouvoir économique, ainsi que la possibilité de manifestation et de confrontation des divers courants d'opinion et l'exercice des droits d'antenne, de réponse et de réplique politique".

En plus de cette compétence d'ordre général, il incombe à la Haute Autorité d'émettre son avis préalable favorable à l'octroi de concessions de

---

(3) Nous considérons que la phase de consolidation de la démocratie s'est terminée au moment de l'élection d'un Président de la République civil, et ce pour des raisons qu'il ne serait pas opportun de mentionner ici.

(4) Nous disons *toujours*, puisque cette prescription figurait déjà à la version initiale de la CRP, alors que, comme il est remarqué dans cet exposé, le secteur public de la communication était bien plus élargi.

canaux de télévision privés — bien que la sélection ait lieu moyennant concours — et d'être entendue, simplement à titre de consultation, à propos de la nomination et la destitution des directeurs des organes de communication sociale appartenant à l'État.

La Haute Autorité, présidée par un juge nommé par le Conseil Supérieur de la Magistrature, est composée, en plus, de douze membres: cinq élus par le parlement suivant un système proportionnel, trois nommés par le Gouvernement et quatre co-optés par les autres membres<sup>(5)</sup>.

La loi qui régleme les attributions et le fonctionnement de cet organe fut récemment approuvée au parlement par le parti, majoritaire, du Gouvernement, aux voix contraires de toute l'opposition. Le Président de la République opposa son veto à cette loi, du fait qu'il l'estima politiquement inopportune. Toutefois, l'Assemblée de la République confirma cette loi et le Président ne put refuser sa promulgation.

L'absence, au départ même, d'un consensus autour de la Haute Autorité — et un organe de la sorte nécessite une grande autorité morale, ce qui implique un accord élargi sur sa composition et son fonctionnement — semble indiquer qu'il s'agit là d'une solution temporaire, qui très probablement ne survivra pas à la prochaine révision constitutionnelle, alors que les autorisations d'exploitation des canaux de télévision seront déjà accordées et que la présence de l'État dans le secteur de la communication sociale sera alors, prévoit-on, bien réduite<sup>(6)</sup>.

1.4 Le dernier des articles de la loi fondamentale, consacrés à la liberté d'expression, s'occupe des droits d'antenne, de réponse et de réplique politique.

Sont prévus trois "types" de droit d'antenne.

Un premier "type" est accordé, aux termes que la loi établira, pour être exercé dans le domaine du service public de radiodiffusion et de télévision, à tous les partis politiques et organisations syndicales, professionnelles et représentant les activités économiques, selon leur représentativité.

---

(5) La cooptation n'est pas issue de la Constitution, laquelle laisse à la loi la faculté de choisir le mode de nomination de ces quatre membres. C'est toutefois celle-là la méthode choisie.

(6) Aux débats parlementaires qui suivirent le veto, un député du parti majoritaire éclaircit que son parti irait proposer, lors de la prochaine révision de la Constitution, la suppression de la Haute Autorité.

Un deuxième "type" est accordé, ayant également trait au service public de radiodiffusion et de télévision, au Gouvernement, ainsi qu'aux partis politiques ne siégeant pas à l'exécutif afin qu'ils puissent répondre à celui-ci.

Un troisième "type" est accordé, lors des périodes électorales, à tous les candidats, en équité, et vaut pour tous les émetteurs de radio et de télévision, qu'ils soient publiques ou privés.

Le droit de réponse et de réplique politique est un droit des partis de l'opposition par rapport aux déclarations politiques du Gouvernement. Bien que la Constitution ne définisse pas ces deux institutions, il semble clair qu'il s'agira du droit de réponse lorsque le Gouvernement, dans sa déclaration, aura entendu mettre particulièrement en cause le parti répondeur et que le droit de réplique permettra aux partis d'opposition de manifester leur point de vue sur des questions politiques en général, visées par le Gouvernement lors de sa déclaration.

En plus de cette réglementation constitutionnelle détaillée portant sur le droit à la liberté d'expression, ce même droit se trouve largement sauvegardé dans plusieurs lois ordinaires, que nous aborderons ci-après.

## 2. La Loi

2.1 La liberté d'expression par voie de la presse écrite est réglementée par deux textes fondamentaux: la Loi sur la Presse (LP)<sup>(7)</sup> et le Statut du Journaliste (ST)<sup>(8)</sup>.

La Loi sur la Presse fut élaborée et publiée peu après le renversement du régime totalitaire, plus d'une année avant l'entrée en vigueur de la

---

(7) Décret-Loi no. 85-C/75, du 26 février, amendé, en ce qui concerne les dispositions ayant trait aux infractions en matière de presse et aux procédures qui en découlent, par les Décrets-Lois nos. 181/76, du 9 mars et 377/88, du 24 janvier, et, de surcroît, pour ce qui est des dispositions portant sur le Conseil de Presse, par la Loi no. 31/76, du 21 juin.

(8) Loi no. 62/79, du 20 septembre.

Constitution démocratique, et constitua l'un des supports, sur le plan juridique, où s'est appuyé le processus de transition vers la démocratie.

Il est reconnu, à son premier article, que "la liberté d'expression de la pensée par voie de la presse (...) est essentielle à l'exercice de la démocratie, à la défense de la paix et au progrès public, social et économique du pays".

Et l'article 4, en refusant toute sorte de censure (par. 1), détermine que la liberté de la presse n'est assujettie qu'aux limitations fixées par la loi "en vue de sauvegarder l'intégrité morale des citoyens, d'assurer l'objectivité et la vérité de l'information, de défendre l'intérêt public et l'ordre démocratique" (par. 2) et souligne qu'il est licite, pourvu qu'en respectant les termes de la loi de la presse, "la discussion et la critique de doctrines politiques, sociales et religieuses, des lois et des actes, des organes de souveraineté et de l'administration publique, ainsi que du comportement de leurs agents" (par. 3).

En sus de ces proclamations de principes, la LP contient, dans son chapitre I, un ensemble de normes définissant et réglementant des droits des journalistes (le droit d'accès aux sources d'information, au secret professionnel, des garanties ayant trait à leur indépendance et à leur participation à l'orientation de la publication périodique), la liberté de fonder des entreprises de presse, en même temps qu'elle consacre le droit de réponse et le Conseil de Presse.

Son chapitre II esquisse la structure de l'entreprise de presse, en définissant les compétences du directeur du journal, du directeur-adjoint, du sous-directeur ainsi que du conseil de rédaction. Relève de la compétence du directeur notamment "l'orientation, la surveillance et la détermination du contenu de la publication périodique" (art. 19). Est prévue l'exigence de l'avis favorable du conseil de rédaction sur la nomination du directeur, du directeur-adjoint, du sous-directeur et du rédacteur en chef (art. 22).

Les autres chapitres sont voués aux formes de responsabilité civile et criminelle, créant les infractions en matière de presse et fixant une procédure, concernant ce type de crimes, plus expéditive.

Est prévue (article 50), en tant que mesure préparatoire ou à titre d'incident, la saisie de la publication contenant un écrit qui rentre dans le cadre du concept légal de crime. La saisie ne peut être ordonnée que par le tribunal, lorsqu'il y a des raisons de croire à l'existence vraisemblable du crime et que la diffusion de la publication peut entraîner des dommages irréparables. Nous ne connaissons que deux décisions judiciaires en appli-

cation de cette disposition: l'une, ordonnant la saisie, l'autre ne le faisant pas. Tout en admettant que, au fil de ces quinze dernières années, il y aurait eu quelques décisions de plus, non pas trouvées parmi les éléments de recherche disponibles, il est certain que sont très rares les décisions judiciaires ordonnant la saisie de publications.

2.2 Le Statut du Journaliste définit et régleme les droits et les devoirs de celui-ci, ainsi que le moyen de se voir accorder le droit à son titre professionnel.

En vertu du SJ, le titre de journaliste est accordé par l'organisation syndicale concernée. Cette solution, à l'instar d'autres professions, a été jugée inconstitutionnelle par la Cour Constitutionnelle (vd., par exemple, l'Arrêt no. 91/85, in *Diário da República*, 1<sup>e</sup> Série, du 18.7.85). Entre-temps fut publiée une nouvelle législation d'ordre général sur l'autorisation de porter un titre professionnel (Décret-Loi no. 358/84, du 13 novembre), laquelle ne fut pas encore régleme en ce qui concerne la profession de journaliste.

2.3 En plus des textes mentionnés, il y en a beaucoup d'autres se rapportant directement à la liberté d'expression:

La Loi sur la Télévision (Loi no 25/79, du 29 octobre), les Statuts de la Radiotélévision Portugaise (Décret-Loi no. 321/80, du 22 août), le Conseil de Presse (Loi no. 31/78, du 20 juillet) et la régleme qui s'y rapporte (Décret-Loi no. 338/88, du 28 septembre), sur l'affichage et inscription de messages publicitaires et de propagande (Loi no. 97/88, du 17 août), sur les aides de l'État à la presse (Arrêtés no. 414-A, du 18 mai, et no. 36/88, du 18 janvier), le Statut de la Presse Régionale (Décret-Loi no. 106/88, du 31 mars).

La description, quoique brève, du régime résultant de cette multiplicité de textes ne relève toutefois pas de la portée de ce rapport.

On ne saurait pourtant oublier de mentionner la régleme des crimes contre l'honneur, ainsi que ceux de violation de la vie privée des personnes par voie de la presse.

Au vu de la teneur du Code Pénal en vigueur (approuvé par le Décret-Loi no. 400/82, du 20 septembre), lesdits crimes ne sont pas punissables, lorsque la divulgation des faits qui leur donnent substance eut lieu pour la réalisation de l'intérêt public légitime ou pour tout autre cause

justifiée et dès que soit établie la véracité des faits ou qu'il y ait de sérieux fondements pour croire qu'ils étaient vrais (articles 164, 165 et 178).

En d'autres termes, la révélation par la presse de faits portant atteinte à l'honneur des personnes ou concernant leur vie privée n'entre pas la catégorie de crime, lorsqu'on conclut à un fait dont le public a le droit d'être informé. Et, même si les faits révélés sont, en définitive, faux, il n'y aura quand même pas de crime, pourvu qu'il soit prouvé que le journaliste aurait eu de bonnes raisons — notamment ayant observé les règles déontologiques de la profession, qui appellent la confirmation des sources — de croire qu'ils étaient vrais<sup>(9)</sup>.

Il est inutile de faire ressortir l'importance de cette disposition. Son étendue, plus ou moins grande, tout autant que l'application qu'en font les tribunaux, sont déterminantes dans la fixation des limitations à la liberté d'expression.

En ce qui concerne l'énumération des droits, le SJ n'est pas novateur par rapport à la Constitution et à la LP, mais il prévoit leur régime d'une façon détaillée.

C'est ainsi qu'il précise l'étendue du droit d'accès aux sources d'information, notamment celles qui sont contrôlées soit par l'Administration Publique, soit par des entreprises publiques ou leur pareil (art. 7). Pour la réalisation de ce droit, sont accordées aux journalistes certaines facultés: "ne pas être détenus, écartés ou d'une façon quelconque empêchés de s'acquitter de leur mission en tout lieu où leur présence soit requise", "ne pas être déssaisis du matériel utilisé ou être obligés de produire des éléments recueillis" et "libre accès et permanence en des lieux publics".

On doit toutefois reconnaître que, en dépit de la consécration constitutionnelle et légale du droit d'accès aux sources d'information, la pratique suivie démontre que l'Administration Publique crée de nombreux obstacles à l'obtention d'informations et que les gouvernants donnent souvent des instructions pour que les fonctionnaires n'aient pas d'entretiens avec les journalistes. Il est toutefois à espérer une amélioration de la situation, lorsque seront réglementées les nouvelles dispositions de la Constitution (article 268.3 de la CRP) accordant à tous les citoyens le droit d'accès aux

---

(9) A ce sujet, vd. Figueiredo Dias "O direito de informação e tutela da honra no direito penal da imprensa português" in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 115, n.ºs 3697, 3698 e 3699.

archives et fichiers administratifs, sous réserve du respect des restrictions nécessaires à la sûreté intérieure et extérieure, à l'investigation criminelle et à la vie privée des personnes.

### **3. Conclusion de la Première Partie**

Le Portugal dispose d'une réglementation constitutionnelle et légale moderne, capable d'assurer, en toute plénitude, la liberté d'expression de la pensée.

Ce qui peut-être surprendra l'observateur de l'extérieur ce sera le détail que, surtout dans le domaine constitutionnel, on a apporté à la réglementation. La démocratie est un régime nouveau dans notre pays. En consacrant, dans l'ordre juridique, les droits fondamentaux, on a soigné des détails de réglementation qui, dans d'autres pays, ressortent des acquis jurisprudentiels ou doctrinaires créés au long des décades. Par ailleurs, la mémoire récente des différentes méthodes de supprimer les libertés amena à des prévisions législatives qui envisagent de garantir qu'il ne soit pas du tout possible de faire renaître de telles méthodes.

Rechercher s'il est suffisant — voire même indispensable — de disposer d'une réglementation soignée pour parvenir à une liberté effective n'est pas de l'objet du présent rapport.

Il en est de même pour ce qui est des critiques que l'on pourrait formuler sur certaines solutions de moindre importance, consacrées dans la loi, qui pourraient sans doute, utilement, faire l'objet d'un réexamen.



## DEUXIEME PARTIE — LA JURISPRUDENCE

### 1. Jurisprudence Constitutionnelle

1.1 Les organes du sommet du système portugais de contrôle de la constitutionnalité<sup>(10)</sup> ont dû se prononcer, à maintes reprises, sur la conformité avec la Constitution de plusieurs dispositions de la Loi sur la Presse. Il s'agit toujours, comme on le verra, de questions ayant trait aux infractions en matière de presse et à leurs poursuites.

La LP entend comme "crimes d'abus de la liberté de presse les actes ou comportements préjudiciables aux intérêts juridiques protégés par la loi pénale concrétisés par la publication d'écrits ou d'images par voie de la presse"<sup>(11)</sup>. La Constitution, dans sa première version, énonçait que les crimes commis par voie de la presse<sup>(12)</sup> seraient "soumis au régime punitif de la loi *générale*" (article 37.3 de la CRP, dans sa rédaction de 1976). Certains tribunaux ont donc estimé que, du fait que la LP était une loi *particulière*, la définition et punition de l'infraction, qu'elle avait créées, violaient la norme constitutionnelle susmentionnée.

---

(10) Sur ce système, tel qu'il se trouve maintenant en vigueur, vd. le rapport de Mário Torres, au point IV B.2., "Le Constitutionnalisme", du programme de ce Congrès. Entre 1976 et 1983, pendant la première période constitutionnelle, l'organe qui préfigurait, en quelque sorte, la Cour Constitutionnelle, était la Commission Constitutionnelle. La jurisprudence dont nous tenons compte ici ressort à ces deux institutions.

(11) Elle renvoie, donc, notamment, au Code Pénal. Sur le régime qui en est issu, vd. *supra* 1.2.3.

(12) *Rectius*, les infractions commises dans l'exercice des libertés d'expression et d'information.

Lorsque la question fut introduite en recours devant la Commission Constitutionnelle, celle-ci, en se prononçant au sujet de deux décisions (Arrêts no. 175 et no. 177, in *Apêndice ao Diário da República* (ADR), du 3 juillet 1980), formula son avis sur ce qu'elle entendait par **loi générale** au sens dudit article 37.3 de la Constitution. Et elle la définit en tant que loi formelle générale, non pas discriminatoire envers telle ou telles opinions (autrement dit, ne les incluant pas sous la menace pénale), qui envisageait de protéger des biens ou valeurs méritant la protection et qui respectait les principes du droit pénal. La Commission estima que ces dispositions de la LP définissant les infractions en matière de presse et leur punition ne violaient pas la norme constitutionnelle, conformément à l'interprétation qu'elle lui a donnée.

Il est à noter que le législateur constituant, en se rendant compte de la difficulté d'interprétation que l'article 37.3 soulevait, modifia son libellé lors de la première révision constitutionnelle (Loi Constitutionnelle n.º 1/82, du 30 septembre). Et, en recevant l'avis de la Commission Constitutionnelle, cet article désormais libellait que les infractions commises dans l'exercice des libertés d'expression et d'information seraient soumises aux "principes généraux du droit pénal".

La Cour Constitutionnelle a dû se prononcer, en plusieurs occasions, sur la constitutionnalité de la norme de la LP (article 27.3) qui prévoyait qu'"aux fins de la responsabilité criminelle, le directeur du périodique est présumé l'auteur de tous les écrits non signés et est punissable en qualité d'auteur de l'infraction", sauf dans le cas où il fait preuve qu'il méconnaissait l'écrit mis en cause, ou qu'il n'en a pu empêcher la publication. Cette norme était arguée comme inconstitutionnelle du fait qu'elle enfreignait les principes de présomption d'innocence et du caractère personnel de la responsabilité criminelle (articles 27 et 32 de la CRP).

Par des arrêts successifs (Arrêts n.º 63/85, in *Diário da República* (DR) 2.º Série, du 12.6.85, n.º 270/87, in DR, 2.º Série, du 28.8.87 et n.º 447/87, in DR, 2.º Série, du 19.2.88), la Cour Constitutionnelle n'a pas jugé inconstitutionnelle ladite norme de la LP. De l'avis de la Cour, la responsabilité criminelle du directeur, telle qu'elle y est prévue, ne résulte pas d'une quelconque présomption de qualité d'auteur de l'écrit non signé, mais plutôt de la compétence qui lui est assignée par la loi de déterminer le contenu de la publication périodique: du fait que le crime relève de la *publication*, et que la responsabilité de la détermination du contenu du journal ressort au directeur, il n'est ni inadéquat, ni disproportionné, non

plus excessif, de lui attribuer, à titre d'auteur, les infractions commises par le biais d'écrits non signés.

La Cour Constitutionnelle s'est, par ailleurs, prononcée sur la constitutionnalité d'une autre norme de la LP. Il s'agit de la disposition déterminant que, dans le cadre d'une procédure criminelle entamée pour cause d'infraction en matière de presse, il n'y a pas d'instruction contradictoire, ce qui, disait-on, enfreignait le principe du contradictoire (article 32.5 de la CRP). La Cour Constitutionnelle a autrement interprété cette question, estimant que le principe du contradictoire n'exige pas qu'il y ait toujours une phase d'instruction avec les caractéristiques de l'instruction contradictoire; le législateur se voyait accorder toute la latitude pour choisir les actes d'instruction que l'on doit soumettre audit principe (Arrêt n.º 434/87, DR, 2<sup>e</sup> Série, du 23 janvier).

Le Code de Procédure Pénale (approuvé par le Décret-Loi no. 78/87, du 17 février) admet (article 135) que les journalistes (aussi bien que le clergé, les avocats ou les médecins, entre autres) soient obligés à révéler des faits protégés par le secret professionnel, en vertu d'une décision d'un tribunal supérieur à celui qui est saisi de l'affaire, après consultation du syndicat concerné. Appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de ce régime, la Cour Constitutionnelle estima qu'il ne portait pas atteinte au droit des journalistes, tel que la Constitution le consacre, au secret professionnel, conformément à la loi.

La Commission Constitutionnelle s'est prononcée sur la constitutionnalité de plusieurs statuts d'entreprises publiques de radiodiffusion et de télévision (Avis n.º 14/79, in *Pareceres* vol. 8; no. 27/79, in *Pareceres*, vol. 9; n.º 29/79, in *Pareceres*, vol. 10; n.º 11/80, in *Pareceres*, vol. 12 et n.º 22/80, in *Pareceres*, vol. 13). De la doctrine y exposée, il faut mettre en relief celle qui se rapporte à la nomination des membres des administrations des stations susmentionnées. De l'avis de la Commission Constitutionnelle, est inconstitutionnelle la faculté accordée au Gouvernement de destituer, en tout temps, dans le simple "intérêt du service", les membres des organes de l'administration.

Ce genre si discrétionnaire de licenciement, avec les conséquences qui en résultent, serait contraire au principe constitutionnel de l'indépendance des moyens de communication sociale publics vis-à-vis du Gouvernement.

La Commission Constitutionnelle ne fut pas de l'avis qu'il y aurait un conflit avec la Constitution dans le cas d'une entreprise journalistique où la

même personne exerçait cumulativement des fonctions d'administration ou de gestion avec des fonctions de direction de l'information (Avis n.º 16/81, in *Pareceres*, vol. 15). Dans notre opinion, cette doctrine ne paraît pas la meilleure. La norme constitutionnelle de l'indépendance des moyens de communication sociale au regard du pouvoir économique (article 38.4 de la CRP, qui correspond à l'article 38.5 de la rédaction en vigueur à l'époque de la Commission Constitutionnelle) exige, à notre avis, que la direction de l'information et l'administration de l'entreprise ne soient pas assimilées, afin que la production de l'information ne soit pas soumise à de simples critères de rentabilité économique.

Toujours dans le domaine de la liberté de la presse, il faudra mentionner la doctrine de la Commission Constitutionnelle (Avis n.º 26/77, in *Pareceres*, 3.º vol.) selon laquelle équivaut à de la censure économique, et pour cela inconstitutionnelle, l'attribution par l'État à des publications périodiques d'aides conditionnées à un seuil de tirage minimum.

1.2 Ce n'est pas seulement sur des questions ayant trait à la liberté d'expression de la pensée à travers les moyens de communication sociale que la juridiction constitutionnelle s'est prononcée.

De la jurisprudence concernant des questions de la liberté d'expression, dans son ensemble, nous ferons ressortir deux genres d'affaires.

L'un, qui fut soumis, à trois reprises, à l'appréciation de la Commission Constitutionnelle (Arrêts n.ºs 166, 173 et 176, in *ADR*, du 23.7.80) et autant de fois à celle de la Cour Constitutionnelle (Arrêts n.º 81/84, in *DR*. 2.º Série, du 31.1.85, n.º 11/85, in *DR*. 2.º Série, du 20.3.85, et n.º 185/85, in *DR*, 2.º, du 13.1.86), concerne la faculté accordée au juge, en vertu du Code de Procédure Civile (articles 154 et 155), de faire rayer des expressions outrageantes utilisées par les avocats dans les pièces procédurales.

Certains tribunaux ont refusé d'appliquer ces normes-là, du fait qu'ils estimaient qu'elles enfreignaient la liberté d'expression.

Tant la Commission Constitutionnelle que la Cour Constitutionnelle en ont jugé autrement. Eu égard au fait que l'article 37 de la CRP "va (...) dans le sens que l'on ne doit permettre des limitations à la liberté d'expression autres que celles qui s'avèrent nécessaires à la coexistence avec d'autres droits, de ne pas imposer des sanctions qui ne soient pas commandées par le besoin de protéger les biens juridiques qui, d'ordinaire, se trouvent

sous la tutelle pénale”, on admet que la norme en cause n’empêche pas que le législateur ménage la tutelle desdits biens en faisant appel à des sanctions d’un caractère différent” (Arrêt de la Cour Constitutionnelle n.º 81/84).

L’autre type d’affaires, examinées seulement par la Cour Constitutionnelle, a trait à des réglementations locales sur la propagande (politique ou d’autre) par voie de peintures ou inscriptions murales (Arrêts n.º 74/84, in DR, 1.º Série, du 11.9.84; n.º 201/86, in DR, 2.º Série, du 26.8.86; in DR, 1.º Série, du 15.9.86; n.º 307/88, in DR, 1.º du 21.1.89). De cet ensemble de décisions, il ressort que la Cour Constitutionnelle tient comme inconstitutionnelles des dispositions qui demandent une quelconque autorisation administrative préalable, assez discriminatoire envers l’exercice de la propagande politique, partisane ou toute autre.

## **2. Jurisprudence des Tribunaux Communs<sup>(13)</sup>**

La jurisprudence des tribunaux communs, celle qui a trait à la liberté d’expression et que nous connaissons, concerne uniquement les atteintes causées par l’exercice prétendument illégitime de la liberté de la presse et non pas aux atteintes que cette liberté aura elle-même dû subir. Autant dire qu’elle se rapporte à la protection des personnes au regard du pouvoir de la presse et non pas à la protection de la liberté d’expression au regard de ceux qui tiennent à y apporter des limitations.

Par ailleurs, cette jurisprudence touche presque exclusivement à des sujets ressortissant au droit criminel. Au Portugal, les personnes qui se croient lésées, en raison d’agissements de la presse, n’introduisent pas d’actions civiles en dédommagement, plutôt portent plainte dans le cadre criminel.

---

(13) Nous avons eu égard, abstraction faite de l’exception mentionnée dans ce rapport, aux arrêts des tribunaux de 2.º instance (Cour d’Appel) et à ceux de la Cour Suprême de Justice, les seuls publiés régulièrement. Restent, donc, au-dehors de ce bref exposé toutes les décisions, nécessairement plus nombreuses, des tribunaux de 1.º instance.

Le nombre d'affaires résultant des crimes d'abus de la liberté de la presse est réduit, le pourcentage de condamnations (vd. le tableau ci-après) par rapport aux procédures entamées, n'est que d'environ 15% et les peines prononcées, ainsi que les indemnités allouées, sont le plus souvent légères.

#### PROCES D'ABUS DE LIBERTE DE PRESSE, CONCLUS, PAR ANNEE

	1984	1985	1986	1987	1988	1989*
Nombre de procès	48	54	50	49	66	48
Inculpés, prévenus, accusés	58	62	58	62	77	58
Condamnés	8	6	13	8	11	11

\* données provisoires

Source: Statistiques de la Justice

Aux fins des années 70, lors du début du processus de transition démocratique, alors qu'était faible l'autorité politique et grave l'état conflictuel, la plupart des procédures criminelles étaient entamées par le Ministère Public et concernaient des atteintes à l'honneur des autorités — gouvernants, militaires, forces policières. Une telle tendance s'est estompée au fil des années 80, étant à cette époque plus fréquentes les procédures entamées par des particuliers.

La question cruciale desdits conflits, tels qu'ils sont soumis à la décision des tribunaux, est celle de savoir comment concilier deux droits à la protection constitutionnelle: le droit à la liberté d'expression par voie de la presse et le droit au bon nom.

Par rapport à cette confrontation, l'orientation dominante dans les tribunaux portugais nous apparaît comme faisant prévaloir le droit au bon nom. En général, ceux-là estiment que le droit d'informer ne justifie pas que l'on porte atteinte à l'honneur des personnes, ou, du moins, que l'on recoure, en écrivant, à des expressions abusives ou disproportionnées. Ce

qui est punissable ce n'est pas tant le fait de rapporter des événements que, plutôt, de qualifier des personnes ou comportements, à l'aide d'expressions chargées de connotations (à cet égard, par exemple, l'Arrêt de la Cour d'Appel de Lisbonne, du 10 octobre 1984, in *Colectânea de Jurisprudência* (C.J.), année IX, 1984, tome 4, p. 146; l'Arrêt de la Cour d'Appel de Porto, du 25 janvier 1989, in C.J., année XIV, 1989, tome 1, p. 206; l'Arrêt de la Cour Suprême de Justice, du 6 novembre 1985, in *Boletim do Ministério da Justiça*, no. 351, p. 183).

Même quand il s'agit d'autorités publiques, qui, de par leur nature, se prêtent davantage à l'observation critique, et encore que l'on soutienne que le droit à la critique saurait, en pareils cas, être tout particulièrement plein et libre, prévaut le jugement que ce droit doit se terminer là où il se heurtera, en quelque sorte, à l'intégrité morale des personnes visées, étant considéré que l'honneur et la considération des titulaires des organes de souveraineté méritent une protection accrue, lorsqu'elle se trouve en conflit avec celle des particuliers (en ce sens, par exemple, l'Arrêt de la Cour d'Appel de Lisbonne, du 27 avril, 1978, in C.J., année III, 1978, tome 2, p. 495; l'Arrêt de la Cour d'Appel de Porto, du 24 juillet, 1979, in C.J., année IV, 1979, tome 4, p. 1310; diversément, toutefois, l'Arrêt de la Cour, d'Appel de Lisbonne, du 8 mars, 1978, in C.J., année III, 1978, tome 2, p. 424).

Les tribunaux ont parfois estimé, dans le cadre du Code Pénal précédent, que si le journaliste relate des faits — même qu'ils soient faussés — susceptibles de porter atteinte à l'honneur et à la réputation de tierces personnes, mais provenant de ce qu'il a jugé que c'était une bonne source, il agit sans faute (Arrêt de la Cour d'Appel de Porto, du 6 décembre 1978, in C.J., année III, 1978, tome 5, p. 1635, et celui du 28 novembre 1979, in C.J., année IV, 1979, tome 5, p. 1453). Cette orientation, n'étant toutefois pas uniforme (dans le sens contraire, l'Arrêt de la Cour d'Appel d'Évora, du 28 octobre 1977, in C.J., année II, 1977, tome 5, p. 1241, ou l'Arrêt de la Cour d'Appel de Porto, du 3 février 1988, in C.J., année XIII, 1988, tome 1, p. 232), va à la rencontre de la solution qu'y a apporté le nouveau Code Pénal dans ce domaine (cf. *supra*, I, 2., 2.3).

La jurisprudence des tribunaux portugais, au sujet des questions concernant la liberté d'expression, ne se borne pas à ce qui vient d'être exposé. Tout récemment, d'ailleurs, deux affaires ont eu lieu, avec un particulier retentissement dans les moyens de communication sociale: à l'égard de l'un d'eux, des tribunaux de Lisbonne ont interdit, dans le cadre d'une action civile, certaines publications de faire référence à des faits touchant une

personnalité mondaine renommée, après que, de façon grossière, il y eut violation de son intimité; l'autre, ressortissant à des questions laborales de journalistes de la télévision, qui exerçaient cumulativement des fonctions dans la presse. Vu la surface dont nous disposons, allié au fait que, dans le premier cas, la décision concernée est, à nos yeux, ouvertement incorrecte, s'avérant d'ailleurs de courte durée, et que, pour ce qui est du second, les débats se poursuivent encore dans les tribunaux, nous nous bornerons à cette simple annotation pour le moment.

### **3. Conclusion de la Deuxième Partie**

La jurisprudence constitutionnelle ayant trait aux questions de la liberté d'expression, bien que récente, présente une certaine diversité de sujets et richesse de contenu. Et, dans son ensemble, elle a contribué au développement de l'exercice de la liberté de la pensée.

La jurisprudence des tribunaux communs est bien plus limitée sur le plan des matières examinées.

Il faudra pourtant reconnaître qu'il y a un grand nombre de questions fondamentales se rapportant à la liberté d'expression, dont les tribunaux ne sont pas saisis.

Et ce sont des questions cruciales, qui ont trait aux contraintes économiques que subissent les entreprises produisant de l'information, à la dépendance de l'information transmise par les grandes agences internationales, au défaut de formation professionnelle et déontologique des journalistes, aux moyens plus ou moins subtils dont se servent les différents pouvoirs dans le but d'influer, voire même assujettir, sur l'information diffusée.

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**

L'ordre juridique portugais est doué d'une structure constitutionnelle et législative qui, pouvant sans doute devenir toujours plus parfaite, garantit d'une façon efficace et pleine la liberté d'expression.



La jurisprudence portugaise dans ce domaine se rallie à la structure légale et l'approfondit.

Ainsi, et sur le point de la structure normative, la liberté d'expression est une réalité dans notre pays, en des termes pareils à ce qui se passe dans les autres systèmes démocratiques.

Si cette constatation n'est pas, comme nous le savons, suffisante pour en conclure, au point de vue de la société, à une pratique enracinée et respectée, il semble indéniable qu'il en est un bon indice.



MARIA TERESA CAUPERS

*Subdirectora geral  
do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras*

**IV D.1.**

**NOTE SUR LA PROTECTION  
DU PATRIMOINE CULTUREL PORTUGAIS:  
PATRIMOINE ARCHITECTURAL**



## **1. Introduction**

La législation portugaise concernant la protection du patrimoine culturel était composée de différents textes épars, datant d'époques différentes, de 1930 à 1980, et qui sont apparus au fur et à mesure que la protection, le sauvegarde et la préservation de ce patrimoine se réalisaient.

La ratification de la Convention pour la Protection du Patrimoine Culturel et Naturel Mondial par le Parlement portugais a contribué à la révision de cette législation dispersée et à la définition d'une loi cadre du Patrimoine Culturel (Loi n.º 13 du 6 juillet 1985).

D'après les termes de la loi cadre, le patrimoine culturel portugais comprend tous les biens matériels ou immatériels qui, en raison de leur valeur intrinsèque, doivent être considérés importants pour la permanence et l'identité de la culture portugaise à travers le temps (article 1).

La préservation, la défense et la mise en valeur du patrimoine culturel est un droit et un devoir de tous les citoyens portugais et constitue une obligation de l'Etat et des autres entités publiques.

L'on a confié aux parlements régionaux des Régions Autonomes de Madère et des Açores, les développements législatifs compte tenu des aspects spécifiques de chaque région.

Toute la législation antérieure est abrogée mais l'on a permis que les classifications antérieures d'immeubles produisent leurs effets, indépendamment de la révision de ces mêmes classifications, à laquelle on procé-

déra dans le futur en fonction de nouveaux critères génériques, applicables à la sélection des immeubles à classer et qui sont actuellement en train d'être élaborés.

## **2. La Protection du patrimoine architectural**

Les biens matériels qui méritent l'attention des autorités publiques sont ceux qui ont fait l'objet d'une classification.

Les propriétaires des biens classifiés se voient imposer des obligations qui sont toutes dérogoatoires au régime habituel du droit de propriété, et qui découlent de l'adoption par les pouvoirs publics de mesures différenciées de préservation et de mise en valeur.

Les biens culturels, indépendamment de leur propriété, sont soumis à des règles spéciales qui établissent en particulier leur fonction sociale, leur aliénation et la forme d'intervention dont ils sont l'objet.

C'est au Secrétariat d'Etat à la Culture, à travers ses services régionaux, avec la collaboration d'autres ministères, de promouvoir les mesures nécessaires et indispensables à une action permanente et concertée d'inventaire, d'étude, de protection, de préservation et de mise en valeur des biens culturels.

Les instruments dont le Gouvernement dispose, à travers le Secrétariat d'Etat, sont l'inscription et la classification des biens culturels.

Les propriétaires, les personnes qui ont la possession ou la détention d'un patrimoine culturel sont appelés à collaborer avec l'Etat, les Régions Autonomes et l'Administration locale à l'inscription et à l'inventaire du dit patrimoine.

Les populations devront être associés aux mesures de protection et de préservation et seront sollicités à collaborer pour la dignité, la défense et la jouissance du patrimoine culturel.

Pour cela, l'Etat, les Régions Autonomes et l'Administration locale chercheront à promouvoir la sensibilisation et la participation des citoyens à la sauvegarde de ce patrimoine et à assurer les conditions des jouissance les concernant.

Les citoyens pourront encore constituer des associations de protection du patrimoine, tandis qu'ils auront le droit de se prononcer auprès des ministères compétents et des organes de l'Administration locale sur tout ce qui se rapporte à la protection du dit patrimoine.

### **3. De la classification des biens matériels**

Les immeubles peuvent être classifiés comme monuments, ensembles et sites, éventuellement regroupables en catégories.

Seuls les biens présentant une valeur culturelle qui justifie leur protection spéciale peuvent être l'objet de classification.

Les critères généraux qui président à la sélection des immeubles à classifier sont fixés par l'Instituto Português do Património Cultural dépendant du Secrétariat à la Culture.

### **4. Instituto Português do Património Cultural (IPPC)**

Cet établissement public est doué de personnalité juridique et jouit d'autonomie administrative et financière.

En plus de l'inventaire, de l'inscription et la classification des biens culturels, l'Instituto Português do Património:

- Assure, en collaboration avec la Direction Générale des Bâtiments et Monuments Nationaux du Ministère des Travaux Publics, des Transports et des Communications, la coordination de l'action de l'Etat en matière de travaux de restauration et de récupération du patrimoine culturel immeuble et élabore des programmes et des projets, tout en établissant des priorités d'intervention;
- Il émet des avis, sur les aspects esthétiques et de sauvegarde du patrimoine culturel, sur des projets d'urbanisation et de travaux publics à mener à bout spécialement sur les zones de protection des monuments nationaux, sur des immeubles présentant un intérêt public et sur des zones spéciales de protection des immeubles présentant un intérêt archéologique;
- Fournit un appui technique et scientifique aux institutions culturelles qui comportent dans leurs objectifs l'étude, la défense et la mise en valeur des biens culturels;
- Encourage la sensibilisation et la participation des populations et des entités locales, publiques ou privées, à la sauvegarde du patrimoine culturel;
- Crée pour la collectivité des conditions de jouissance du patrimoine culturel.

- Stimule des échanges avec des institutions congénères dans des pays, ou territoires où un patrimoine culturel commun puisse exister.

Il prend des initiatives se rapportant au patrimoine culturel, telles que des visites, des voyages d'étude, des conférences, des congrès, aussi bien que des éditions de livres, documents et diapositifs ou la réalisation de films d'intérêt culturel, et confère des subsides à leur organisation.

Ces compétences de l'IPPC sont exercées tout le long du Pays par les services régionaux respectifs.

Parmi les organes de l'IPPC, il faut mentionner le Conseil Consultatif, auquel sont soumises à titre consultatif, les matières qui relèvent de l'IPPC, comme dans le cas particulier de la classification des immeubles.

Le Conseil Consultatif, présidé par le Président de l'IPPC fonctionne avec des sections spécialisées. A côté des responsables des différents services qui forment l'IPPC, y siègent des personnes dont la compétence dans ce domaine d'action soit reconnue ainsi qu'un représentant des associations de défense du patrimoine.

## **5. L'opération de classification des immeubles**

L'initiative qui déclenche l'opération de la classification peut appartenir à l'Etat, aux Régions Autonomes, à l'Administration locale ou à tout autre personne physique ou morale.

Les opérations de la classification doivent être bien-fondées et dûment instruites par leurs promoteurs étant dû à l'IPPC qu'il fournisse l'appui technique sollicité.

Lorsque s'ouvre l'instruction de l'opération de classification par l'IPPC, le propriétaire concerné et la Mairie du ressort sont notifiés.

Les immeubles en voie de classification ne peuvent être démolis en part ou dans le tout et ils ne peuvent non plus être l'objet de travaux de restauration, sans un avis préalable de l'IPPC.

Les mairies, de leur côté, ne pourront autoriser de projets de construction, de préservation ou de restauration des immeubles en voie de classification sans écouter préalablement l'IPPC.



L'opération de classification instruite, elle est soumise, à titre d'avis, au Conseil Consultatif de l'IPPC. Cet avis est obligatoire mais n'impose engagement.

Les formalités remplies, l'opération de classification est soumise à l'appréciation du membre du Gouvernement responsable de la culture, qui décide.

La classification de l'immeuble revêt la forme de décret.

## **6. Zone de protection des immeubles classifiés**

Les immeubles classifiés par le Secrétariat d'Etat à la Culture sont toujours entourés d'une zone de protection (zone de protection type).

Tant qu'une zone spéciale n'est pas fixée, les immeubles classifiés bénéficient d'une zone de protection de 50 mètres, comptés à partir des limites extérieures de l'immeuble.

Dans tous les cas pourra être aussi incluse une zone "non aedificandi", sauf pour ceux dont l'encadrement reste parfaitement sauvegardé par la zone de protection type.

Les zones de protection des immeubles classifiés constituent des servitudes administratives, sur lesquelles les mairies ou d'autres entités ne peuvent autoriser aucun acte d'aliénation, aucuns travaux d'installation, de construction, de reconstruction, de création ou de transformation d'espaces verts, aucun mouvement de terres ou dragage ou aucune ou différente utilisation contraire au tracé d'origine, sans autorisation du membre du Gouvernement responsable de la culture.

Quand les édifications du gros oeuvre ou les travaux, quels qu'ils soient, sont effectués en non-conformité avec la législation relative au patrimoine culturel, ils seront interdits administrativement par l'IPPC, après autorisation du Membre du Ministère de Tutelle.

La délimitation des aires des ensembles et des sites est fixée par le Membre du Gouvernement responsable de la culture, à travers l'IPPC, dans les cas des biens de valeur nationale ou internationale, après audition

de l'Administration locale, avec la collaboration, quand elle est jugée nécessaire, d'autres services de l'Etat.

Pour les biens de valeur locale et régionale sont compétents respectivement, l'assemblée municipale et les organes propres des Régions Autonomes.

## **7. Les obligations des propriétaires ou des détenteurs de biens classifiés ou en voie de classification**

Afin de limiter les risques de dégradation du patrimoine architectural, les propriétaires et les détenteurs d'immeubles classifiés ou en voie de classification sont obligés à:

- Communiquer préalablement au Membre du Gouvernement responsable de la culture, l'aliénation des biens classifiés et la transmission par héritage ou legs, cette déclaration constituant une condition indispensable à l'inscription de la transmission au cadastre.
- Ne pas démolir ni faire de travaux de restauration sans un avis préalable de l'IPPC.
- Exécuter tous les travaux jugés nécessaires pour assurer leur sauvegarde, dans le délai fixé.

En ce qui concerne les travaux nécessaires pour la sauvegarde des biens mentionnés, s'ils n'ont pas été commencés ou terminés dans le délai fixé, l'Etat peut les faire exécuter, et leur coût en incombe alors au propriétaires ou au détenteur.

Si ces derniers prouvent ne pas avoir les moyens de payer intégralement ces travaux ou si ceux-ci s'avèrent disproportionnés avec leurs possibilités, leur coût sera supporté totalement ou partiellement, par l'Etat.

L'Etat peut aussi décider l'expropriation des biens en question quand l'action ou la négligence grave de leur propriétaire les expose au risque de dégradation, après avoir écouté leur propriétaire et les organes consultatifs compétents.

Les immeubles situés dans les zones de protection des biens classifiés peuvent également être expropriés s'ils nuisent à la bonne préservation de ces derniers et vont à l'encontre ou font perdre leurs caractéristiques ou leur encadrement.

## **8. Les avantages fiscaux**

Les immeubles classifiés bénéficient d'un régime fiscal spécial, en particulier:

1) L'exemption de l'impôt foncier.

2) Le dégrèvement sur le revenu des personnes physiques, jusqu'à 20% du revenu total, des dépenses de préservation, de récupération, de restauration et de mise en valeur des biens classifiés des intérêts des dettes contractées pour l'acquisition ou la préservation des immeubles classifiés.

3) La réduction au tiers de la valeur de la matrice des immeubles classifiés en vue du recouvrement de l'impôt sur les successions et sur les dons et l'exemption de l'impôt sur les successions pour les transmissions "mortis causa" de biens classifiés, à partir du moment où ces biens-là reviennent à l'Etat ou à l'Administration locale à la date de la mort du premier héritier ou légataire.

## **9. L'appui financier**

Le Gouvernement appuie financièrement les propriétaires de biens classifiés ou leur permet le recours à des formes spéciales de crédit pour la réalisation de travaux de protection, de préservation et de mise en valeur de leurs immeubles. Ces avantages financiers peuvent être subordonnés à des conditions spéciales et à des garanties d'utilisation publiques auxquelles les biens en question seront sujets.

## **10. Les garanties et les sanctions**

Les atteintes au patrimoine culturel sont punies par la loi pénale.

Les dommages aux choses officiellement inventoriées ou placées sous la protection officielle, par la loi, pour des raisons scientifiques, artistiques,

ethnographiques ou historiques sont spécialement et plus sévèrement punis que les dommages ordinaires.

Les infractions à caractère administratif, en particulier dans les cas où l'obtention d'une autorisation du Membre du Gouvernement responsable de la Culture est nécessaire, sont punies par l'application d'amende.

Quand il s'agit de travaux ou de démolitions sur des immeubles classifiés ou en voie de classification effectués sans autorisation, sont solidairement responsables avec leur propriétaire pour les amendes dues, le promoteur, les maitres d'oeuvre et les constructeurs.

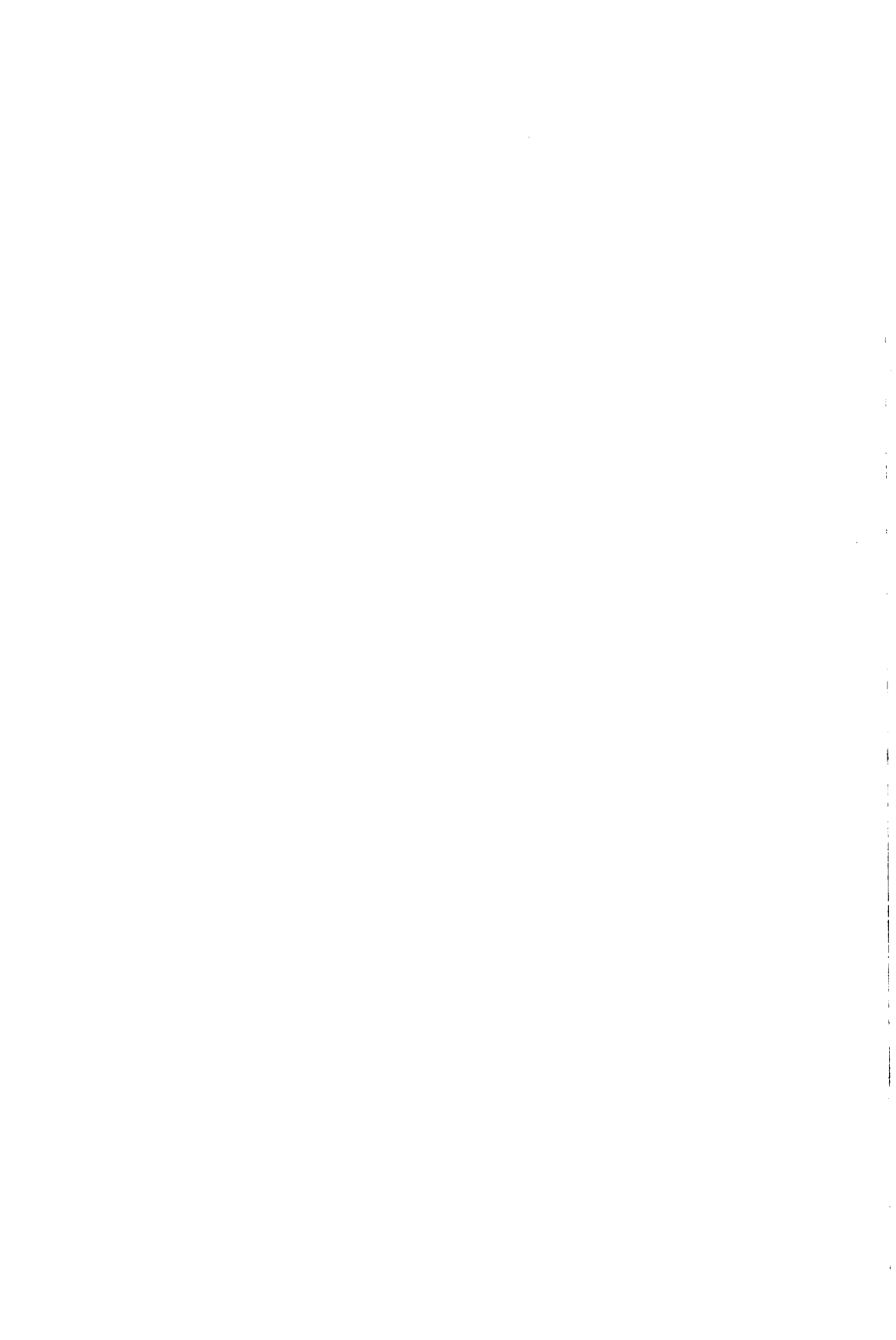
Les fonctionnaires ou agents de l'Etat ou de l'Administration locale et des régions autonomes sont civilement, administrativement et pénalement responsables des dommages causés, par leur fait ou par leur négligence, aux biens classifiés.

Le Parquet a le devoir de veiller à la défense du patrimoine culturel.

Tout citoyen, dans l'exercice de ses droits civils, ou toute association de défense du patrimoine a le droit, assuré par la Constitution d'introduire l'action populaire de défense du patrimoine culturel.

**ÁLVARO MARIA DE VILHENA DE OLIVEIRA E SILVA**  
*Président du Tribunal Administratif*  
*de Lisbonne*

**IV D.2.**  
**LE STATUT**  
**ET LE ROLE DES JUGES**  
**ADMINISTRATIFS PORTUGAIS**



## **1. INTRODUCTION**

## **2. LE STATUT DES JUGES ADMINISTRATIFS**

- 2.1. Recrutement des Juges Administratifs**
- 2.2. Conditions de Nomination des Juges Administratifs**
- 2.3. Perfectionnement et Spécialisation des Juges Administratifs**
- 2.4. Droits, Privilèges et Immunités des Juges Administratifs**
- 2.5. Devoirs, Interdictions et Incompatibilités des Juges Administratifs**
- 2.6. Régime Disciplinaire et Inspections de Service des Juges Administratifs**
- 2.7. Conditions de Travail des Juges Administratifs**
- 2.8. Exercice de la Fonction Juridictionnelle Administrative**
- 2.9. Carrière des Juges Administratifs**

## **3. LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE PORTUGAISE ET LE RÔLE DES JUGES ADMINISTRATIFS PORTUGAIS DANS LA PROTECTION DES DROITS DES CITOYENS**

- 3.1. Les Différents Types de Tribunaux Administratifs**
- 3.2. Hiérarchie et Ordres de Juridictions des Tribunaux Administratifs**

- 3.3. Compétence et Ressort des Tribunaux Administratifs
- 3.4. Compétence et Fonctions des Juges Administratifs
- 3.5. Les Juges Administratifs et la Société
- 3.6. Les Juges Administratifs et l'Exécution de leurs Décisions

#### 4. LA JUSTICE ADMINISTRATIVE AU PORTUGAL

- 4.1. Les Tribunaux Administratifs Garants de l'Etat de Droit
- 4.2. Les Tribunaux Administratifs Garants de la Légalité Administrative
- 4.3. Les Tribunaux Administratifs et l'Administration
- 4.4. Le Tribunal Européen des Droits de l'Homme et la Lenteur de la Procédure Judiciaire
- 4.5. L'Avenir des Tribunaux Administratifs

#### 5. CONCLUSIONS



## 1. Introduction

L'organisation judiciaire administrative portugaise comprend deux niveaux de juridiction: Les Tribunaux Administratifs et la Cour Suprême Administrative.

Il faut dire d'emblée, qu'il a fallu attendre le 25 avril 1974 pour qu'un profond changement du contentieux administratif se fasse sentir.<sup>(1)</sup>

En effet, non seulement les tribunaux du contentieux administratif ont changé de nom, mais il faut surtout signaler que leur juges ne sont plus des hauts fonctionnaires de l'administration mais des juges de carrière recrutés au sein de la Magistrature Judiciaire.

C'est ainsi que les Auditeurs Administratifs — une fois que les “Auditorias Administrativas” ont été intégrées au Ministère de la Justice par le Décret-loi n.º 250/74, du 2 juin — à partir du Décret-loi n.º 509/74, du 2 octobre, se sont vus nommés par le Ministre de la Justice parmi les juges ayant une classification de service non inférieur à “BIEN”.

Avant ladite révolution, les Auditeurs Administratifs n'étaient pas forcément des juges de carrière (et normalement ne l'étaient pas) et étaient sous la dépendance directe du Ministre de l'Intérieur.

Plus récemment, le Décret-loi n.º 129/84, du 27 avril, en vigueur depuis le 1.<sup>er</sup> janvier 1985, vient donner le nom de “Tribunais Administrativos de Círculo” aux anciens Tribunaux Administratifs de premier ressort jusqu'alors nommés “Auditorias Administrativas”

---

(1) Le 25 avril 1974 fut le jour de la révolution réussie du MFA (Mouvement des Forces Armées) lequel avait comme objectif: décoloniser, démocratiser et développer. Cette révolution a complètement bouleversé le régime politique et implanté un régime démocratique.

Cependant, la réforme du contentieux administratif portugais n'est pas encore terminée. Non seulement le recrutement des juges administratifs à travers la formation et spécialisation par l'Ecole de la Magistrature Portugaise — "Centro de Estudos Judiciários" — prévue par les Décrets-loi n.º 129/84 du 27 avril et n.º 374/84, du 29 novembre, n'est pas encore en vigueur; mais également la création de la Cour Administrative d'Appel, laquelle siègera à Lisbonne, se fait attendre depuis des années.

## **2. Le Statut des Juges Administratifs**

Le statut des juges administratifs a été approuvé par le Décret-loi n.º 129/84, du 27 avril, et selon l'article 77 les Juges des Tribunaux Administratifs forment un corps unique et sont régis par la Constitution de la République Portugaise en ce qui concerne l'indépendance, l'inamovibilité, l'irresponsabilité, et les incompatibilités des juges, par ce même Statut et d'après les adaptations nécessaires par le Statut des Juges, qui a été approuvé par la Loi n.º 21/85, du 21 juillet.<sup>(2)</sup>

L'article 78 dudit Décret-loi n.º 129/84 dispose:

Le président, les vice-présidents et les juges de la Cour Suprême Administrative (l'équivalent portugais du Conseil d'Etat français) appartiennent à la même catégorie et jouissent des mêmes honneurs, droits et traitement que le président, vice-président et les juges de la Cour Suprême de Justice.

Les présidents des Tribunaux Administratifs appartiennent à la même catégorie et jouissent des mêmes honneurs, droits et traitements que les juges de la Cour d'Appel.

Les juges des Tribunaux Administratifs ont la même catégorie et jouissent des mêmes honneurs, droits et traitement que les juges qui président aux circonscriptions judiciaires.

---

(2) V. l'article 217 de la Constitution de la République Portugaise.

## 2.1. *Recrutement des Juges Administratifs*

Selon l'article 81 du Statut, seulement les citoyens portugais licenciés en droit et qui remplissent les conditions prévues par la loi pour être fonctionnaires de l'État, peuvent être Juges des Tribunaux Administratifs.<sup>(3)</sup>

I — Quant au recrutement des Juges des Tribunaux Administratifs, excepté celui des juges de la Cour Suprême Administrative, l'article 85 établit de la façon suivante:

Les juges des Tribunaux Administratifs sont recrutés parmi:

- a) Les juges ayant obtenu une classification de service non inférieure à "*BIEN*", après sélection et examen de leur dossier et discussion d'au moins un travail présenté par le candidat sur un thème de droit administratif concernant le contentieux administratif.
- b) Les licenciés en droit ayant fréquenté le Centre d'Etudes Judiciaires et accompli avec succès les stages de formation destinés aux juges des Tribunaux Administratifs.

II — Quant à l'accès à la Cour Suprême Administrative, celui-ci est ouvert aux:

- a) Présidents des Tribunaux Administratifs ayant plus de dix ans de service dans ces Tribunaux et avec classification supérieure à "*BIEN*";
- b) Juges des Cours d'Appel;
- c) Les Adjoints du Procureur Général de la République ayant plus de vingt ans de service dont cinq au moins comme Adjoints du Procureur Général de la République auprès des Tribunaux Administratifs;
- d) Juristes renommées dans le domaine du Contentieux Administratif ou "*Tributaire*" ayant vingt ans d'activité profession-

---

(3) Dorénavant lors de la mention Statut il faudra savoir qu'il s'agit du Statut des Juges des Tribunaux Administratifs.

nelle comme Magistrat, enseignant ou chercheur universitaire, fonctionnaire de l'Administration ou avocat.<sup>(4)</sup>

## *2.2. Conditions de Nomination des Juges Administratifs*

Tout d'abord il faut dire que les juges des Tribunaux Administratifs sont nommés par le Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs<sup>(5)</sup> dès qu'ils remplissent les conditions pour être juge, prévues par l'article 40 du Statut des Juges et qui sont les suivantes:

- a) Être citoyen portugais;
- b) Jouir pleinement des droits politiques et civils;
- c) Avoir une licence en droit délivrée par une Université portugaise ou valable au Portugal;
- d) Avoir fréquenté et accompli avec succès des stages de formation;
- e) Satisfaire toutes les conditions requises pour la nomination des fonctionnaires de l'Etat.

Depuis le 25 avril 1974 il y a une Carrière de Magistrature Administrative parallèle à celle de la Magistrature Judiciaire et les Juges des Tribunaux Administratifs sont nommés en commission permanente de service parmi les Juges appartenant à la Magistrature Judiciaire car il n'y a pas encore des Juges Administratifs issues du Centre d'Etudes Judiciaires et ceci malgré l'article 53 du Décret-loi n.º 374/84, du 29 novembre, qui prévoyait l'ouverture en octobre 1985 du premier Cours de Formation pour Juges des Tribunaux Administratifs.

Les commissions de service ont une durée de trois ans et peuvent être renouvelées, selon l'article 57 du Statut des Juges.

---

(4) V. article 94 du Statut.

(5) V. l'alinéa a) du n.º 2 de l'article 98 du Statut et l'article 219 n.º 2 de la Constitution.

Il faut dire qu'il n'y a pas de limitation de temps pour l'exercice des fonctions de Juge Administratif ainsi qu'aucune condition d'âge minimum pour être nommé juge à la Cour Suprême Administrative.<sup>(6)</sup>

### 2.3. *Perfectionnement et Spécialisation des Juges Administratifs*

Le perfectionnement ainsi que la spécialisation des Juges Administratifs portugais sont pratiquement inexistantes car chez nous il n'y a pas encore une vraie Ecole Nationale d'Administration comme en France et en République Fédérale d'Allemagne, par exemple.

C'est pourquoi les Juges Administratifs Portugais qui veulent se perfectionner et se spécialiser en Droit Administratif et Contentieux Administratif doivent aller fréquenter l'ENA à Paris ou se rendre à Speyer et y prendre contact avec la renommée "Hochschule für Verwaltungswissenschaften", mais seulement pendant les vacances d'été car durant l'année — sauf rarissimes exceptions — on est empêché, pour motifs de travail, de se rendre à l'étranger.

De temps à autre il y a des conférences et des mini Cours de Droit Administratif au Centre d'Etudes Judiciaires, qui siège à Lisbonne, mais le moyen le plus courant, valable et pratique que les Juges Administratifs Portugais ont pour se perfectionner est encore celui de l'échange d'idées et points de vue entre collègues et principalement avec les Juges de la Cour Suprême Administrative.

Parfois, aux moments des inspections de service — quand les inspecteurs le veulent bien — il y a aussi la possibilité de dialoguer avec profit sur des propos de Droit Administratif.

### 2.4. *Droits, Privilèges et Immunités des Juges Administratifs*

Les Juges Administratifs ont les droits et privilèges suivants:

- a) Distribution gratuite du Journal Officiel ainsi que le Journal des Séances de l'Assemblée de la République;

---

(6) V. l'article 79 du Statut

- b) Libre entrée dans les gares, cais d'embarquement et aéroports, dès qu'ils s'identifient;
- c) Utilisation d'arme de défense et achat de leur munitions indépendamment du permis;
- d) Utilisation gratuite des transports publics dans leur ressort territorial;
- e) Exemption de payement d'impôts locaux;
- f) Surveillance spéciale ainsi que leur famille et biens dans le cas où des raisons exceptionnelles de sureté l'exigent;
- g) Carte d'identité spéciale;
- h) Maison de fonction ou à percevoir un subside de résidence quand l'Etat n'en fournit pas;
- i) Vacances à Noel, à Pâques et en été (du 16 juillet au 14 septembre);
- j) Frais de déplacement lors des mutations pour des raisons non disciplinaires;
- k) Exercer le ministère d'avocat dans leur défense, celle de leur conjoint ou de leurs enfants;
- l) Prime de Noel et de vacances, du même montant de la rémunération mensuelle, à percevoir en novembre et juin, respectivement;
- m) Allocation loyer en cas de déplacement pour les Régions Autonomes des Açores et Madère, à ceux qui ne possèdent pas de maison;
- n) Frais de représentation, de 20% du salaire mensuel s'il s'agit du Président de la Cour Administrative Suprême;
- o) Jubilation après 36 ans de service, ayant alors les mêmes droits, privilèges, honneurs, immunités et traitement correspondant à leur catégorie.<sup>(7)</sup>

---

(7) V. les articles 17, 19, 21, 22, 24, 25 à 29 du Statut des Juges.

Les Juges Administratifs jouissent des immunités suivantes:

- a) Ne peuvent pas être écroués, sauf en cas de flagrant délit de crime punissable de peine privative de liberté supérieure à trois ans de prison; en ce cas ils doivent être immédiatement présentés au juge compétent;
- b) Ne peuvent être jugés que par un Tribunal de catégorie supérieure à la leur.

#### *2.5. Devoirs, Interdictions et Incompatibilités des Juges Administratifs*

Quant aux devoirs ils sont les suivants:

- a) Obéissance à la loi, sauf si elle n'est pas conforme à la Constitution;
- b) Domicilier dans la ville où siège le Tribunal et dans lequel ils exercent leurs fonctions;
- c) S'abstenir de déclarations concernant les procès pendants et ne jamais révéler leur contenu;
- d) Porter la toge lors les séances ou cérémonies ayant lieu dans les Tribunaux.<sup>(8)</sup>

Les interdictions sont les suivantes:

- a) Pratique d'activités politiques de caractère public ou appartenant à un parti politique;
- b) Avoir des postes politiques, excepté celui de Président de la République, de Membre du Gouvernement ou du Conseil d'Etat.<sup>(9)</sup>

---

(8) V. l'article 4 n.º 3 du Statut et les articles 12 et 18 du Statut des Juges.

(9) V. l'article 11 du Statut des Juges.

Quant aux incompatibilités les Juges Administratifs en service effectif ne peuvent exercer aucune fonction publique ou privée à l'exception des fonctions non rémunérées d'enseignant ou de recherche de nature juridique.<sup>(10)</sup>

## *2.6. Régime Disciplinaire et Inspections de Service des Juges Administratifs*

Selon l'article 98 du Statut, le Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs est l'organe de gestion et discipline des Juges Administratifs.

En fait, il incombe à ce Conseil nommer, placer, muter, promouvoir, apprécier le mérite professionnel des Juges, exercer l'action disciplinaire envers eux, décider des réclamations et des recours des actes des présidents des Tribunaux Administratifs en matière disciplinaire et administrative, et faire des enquêtes et inspections aux services des Tribunaux Administratifs.

L'article 100 du Statut établit que les inspections des Juges des Tribunaux Administratifs sont faites par des Juges de la Cour Suprême Administrative.

Quant aux procès disciplinaires, leur instruction appartient aux Juges des autres Tribunaux Administratifs désignés par ledit Conseil.

Excepté les Juges de la Cour Suprême Administrative, où il n'y a pas d'inspections de service, tous les autres Juges des Tribunaux Administratifs sont soumis à une inspection de leurs services tous les deux ans, d'après l'article 33 du Règlement du Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs.<sup>(11)</sup>

C'est à travers des inspections de service que le Conseil va évaluer la catégorie et la compétence professionnelle du Juge. Il lui indique s'il a commis des fautes, si son service est très en retard, s'il n'a pas bien évolué dans la juridiction administrative.

C'est avec les éléments recueillis par les inspecteurs, et présentés au Conseil sous la forme de rapport, que celui-ci, confie à un rapporteur,

---

(10) V. l'article 13 du Statut des Juges.

(11) Publié dans le Journal Officiel, II Série, n.º 104 du 7 mai 1987.



choisi parmi ses membres, la charge d'apprécier la classification proposée par l'inspecteur et de décider du mérite du Juge; en séance plénière le rapporteur fait un bref exposé sur cette classification, puis par vote de tous les membres présents, est accordée la classification.

### *2.7. Conditions de Travail des Juges Administratifs*

Les conditions de travail des Juges Administratifs ne sont pas fameuses car les Tribunaux Administratifs au Portugal ne sont pas installés dans des édifices propres, mais dans des immeubles adaptés pour la circonstance.

Du fait du manque d'installations dignes et fonctionnelles, le travail des Juges est rendu pénible, d'autant qu'ils doivent travailler parfois à deux ou trois par bureau.

En plus, comme il n'y a pas de contingentement, chaque Juge a un nombre excessif de dossiers à traiter.

Même à la Cour Suprême Administrative les installations sont insuffisantes et les affaires trop nombreuses.

### *2.8. Exercice de la Fonction Juridictionnelle Administrative*

La mission spécifique des Juges Administratifs Portugais consiste à rendre la Justice en assurant la défense des droits et des intérêts des citoyens face à l'Administration.

Dans leurs jugements les Juges Administratifs Portugais sont pleinement indépendants, impartiaux, irresponsables; ils se prononcent en vertu de la loi respectant le principe de l'égalité des parties, et pour cela ils jouissent de l'inamovibilité.

Quant à leur indépendance, l'article 4 du Statut des Juges dispose:

1 — Les Juges prononcent leurs décisions uniquement d'après la Constitution et la loi, et ne sont pas soumis à des ordres ou instructions, sauf que les tribunaux inférieurs doivent se soumettre aux arrêts des tribunaux supérieurs.

2 — Le devoir d'obéissance à la loi implique également pour les Juges l'obligation de se prononcer même en cas de silence de la loi.

Au sujet de l'irresponsabilité des Juges, l'article 5 dudit Statut prévoit:

1 — La responsabilité des Juges ne peut être engagée par leurs décisions.

2 — Seulement dans les cas spécialement prévus par la loi, les Juges peuvent être soumis, en raison de l'exercice de leurs fonctions, à la responsabilité civile, criminelle ou disciplinaire.

3 — En dehors des cas où leur faute est considérée comme crime, la responsabilité civile ne peut être engagée qu'à l'initiative de l'Etat, par une action en indemnité contre le juge en cause.

Concernant l'inamovibilité, l'article 6 du même Statut, établit que les Juges sont nommés à vie et ne peuvent pas être mutés, suspendus, promus, mis à la retraite, révoqués ou voir leur situation modifiée sauf dans les cas prévus dans ce Statut.

Mais les Juges sont encore impartiaux dans leurs jugements et c'est pour garantir cette impartialité que, selon l'article 7 du Statut, il est interdit aux Juges:

- a) D'exercer des fonctions dans un Tribunal où travaillent des Juges, des agents du Ministère Public ou des fonctionnaires qui leurs soient liés en raison de mariage ou parenté, en ligne directe ou jusqu'au 3.<sup>ème</sup> degré de la ligne collatérale.
- b) De servir dans les Tribunaux où ils avaient été agents du Ministère Public au cours des trois dernières années ou avaient été, au cours des trois dernières années, avocats dans la même circonscription judiciaire.

## *2.9 Carrières des Juges Administratifs*

La carrière des Juges Administratifs est prévue par le Chapitre II du Statut: article 81 jusqu'à l'article 97.

C'est une carrière moderne, attrayante et aguichante qui séduit surtout les plus jeunes juges qui veulent se spécialiser dans la juridiction administrative et montrer rapidement en grade.

Le plus grand avantage de cette carrière c'est la possibilité qu'ont tous les juges d'arriver à la Cour Suprême Administrative à condition qu'ils aient de bonnes classifications de service.

En plus, les Juges Administratifs avancent plus rapidement au même échelon hiérarchique et sont aussi mieux rémunérés que les autres Juges, comme on l'a déjà vu.

La juridiction administrative constitue un ordre juridictionnel autonome et la carrière des Juges Administratifs est, elle aussi, autonome et parallèle à celle des Tribunaux communs.

Néanmoins, jusqu'à maintenant tous les juges sont issues de la Magistrature Judiciaire et presque tous exercent leurs fonctions en commission ordinaire de service.

Cette carrière se présente sous la forme d'une pyramide hiérarchisée de la base — Tribunaux Administratifs de 1.<sup>ère</sup> instance (Lisbonne, Porto, Coimbra) au sommet — la Cour Suprême Administrative (Lisbonne) en passant à court terme, je l'espère, par la Cour Administrative d'Appel (Lisbonne).

Comme il y a relativement peu de Juges Administratifs, avec la création de la Cour Administrative d'Appel la possibilité de monter rapidement en grade s'est ouverte aux Juges qui veulent suivre cette carrière.

Bien sur, il faut être relativement jeune, et avoir envie d'étudier d'autres matières et de sortir de la routine des Tribunaux Communs. Mais avec beaucoup de travail et beaucoup de chance ça vaut la peine de changer de cap.

### **3. La Juridiction Administrative Portugaise et le Role des Juges Administratifs Portugais dans la Protection des Droits des Citoyens**

#### *3.1. Les Différents Types de Tribunaux Administratifs*

L'ordre juridictionnel administratif portugais comprend les juridictions à compétence générale et des juridictions spécialisées.

Les Tribunaux Administratifs et la Cour Suprême Administrative appartiennent au premier type.

Pour juger les questions fiscales et douanières il y a au Portugal une juridiction administrative spécialisée et spécifique, avec des juges de carrière, mais, par faute de temps, on ne s'en occupera pas dans cet exposé.

### *3.2. Hiérarchie et Ordres de Juridiction Administrative*

Actuellement au Portugal la pyramide hiérarchique de la juridiction administrative comprend les Tribunaux Administratifs à la base, et la Cour Suprême Administrative au sommet.

Tant qu'il n'y aura pas de Cour Administrative d'Appel les appels formés contre les jugements des Tribunaux Administratifs sont de la compétence de la Cour Suprême Administrative qui est juge en premier et dernier ressort.

### *3.3. Compétence et Ressort des Tribunaux Administratifs*

Les Tribunaux Administratifs de 1.<sup>ère</sup> instance sont compétents pour connaître, grosso modo, de tous les recours contre les actes administratifs de l'Administration Centrale, Régionale ou Locale, exceptés ceux qui émanent des membres du Gouvernement, lesquels sont appréciés par la Cour Suprême Administrative.

D'autre part, ils leur incombent le jugement des actions pour obtenir la reconnaissance d'un droit ou d'un intérêt légitime, ainsi que le jugement des actions concernant la responsabilité de l'Etat et des actions concernant les contrats administratifs.<sup>(12)</sup>

Les Tribunaux Administratifs Portugais sont répartis sur une base géographique, dotés d'une compétence territoriale et leur ressort est fixé par la loi.<sup>(13)</sup>

---

(12) V. les articles 51 et 55 du Statut.

(13) V. les articles 52 à 57 du Statut au sujet de la compétence et l'article 16 et annexe VII du Déc.-loi n.º 374/84, du 29 novembre.

En ce moment les Tribunaux Administratifs portugais sont au nombre de trois et siègent à Lisbonne, Porto et Coimbra. Celui de Lisbonne est composé de 4 Présidents et 9 Juges; celui de Porto de 2 Présidents et 5 Juges; et celui de Coimbra de 5 Juges dont l'un est le Président.

### 3.4. *Compétence et Fonctions des Juges Administratifs*

Les Juges Administratifs portugais sont compétents pour le contentieux d'annulation et pour le contentieux de l'interprétation et appréciation de la légalité.<sup>(14)</sup>

Dans le premier cas, le requérant demande au juge de statuer sur la légalité d'un acte administratif individuel ou réglementaire et de l'annuler s'il est entaché d'un vice quelconque. Ce contentieux comprend le recours pour excès de pouvoir destiné à obtenir l'annulation d'une décision administrative.

Dans le deuxième cas, le requérant demande au juge de statuer ou de se prononcer sur le sens et la légalité d'un acte administratif.

La fonction essentielle des Juges Administratifs réside dans le contrôle de toutes les décisions administratives qui affectant les droits et intérêts des citoyens sont entachées de vices.

Néanmoins, il n'appartient pas aux Juges Administratifs de prendre des décisions au lieu et place de l'Administration puisqu'ils ne peuvent qu'annuler les décisions administratives au cas où les citoyens les ont attaquées pour violation de la loi ou des règlements que les autorités administratives doivent respecter.

La fonction pédagogique exercée par les Juges Administratifs envers l'Administration est très importante mais passe souvent inaperçue.

En fait, quand l'Administration commence à se voir déconsidérée par l'annulation répétée de ses décisions, souvent elle change de voie et apprend à décider selon la loi et le droit; c'est grâce au travail des Juges que l'Administration se perfectionne.

---

(14) V. l'article 6 du Statut.

### 3.5. *Les Juges Administratifs et la Société*

Malgré l'inexistence de rapports directs entre les Juges Administratifs et la Société, il faut dire que depuis quelques années ils ne sont plus des inconnus et se font surtout remarquer à travers leurs décisions. C'est vrai, qu'en dehors des audiences les Juges Administratifs n'ont pas de contacts ni avec les citoyens ni avec l'Administration.

Néanmoins, en certains cas ils sont devenus populaires pour les uns et impopulaires pour tant d'autres.

En fait, au moins à Lisbonne, pendant longtemps on a parlé du juge qui avait "permis" la démolition d'un théâtre et il en fut critiqué comme si le fait de la démolition était dû à sa décision et non à l'autorisation du Maire de Lisbonne.

On a aussi beaucoup parlé du Juge du Tribunal Administratif de Lisbonne qui a "permis" la démolition des résidences secondaires et clandestines bâties sur la plage, sans respecter le plan d'urbanisme et le domaine public maritime.

Mais le Juge, ne pouvait rien faire que maintenir l'acte attaqué puisqu'il n'était entaché d'aucun vice.

Quant à la Cour Suprême Administrative, souvent leurs arrêts sont très critiqués par la presse, surtout quand il s'agit des arrêts rendus contre les décisions du Ministre de l'Agriculture qui, dans la région Sud du Portugal touchée par la réforme agraire, avait décidé de restituer aux légitimes propriétaires les propriétés agricoles occupées illégalement en conséquence de ladite révolution du 25 avril 1974.

A travers ces exemples on peut comprendre que pour quelques uns (écologistes, propriétaires ruraux et agricoles) les Juges Administratifs sont très populaires; pour les autres (ceux qui voient démolir leur maison clandestine ou qui ont occupé des terrains agricoles contre la volonté des vrais propriétaires) les Juges sont très impopulaires.

En tout cas, la société sait qu'elle peut compter sur les Juges Administratifs car leurs décisions ne sont soumises qu'à la loi et ne prennent jamais en considération les intérêts personnels même s'il s'agit de puissants lobbys.

### *3.6. Les Juges Administratifs et l'Exécution de leurs Décisions*

Les jugements prononcés par les Juges Administratifs, dès lors qu'ils ont l'autorité de la chose jugée sont exécutoirs, c'est à dire: les autorités administratives sont obligées de les accomplir.

En effet, l'article 95 du Décret-loi n.º 267/85, du 16 juillet (Loi de procédure des Tribunaux Administratifs) établit que les jugements des Tribunaux Administratifs, en tant que chose jugée, sont obligatoires dans les termes prévus par la Constitution et pour leur exécution sont applicables l'article 5 et suivants du Décret-loi n.º 256-A/77, du 17 juin.

L'article 208 n.º 2 de la Constitution établit que les décisions des Tribunaux sont obligatoires pour toutes les autorités publiques ou privées et prévalent sur celles des autres autorités.

Si malgré cela, les jugements des Tribunaux Administratifs ne sont pas exécutés par l'Administration, les citoyens intéressés peuvent présenter, à celui qui a annulé l'acte attaqué, une requête en exécution du jugement prononcé par ce même Tribunal, dans les termes de l'article 96 dudit décret-loi n.º 267/85 et de l'article 5 dudit décret-loi n.º 256-A/77.

Les Juges Administratifs, après avoir entendu l'Administration et l'agent du Ministère Public sur l'inexécution de leurs jugements, se prononcent ensuite par jugement sur cette question.

D'après cette procédure on peut voir qu'il y a un contrôle des Juges Administratifs à l'égard de l'exécution de leurs jugements.

## **4. La Justice Administrative au Portugal**

Le Portugal étant un Etat de droit, il s'ensuit que la justice administrative se fonde sur la Constitution et sur la loi et ce sont les tribunaux, en tant qu'organes de souveraineté, qui sont compétents pour rendre la justice au nom du peuple.<sup>(15)</sup>

---

(15) V. les articles 2 et 205 de la Constitution.

#### 4.1. *Les Tribunaux Administratifs Garants de l'Etat de Droit*

Dans leurs jugements, les Tribunaux Administratifs garantissent pleinement à tous les citoyens le respect de l'exercice des droits et libertés fondamentales en assurant la défense de leurs intérêts protégés par la loi.<sup>(16)</sup>

A ce propos, il faut dire que nous devançons la France, par exemple, puisque depuis l'entrée en vigueur du Décret-loi n.° 256-A/77, du 17 juin, les actes administratifs doivent être motivés, sous peine d'être annulés par les Tribunaux Administratifs, et l'article 208 de la Constitution oblige à motiver les décisions des Tribunaux.

Or, la France, seulement par la loi n.° 79587 du 11 juillet 1979 — entrée en vigueur le 11 janvier 1980 —, vient introduire la motivation des actes administratifs.

Chez nous, les citoyens voient garantir leurs droits fondamentaux moyennant:

- a) Le recours en annulation (pour excès de pouvoir);
- b) L'exécution des décisions des Tribunaux;
- c) La motivation des actes administratifs;
- d) Des actions en indemnisation;
- e) Des actions en reconnaissance d'un droit ou intérêt légitime.

#### 4.2. *Les Tribunaux Administratifs Garants de la Légalité Administrative*

Selon l'article 268 de la Constitution, les citoyens ont le droit d'être renseignés par l'Administration, dès qu'ils le requièrent, sur l'état de leurs dossiers et encore à connaître les décisions les concernant.

Les citoyens ont encore le droit d'accès aux archives de l'Administration, sauf dans les matières concernant la sécurité interne et externe, l'investigation criminelle et leur intimité.

De plus, les décisions administratives doivent être communiquées aux intéressés et motivées.

---

(16) V. les articles 2 et 205 de la Constitution.



Pour garantir leurs droits, les citoyens peuvent recourir aux Tribunaux Civils ou du Contentieux Administratif.

Chaque fois que l'Administration applique incorrectement la loi, ou que les citoyens pensent que leurs intérêts ou droits ont été violés, ils peuvent s'adresser aux Tribunaux Administratifs pour redresser leurs torts.

La mission des Tribunaux Administratifs est décisive afin d'obliger l'Administration à agir selon le droit, en satisfaisant les prétentions des requérants quand elles sont fondées et afin de l'obliger à motiver ses décisions quando elle nie les intérêts des administrés.<sup>(17)</sup>

#### 4.3. *Les Tribunaux Administratifs et l'Administration*

D'une façon générale on peut dire qu'il n'y a pas souvent de conflits entre les Juges Administratifs et l'Administration.

En effet, les jugements des Tribunaux Administratifs sont normalement exécutés par l'Administration.

Néanmoins, dans les cas où il y a des conflits, il incombe aux Juges de les résoudre, car leur mission est de régler les difficultés nées des activités administratives, puisque toutes les décisions administratives peuvent être contestées devant les Juges Administratifs, exceptées celles qui sont exclues de la juridiction administrative, énumérées dans l'article 4 du Décret-loi n.º 129/84, du 27 avril, c'est à dire:

- a) Les actes pratiqués dans l'exercice de la fonction politique;
- b) Les normes législatives et la responsabilité par les dommages découlant de l'exercice de la fonction législative;
- c) Les actes en matière administrative des Tribunaux Communs;
- d) Les actes concernant l'enquête, instruction criminelle et l'exercice de l'action pénale;
- e) Les actes relevant de la compétence des autres Tribunaux.

Mais, exceptés les cas ci-dessus indiqués qui échappent à la compétence de la Juridiction Administrative, dans tous les autres cas, les citoyens

---

(17) V. l'article 1.º du Décret-loi n.º 256-A/77, du 17 juin.

intéressés peuvent s'adresser aux Tribunaux Administratifs, notamment pour contester des normes administratives et demander la déclaration de leur illégalité.<sup>(18)</sup> Mais au Portugal, comme d'ailleurs en France, le recours aux juridictions administratives n'est pas suspensif, sauf dans le cas où le requérant demande le sursis à l'exécution de la décision attaquée et le juge lui octroie ledit sursis, une fois remplies toutes les conditions prévues par l'article 76 dudit décret-loi n.º 267/85.

Même dans ce cas, il y a encore une petite différence avec l'effet non suspensif du recours en France. Tandis qu'au Portugal, dès que toutes les conditions légales sont remplies, les juges doivent surseoir à l'exécution de la décision administrative attaquée, en France les juges peuvent mais sans y être obligés, octroyer le sursis à l'exécution.

Malgré l'énorme influence du Droit Administratif français sur le Droit Administratif portugais, dans ce cas nous devançons la France et sommes très près du Droit Administratif allemand où une simple requête paralyse l'exécution de l'acte administratif.

L'action des Juges Administratifs exerce encore un contrôle indirect sur l'Administration dans les cas suivants:

- a) Non accès des particuliers aux dossiers qui les concernent directement;
- b) Non émission des copies certifiées des documents joints aux dossiers et qui puissent avoir un intérêt direct et personnel pour les requérants et ne concernent pas des matières réservées ou confidentielles;
- c) Requête aux fins d'obtenir la cessation d'agissements illégaux ou nuisibles;
- d) Requête aux fins d'identification du contenu de l'acte: sa date et sa motivation.<sup>(19)</sup>

Dans ce domaine les Juges Administratifs ont encore un rôle bien plus important que leurs collègues français, par exemple, où les cas pré-

---

(18) V. l'article 63 à 68 du Décret-loi n.º 267/85, du 16 juillet.

(19) V. les articles 82 à 85; 86 à 91 et 31, tous du Décret-loi n.º 267/86, du 16 juillet.

cités relèvent de la compétence du médiateur, selon la loi n.º 73-6 du 3 janvier 1973.

#### 4.4. *Le Tribunal Européen des Droits de l'Homme et la Lenteur de la Procédure Judiciaire*

Le Portugal ne diffère pas des autres pays européens au sujet de la lenteur de la procédure judiciaire.

En France, par exemple, jusqu'à la création des Cours Administratives d'Appel, par la loi du 31 décembre 1987, les arrêts rendus par le Conseil d'État se faisaient attendre cinq ans en moyenne.

Chez nous, à la Cour Suprême Administrative, il est probable que la moyenne soit semblable, mais dans les Tribunaux Administratifs de 1.<sup>ère</sup> instance les jugements sont rendus plus ou moins en deux ans, exceptés les dossiers pendants devant la Cour Suprême Administrative.

Le retard est du à l'encombrement des Tribunaux Administratifs provoqué par une avalanche de requêtes (notamment d'actions en indemnisation contre l'Etat portugais) conséquence de ladite révolution du 25 avril 1974; il est également du à une meilleure connaissance par les citoyens de leurs droits vis à vis de l'Administration.

De ce fait, les citoyens portugais qui ont introduit des actions contre l'Etat portugais, et ont attendu trop longtemps que les Tribunaux rendent leurs décisions, se sont plaints au Tribunal Européen des Droits de l'Homme de la lenteur de la procédure judiciaire.

Toutefois, il convient de remarquer que ces plaintes sont dues au fait que les Tribunaux Portugais n'ont pas été favorables aux prétentions de leurs auteurs, plutôt qu'à un délai excessif. Si l'Etat portugais avait été condamné au paiement des indemnités demandées, sûrement que les citoyens portugais ne se seraient pas plaints au Tribunal Européen des Droits de l'Homme.

#### 4.5. *L'Avenir des Tribunaux Administratifs*

Pour pouvoir parler d'avenir des Tribunaux Administratifs portugais il faudra dès maintenant avoir la volonté de faire entrer en vigueur la

législation qui prévoit la formation des Juges Administratifs à partir d'une formation spécialisée et orientée dans cette branche de Droit.

Ces cours et stages de formation dispensés au Centre d'Etudes Judiciaires doivent débiter le plus rapidement possible.

Il faudra aussi, que ce Centre puisse faire des cours de recyclage pour les Magistrats des Tribunaux Administratifs, étant donné que pour le moment ces Magistrats sont recrutés dans la Magistrature Judiciaire sans aucune expérience antérieure des questions administratives.

Pour désencombrer la Cour Administrative Suprême, il faudra que ce Tribunal juge seulement en dernière instance et non comme actuellement en première instance dans le cas des actes des Ministres, Secrétaires d'Etat, du Chef d'Etat Major des Forces Armées, etc..

Le plus pressant serait la création d'un troisième ordre de juridiction intercalaire, c'est à dire, la création d'une Cour Administrative d'Appel qui jugerait en dernière instance toutes les "bagatelles administratives" qui de nos jours inondent et paralysent la Cour Suprême Administrative.

Lorsqu'il y aura ces trois degrés de juridiction administrative, et que la Cour Suprême Administrative verra sa compétence restreinte aux questions de droit, quand la Cour Administrative d'Appel sera installée et que tous les Magistrats Administratifs seront issus du centre d'Études Judiciaires, alors la Justice Administrative portugaise aura marqué des points.

## 5. CONCLUSIONS

Les Juges Administratifs portugais jouissent actuellement d'un Statut qui est calqué sur celui des Juges des Tribunaux Communs, lequel place les

juges dans une situation d'équidistance parmi les citoyens et l'Administration.

Dans ce contexte, nous pouvons dire que le Statut des Juges Portugais devance celui des Juges de beaucoup d'autres pays européens.

D'autre part, le rôle des Juges Administratifs portugais est de plus en plus développé, grâce surtout à une meilleure connaissance que les citoyens portugais ont de leurs droits constitutionnels.

Finalement, il faut dire que la Justice Administrative Portugaise a pris un grand essor depuis la révolution du 25 avril 1974, surtout à cause des problèmes juridiques qu'elle a soulevé.

En effet, ces problèmes étant jusqu'alors pratiquement inconnus de la jurisprudence et de la doctrine portugaise, celles-ci ont eu besoin de temps pour trouver les meilleures solutions, d'où la lenteur de la procédure judiciaire que nous avons connu.

Mais tout ces problèmes appartiennent déjà au passé!



TERESA ALVES MARTINS

*Membre du Bureau de Documentation  
et de Droit Comparé*

**VB.  
LES REGLES  
D'EXCLUSION RELATIVES  
A LA PREUVE**





## I — LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA PROCEDURE PENALE EN CE QUI CONCERNE LA PREUVE

1. Le droit de la preuve, tel què prévu dans la procédure pénale portugaise, a trait à un encadrement constitutionnellement établi.

En effet, l'article 32 de la Constitution de la République Portugaise, détermine, à propos des garanties de procédure pénale:

“1. La procédure pénale offrira toutes les garanties à la défense.

...

4. Toute l'instruction se déroule *sous l'autorité d'un juge*. Celui-ci peut, en conformité avec la loi, déléguer dans d'autres autorités l'exécution des actes de l'instruction qui ne touchent pas directement aux droits fondamentaux.

5. La procédure pénale a un *caractère accusatoire*, l'audience du procès et les actes d'instruction que la loi détermine étant assujettis au principe des débats contradictoires.

6. Sont *nulles* toutes les preuves obtenues par la torture, la coercition, l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne ou encore les ingérences abusives dans la vie privée, le domicile, la correspondance ou les télécommunications.

...”

En plus de ces dispositions il faudra également tenir compte des principes de droit international en matière de Droits de l'Homme, parmi lesquels ceux découlant des règles de conventions internationales, en vigueur dans l'ordre juridique interne aux termes de l'article 8 de la Constitution.<sup>(1)</sup>

---

(1) “article 8

...

2. Les règles qui découlent de conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées produisent leurs effets sur le plan intérieur après leur publication officielle pour autant qu'elles lient internationalement l'Etat portugais”.

2. Cet encadrement constitutionnel, auquel on vient de faire référence, est développé dans le nouveau Code de procédure pénale, entré en vigueur le premier janvier 1988<sup>(2)</sup>.

Le Code de procédure pénale souligne l'accent mis sur la protection des droits de l'inculpé, tout en définissant son statut dans la procédure.

L'articulation de ce trait caractérisateur avec la structure accusatoire de la procédure, sans en écarter, pourtant, le principe de l'investigation, aussi dit de la recherche de la vérité matérielle, mettent en relief, dans le cadre général du Code, le régime qui règle la preuve.

L'importance qui lui est accordée s'exprime, d'ailleurs, par le fait que le Code prévoit en détail des dispositions d'ordre général concernant la preuve — dispositions générales, moyens de preuve, moyens d'obtention de la preuve —, aussi bien que des dispositions spécifiques à propos de chaque phase de la procédure — l'enquête, l'instruction s'il y a lieu, étant donné son caractère facultatif, et tout en particulier, l'audience de jugement.

On peut trouver dans toutes ces dispositions de la procédure pénale portugaise l'expression des principes fondamentaux relatives à la preuve, tels que la doctrine autorisée les reconnaît.<sup>(3)</sup>

## LE PRINCIPE DE LA LEGALITE DE LA PREUVE

3. D'après l'article 125 du Code sont admissibles les preuves qui ne sont pas interdites par la loi.

---

(2) Notons, dès lors, la portée de l'autorisation législative accordée par l'Assemblée de la République au Gouvernement en vue de l'approbation d'un nouveau Code de procédure pénale.

Le Code est tenu de respecter "les principes constitutionnels et les règles contenues dans les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne humaine et à la procédure pénale, auxquels le Portugal est lié".

On pourrait citer, parmi d'autres, les exemples de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Conseil de l'Europe) ou du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques (ONU).

(3) Voir, pour tous, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1974, pág. 187 et suiv.; et la Protection des Droits de l'homme dans la Procédure Pénale Portugaise, *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 291, Dezembro 1989, pág. 163 et suiv.

Dans le domaine du nouveau Code, JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Introdução ao Processo Penal*, 1989, pág. 107 et suiv.; MARQUES FERREIRA, *Meios de Prova*, in *O Novo Código de Processo Penal*, 1988, pág. 221 et suiv.

Bien que valant aussi pour la procédure civile, cette règle a une incidence toute particulière sur la procédure pénale, en raison de la position de l'inculpé dans cette procédure et de la portée du principe de l'investigation.<sup>(4)</sup>

L'admissibilité est, ainsi, de règle à l'égard des faits juridiquement pertinents pour l'objet de la preuve.

Telle est, en effet, la notion qui découle aussi des termes de l'article 124, selon lequel font l'objet de la preuve tous les faits juridiquement pertinents pour l'existence ou l'inexistence du crime, la punissabilité ou la non punissabilité de l'inculpé et le choix de la peine ou mesure de sûreté applicables.

S'il y a lieu à un dédommagement, font aussi l'objet de la preuve les faits pertinents pour la détermination de la responsabilité civile.

L'on pourrait dire que la légalité de la preuve se présente en quelque sorte comme le prolongement de la *légalité de la procédure pénale* (article 2 — et non plus de la légalité de l'action pénale, comme c'était le cas), en assurant une fiscalisation plus effective de tous les actes pratiqués au cours du procès, en particulier de ceux qui touchent aux droits fondamentaux des personnes.

## LE PRINCIPE DE LA LIBRE APPRECIATION DE LA PREUVE OU DE L'INTIME CONVICTIO

4. Bien que reconnu dès les Réformes Judiciaires de la première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, issues de la révolution libérale,<sup>(5)</sup> ce principe n'a été expressément prévu que dans le nouveau Code — article 127.

“Sauf si la loi en prévoit autrement, la preuve est appréciée en conformité avec les règles de l'expérience et la libre conviction de l'entité compétente.”

---

(4) cf. MAIA GONÇALVES, Código de Processo Penal Anotado, 2 ed., 1988, pág. 182.

(5) cf. EDUARDO CORREIA, les preuves en droit pénal portugais, RDES -- Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XIV (1967), Jan-Jun, en particulier items 26-31; FIGUEIREDO DIAS, cit., pág. 198 et suiv.; MARQUES FERREIRA, Meios de prova, cit., pág. 227.

Il s'agit, donc, d'une conviction d'ordre personnel, mais en tout cas susceptible d'être aperçue dans son raisonnement (objectivée, rationalisée); sa motivation est d'ailleurs rendue obligatoire à l'égard de tous les actes décisifs, qu'ils incombent au juge ou au Parquet (article 97 du Code de procédure pénale; en siège de jugement, les articles 365, par. 3 et 374, par. 2).<sup>(6)</sup>

En effet, conformément aux valeurs sous-jacentes à l'Etat de Droit Démocratique et au respect du droit de défense effectif, l'on exige non seulement l'indication des preuves ou des moyens de preuve qui ont servi à former la conviction du tribunal, mais surtout, "un exposé, aussi complet que possible, bien que concis, de raisons de fait qui ont fondé la décision".<sup>(7)</sup>

## LE PRINCIPE DE L'INVESTIGATION OU DE LA VERITE MATERIELLE

5. D'après ce principe, comme on le sait, le tribunal joue un rôle actif dans l'investigation des faits, dans la mesure où il l'estime nécessaire, tout en établissant de façon autonome les bases de sa décision.

La vérité qui est ici en cause est naturellement la vérité acquise dans une procédure donnée, au moyen de la preuve valablement obtenue.

Une expression du principe se trouve, par exemple, dans l'article 53, en siège d'enquête, selon lequel il incombe au Ministère Public, dans la procédure pénale, de collaborer avec le tribunal dans la découverte de la vérité et dans la réalisation du droit, en respectant des critères de stricte objectivité dans son intervention dans la procédure.

En siège d'instruction, facultative comme on l'a dit, l'article 288 libelle dans son paragraphe 4 que le juge investigue avec autonomie le cas présenté aux fins d'instruction, compte tenu des diligences suggérées dans la requête d'instruction (déposée soit par l'inculpé, soit par l'accusateur privé).

---

(6) Bien que renforcé dans le nouveau Code de procédure pénale, lequel a introduit des mécanismes de motivation et de contrôle, le principe trouve toutefois quelques limitations découlant de la force probante spéciale des documents authentiques et authentifiés et des expertises.

(7) MARQUES FERREIRA, Meios de prova, cit., pág.229.

Aux termes de l'article 340, et en siège de jugement, le tribunal ordonne d'office, ou sur requête, la production de tous les moyens de preuve estimés nécessaires à la découverte de la vérité et à la bonne décision de l'affaire (par. 1).

Etant donné la structure *matériellement* accusatoire de la procédure pénale portugaise<sup>(8)</sup>, le principe est particulièrement présent dans la phase de jugement.

En ce qui concerne l'enquête et l'instruction sa présence s'avère plus nuancée, la loi parlant seulement d'indices suffisants, c'est-à-dire, d'une vérité indiciale.<sup>(9)</sup>

D'autres principes, cependant, complémentaires de ces derniers, pourront aussi être signalés, étant donnée leur incidence au niveau de la preuve.

## LE PRINCIPE DE L'ORALITE

6. Etabli dans l'article 96 à l'égard de tous les actes de la procédure, ce principe rend aussi possible à l'autorité judiciaire (juge ou membre du Parquet) de former sa conviction sur la base d'une appréciation directe et immédiate de l'acte pratiqué devant lui.<sup>(10)</sup>

---

(8) *La fiscalisation, par le juge, de l'omission accusatoire du Ministère Public, telle que prévue dans le Code de procédure pénale de 1929 ayant été abolie dans le Code de 1987, l'intervention du juge est actuellement provoquée soit par le Ministère Public, soit par l'accusateur privé ou par l'inculpé. Toutefois, au cas où il n'y ait pas d'accusateur privé, l'omission accusatoire ne peut être fiscalisée que moyennant l'intervention du supérieur hiérarchique immédiat du représentant du Ministère public (article 278).*

*En effet, les limites des pouvoirs de cognition du juge (juge d'instruction ou juge sur le fond) sont encadrés par les termes, soit de l'accusation ou de la requête de l'instruction, selon le cas, soit de la décision de mise en accusation rendue par le juge d'instruction. La modification substantielle des faits y déterminés ne peut pas être prise en compte sous peine de nullité (articles 309, par. 1; 359, par. 1 et 5).*

Voir, à ce sujet, JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Introdução*, cit., pág. 59 et suiv.

Pour un aperçu historique, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo Penal 1*, 1981, pág. 49 et suiv.

(9) MARQUES FERREIRA, *Meios de Prova*, cit., pág. 231 et suiv.

(10) article 96:

"1. Sauf dans le cas où la loi en prévoit autrement, toute déclaration est produite oralement, la lecture de documents préalablement écrits à cet effet n'étant pas autorisée."

L'importance du principe est visible lors de l'audience, étant en règle exclues, notamment pour fonder la conviction du tribunal, les preuves qui n'auront pas été produites ou examinées en audience; ceci, hormis les cas d'admissibilité expressément prévus dans la loi (article 356 — cfr. les exemples donnés ci-après sous l'item 29).

Et même lors de l'instruction, la pièce fondamentale de cette phase est le débat oral et contradictoire, qui a obligatoirement lieu devant le juge d'instruction et auquel peuvent prendre partie le Ministère Public, l'inculpé, l'accusateur privé et les respectifs conseils (article 289).

## LE PRINCIPE DE L'IMMEDIATION

7. Un écho de ce principe existe dans l'article 355 du Code.

Étroitement lié au principe antécédent, la doctrine l'a défini comme la relation de proximité communicante entre le tribunal et ceux qui participent au procès, de façon à permettre au tribunal de s'apercevoir de la réalité qui sera à la base de sa décision.<sup>(11)</sup>

## LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

8. Enraciné dans une procédure pénale de structure accusatoire, ce principe implique, au niveau de la preuve, la possibilité de produire des preuves et de se prononcer sur les preuves produites par les autres sujets de la procédure, ou de les contredire, en y incluant les preuves ordonnées d'office.

Inscrit à l'article 32, par. 5 de la Constitution portugaise, comme on l'a vu avant, le principe est aussi présent dans plusieurs dispositions du Code de procédure pénale, dont on peut signaler, en ce qui concerne plus

---

(11) FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, cit., pág. 232.

directement les moyens de preuve, les dispositions générales des articles 61 (droits de l'inculpé), par. 1, en particulier alinéas b) et f), 98; par. 1; ou, en siège d'instruction, des articles 289; 301, par. 2; 302, par. 4; 303, par. 1.

En audience de jugement le Code lui dédie une règle particulière, celle de l'article 327, d'après laquelle l'audition contradictoire doit être observée à l'égard des questions incidentales (par. 1) et à l'égard des moyens de preuve présentés au cours de l'audience, même s'ils ont été produits d'office par le tribunal.

## LE PRINCIPE IN DUBIO PRO REO

9. Il s'agit là aussi d'un principe dont la matrice de référence peut se retrouver dans la Constitution portugaise, en tant qu'équivalent du principe de la présomption d'innocence (article 32, par. 2, déjà cité) en plus des règles de droit international pertinentes applicables sur le plan intérieur<sup>(12)</sup>.

Dans le cadre de la preuve ce principe entraîne la vérification de l'*inexistence* d'une charge de la preuve, soit au sens matériel soit au sens formel<sup>(13)</sup>, il incombant au juge, en dernière instance, d'investiguer d'office le fait qui lui a été soumis.

---

(12) Telles que l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, l'article 14 du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques ou l'article 11 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

(13) EDUARDO CORREIA, Les preuves en droit pénal portugais, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, année XIV (1967), ns. 1-2, pag. 21-23, considérait que "Dans le sens du procès civil, ce serait donc lui, le Ministère Public, qui supporterait la charge *matérielle de la preuve*", de tout semblant résulter que "l'incertitude, le *non liquet* à propos d'un fait quelconque intéressant le jugement, retombe enfin *matériellement* sur le Ministère Public, qui se verra refuser sa prétention punitive.

Différemment, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* 1, pag. 212-213, pour lequel "plus qu'équivoque, il est même erroné de parler d'une charge matérielle de la preuve à l'égard du Ministère Public", lorsque il lui incombe, non un "devoir d'accuser", mais plutôt un "devoir d'objectivité".

En effet, le Code de procédure pénale de 1987 prévoit expressément que: "Il incombe au Ministère Public, dans la procédure pénale, de collaborer avec le tribunal dans la découverte de la vérité et dans la réalisation du droit, en respectant, dans toutes les interventions dans le procès, des critères de stricte objectivité" — article 53, par. 1

Aussi JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Introdução*, cit., pag. 216, cette fois-ci pour souligner l'inexistence d'une charge de la preuve à l'égard de l'inculpé, faisant noter

Tel que le dit FIGUEIREDO DIAS, un *non liquet* dans la question de la preuve doit être toujours estimé à décharge de l'inculpé.<sup>(14)</sup>

## II — LE REGIME D'EXCLUSION DE LA PREUVE DANS LE CODE DE PROCEDURE PENALE

10. Le bref tour d'horizon sur les principes fondamentaux — reflet des critères axiologiques et normatifs contenus dans les directives constitutionnelles — nous permet maintenant de voir comment le législateur du Code de procédure pénale a concrétisé ces directives.

A notre avis, c'est dans le champ défini par l'inadmissibilité de ce qui reste *en dehors* de la réalité procédurale, celle-ci estimée admissible et valable en raison de l'observance des principes sus-mentionnés, interprétés à la lumière de leur matrice constitutionnelle d'un côté, et de l'autre, par la concrétisation, au niveau de la règle pénale ordinaire, de ce qui est admissible comme preuve, méthode ou moyen de preuve — pour ce qui est de ce dernier cas, suivant des règles d'admissibilité très restreints — que l'on arrivera à préciser la portée du régime legal d'exclusion de la preuve en droit portugais.

Mais analysons aussi, maintenant, le régime des nullités.

L'article 118, innovateur par rapport au régime antécédent, établit les principes généraux dans la matière.

---

pourtant un courant uniforme de décisions de la Cour Suprême de Justice qui va dans un sens quelque peu contradictoire. Ainsi, d'après la Cour Suprême de Justice, y citée, et bien qu'en reconnaissant l'inexistence de cette charge, "une fois prouvés les éléments matériels d'un crime dolosif, la normale existence du dol s'infère de la conduite objective, il étant à la charge de la défense d'alléguer et de faire preuve de l'exclusion de l'intention".

(14) FIGUEIREDO DIAS, La protection des Droits de l'Homme, cit., pag. 174; aussi, Direito Processual Penal, pag. 213.



Premièrement, le principe de la légalité (par. 1): la violation ou l'inobservation des dispositions de la loi de procédure pénale n'entraîne la nullité de l'acte, que lorsque celle-ci est expressément prévue par la loi.

Le législateur a adopté un critère restrictif dans l'énumération des nullités absolues, lequel touche aux questions structurelles de la procédure.<sup>(15)</sup>

Dans les autres situations, l'on a trait à des nullités suppléables; il faudra, donc, les invoquer.

Deuxièmement, le régime des nullités n'affecte pas les dispositions du Code concernant les prohibitions de preuve (par. 3).

C'est là, donc, qu'il faut placer l'objectif essentiel du présent travail.

## LES PROHIBITIONS DE PREUVE

12. Les prohibitions de preuve sont prévues comme une sanction adéquate dans les cas où, ayant eu violation des critères légaux de production et d'appréciation de la preuve, l'on estime être hors de question l'applicabilité pure et simple du système de nullités, ayant pour conséquence la destruction de tout ce qui a été accompli.<sup>(16)</sup>

Le régime des prohibitions de preuve est contenu dans l'article 126 du Code de procédure pénale;

---

(15) MAIA GONÇALVES, Código de Processo Penal Anotado, pág. 173.

Outre celles prévues dans des dispositions particulières, l'article 119 énonce les suivantes:

- l'absence du nombre de juges ou jurés qui composent le tribunal ou la violation des règles légales concernant la composition du tribunal;
- l'inobservation de la règle de la légitimité exclusive du Ministère Public pour engager la poursuite pénale, avec les seules restrictions relevant de l'exigence de déposition de plainte ou de l'accusation du particulier; ou bien l'absence du Ministère Public aux actes à l'égard desquels la loi rend sa présence obligatoire;
- l'absence de l'inculpé ou de son défenseur, lorsque la loi rend cette comparution obligatoire;
- l'ommission de l'enquête ou de l'instruction, lorsque la loi prévoit sa réalisation obligatoire;
- la violation des règles de compétence du tribunal, sans préjudice des règles relatives à l'incompétence territoriale;
- l'utilisation d'une forme de procédure spéciale en dehors des cas prévus par la loi.

(16) Exposé introductoire (par. 23), qui accompagnait la proposition de loi d'autorisation législative présentée par le Gouvernement à l'Assemblée de la République et publiée dans le Journal de l'Assemblée, II série, supplément du n.º 49, du 4 avril 1986.

“1. Sont nulles, et ne peuvent pas être utilisées, les preuves obtenues au moyen de la torture, de la coercition ou, en général, de l’atteinte à l’intégrité physique ou morale des personnes.

2. Portent atteinte à l’intégrité physique ou morale des personnes les preuves obtenues, même avec leur consentement, moyennant:

- a) le trouble de la liberté de volonté ou de décision au moyen de mauvais traitements, d’offenses corporelles, de toute autre moyen, de l’hypnose ou de l’emploi de moyens cruels ou astucieux;
- b) le trouble, par n’importe quel moyen, de la capacité de mémoriser ou d’évaluer;
- c) l’emploi de la force, en dehors des cas et des limites admis par la loi;
- d) menace avec une mesure légalement inadmissible et aussi avec le déni de l’obtention d’un bénéfice légalement prévu, ainsi que l’assujettion de son obtention à des conditions;
- e) promesse d’un avantage inadmissible d’après la loi.

3. Sous réserve des cas prévus dans la loi, sont aussi frappées de nullité les preuves obtenues moyennant l’immixtion dans la vie privée, le domicile, la correspondance ou les télécommunications, sans le consentement du titulaire respectif.

4. Lorsque l’emploi des méthodes d’obtenir des preuves prévus dans cet article consiste à des crimes, ces preuves-là pourront être utilisées dans le but exclusif de poursuivre les auteurs de ces crimes.”

13. Le présent Code emporte donc la consécration légale expresse de la doctrine des prohibitions de preuve, laquelle méritait déjà, dans le domaine du Code précédent, la meilleure attention de la doctrine portugaise.<sup>(17)</sup>

(17) Cf., à la lumière du droit précédent, FIGUEIREDO DIAS, La protection des Droits de l’Homme, cit., en particulier, pág. 182.183 et Direito Processual Penal I, pág. 75, 197, 446 et suiv., 462 et suiv.;

COSTA ANDRADE, Parecer, in Colectânea de Jurisprudência, ano VI — 1981 — t.1, *maxime* pág. 8-9; à la lumière du nouveau Code: “Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares”, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, I, 1984, pág. 545-622.

Sur ce point, aussi MAIA GONÇALVES, Meios de Prova, in O novo Código de Processo Penal, cit., pág. 193 et suiv.; MARQUES FERREIRA, *ibidem*, pág., 221 et suiv.

L'article 126 est une disposition d'ordre général en matière de prohibition de preuve, qui s'applique, par conséquent, par rapport à tout moyen de preuve concernant la personne humaine.

La prohibition mentionnée dans le paragraphe 1 est absolue, et s'impose même en cas de consentement du titulaire du bien juridique protégé.

En ce qui concerne les moyens prévus dans le paragraphe 3, la prohibition ne vaut que dans l'un des cas suivants:

- la production de la preuve a eu lieu *en dehors* des cas légalement admissibles, c'est-à-dire, sans avoir respecté les conditions établies par la loi sous peine de nullité (article 189), conformément à l'orientation constitutionnelle des articles 32, par. 6 et 34, par. 4; ou bien,
- la preuve a été obtenue sans le consentement du titulaire respectif.

Au cas où la prohibition est intervenue, dans le contexte du paragraphe 1 (torture, etc.), les preuves en cause sont frappées de nullité absolue (donc non suppléable), puisqu'elles *ne peuvent pas être utilisées* à la seule exception de leur utilisation dans le *but exclusif* de poursuivre celui qui a lui-même violé la prohibition (paragraphe 4).

14. La prohibition entraîne la nullité absolue de la preuve obtenue (au sens de l'article 119 susmentionné), lorsque l'on envisage le premier type de situation, prévu dans le paragraphe 1 — torture, etc. En ce qui concerne le deuxième — immixtion abusive dans le domicile, etc., la doctrine n'arrive, pourtant, pas à l'unanimité à ce sujet.

En effet, une certaine approche estime que sont ici en cause des nullités relatives qui doivent être invoquées sous peine de validation, vu la différente rédaction légale (on ne dit plus "ne peuvent pas être utilisées") et vu le fait qu'elles ne sont pas inscrites à l'article 119, énonçant les nullités absolues.<sup>(18)</sup>

Pour une autre approche, il s'agit ici de vraies nullités absolues, dont le tribunal doit connaître d'office et qui peuvent être invoquées à tout moment au cours de la procédure pénale. Celle-ci étant la solution plus

---

(18) MAIA GONÇALVES, Meios de Prova, in O Novo Código de Processo Penal, cit., pág. 194-195.

compatible avec la disposition de l'article 32, par. 6 et aussi parce que leur emploi n'est envisagé que dans *le but exclusif* de poursuivre les auteurs du crime.<sup>(19)</sup>

La question se pose de savoir, et la doctrine s'interroge à ce sujet, si la violation d'une prohibition doit concerner seulement les preuves directement obtenues ou affecter aussi les preuves indirectement obtenues, en conformité avec la *fruits of the poisonous tree* doctrine.

À notre avis, la réponse à cette question doit être recherchée dans le critère général de la loi concernant les nullités — article 122 du Code de procédure pénale, qui porte sur les effets de la déclaration de nullité:

La nullité rend invalide l'acte où elle s'est vérifiée, ainsi bien que les autres actes dépendant du premier, et qu'elle puisse affecter (par. 1).

C'est donc au juge qu'il incombe, de déterminer, dans la déclaration de nullité, quels sont les actes estimés invalides et d'ordonner leur répétition, dès que possible et nécessaire (par. 2).

La loi précise encore que le juge doit sauvegarder tous les actes qui peuvent rester en dehors des effets de cette déclaration de nullité (par. 3).

15. Voyons maintenant les règles d'exclusion, tel qu'opérant au niveau de la réglementation des moyens de preuve et des moyens d'obtenir la preuve.

## MOYENS DE PREUVE

### A. *La preuve testimoniale*

La preuve testimoniale fait l'objet d'une réglementation détaillée dans la loi, laquelle établit l'objet et les limites du témoignage: le témoin est interrogé sur les faits dont il a connaissance directe et qui peuvent faire l'objet de la preuve.

---

(19) MARQUES FERREIRA, cit. *ibidem*, pág. 226-227.

Le témoignage *indirect*, portant sur des faits dont le témoin n'a pas pris connaissance directe, est ainsi exclu du chef de l'article 129 du Code.

Si, toutefois, la déposition mentionne des personnes déterminées, le juge peut ordonner la comparution de celles-ci aux fins de déposition; s'il ne le fait pas, les faits versés ne peuvent pas être utilisés comme moyen de preuve, *dans la partie qui concerne ce témoignage indirect* (par. 1).

La loi ouvre, cependant, quelques exceptions, lorsque l'audition des personnes mentionnées n'est plus possible, en raison du décès ou d'anomalie psychique survenant de ces personnes, où lorsqu'il devient impossible de les retrouver (par. 2).

Ne peut en aucun cas être acceptée comme moyen de preuve la déposition de celui qui aura refusé de nommer la personne ou la source de sa connaissance des faits (par. 3).

L'acceptation d'un tel moyen de preuve aurait violé la structure accusatoire de la procédure pénale, telle que la Constitution l'établit, ainsi que les principes découlant de l'immédiateté et du contradictoire.<sup>(20)</sup>

Le témoignage versant sur des "rumeurs", ainsi que sur la conviction personnelle du témoin, est aussi exclu, sauf, pour ce qui est du dernier, dans les cas où la loi en dispose autrement (article 130).

C'est-à-dire, la conviction personnelle du témoin est admissible comme preuve:

- a) lorsqu'elle ne peut pas être séparée du témoignage versant sur des faits concrets;
- b) lorsqu'elle a lieu en tant que manifestation d'une science, d'une technique ou d'un art;
- c) lorsqu'elle intervient au moment du choix de la peine.

16. La question de l'exclusion de la production de preuve peut être envisagée, semble-t-il, sous un autre angle, en conformité avec le droit de ne pas témoigner contre soi-même (article 132, par. 2).

Le secret professionnel (article 135 et 136) et le secret d'État (article 137) impliquent, à leur tour, une exclusion fondée sur l'existence d'un droit ou d'un refus de témoignage, lorsque valable d'après la loi de procédure.

---

(20) MAIA GONÇALVES, Código de Processo Penal Anotado, pág. 189.

Le refus de témoigner peut être invoqué par les ministres de toute religion, les avocats, les médecins, les journalistes, les membres des établissements de crédit, les fonctionnaires publiques ou tout autre personne ayant, d'après la loi, ce droit ou ce devoir de refus.

Le tribunal a, toutefois, des pouvoirs d'appréciation de la légitimité du refus et peut, dans le cas contraire, ordonner le versement de la preuve au procès (article 135, par. 2-5), à la seule exception du secret religieux (par. 4).

L'incapacité pour témoigner concerne, à son tour, les cas d'interdiction en raison d'anomalie psychique (article 131, par. 1). Hormis ces cas, tout individu est capable pour prêter un témoignage et ne peut s'y refuser que dans les cas expressément prévus dans la loi.

17. Les règles générales à observer lors de l'interrogatoire des témoins sont prévues dans l'article 138: le témoignage est un acte personnel; ne doivent pas être adressées aux témoins des questions suggestives ou irrelevantes, ni d'autres questions qui risquent d'affecter la spontanéité et la sincérité des réponses (par. 2).

Peuvent affecter la spontanéité et la sincérité de la réponse, par exemple, les fausses promesses (qui ne pourront pas être tenues) ou les questions contenant des menaces (dans la mesure où elles suggèrent un mal illégitime).<sup>(21)</sup>

Il s'agit là de vraies dispositions d'ordre générale, applicables aussi aux déclarations de l'inculpé (article 140, par. 2), de l'accusateur privé et des parties civiles (article 145, par. 3).

En siège de jugement, l'article 323 commet au président du tribunal des pouvoirs de discipline et direction des travaux, parmi lesquels (alinéa f) celui de garantir le contradictoire et d'empêcher la formulation de questions légalement inadmissibles.

## DECLARATIONS DE L'INCULPE

18. Vraie pierre de touche du système de protection des droits fondamentaux au niveau de la procédure pénale, le Code dédie plusieurs dis-

---

(21) MAIA GONÇALVES, Código de Processo Penal Anotado, pág. 198.

positions à l'audition de l'inculpé, au cours des diverses stades et phases du procès, visant à assurer la recevabilité de la preuve produite ou obtenue.

La première règle dans la matière découle du statut de l'inculpé dans la procédure, que la loi définit en détail en lui attribuant des droits et des devoirs précis. Sont aussi prévues les situations où ce statut peut ou doit être acquis, ce qui doit être fait au moyen d'une communication verbale ou écrite de l'entité compétente; un exemple d'acquisition obligatoire concerne le cas où la personne soupçonnée doit répondre devant une autorité judiciaire ou un organe de police criminelle (article 58, par. 1).

Or, le manque ou l'inobservation des formalités légales prévues pour l'acquisition de ce statut est sanctionné avec l'impossibilité d'utiliser contre la personne visée les déclarations qu'elle aura produites (par. 2).

A cette effet relèvent aussi, au cours de l'enquête, la garantie du premier interrogatoire du détenu, suite à son arrestation, par le juge d'instruction. L'ont prévoit la possibilité d'audition par le Ministère Public, toujours dans la limite constitutionnelle (quarante-huit heures) pour comparution devant le juge, lorsqu'il ne s'avère pas possible de l'y traduire d'immédiat après l'arrestation (articles 140-144).

Ensuite, en assurant l'intervention pleine du défenseur au cours de la procédure, encadrée par la possibilité de l'inculpé de communiquer avec son conseil dans tout état de cause et même si détenu, sans *aucune* restriction (article 61, par. 1, alinéa e) et par. 2 et article 143, par. 4).

Enfin, et tout naturellement, lorsque cette protection atteint sa pleine concrétisation, devant la juridiction de jugement, en application des principes susmentionnés de l'oralité, de l'immédiateté et de la concentration, de la limitation des pouvoirs de cognition du tribunal et de la règle *in dubio pro reo*.

C'est dans ce contexte-là qu'il faut mentionner deux vecteurs fondamentaux relevant du statut de l'inculpé dans la procédure: la présence obligatoire de l'inculpé dans l'audience de jugement; et l'aveu.

## LA PRESENCE DE L'INCULPE

19. Reflet de la règle constitutionnelle selon laquelle seront assurées toutes les garanties à la défense (article 32, par. 1), l'option de politique

legislative suivie par le nouveau Code est bien claire à cet égard: la présence de l'inculpé dans l'audience de jugement est obligatoire (article 332, par. 1).

Face à l'absence de l'inculpé, hormis les situations spéciales réglées dans la loi, le tribunal doit rendre une déclaration de contumacie (article 336).<sup>(22)</sup>

Des corollaires de cet option fondamentale se trouvent, à notre avis, dans le devoir imposé au juge, sous peine de nullité, de renseigner l'inculpé de ce qui c'est passé dans son absence lorsqu'il s'est éloigné de l'audience en cours (article 332, par. 7); lorsque, en cas de pluralité d'inculpés, le tribunal a décidé de les entendre séparément, ces renseignements doivent aussi être transmis dès que tous les inculpés se retrouvent en audience de jugement (artice 343, par. 4).

## L'AVEU

20. La valeur probante de l'aveu est maintenant admise, à l'égard des crimes punissables d'emprisonnement inférieur à trois ans, à l'égard de l'inculpé ou par *tous* les inculpés, lorsqu'il y en a plus d'un et de façon à ne laisser aucun doute au tribunal sur l'authenticité de cet aveu. Il peut revêtir une nature intégrale et sans réserves ou être fait partiellement ou avec de réserves (art. 344).

Le tribunal doit, cependant, s'assurer de la spontanéité de cet aveu, notamment en ce qui concerne l'imputabilité pleine ne son auteur ou la véracité des faits avoués.

L'aveu fait dans les conditions susmentionnées entraîne la renonciation à la production de la preuve et la considération des faits avoués comme prouvés (par. 2, alinéa a).

Dans tous les autres cas, et en cas d'aveu partiel ou avec des réserves, il incombe au tribunal de l'apprécier librement, en décidant s'il doit y avoir lieu, et dans quelle mesure, à la production de la preuve des faits avoués (par. 4).

---

(22) L'audience n'aura donc lieu que lorsque l'inculpé sera à nouveau présent. Pour le contraindre à comparaître la loi a envisagé des mesures telles que l'annulabilité des contrats entre-temps conclus par le contumace.



### *B. Déclarations de l'accusateur privé, des parties civiles et des experts*

21. Les déclarations de l'accusateur privé et des parties civiles suivent le régime de la preuve testimoniale en tout ce qui peut leur être applicable (article 145, par. 3).

La valeur probante des expertises est prévue dans l'article 163: le jugement technique, scientifique ou artistique inhérent à cette preuve se présume soustrait à la libre appréciation du juge. En cas de divergence, le juge doit motiver cette divergence entre sa conviction et le jugement sus-visé.

## PREUVE PAR DOCUMENTS

22. Dans ce domaine, relève l'article 167, concernant la valeur probante des reproductions mécaniques: cette valeur est exclue en cas d'illégalité de la reproduction aux termes de la loi pénale (en particulier, les articles 179 (Enregistrements et photographies illicites) et 180 (Immixtion dans la vie privée — intimité, image, parole) du Code pénal.

## LES MOYENS D'OBTENTION DE LA PREUVE

23. Dans la systématique du Code, ces moyens, prévus dans des chapitres successives concernent les examens, les fouilles, les saisies et les écoutes téléphoniques et enregistrements.

On se trouve ici dans le champ privilégié de la "confrontation" entre le domaine constitutionnellement délimité de la tutelle des droits fondamentaux et le régime de la procédure pénale visant à assurer la réalisation de ses finalités spécifiques.

Cette confrontation n'est pourtant pas insurmontable, puisque "la Constitution part d'une "notion dynamique de bien juridique" (WELZEL),

passible, en cas de conflit, d'être l'objet de pondération et, s'il y a lieu, d'être sacrifiée à la préservation de valeurs supérieures, dans le strict respect de la proportionnalité".<sup>(23)</sup>

La proportionnalité est donc de règle: ces moyens de preuve ne sont prévus que dans la mesure du strictement nécessaire (et proportionnel) pour assurer la réalisation des finalités inhérentes à la procédure pénale; et l'intervention du juge d'instruction est une condition *sine qua non* de validité, qu'il s'agisse d'une autorisation — et c'est la règle — ou bien d'une homologation — et c'est l'exception — à l'égard d'un groupe de crimes plus graves et dans des termes très stricts, en vue de la validation de l'acte accompli.

24. Les traits généraux du régime légal de ces moyens de preuve ont été établis dans la loi d'autorisation législative — loi n. 43/86, du 26 septembre:<sup>(24)</sup>

- Réglementation stricte de l'admissibilité d'enregistrements, d'immixtion dans la correspondance et d'écoutes téléphoniques, moyennant la sauvegarde de l'autorisation préalable du juge et restriction des cas d'admissibilité, limités par les motifs et les conditions, le défenseur n'y étant pas inclus, sauf s'il a pris partie à l'activité criminelle.
- Admissibilité, en ce qui concerne les fouilles, d'une exception à la nécessité de l'autorisation du juge, lorsque les visés ont y donné leur consentement d'une forme documentée, ou lorsqu'il s'agit d'un cas de flagrant délit par crime punissable d'une peine d'emprisonnement, auquel cas la fouille consistera à un acte de conservation de la preuve qui s'ensuit à la privation de liberté.
- Définition de la période du jour pendant lesquelles sont admissibles les perquisitions, en assurant qu'elles n'auront pas lieu pendant la nuit, la compétence pour les autoriser étant exclusivement déferée au juge d'instruction, à moins que le visé n'y donne son consentement.

---

(23) COSTA ANDRADE, *Sobre o valor*, cit., pág. 560.

(24) La Cour Constitutionnelle a été saisie par le Président de la République, en siège de fiscalisation préventive de la constitutionnalité. Dans cette occasion, la Cour s'est penchée sur la légitimité des règles de la preuve — Arrêté n. 7/87, publié au Journal Officiel du 9 février 1987.

- Restriction absolue, en faveur du juge d'instruction, de la compétence por ordonner la saisie ou tout autre moyen de supervision de la correspondance et prohibition d'immixtions dans la correspondance échangée entre l'inculpé et son défenseur.
- Définition d'un régime spécial de dispense de l'autorisation préalable du juge concernant les perquisitions, les fouilles et les saisies, dans les cas de terrorisme, de criminalité violente ou hautement organisée, lorsque des indices fondés font croire qu'un crime est imminent, mettant en grave risque la vie ou l'intégrité des personnes; dans ce cas-là, la diligence doit être communiquée d'immédiat au juge d'instruction, en vue de sa validation, sous peine de nullité.
- Régime spécial de supervision des communications établies avec le suspect, dans les cas de terrorisme et criminalité violente ou hautement organisée; la Police Judiciaire en fera la demande au juge d'instruction.
- Prévision et réglementation stricte des mesures provisoires et de police dans le cas où les procédures en vue de l'intervention du juge d'instruction risqueraient d'entraîner des dommages irréversibles pour les finalités de la procédure pénale.
- Description détaillée, dans la catégorie des mesures susmentionnées, des examens de vestiges, maintien de personnes dans le lieu des faits, récolte d'informations, identification dactyloscopique et photographique, fouilles et fouilles personnelles — les perquisitions exclues — et arrêt de la correspondance, ces mesures étant parfaitement distinguées des moyens de preuve ordinaires. L'homologation du juge d'instruction est nécessaire.

Voyons, donc, les différents moyens d'obtention de la preuve.

#### *A. Examens*

25. Seul l'autorité judiciaire compétente (le Ministère Public, au cours de l'enquête ou le juge d'instruction, au cours de l'instruction — article 1<sup>er</sup>, par. 1, al. b du Code) — peut ordonner à celui qui ne veut pas s'y soumettre, de coopérer à la réalisation des examens — de personnes, de lieux et de choses.

## *B. Fouilles*

26. Les fouilles sont autorisées ou ordonnées par l'autorité judiciaire compétente, qui devra, dès que possible, présider à l'accomplissement de l'acte (article 174, par. 3).

La fouille personnelle, tenue de respecter la dignité personnelle, doit être accomplie dans les termes indiqués par la loi.

Le régime exceptionnel prévu à l'égard des cas de terrorisme, criminalité violente ou hautement organisée impose à l'organe de police criminelle le devoir de communication immédiate au juge d'instruction de l'acte accompli, sous peine de nullité (article 174, par. 5).

Les perquisitions font l'objet d'un régime spécial, en conformité avec la Constitution. Ainsi, la perquisition ne peut être menée à bout que dans la période comprise entre les 7 heures et les 21 heures, et seulement par l'ordre ou l'autorisation du juge (article 177, par. 1).

Le régime spécial pour les cas de terrorisme, etc., est prévu dans les termes applicables aux fouilles (par. 2).

D'autres dispositions spéciales règlent la perquisition chez les avocats, médecins et les établissements de santé; ces procédures sont établies sous peine de nullité (par. 3 et 4).

## *C. Saisies*

27. Lorsqu'elles auront lieu suite à une fouille ou fouille personnelle, sont applicables les dispositions qui régissent ces deux moyens d'obtention de la preuve.

Dans les autres cas, s'appliquent des règles très détaillées, qu'il faut maintenant préciser.

Le pouvoir d'ordonner ou d'autoriser la saisie de correspondance appartient en exclusif au juge, sous peine de nullité (article 179, par. 1). Et ce magistrat ne pourra l'ordonner que s'il a des raisons fondées pour croire qu'une des situations expressément prévues dans la loi se vérifie — avoir l'inculpé comme destinataire, même que moyennant tierce personne; le crime en l'espèce est punissable d'emprisonnement supérieur à trois ans; la diligence présente un grand intérêt pour la découverte de la vérité ou pour la preuve.

Est exclue la saisie de la correspondance échangée entre l'inculpé et son défenseur; la seule exception concerne le cas où le juge a des raisons fondées pour croire que cette correspondance fait l'objet du crime (par. 2).

La correspondance saisie est lue en premier lieu par le juge. Celui-ci décide alors si ladite correspondance relève comme élément de preuve. Au cas contraire, il ordonne sa dévolution. La correspondance remise ne peut pas être utilisée comme preuve; le juge est lié à son égard — et dans la mesure où elle ne relève pas pour la preuve — par le devoir de secret (par. 3).

Ne peut pas être saisie chez le défenseur ou le médecin, sous peine de nullité, la correspondance protégée par le secret professionnel ou le secret médical, à moins que cette correspondance ne soit en elle-même un élément du crime (article 180, par. 2).

Lors de la saisie dans un établissement bancaire, le juge reste aussi lié par le devoir de secret dans les termes susmentionnés; lorsqu'il a été assisté par la police criminelle ou par des experts-techniciens, ce régime leur est également applicable (article 181, par. 2).

#### *D. Écoutes et enregistrements*

28. Un régime encore plus sévère est prévu à l'égard des écoutes et enregistrements.

D'après l'article 187, l'écoute des conversations ou communications téléphoniques et leur enregistrement ne peut être ordonnée ou autorisée que par le juge et seulement en ce qui concerne des crimes:

- a) punissables d'emprisonnement supérieur à trois ans;
- b) de trafic de stupéfiants;
- c) ayant trait à des armes, explosifs ou assimilés;
- d) de contrebande;
- e) d'injures, de menaces, de coercition et d'immixtion dans la vie privée, dès que commis moyennant le téléphone,

lorsqu'il y a des raisons fondées pour croire que l'acte est très important pour la découverte de la vérité, ou pour la preuve.

Un régime spécial, prévoyant la compétence du juge du ressort où la conversation, ou la communication, a eu lieu, est établi à l'égard des crimes suivants:

- a) terrorisme, criminalité violente ou hautement organisée;
- b) associations criminelles;
- c) contre la paix et l'humanité;
- d) contre la sécurité de l'État;
- e) production et trafic de stupéfiants;
- f) faux (argent, titres de crédit);
- g) prévus par une convention relative à la surêté de la navigation aérienne ou maritime.

L'écoute et l'enregistrement de ces conversations ou communications entre l'inculpé et le défenseur est interdite.

Les formalités de ces opérations font l'objet d'une attention particulière, en vue de verser dans le procès la transcription de l'enregistrement ou de l'écoute, ainsi que les bandes enregistrées ou d'autres éléments semblables (article 188).

Le devoir de secret et assuré à l'égard des éléments qui ne s'avèrent pas pertinents pour la preuve, ces éléments devant même détruis (par. 2).

L'inobservation des conditions et des formalités requises dans tous les articles mentionnés est frappée de nullité par l'article 189.

Le régime des écoutes et enregistrements est applicable aux conversations ou communications transmises par tout autre moyen technique outre le téléphone (article 190).

### **III — LA DYNAMIQUE DE LA PROCEDURE DE JUGEMENT ET SON INCIDENCE AU NIVEAU DE LA PREUVE**

29. La production de la preuve en audience de jugement est réglée dans un chapitre autonome — chapitre III du titre II relatif à l'audience.

Des principes généraux, il faut retenir que les requêtes concernant la preuve seront déniées en cas d'inadmissibilité de la preuve ou du moyen de l'obtenir (article 340, par. 3).

En plus, seront déniées les requêtes s'il est notoire que:

- a) les preuves requises sont irrelevantes ou superflues;
- b) le moyen de preuve est inadéquat ou son obtention est impossible ou fort redoutable; ou
- c) elles ont une finalité purement dilatoire (par. 4).

Une prohibition expresse d'appréciation affecte les preuves qui n'ont pas été produites ou examinées en audience. Ces preuves ne peuvent pas être prises en considération, notamment pour former la conviction du juge (article 355, par. 1).

Des exceptions sont toutefois prévues, sous certaines conditions, à l'égard de situations expressément énoncées, ayant trait, par exemple, aux cas d'impossibilité de recolte des déclarations en raison de décès, d'anomalie psychique survenante ou d'impossibilité continuée, ou au cas de déplacement à l'étranger (article 356).

Un témoignage obtenu au cours de l'enquête ou de l'instruction ne peut en aucun cas être lu, lorsque le témoin qu'il a produit refuse de témoigner en audience pour des raisons valables (articles 356, par. 6). Sont des raisons valables, par exemple, l'allégation du secret professionnel ou du droit de ne pas témoigner contre soi-même.

Les organes de police criminelle ayant reçu des déclarations dont la lecture n'est pas admissible, ainsi que d'autres personnes ayant pris partie à leur récolte, ne peuvent pas être interrogées en qualité de témoins sur le contenu de ces déclarations (par. 7).

La permission de lecture des déclarations et sa justification légale seront versées au procès, sous peine de nullité (par. 8).

30. L'un des objectifs de la nouvelle procédure pénale portugaise est celui de poursuivre la simplification, débureaucratization et l'accélération du procès.

Parmi les mécanismes envisagés à cette fin, l'on peut souligner particulièrement celui de l'article 328, par. 6, concernant l'audience de jugement: l'ajournement de l'audience n'est plus admissible au delà de trente jours. La conséquence juridique de l'inobservation de ce délai est la perte d'efficacité de la preuve déjà produite.

## CONCLUSION

On peut conclure, semble-t-il, comme au début, pour l'importance accordée, dans le cadre de la procédure pénale portugaise, au régime de la preuve et, en particulier, en ce qui touche aux prohibitions de preuve.

Inscrites au coeur même du système de protection des droits fondamentaux et du respect de garanties de la procédure pénale, elles doivent demeurer un pilier de la prévention de la dignité de l'Homme et, de ce fait, une "condition de légitimité" de la recherche orientée vers la vérité *authentique*, dont parle Figueiredo Dias.

En effet, pour ce renommé juriste portugais, "toute la vérité authentique passe par la *liberté* de la personne; voilà pourquoi son obtention au prix de la dignité de l'Homme est impensable".<sup>(25)</sup>

---

(25) Direito Processual Penal I, pág. 194.



ANA CARMONA  
MIGUEL ALMEIDA ANDRADE

*Membres du Bureau de Documentation  
et de Droit Comparé*

VI  
**LE ROLE  
DES MAISONS D'EDITION D'OUVRAGES  
JURIDIQUES**



## I. Introduction

Comme dans n'importe quel pays, au Portugal, le problème qui se pose avant tout autre, au juriste, est celui de l'accès à l'information. Quand confronté avec un problème pratique ou technique du Droit quel qu'il soit, le juge, l'avocat, le fonctionnaire ou tout autre praticien aura comme première tâche l'identification et la sélection des éléments de nature législative, doctrinale ou jurisprudentielle qui l'aide à affronter et à résoudre le problème qui se présente à lui et pour lequel il devra trouver une solution.

Cette tâche, par elle-même difficile, revêt parfois au Portugal des difficultés particulières. En premier lieu parce que la production législative postérieure à la révolution du 25 avril 1974 s'est développée parfois de façon chaotique. Une naturelle avalanche législative caractéristique de toute période post révolutionnaire s'est produite. La hâte et le désordre ont obligé à des abrogations massives des textes récemment entrées en vigueur<sup>(1)</sup>, elles ont, en outre, entraîné beaucoup d'imperfections formelles, parfois graves, dans les textes adoptés.

En second lieu, l'élaboration et l'accès aux bases de données juridiques qui représentent une aide précieuse donnent, aujourd'hui, à peine, leurs premiers pas, et de façon encore tatonnante au Portugal, ce qui fait que l'information publiée par les voies traditionnelles est pratiquement le seul outil dont le juriste peut disposer.

---

(1) Un bon exemple de ce climat nous est donné par ce qui s'est passé avec le régime réglementant la publication, l'identification et la formulation légales. Les Lois N.º 3 et N.º 8 du 10 septembre 1976 et du 1<sup>er</sup> février 1977 ont été abrogées par l'ordonnance du 11 janvier 1983 qui à son tour s'est vu abrogée à peine 6 mois plus tard par la Loi N.º 6 du 29 juillet 1983.

## 2. La législation

### A) Les publications officielles

Le Portugal est un Etat unitaire à l'intérieur duquel demeurent des régions autonomes — les archipels des Açores et de Madère — que détiennent des pouvoirs législatifs et réglementaires propres.

Ainsi, il existe trois grands centres de production législative; l'un central s'étendant à tout le territoire et deux périphériques, dont l'activité législative s'exerce dans l'intérêt spécifique des régions respectives, sans porter atteinte à la Constitution et aux lois générales de la République.

A ces trois pôles de production législative correspondent autant de journaux officiels: Le *Diário da República*, le *Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira* et le *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*.

#### i) Le Diário da República (D.R.)

Comme journal officiel de la République portugaise, c'est au D.R. que sont publiés tous les textes législatifs portugais sans compter les autres instruments que nous mentionnerons ci-dessous.

Il est publié tous les jours à l'exception du dimanche, la loi fixe qu'il doit être distribué le jour correspondant à sa date, règle qui, parfois, n'est pas respectée.

La publication au D.R. est la condition *sine qua non* pour qu'un texte puisse produire des effets juridiques.

En ce qui concerne la structure formelle, il faut mentionner que le D.R. est divisé en trois séries.

Dans la 1<sup>ère</sup> Série peuvent uniquement être publiés les actes mentionnés par la loi N.º 6 de 1958 dans son article 3.

Partant, les lois constitutionnelles s'y trouvent publiées. Au niveau hiérarchique supérieur, les lois (au sens large) qui comprennent les lois au sens strict et les décrets, les ordonnances et les actes législatifs régionaux. Ensuite toute une série de règlements administratifs qui peuvent revêtir différentes modalités: décrets réglementaires et autres décrets du Gouvernement, arrêtés des Ministres de la République pour les régions autonomes, décrets réglementaires régionaux, les résolutions du Conseil des minis-

tres, les arrêtés contenant des décisions générales, les arrêtés qui explicitent les textes du Gouvernement, et les résolutions de l'Assemblée de la République et des Assemblées régionales des Açores et de Madère.

Sont également publiés dans la 1<sup>ère</sup> Série les Décrets du Président de la République, les conventions internationales et leurs avis de ratification respectifs, les avis du Conseil d'Etat prévus aux paragraphes a) et e) de l'article 148 de la Constitution et les autres que le propre Conseil décide de faire publier, ainsi que le budget des services de l'Etat dont la loi exige la publication dans la 1<sup>ère</sup> Série et les déclarations de transfert de sommes.

Outre quelques décisions jurisprudentielles auxquelles nous reviendrons ci-dessous, sont également publiés dans cette Série du D.R. les résultats d'élections, le message de renonciation du Président de la République, les déclarations concernant le renonciation ou la perte de mandat des députés à l'Assemblée de la République et les motions de censure mentionnées à l'art 198 n.º 1 f) de la Constitution.

Mais si la loi définit avec rigueur le contenu de la 1<sup>ère</sup> Série, il n'en est pas de même pour les autres. Si dans le passé, l'on a vérifié une définition précise du type d'actes à publier dans chacune des trois séries<sup>(2)</sup> ce régime a cédé à une grande imprécision.

La loi en vigueur se borne à établir que l'insertion de documents officiels dans la deuxième ou troisième séries dépend de l'ordre de publication qui y figure, dûment, signé et authentifié par le sceau de l'administration dont ils proviennent,<sup>(3)</sup> en outre, la loi établit ponctuellement la publication de certain type d'actes dans une série déterminée<sup>(4)</sup> en tout état de cause, il s'agit toujours d'actes administratifs puisque les dispositions de caractère général sont réservées à la 1<sup>ère</sup> série.

Mais ce ne sont pas seulement les documents officiels qui peuvent être publiés grâce au journal officiel. D'autres d'origine privée peuvent ou doivent y être publiés. Ils le sont toujours dans la III<sup>ème</sup> Série et comme les

---

(2) Décret N.º 365 du 5 août 1970.

(3) Arrêté N.º 15 du 20 février 1982.

(4) Par exemple l'ordonnance N.º 328 du 16 septembre 87 qui établit des normes sur la publication en appendice à la 1<sup>ère</sup> Série du D.R. d'un certain type d'actes relatifs à la situation et au mouvement des fonctionnaires et agents d'administration centrale et des "Institutos Públicos" sous leur forme de services dotés de la personnalité juridique ou sous celle de fonds publics.

actes officiels qui y trouvent leur publication, ils obligent celui qui sollicite leur insertion dans cette série au paiement de frais.

- ii) le Journal Officiel de la Région Autonome des Açores (JORAA) et le Journal Officiel de la Région Autonome de Madère (JORAM).

Comme nous l'avons vu, quelques textes qui s'appliquent exclusivement dans les régions autonomes sont l'objet de publication au D.R. (actes législatifs régionaux, résolutions des Assemblées régionales, ou les règlements intérieurs de celles-ci, les décrets des Ministres de la République pour les régions autonomes et encore les décrets réglementaires régionaux). Leur existence juridique dépend de leur publication au D.R. De même en ce qui concerne tous les autres textes leur efficacité dépend exclusivement de la publication dans les journaux officiels respectifs.

Nés pour apporter une réponse aux mêmes besoins de divulgation et par voiede conséquence d'efficacité des textes disant respect aux régions autonomes, il n'est pas surprenant que les journaux officiels des Açores et de Madère soient assez proches par leur contenu et par leur structure.

La première Série est, dans un cas comme dans l'autre, destinée à la publication des actes des organes de souveraineté de la République, de la Commission Consultative pour les Affaires des Régions Autonomes et d'autres personnes morales constitutionnelles qui concernent les régions, outre les actes législatifs et les règlements administratifs qui émanent des organes de souveraineté régionaux<sup>(5)</sup>.

Dans la II<sup>ème</sup> Série sont publiés toute une série d'actes administratifs (décrets, arrêtés, licences), qui ne contiennent pas de dispositions générales ni ne disent respect aux personnes privées mais qui ont besoin de publicité, les actes relatifs à la situation et au mouvement de la fonction publique des services extérieurs régionaux et des services autonomes existants dans les régions, les rapports des autorités, des services régionaux et des commissions nommées par les gouvernements régionaux et encore d'autres documents en raison de la loi, de l'intérêt public ou pour simple convenance. Ces derniers textes sont toujours payés.

---

(5) En ce qui concerne le contenu de la I Série, voir le décret régional n.º 1/77/A publié dans le JORAA et l'arrêté n.º 208 du 31 décembre 1982 publié au JORAM.

Outre tous les actes communs aux deux journaux officiels, le JORAM publie encore dans la II<sup>ème</sup> Série le budget de la région<sup>(6)</sup>.

Les deux journaux officiels incluent une série relative aux relations de travail, où sont publiés des instrumens relatifs à la réglementation des relations juridiques du travail. Il s'agit de la III<sup>ème</sup> Série du JORAM et de la IV<sup>ème</sup> Série du JORAA<sup>(7)</sup>.

Le JORAA inclut encore une III<sup>ème</sup> Série, où sont publiés les documents concernant les actes juridiques entre particuliers, à l'exception des documents ayant trait aux questions du travail, dont la publicité est exigée par la loi ou voulue par les parties. Cette publication est faite contre paiement<sup>(8)</sup>.

### iii) Bulletin officiel de Macao (BOM)

Il faut encore mentionner le cas spécifique de Macao. Ce territoire qui se trouve sous administration portugaise jusqu'à la fin du siècle est doté d'organes législatifs propres. Il est donc naturel qu'il dispose d'un Journal Officiel où est publiée toute la réglementation applicable sur le territoire. Pour répondre à ce besoin, existe le BOM<sup>(9)</sup>. Dedans sont publiés les lois et les décrets qui émanent respectivement de l'Assemblée législative et du Gouverneur du territoire, les arrêtés, les résolutions, les motions, les déclarations et les opinions de L'Assemblée législative auxquels il faut ajouter les actes provenant des organes législatifs locaux.

Sont également publiés au Journal Officiel de Macao les textes provenant des organes de souveraineté de la République qui doivent être appliqués à Macao. La date de publication au D.R. est toutefois maintenue.

Sont encore publiées au BOM les décisions des tribunaux qui intéressent le territoire et qui ont une force obligatoire générale; les budgets des

---

(6) En ce qui concerne le contenu de la 1<sup>ère</sup> Série voir le Décret régional Série n.º 1 A du 10 février et l'arrêté n.º 108 du 31 décembre 1982 publié au JORAM.

(7) Se rapporter à l'arrêté n.º 208 du 31 décembre 1982 et l'arrêté n.º 7 du 15 mars 1982.

(8) Se rapporter à l'arrêté n.º 68 du 31 décembre 1980, publié au JORAA.

(9) Le contenu du BOM est réglementé par le Décret n.º 57 M du 30 juin 1984.

services publics, les services autonomes inclus comme ceux des mairies, les résultats des élections pour l'Assemblée législative, le Conseil Consultatif et pour les mairies, enfin, le programme d'action du Gouvernement. Peuvent aussi être publiés au BOM les arrêtés du Gouverneur. Ce dernier juge si leur nature requiert une telle publicité.

b) Les publications non officielles.

Les publications non officielles de la législation se distinguent au Portugal par leur rareté. En effet elles se résument à des recueils de morceaux choisis et à des codes édités de façon non systématique, qui visent à satisfaire ce que les éditeurs ressentent comme le besoin du marché. C'est le cas en particulier, des moments où s'effectuent des changements législatifs dans un certain domaine juridique. On profite alors de l'occasion pour lancer des compilations qui réunissent tout l'ensemble normatif qui règle une certaine réalité.

Ces codes et ces recueils peuvent revêtir différentes modalités; depuis la simple reproduction de la loi jusqu'à un traitement exhaustif des dispositions légales à travers des commentaires doctrinaux et/ou des références à la jurisprudence; depuis la simple mise en ordre chronologique des textes, jusqu'à leur répartition en subdivisions thématiques.

Il n'existe aucune publication qui réalise le traitement périodique et global de la législation. Se rapproche le plus de ce type d'instruments une publication qui, sous la forme de fiches rangées par grands thèmes, donne à connaître la législation la plus importante qui sort avec une brève description de son contenu et la référence de la publication au Journal Officiel<sup>(10)</sup>.

---

(10) Dicionário de Legislação e Jurisprudência.



### 3. La Jurisprudence

#### a) La publication officielle.

La publication officielle de la jurisprudence se trouve, au Portugal, presque exclusivement limitée à celle des Cours Suprêmes et du Tribunal Constitutionnel.

Au D.R. sont impérativement publiées outre les décisions du Tribunal Constitutionnel, l'intégralité des *assentos* rendus par la Cour Suprême de Justice<sup>(11)</sup> et également les arrêts rendus par la Cour Suprême Administrative<sup>(12)</sup>.

Les *assentos* sont des décisions prises par l'assemblée plénière de la Cour Suprême de Justice, ils ont un caractère définitif, ils sont émis chaque fois que dans le domaine de la même législation il existe des décisions contradictoires sur une question de droit entre deux arrêts de la Cour Suprême de Justice ou, exceptionnellement, des Cour d'appel. Ils sont revêtus d'une force obligatoire générale et comme tels ils sont publiés dans la 1<sup>ère</sup> Série.

Par contre, les arrêts de la Cour Suprême Administrative sont publiés en appendice au Journal Officiel qui de façon trimestrielle, réunit tous les arrêts rendus. Si avec cette publication l'on vise à faire connaître à tous les intéressés le contenu de la jurisprudence de la Cour Suprême Administrative et rendre compte de son évolution, ces objectifs sont mis en cause par l'énorme retard avec lequel elle s'est faite.

Il suffit d'observer que, par exemple, les arrêts concernant le troisième trimestre de 1980 ont été seulement réunis en appendice au D.R. le 14 février 1985, donc avec presque cinq ans de retard.

Dans l'intention de divulguer les arrêts de la Cour Suprême de Justice a été créé en 1940 le *Boletim do Ministério da Justiça*, peut être la plus prestigieuse et la plus consultée des publications de jurisprudence portugaise dont l'objectif est de permettre qu'"en temps opportun" soit assurée la diffusion des textes qu'elle publie. Ce dessein n'a pas correspondu, malheureusement, avec la pratique. En effet bien que les numéros du *Boletim* fassent référence à la jurisprudence du mois immédiatement antérieur

---

(11) Se rapporter à l'art. 3 n.º 1 paragraphe 1 de la loi n.º 6 du 29 juillet 83.

(12) Se rapporter à l'art 7 du Décret 41234 du 20 août 1957.

à celui qu'ils font figurer, il est un fait que leur mise à disposition des abonnés est seulement réalisée beaucoup plus tard. Par exemple le numéro de juin 1988/1989 est seulement sorti en avril 1990.

Le traitement que le *Boletim* fait de la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice est très loin d'être exhaustif. En effet, outre la totalité des *assentos* émis, seulement 8 à 9% des arrêts y sont publiés<sup>(13)</sup>. Un tel fait se justifie si nous avons en considération les critères de sélection auxquels obéit la publication des arrêts. La préoccupation existe de ne pas faire imprimer ceux qui n'ont pas un caractère innovateur ou polémique. Sont seulement publiés les arrêts qui ont fait naître des divergences entre les instances ou dont la délibération a été difficile à la Cour Suprême de Justice, outre ceux qui portent sur des questions juridiques qui n'avaient jamais été abordées auparavant, sont également publiés ceux qui ne suivent pas la jurisprudence antérieure<sup>(13)</sup>. Ces arrêts sont publiés intégralement, ils sont accompagnés d'un sommaire et de notes. Des sommaires — et uniquement des sommaires —, d'autres décisions, elles aussi sélectionnées, du Tribunal Constitutionnel, de la Cour Suprême Administrative et des Cours d'appel, sont aussi publiées. A partir du numéro de janvier 1990 seront également publiés des arrêts de la Cour Fiscale de 2<sup>ème</sup> instance.

Outre cette publication du Ministère de la Justice, c'est seulement dans une autre publication, du Ministère de l'emploi et de la Sécurité Sociale<sup>(14)</sup>, que nous pouvons trouver de la jurisprudence. Cette dernière y est encore moins abondante et elle est sélectionnée parmi les arrêts des Cours d'appel et de la Cour Suprême de Justice concernant le droit du travail selon des critères d'intérêt, de qualité et de nouveauté. L'on vérifie également des retards considérables dans la publication des arrêts qui apparaissent avec presque deux ans de retard par rapport à leur émission.

#### b) Les publications non officielles.

La publication non officielle de jurisprudence est limitée à des revues juridiques qui, en règle générale, comprennent une partie réservée à la

---

(13) Données recueillies auprès de la Cour Suprême de Justice.

(14) *Boletim do Trabalho e Emprego*.

jurisprudence. Il s'agit dans la grande majorité des cas d'arrêts du Tribunal Constitutionnel, des Cours ou des Cours d'appel, sélectionnés selon l'importance qui leur est attribuée, eu égard le caractère innovateur de la décision ou ses motifs. L'on constate une préoccupation de traiter la jurisprudence récente, ce qui, dit-on, ne se vérifie pas toujours.

La façon dont les arrêts sont publiés et traités varie selon les critères éditoriaux de la revue où ils sont insérés ou voire d'après les options de qui les sélectionne pour leur publications. En règle générale ils sont intégralement publiés bien qu'il puisse arriver que seules leurs parties les plus importantes soient transcrites. C'est une pratique très courante de faire précéder le texte de l'arrêt d'un sommaire comme de lui apporter des notes qui font référence à la jurisprudence antérieure et aux études doctrinales sur la matière de l'arrêt. C'est surtout dans les publications qui ne sont pas exclusivement consacrées à la jurisprudence que les arrêts sont l'objet de commentaires doctrinaux.

A ce chapitre, deux publications méritent d'être mentionnées car elles ont pour unique dessein la publication de jurisprudence et ont acquis une audience significative auprès des juristes.

En premier lieu "*Os Acórdãos Doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo*" qui comme son nom l'indique publie la jurisprudence de la Cour Suprême Administrative mais aussi celle de la section sociale des Cours d'appel et de la Cour Suprême de Justice.

Bien que les arrêts publiés soient l'objet d'une opération de sélection qui limite le volume de l'information mise à la disposition des lecteurs et la subordonne à des critères nécessairement subjectifs, cette publication a le mérite de faire connaître avec antécédence par rapport aux publications officielles, la jurisprudence des Cours Suprêmes et des Cours d'appel.

L'actualité est un souci encore plus manifeste dans "*Colectânea de Jurisprudência*". Celle-ci se dédie presque exclusivement à la jurisprudence des Cours d'appel, qu'elle publie avec un retard de deux à quatre mois seulement. Il faut distinguer cette revue eu égard au soin de rigueur qu'elle apporte à la sélection de la jurisprudence à publier, étant la seule qui ne circonscrit pas autour d'une seule personne ou d'un groupe réduit, le choix des décisions qu'elle publiera.

#### 4. Les Manuels

La publication des manuels juridiques est faite dans sa presque totalité par des éditeurs privés ou dans le cadre universitaire par les propres universités ou par les associations d'élèves.

Les travaux édités dans le milieu universitaire ont comme point de référence principal l'élève. C'est la raison pour laquelle ils se limitent presque exclusivement aux oeuvres des professeurs titulaires de chaires enseignées et à d'autres qui se révèlent intéressantes pour les études. Sont également objet de publication des travaux élaborés dans le cadre universitaire comme les thèses post cursus.

Les éditeurs privés existant en dehors du cadre universitaire, dont l'audience est, en principe, assez grande, éditent des oeuvres sur un ensemble de matières bien plus vaste. Il existe au Portugal cinq éditeurs qui se consacrent presque exclusivement à l'édition de travaux juridiques<sup>(15)</sup>. L'un d'eux se limite à la publication de Codes et de compilations de législation.

En ce qui concerne chacune des maisons d'édition portugaises, l'on constate que l'initiative de la publication appartient le plus souvent aux auteurs. Ce sont eux, en effet, qui, en règle générale contactent les éditeurs pour voir leurs oeuvres publiées. Bien que le contraire arrive aussi, c'est bien plus rare.

De là nous pouvons déduire, tout de suite, que c'est le prestige qui incite les auteurs à publier leurs oeuvres. L'on peut ajouter que souvent la rémunération qu'ils reçoivent n'est pas significative, elle se limite dans la plupart des cas aux droits d'auteur. Les prestige accru peut évidemment impliquer des compensations matérielles dans la vie professionnelle des auteurs, qui se traduisent par une plus vaste clientèle pour les avocats, par une plus grande sollicitation d'avis pour les professeurs, etc...

Une fois publiée l'on constate la désactualisation d'une oeuvre au cours du temps. Alors dans ce cas, les éditeurs prennent l'initiative de contacter l'auteur dans le but de faire une nouvelle édition. C'est par cette méthode que les oeuvres juridiques au Portugal sont traditionnellement actualisées.

---

(15) Almedina, Coimbra Editora, Petrony, Elcla, Rei dos Livros.

## 5. Les articles

Les revues juridiques sont éditées au Portugal par différents types de personnes: les éditeurs privés, les éditeurs publics, les universités, les associations professionnelles. Dans leur majorité elles comprennent aussi bien des articles doctrinaux que de la jurisprudence.

Comme pour les monographies, l'on vérifie également pour les articles publiés dans des revues, que l'initiative est prise de façon prédominante par leurs auteurs. C'est le cas même dans les publications qui ont un cadre permanent de collaborateurs, les auteurs normalement suggèrent que l'on publie un article sur un thème déterminé.

Le rôle des conseillers éditoriaux des revues est la plupart du temps limité à la sélection des travaux dont la publication est sollicitée. Cela ne signifie pas que, parfois, ce ne soit pas à l'initiative de la revue qu'un certain thème est abordé, jugé de plus grand intérêt. Il s'agit, pourtant, d'une pratique exceptionnelle uniquement suivie par quelques publications, quand on constate la convenance d'aborder un certain thème en raison de l'opportunité ou de l'actualité qu'il revêt.

Ici aussi c'est le prestige qui découle de la publication des articles qui incite, dans la plupart des cas, leurs auteurs à écrire et à solliciter d'une revue leur publication. D'autant plus que la plupart du temps, il n'y a pas de contrepartie monétaire qui revienne à celui qui les écrit. Tout au plus, dans certains cas, l'on fait des tirés à part d'un article publié qui sont offerts à son auteur, ce qui constitue sa seule récompense matérielle.

Dans l'ensemble de toutes les publications juridiques portugaises, nous n'avons eu connaissance que d'un cas où pour inciter davantage de personnes intéressées à écrire, a été institué un prix en argent destiné à récompenser le meilleur article présenté à la revue tout au long de l'année<sup>(16)</sup>. L'objectif visé est de promouvoir l'intérêt pour le droit fiscal, domaine dans lequel la revue en question est spécialisée.

## 6. Bilan

Est-ce que le panorama éditorial portugais répond aux besoins de tous ceux qui, quotidiennement, ont besoin de travailler avec le droit et cher-

---

(16) Revista FISCO.

chent une aide pour la résolution des problèmes qui leur sont présentés dans les différentes publications à caractère juridique?

La réponse est évidente et malheureusement négative.

Commençons par la législation. Au Portugal, c'est une tâche parfois difficile d'identifier les normes qui règlent un sujet juridique déterminé. Ceci résulte immédiatement, de la presque totale absence d'éléments qui permettent une rapide localisation des textes qui règlent une certaine matière: les fiches auxquelles nous avons fait référence,<sup>(17)</sup> sont l'outil le plus utilisé par celui qui a besoin de mener à bien cette tâche: aide précieuse, il leur manque, cependant, une uniformité de critères dans la mise en ordre des textes, ce qui, parfois rend difficile la recherche de celui qui a besoin d'une information rapide sur la législation réglant un certain sujet juridique.

L'ont peut ajouter que l'énorme volume de textes qui est publié quotidiennement au D.R. n'est pas entièrement mentionné par ces fiches, cette lacune jointe à l'indéfinition sur le contenu des II<sup>ème</sup> et III<sup>ème</sup> séries du journal officiel rend la recherche de certains textes aussi difficile que celle d'une aiguille dans une botte de foin.

Suit la jurisprudence, élément fondamental de travail de beaucoup de juristes à laquelle ils ont besoin d'avoir un accès facile et en temps opportun.

C'est pour pallier ce manque qu'ont été créées les publications officielles de jurisprudence. Dans la réalité, nous l'avons vu les choses se passent de façon différente, l'on vérifie un énorme retard dans la publication des arrêts, ce qui, frustre en partie les objectifs qu'elles s'étaient proposées et leur retire quelque peu de leur intérêt et toute leur opportunité.

Ces inconvénients sont partiellement écartés avec les publications non officielles de jurisprudence. Mais seulement partiellement. Ceci, directement, pour la simple raison que le volume des arrêts qu'elles publient est plus réduit, fait qui limite par lui même l'accès du public aux orientations jurisprudentielles. En second lieu parce que, dans la plupart des cas, le mécanisme de sélection de la jurisprudence à publier ne garantit pas que les arrêts qui sont effectivement publiés soient ceux qui présentent le plus d'intérêt. La compétence et la bonne volonté de ceux qui ont cette tâche à accomplir n'est pas ici en cause. Simplement, laisser dans la main de deux des trois personnes, comme cela arrive très souvent, le choix de dix ou

---

(17) Se rapporter au paragraphe b), publications non officielles.

vingt décisions jurisprudentielles à publier, parmi plusieurs centaines ne peut manquer de constituer une mission très difficile à remplir.

L'on peut ajouter que dans cette sélection l'électeur est nécessairement imprégné de son propre vécu et de son expérience professionnelle qui, naturellement le fera être plus attentif à certains thèmes et le fera se mouvoir de façon plus à l'aise dans certains domaines, ce qui ne manque pas de donner à la sélection finale des arrêts une marque peut être parfois trop subjective.

Un choix plus rigoureux de la jurisprudence, un plus grand soin dans les règles avec lesquelles elle est sélectionnée se révélerait une aide précieuse pour tous.

Quant à la doctrine le principal problème auquel les juristes doivent faire face est sa rareté. En effet, l'on n'écrit pas dans notre pays avec l'intensité désirable et nécessaire. Il est vrai que, le Portugal étant un petit pays, il ne peut voir traitée par ses jurisconsultes, la quantité infinie de questions que le monde du droit pose. Cependant, l'on remarque, que tout en ayant cet aspect en considération, l'on écrit peu parmi nous. Il existe encore un énorme éventail de matières et des questions juridiques qui ne sont pas traités par des études de caractère doctrinal.

Cet état de choses pourrait, en partie, être atténué, si les maisons d'édition spécialisées, comme les publications périodiques à caractère juridique adoptaient une politique éditoriale plus agressive, qui ne repose pas de façon prédominante, pour la publication des travaux et articles, sur la sollicitation de leurs auteurs. Une attitude moins passive ne manquerait pas de profiter à tous les juristes, et par voie de conséquence, à leurs propres maisons d'édition.





## TABLE DES MATIERES

II B.	L'adoption internationale		
		<i>RUI MANUEL MOURA RAMÔS</i>	1
II C.2.	Différences entre la procédure civile et la procédure du contentieux administratif		
		<i>M. GUILHERME PEREIRA DA FONSECA</i>	33
III A.2.	La société unipersonnelle		
		<i>FÁTIMA HENRIQUES</i>	43
III B.	Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies: le cas particulier du logiciel		
		<i>ANTÓNIO VILHENA DE CARVALHO</i>	67
III C.	La flexibilité du temps de travail au Portugal		
		<i>JÚLIO VIEIRA GOMES</i>	113

IV B.3. L'influence de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen (1789) sur les constitutions portugaises	<i>RUI ÁLVARO DE FIGUEIREDO RIBEIRO</i>	127
IV B.1. Les situations d'urgences en droit constitutionnel	<i>MARTA SANTOS PAIS</i>	153
IV B.2. Le "constitutionnalisme"	<i>MÁRIO TORRES</i>	173
IV A.2. La conclusion et la mise en oeuvre des traités dans l'ordre juridique portugais	<i>RUI ÁLVARO DE FIGUEIREDO RIBEIRO</i>	187
IV C.1 La protection de la liberté d'expression au Portugal	<i>MIGUEL LOBO ANTUNES</i>	205
IV D.1. Note sur la protection du patrimoine culturel portugais: patrimoine architectural	<i>MARIA TERESA CAUPERS</i>	229
IV D.2. Le statut et le rôle des juges administratifs portugais	<i>ÁLVARO MARIA DE VILHENA DE OLIVEIRA E SILVA</i>	239

**V B. Les règles d'exclusion relatives à la preuve**

*TERESA ALVES MARTINS* 265

**VI. Le rôle des maisons d'édition d'ouvrages juridiques**

*ANA CARMONA*  
*MIGUEL ANDRADE* 291







**DIREITO  
COMUNITÁRIO**





NUNO RUIZ

**RELAÇÕES  
ENTRE O DIREITO NACIONAL  
E O DIREITO  
COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA\***

---

(\*) O presente trabalho corresponde à Parte II, revista e actualizada, da dissertação de Mestrado orientada pelo Prof. António de Sousa Franco, apresentada em 1986, e defendida na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Foi entretanto publicado o Regulamento CEE n.º 4069/89 de 21 de Dezembro de 1989 que colocou problemas novos ao relacionamento entre o direito comunitário e o direito nacional no domínio do controlo das concentrações. Apesar disso decidimos manter-nos fiéis ao âmbito original, limitando o estudo aos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE. Tal como a dissertação, dedicado fica este trabalho à memória do colega e amigo, José Manuel Caseiro Alves.



## I — ALCANCE DO PROBLEMA

1. As relações entre o direito nacional e o direito comunitário da concorrência são, nos dias de hoje, um tema clássico, abundantemente tratado pela doutrina e esclarecido pela jurisprudência. A realização da integração económica europeia, a autonomia e diversidade das legislações e políticas nacionais de defesa da concorrência, e a aplicação dos artigos 85.º e 86.º pela Comissão justificam, porém, uma continuada reflexão.

A definição dos limites de intervenção dos dois ordenamentos contribuiu para esclarecer as situações de concurso de normas e para reduzir os riscos de conflito e de perturbação do bom funcionamento do Mercado Comum. Subsistem porém descontinuidades provocadas pela virtual e legítima aplicação simultânea das duas ordens jurídicas.

A par da reflexão tradicional em torno do relacionamento entre o direito comunitário e o direito nacional de defesa da concorrência, ganha também importância a ponderação conjunta de questões como a harmonização das legislações nacionais de defesa da concorrência, a coordenação dos critérios que presidem à sua aplicação, o papel do direito nacional enquanto instrumento complementar da acção comunitária, o incremento da intervenção das autoridades nacionais na aplicação do direito comunitário. O bom funcionamento do Mercado Comum depende cada vez mais da manutenção de uma concorrência efectiva, tanto na Comunidade, como nos Estados-membros. Para esse objectivo, devem contribuir simultaneamente o direito comunitário e os direitos nacionais.

A experiência de aplicação do direito da concorrência em Portugal é, como sabemos, recente. A entrada em vigor da legislação nacional, em 1984, antecedeu em apenas dois anos a plena vigência do direito comunitário. Apesar do debate que as precedeu e do papel desempenhado pelo Conselho da Concorrência, não está entre nós plenamente esclarecido o âmbito de aplicação do direito comunitário e do direito português, nem interiorizada a vocação das autoridades e jurisdições nacionais e da Comissão e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>(1)</sup>.

Sem prejuízo de se tentar analisar simultaneamente a perspectiva dos novos desafios e de se salientar, nessa medida, as tensões que o actual sistema propicia, é objectivo fundamental deste estudo recordar os princípios que devem nortear o relacionamento entre os direitos nacional e comunitário da concorrência e definir o papel que têm na aplicação do ordenamento comunitário, não apenas as instituições da Comunidade, como também as autoridades e jurisdições nacionais. É à luz desse conjunto de regras fundamentais que as situações de aplicação prática, por mais complexas e originais que sejam, devem ser apreciadas. Tudo se reconduz, com efeito, a retirar as ilações necessárias de três características essenciais do direito comunitário: autonomia, primazia e efeito directo.

---

(1) Por razões de economia designaremos o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias apenas por *Tribunal* e as suas decisões por *acórdão/s*.

## II — O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E OS LIMITES DO CONCURSO DE NORMAS

### A — O princípio da autonomia

2. As relações entre o direito nacional e o direito comunitário da concorrência não podem deixar de ser analisadas em função dos objectivos dos dois ordenamentos. Áreas existem em que a convergência de finalidades permite não apenas a simultaneidade como também a harmonia de aplicações. Noutros domínios os pressupostos da regulamentação são diferentes ou, inclusivamente, antagónicos, tornando inevitáveis os conflitos.

Os direitos nacionais têm objectivos muito variados. Nuns casos preocupam-se, directa ou indirectamente, com a repressão dos excessos de concentração; noutros, com a instituição de regras de comportamento na determinação dos preços ou no relacionamento entre agentes económicos; noutros ainda, com a disciplina dos acordos ou coligações ou com o controlo das situações de domínio do mercado.

Certos ordenamentos denotam uma perspectiva essencialmente económica, confiando na função auto-reguladora do próprio mercado<sup>(2)</sup>; outros acreditam nas virtudes de uma política de concorrência fortemente marcada pela intervenção dos poderes públicos. Legislações nacionais existem que dão especial relevo à problemática da competitividade externa e ao incremento do comércio com o exterior<sup>(3)</sup>, enquanto outras submetem esta perspectiva ao primado da concorrência interna<sup>(4)</sup>.

As legislações dos Estados-membros apresentam, no entanto, um aspecto comum: definem um regime jurídico cuja preocupação fundamental é a da manutenção de uma concorrência efectiva<sup>(5)</sup> nos respectivos mer-

---

(2) Cfr. H. LEPAGE, *L'École de Chicago et la Concurrence*, Revue de la Concurrence et de la Consommation, 1981, n.º 14, p. 3 e s..

(3) É o caso das legislações britânica e alemã.

(4) Veja-se o exemplo do direito francês, mesmo antes da reforma introduzida pela *Ordonnance* n.º 86/1243 de 1 de Dezembro de 1986.

(5) Quanto ao conceito de *concorrência efectiva* ou de *workable competition* veja-se P. AREEDA, *Antitrust Analysis*, Boston, 1981, p. 40 e s..

cados nacionais. A perspectiva internacional do funcionamento do mercado é secundária e encontra-se, não raro, limitada às questões da aplicação extra-territorial do direito<sup>(6)</sup> e da protecção de certas coligações com efeitos positivos em termos de comércio com o exterior<sup>(7)</sup>. Trata-se, porém, de uma óptica tradicional que a integração económica internacional põe crescentemente em causa, sem que contudo deixe de ser, ainda hoje, predominante<sup>(8)</sup>.

3. O direito comunitário da concorrência tem objectivos próprios, que são determinados pela condição económica e jurídica da Comunidade. Como o artigo 3.º alínea f) do Tratado CEE reconhece, trata-se de estabelecer um regime que assegure o não falseamento da concorrência no mercado comum, isto é, de evitar que as empresas se substituam aos Estados na segmentação dos mercados. A preocupação originária dos autores do Tratado parece ter sido a de impedir que as coligações privadas afectassem o comércio intra-comunitário<sup>(9)</sup>. Esta é, por assim dizer, uma perspectiva histórica, ou clássica, típica de uma simples organização internacional do comércio.

À medida que a integração económica se foi desenvolvendo e a realização do mercado interno concretizando, as preocupações que determinavam a aplicação do direito comunitário da concorrência evoluíram. A interpretação e a aplicação das regras comunitárias passou a depender, cada vez mais, de opções de política de concorrência influenciadas por conveniências de política económica, industrial e comercial.

---

(6) Cfr. I.M. SINAN, *The Extra-territorial Application of EEC Antitrust Laws — Learning from the U.S.*, Assuntos Europeus, 1983, p. 29 e s.; M. SORNARAJAH, *The Extra-territorial enforcement of U.S. Antitrust Laws: conflict and compromise*, International and Comparative Law Quarterly, 1986, p. 127, e s..

(7) Temos um exemplo claro desta última perspectiva no artigo 6.º da lei alemã de 1957.

(8) O dismantelamento dos obstáculos ao comércio e à circulação de capitais influencia sensivelmente os pressupostos da aplicação do direito da concorrência. É diferente a perspectiva do mercado, tal como o é a do poder económico e a do controlo de concentrações. Vejam-se a este propósito o artigo 1.º, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 428/88 de 19 de Novembro e a deciso do Conselho da Concorrência no pedido de declaração de inaplicabilidade *Quimigal* (cfr. Relatório de Actividade de 1987, p. 82 e s.).

(9) Cfr. a letra do artigo 85.º, número 1, e do artigo 86.º do Tratado CEE.

A cooperação entre empresas não é necessariamente um instrumento de protecção recíproca, antes reflecte, muitas vezes, a necessidade de organizar racionalmente a produção, a distribuição e a investigação tecnológica. A política de concorrência veio, por isso, suprir certas lacunas nas competências comunitárias que o Acto Único, de resto, não colmatou<sup>(10)</sup>. As regras de concorrência foram sendo progressivamente usadas como um instrumento de *integração positiva*, destinado a adaptar, da forma entendida como mais conveniente, o tecido industrial e comercial europeu aos novos desafios do mercado interno e da economia internacional<sup>(11)</sup>.

4. Este novo papel acarreta uma diluição de contornos — não raro agravada, quer por abusos de intervenção, quer por inexplicáveis omissões — e reforça o interesse de uma delimitação relativa do âmbito de aplicação do ordenamento nacional e do ordenamento comunitário, questão essencial à subsistência dos direitos nacionais, cuja autonomia e utilidade ninguém põe em causa.

À medida que a interdependência económica se acentua e que a convergência das perspectivas de aplicação dos dois ordenamentos aumenta, é inevitável o esbatimento dos contornos assentes na perspectiva clássica: a de que o direito comunitário regula essencialmente as coligações com incidência sensível no comércio intra-comunitário. As coligações que na realidade prejudicam a manutenção de uma concorrência efectiva num Estado-membro têm cada vez menos efeitos estrita ou predominantemente nacionais. Por outro lado, os acordos domésticos são cada vez mais o prolongamento de feixes de acordos internacionais, ou reproduções de

---

(10) O reconhecimento da necessidade de cooperação e do reforço de poderes em diversos domínios como os da política monetária, da coesão económica e social, da política social, da investigação e desenvolvimento, do meio ambiente e da política externa não teve paralelo no caso da política industrial e comercial. Sobre este assunto veja-se J. DE RUYT, *L'Acte Unique Européen*, Bruxelas, 1987.

(11) As regras de concorrência tornam-se assim um instrumento de integração positiva e não apenas de integração negativa. Mais do que reprimir os acordos restritivos do comércio com o intuito de assegurar a sua liberalização, procura-se desenvolver uma política de concorrência capaz de enquadrar as formas de cooperação empresarial que contribuem para o bom funcionamento do Mercado Comum e o progresso da integração económica (sobre os conceitos de *integração positiva e negativa* cfr. P. PITTA E CUNHA, *O Desafio da Integração Europeia*, Ministério das Finanças e do Plano (ed.), Lisboa, 1980).

estratégias internacionais ditadas pela internacionalização e multinacionalização das empresas e pela crescente informação dos agentes económicos.

É assim difícil avaliar com exactidão qual o grau de restrição de concorrência relevante para determinar a aplicação do direito comunitário; qual a sensibilidade exigida à afectação do comércio para que se aceite estar em presença, sobretudo, de uma questão comunitária; quais os critérios que presidem à exclusiva actuação das autoridades nacionais.

A este tipo de questões de ordem substantiva vem juntar-se um outro de natureza adjectiva: o das limitações que as autoridades nacionais experimentam ao tratar certo tipo de situações predominantemente internas, e o da impossibilidade manifesta de as autoridades comunitárias darem uma resposta eficaz à generalidade das restrições com efeitos no comércio intra-comunitário.

5. Confrontado com a necessidade de definir o papel da ordem jurídica nacional e o da ordem jurídica comunitária e de esclarecer as relações entre ambas, o Tribunal acabou por reflectir este rol de preocupações. A sua jurisprudência exprime a necessidade de garantir o pleno efeito do direito comunitário sem prejudicar a vigência e o papel dos direitos nacionais, reconhecendo a autonomia e a especificidade dos dois tipos de perspectiva, a utilidade das políticas a que dão origem e a possibilidade da sua aplicação cumulativa.

O acórdão *Walt Wilhelm*<sup>(12)</sup> é exemplar e a sua actualidade permanece indesmentível: o direito comunitário e os direitos nacionais de defesa da concorrência consideram as coligações sob perspectivas diferentes; o artigo 85.º do Tratado CEE aprecia-as em função dos entraves que podem causar ao comércio entre os Estados-membros, enquanto que as legislações nacionais o fazem inspiradas por considerações que lhes são próprias.

A interdependência dos fenómenos económicos nem sempre permite, no entanto, estabelecer uma distinção clara entre os aspectos comunitários e nacionais que sirva de critério à delimitação das competências. Uma mesma coligação pode ser objecto de dois juízos simultâneos e independentes ditados por razões diversas de ordem comunitária e nacional, isto é,

---

(12) Cf. acórdão de 13.2.1969, no processo n.º 14/68, Recueil 1969, p. 1 e s..



pode dar lugar a dois processos de apreciação paralelos: um perante as autoridades comunitárias e outro perante as autoridades nacionais<sup>(13)</sup>.

No acórdão *Hugin*, esta reflexão foi confirmada e sintetizada. O pressuposto comum da interpretação e aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE é o da *afecção do comércio entre os Estados-membros*. A finalidade deste requisito é a de delimitar o âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência relativamente aos direitos nacionais. Releva, por conseguinte, do direito comunitário todo o comportamento que ponha em causa a liberdade do comércio entre os Estados-membros, que prejudique o objectivo de criação de um mercado único, que modifique a estrutura da concorrência no mercado comum. São objecto de disciplina pelas ordens jurídicas nacionais os comportamentos cujos efeitos não ultrapassem o território de um Estado-membro<sup>(14)</sup>.

Os objectivos do direito nacional e comunitário são diferentes. A sua distinção decorre, antes de mais, das finalidades do Tratado CEE definidas no seu artigo 2.º e dos meios de acção postos à disposição da Comunidade para as realizar. No actual estágio da integração europeia, o objectivo da

(13) Cfr. acórdão de 13.2.1969, no Processo n.º 14/68, Recueil 1969, p. 1 e s., considerando n.º 4: *"attendu que le droit communautaire et le droit national en matière d'ententes considèrent celles-ci sous des aspects différents; qu'en effet, alors que l'article 85 les envisage en raison des entraves qui peuvent en résulter pour le commerce entre les Etats membres, les législations internes, inspirées par des considérations propres à chacune d'elles, considèrent les ententes dans ce seul cadre; attendu il est vrai, qu'en raison de l'interdépendance éventuelle des phénomènes économiques et des situations juridiques considérées, la distinction des aspects communautaires et nationaux ne saurait servir, dans tous les cas, de critère déterminant à la délimitation des compétences; que cependant elle implique qu'une même entente puisse, en principe, faire l'objet de deux procédures parallèles, l'une devant les autorités communautaires en application de l'article 85 du Traité C.E.E., l'autre devant les autorités nationales en application du droit interne"*.

(14) Cfr. Acórdão de 31.5.1979, processo n.º 22/78, Recueil 1979, p. 1869 e s., considerando n.º 7: *"L'interprétation et l'application de la condition relative aux effets sur le commerce entre Etats membres, figurant aux articles 85 et 86 du Traité, doivent prendre comme point de départ le but de cette condition qui est de déterminer, en matière de réglementation de la concurrence, le domaine du droit communautaire par rapport à celui des Etats membres. C'est ainsi que relèvent du domaine du droit communautaire toute entente et toute pratique susceptible de mettre en cause la liberté du commerce entre Etats membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les Etats membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché comum. En revanche, les comportements dont les effets se localisent à l'intérieur du territoire d'un seul Etat membre relèvent du domaine de l'ordre juridique national"*.

Comunidade é o da eliminação dos entraves públicos ou privados ao comércio entre Estados-membros. Esta é a primeira etapa da acção da Comunidade no sentido de assegurar que a concorrência não é distorcida no mercado comum<sup>(15)</sup>; este é o objectivo principal da política comunitária de defesa da concorrência e o critério decisivo da aplicação do direito comunitário e, por isso mesmo, da determinação da sua preeminência<sup>(16)</sup>.

## B — O concurso de normas

6. No acórdão *Hugin*, o Tribunal definiu o âmbito de aplicação do direito comunitário em termos claros: são relevantes para o direito comunitário os acordos susceptíveis de pôr em causa a liberdade do comércio entre Estados-membros. Caem no âmbito do direito nacional as práticas restritivas cujos efeitos se localizem no interior do território de um Estado-membro. Esta solução torna possível a aplicação das duas ordens jurídicas a um mesmo comportamento: uma coligação pode afectar o comércio intra-comunitário e simultaneamente restringir a concorrência em um ou em vários Estados-membros<sup>(17)</sup>. O concurso de normas é uma hipótese tanto mais frequente quanto o Tratado reconhece a ilicitude do *dano potencial*<sup>(18)</sup>.

A primeira exigência da delimitação do âmbito do concurso de normas é pois a do esclarecimento daquilo que deve entender-se por *comportamento susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros*, isto é, a de saber qual a exacta relevância do *dano potencial*. Uma vez mais, a

---

(15) Cfr. Tratado CEE, artigo 3.º alínea f) e artigo 85.º, número 1.

(16) O acento tónico foi também colocado pela Comissão no aspecto da afectação do comércio intra-comunitário. Cfr. Decisão 68/337/CEE, *C.F.A.*, JO L276 de 4.11.1968, p. 29 e s. e Decisão 69/216/CEE, *SEIFA*, JO L173, de 15.7.1969, p. 8 e s..

(17) Mesmo que tenha lugar fora de determinado Estado, pode ainda ser disciplinada pelo direito desse Estado se os efeitos se produzirem no seu território. Sobre o problema da aplicação extra-territorial do direito da concorrência, cfr. B. BARAK, *The application of the competition rules (antitrust law) of the European Economic Community*, Kluwer, 1981.

(18) Tanto o artigo 85.º como o artigo 86.º se aplicam desde que exista a mera *susceptibilidade de afectação* do comércio entre os Estados-membros.

contribuição do Tribunal é decisiva<sup>(19)</sup>. Não basta demonstrar a mera possibilidade teórica de afectação do comércio intra-comunitário; é necessário que ela possa ocorrer, com um *grau de probabilidade suficiente*, em consequência de um determinado comportamento. Caso essa afectação não seja efectiva, caso a virtualidade dessa afectação não possa ser demonstrável, ou caso ainda seja apenas remota, não deverá fazer-se aplicação dos artigos 85.º e 86.º<sup>(20)</sup>.

Um segundo critério que contribui para definir o âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência está associado ao conceito de *sensibilidade da afectação* do comércio entre Estados-membros. Como o Tribunal reconheceu no acórdão *Salonia*, o Tratado CEE não visa todos os acordos entre empresas susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros, mas apenas aqueles que nele possam influir sensivelmente e que por isso prejudiquem a realização do mercado comum<sup>(21)</sup>.

(19) Cfr. acórdão de 10.7.1980, no processo n.º 99/79, *Lancôme*, Recueil 1980, p. 2511 e s.: *“Pour apprécier, d'une part, si un accord est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, il y a lieu de déterminer, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, si cet accord permet d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres.”* Note-se a semelhança da terminologia utilizada pelo Tribunal na definição de *medida de efeito equivalente* à restrição quantitativa no célebre acórdão *Dassonville* (cfr. acórdão de 11.7.1974, no processo n.º 8/74, Recueil, 1974, p. 837 e s.).

(20) Cfr. acórdão de 26.11.1975, no processo n.º 73/74, *Papiers Peints*, Recueil 1975, p. 1491 e s., que anula a Decisão da Comissão com fundamento na insuficiente demonstração da susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-membros.

(21) Cfr. acórdão de 16.6.1981, no processo n.º 126/80, Recueil 1981, p. 1563 e s., considerando n.º 17: *“Il convient toutefois de rappeler qu'un tel accord échappe à la prohibition de l'article 85.º lorsqu'il n'affecte pas le commerce entre États membres d'une manière sensible. S'il est vrai qu'en matière de presse l'appréciation du caractère sensible des effets qu'un accord de distribution peut exercer sur le marché est plus rigoureuse que dans le cas d'autres produits, il y a cependant lieu de prendre en considération, pour apprécier si un accord est susceptible d'affecter d'une manière sensible le marché des journaux et périodiques provenant des autres États membres, la circonstance, d'une part, que ce marché peut emprunter, pour la mise en vente dans la zone territoriale considérée, d'autres canaux de distribution que ceux réglés par l'accord et, d'autre part, que la demande portant sur les dits produits s'avère rigide, en ce sens qu'elle ne présenterait pas de variations substantielles en raison de la mise en vigueur et de la cessation de l'accord dont il s'agit.”*

Os pressupostos de aplicação do direito comunitário encontram-se pois esclarecidos. Em primeiro lugar, a susceptibilidade de produção de efeitos restritivos no comércio tem de ser suficientemente provável; em segundo, tais efeitos têm de ser suficientemente sensíveis<sup>(22)</sup>. Apenas nestes casos o direito comunitário é aplicável. Apenas nestes casos poderá colocar-se a questão do concurso das normas do direito comunitário e do direito nacional.

Reconhecer a autonomia de ambos os ordenamentos equivale a admitir a possibilidade do concurso de normas. Admitir a eventualidade da aplicação cumulativa significa aceitar a hipótese de um conflito, isto é, de um tratamento divergente da mesma situação ditado pela legítima originalidade das perspectivas subjacentes ao direito comunitário e aos direitos nacionais.

---

(22) As dificuldades práticas de apreciação destes requisitos são óbvias. Colocando-se a uma jurisdição nacional, por qualquer motivo, a questão da aplicabilidade do direito comunitário, o reenvio prejudicial previsto no artigo 177.º do Tratado CEE constitui a única garantia de uma boa interpretação.

### III — O PRINCÍPIO DO PRIMADO E A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

#### A — *As doutrinas da barreira única e da dupla barreira*

7. A existência de um conflito entre o direito comunitário e o direito nacional da concorrência pressupõe que ambos sejam aplicáveis a uma mesma situação, depende do concurso de normas, mas não se confunde com este. Para que exista um conflito, é indispensável que a aplicação de um ordenamento impeça ou limite a aplicação do outro, constituindo assim um obstáculo à produção da plenitude dos seus efeitos. Ora, como veremos, é possível a aplicação simultânea das duas ordens jurídicas sem que tal aconteça.

Tendo em vista a resolução de um conflito, podemos socorrer-nos de uma técnica clássica: determinar uma legislação aplicável. A este propósito ninguém discute o princípio da primazia do direito comunitário e a necessidade de se salvaguardar a plenitude dos seus efeitos. Porém, quanto ao significado deste princípio, é importante salientar a existência de um tradicional desentendimento na doutrina.

Três teses têm sido confrontadas. A primeira — admitindo a plena vigência do direito comunitário e a nitidez dos seus contornos — acentua o aspecto da transferência de competências operada pelo Tratado, conduzindo à exclusão da aplicação do direito nacional de cada vez que um comportamento restritivo é enquadrável na previsão dos artigos 85.º e 86.º. A segunda, reconhecendo a autonomia de ambos os ordenamentos e o virtual concurso de competências, sustenta que os dois direitos se aplicam desde que estejam preenchidas as respectivas previsões. A terceira, tende a fazer vingar exclusivamente a necessidade de garantir os objectivos do Tratado, isto é, a primazia do direito comunitário na medida do necessário ao seu efeito útil, sem pôr desnecessariamente em causa a autonomia do direito nacional e o papel que pode desempenhar.

8. Os que sustentam a primeira das teses, dita da *barreira única*<sup>(23)</sup>, entendem que os Estados-membros transferiram para a Comunidade um

---

(23) Alguns autores referem-se a esta tese denominando-a de *barreira simples*, enquanto outros, sobretudo os alemães, a qualificam como tese da *exclusão*.

conjunto de competências relativamente à disciplina da concorrência<sup>(24)</sup>. Os direitos nacionais de defesa da concorrência não deveriam poder aplicar-se às situações abrangidas pelos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE<sup>(25)</sup>. Os cartéis puramente locais permaneceriam submetidos às legislações nacionais, deixando estas de os regular quando se verifique o pressuposto de vigência do direito comunitário, isto é, quando os acordos fossem susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros. Qualquer outra solução, para além de se desviar das orientações do Tribunal relativamente à primazia, poria em perigo a uniformidade dos efeitos da política de concorrência comunitária gerando discriminações de tratamento entre os diversos agentes económicos<sup>(26)</sup>. Com esta tese simpatizam os autores que pretendem encontrar na figura do certificado negativo diversos sentidos, consoante as condições em que é aplicado, de modo a garantir o efeito útil da defesa da concorrência a nível comunitário<sup>(27)</sup>.

A segunda teoria, apelidada de *dupla barreira* (na sua fórmula mais rigorosa), reconhece que o Tratado não limitou a competência dos Estados-membros para disciplinar as práticas comerciais restritivas que tenham efeitos a nível nacional, ainda que afectem simultaneamente o comércio intra-comunitário. Aceitando o postulado da absoluta autonomia dos dois ordenamentos, esta tese parece, no entanto, entender a *isenção*<sup>(28)</sup> como a mera justificação de um comportamento no contexto das regras do Tratado. A tese da *dupla barreira* implica, assim, que a licitude de um com-

---

(24) Cfr. acórdão de 15.7.1964, no processo 6/64, *Csta/ENEL*, Recueil 1964, p. 1141 e s..

(25) Sobre o assunto, vejam-se, sobretudo, N. CATALANO, *Rapports entre les règles de concurrence établies par le Traité CEE et les législations des Etats Membres*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1963, p. 269 e s.; A. FRIGNANI e M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1983, p. 35 e s.; VAN DAMME, *La Politique de la Concurrence dans la CEE*, Bruxelles, 1980, p. 86 e s..

(26) Cfr. N. CATALANO, ob. cit. nota 25.

(27) Sobre o assunto R. COLLIN, *La notion d'entreprise en position dominante et les méthodes de controle du droit antitrust français*, in La réglementation du comportement des entreprises domnantes en Droit Communautaire, Bruges, 1977; H. GUÉRIN e A. DECOCQ, *La simple barrière: delit du refus de vente et droit européen de la concurrence*, La semaine juridique, 1983, n.º 19, p. 20 e s.; O. LOY, *Tribunal Correctionnel de Nanterre, (21.1.1981): Observations*, Cahiers de Droit Européen, 1985, p. 337 e s.; E. LANGEN, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 1982, p. 76 e s..

(28) Referir-nos-emos de aqui em diante à *isenção* de cada vez que estiver em causa o tipo de apreciação previsto no número 3 do artigo 85.º do Tratado CEE.

portamento tenha de ser sempre apreciada, simultaneamente, face à disciplina nacional e às regras comunitárias<sup>(29)</sup>. Em última análise, põe em causa o primado da *isenção*<sup>(30)</sup>.

9. Não é descabido admitir que a oposição entre estas duas teses enferma porventura de algum artificialismo. Com efeito, o que opõe seriamente a teoria da barreira única à teoria da dupla barreira? Ambas admitem a subsistência dos direitos nacionais, ambas respeitam a autonomia dos dois ordenamentos e ambas reconhecem que o direito comunitário deve poder produzir a plenitude dos seus efeitos. Ambas pecam também por ignorarem o facto de a transferência de competências, que está na génese do direito comunitário, só fazer sentido enquanto permite a execução de uma política de concorrência da Comunidade e de a aplicação do direito nacional só ser relevante na medida em que tem uma incidência na execução de tal política. A primeira nega suficiente autonomia ao direito nacional e a segunda não retira as consequências necessárias do primado.

A filosofia da *barreira única* aceita que os artigos 85.º e 86.º fundamentam uma política de concorrência, instrumento de realização dos objectivos do Tratado. Daí a ideia de que o respeito pelas Decisões ou pelos Regulamentos de *isenção*, mais do que necessário à aplicação uniforme do direito comunitário, é uma condição do efeito útil dessa política. Pôr em causa as vantagens subjacentes a uma *isenção* com base numa interdição decorrente do direito nacional seria, mais do que propiciar discriminações de tratamento doméstico em relação às quais as regras de concorrência do Tratado são impotentes, inviabilizar a utilização de um instrumento de política de concorrência com o qual se pretende prosseguir os objectivos do Tratado ao nível do progresso técnico e económico e do

---

(29) Sobre este assunto vejam-se J.A. VAN DAMME, ob. cit., nota 25, p. 79 e s.; A. FRIGANI e M. WAELBROECK, ob. cit., nota 25, p. 37 e s.; H. GLEISS, *Kommentar zum EWG — Kartellrecht*, Heidelberg, 1978; MESTMACHER, *Europaischer Wettbewerbsrecht*, Munchen, 1974.

(30) Trata-se a título de exemplo de uma tese expressamente reconhecida no Reino Unido pelo artigo 5.º, número 1, do *Restrictive Trade Practices Act* de 1976. Contudo, no exercício das suas competências o *Restrictive Practices Court* pode diferir ou modificar as suas decisões tendo em vista assegurar a coerência com as Decisões da Comissão das Comunidades Europeias.

incremento de melhores condições de produção e de distribuição. Na medida em que não admite, porém, uma condenação simultânea do direito comunitário e do direito nacional, reconhece ao direito comunitário uma reserva de competência que, além de inútil, os seus pressupostos de aplicação não sustentam.

Diferentemente, a teoria da *dupla barreira* quase assimila a situação da *isenção individual* à do *certificado negativo*, encarando aquela como mera justificação de comportamentos ilícitos e não como um acto de política de concorrência cujo efeito útil é indispensável garantir e que encontra o fundamento último na necessidade de adaptar a estrutura produtiva e de distribuição à realidade do mercado único. De novo, é o papel das regras de concorrência e a filosofia da política de concorrência que estão em causa e, por via disso, a preeminência do direito comunitário.

#### B — O primado do direito comunitário da concorrência

10. Por tudo o que vimos, a questão da primazia do direito comunitário da concorrência, apesar de, no essencial, não escapar à teorização genérica efectuada pela doutrina<sup>(31)</sup> e pela jurisprudência<sup>(32)</sup>, apresenta especificidades que são inerentes às características próprias deste tipo de ordenamento.

Os artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE pretendem evitar as distorções da concorrência no interior do mercado comum e, sobretudo, a restrição privada do comércio entre Estados-membros. A primazia do direito da concorrência encontra-se exclusivamente ligada à verificação dos pressupostos da sua aplicação. O primado seria posto em causa se o direito

---

(31) Cfr. entre outros, D. CARREAU, *Droit Communautaire et Droits Nationaux: Concurrence ou primauté?*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1978, p. 381 e s.; J.-V. LOUIS, *La primauté du Droit International et du Droit Communautaire après l'arrêt "Le Ski"*, in Mélanges Fernand Dehousse, Vol. 2, Paris, 1979; J.C. MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito Comunitário; A Ordem Jurídica Comunitária, as Liberdades Fundamentais da CEE*, Lisboa 1985; MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário: o ordenamento jurídico comunitário*, Lisboa, 1983; G. OLMÍ, *Les rapports entre Droit Communautaire et Droit National dans les arrêts des juridictions supérieures des États membres*, Revue du Marché Commun, 1981, p. 178 e s.; P. PITTA E CUNHA, *A Lógica Integracionista e a Supremacia do Ordenamento Comunitário*, Revista da Ordem dos Advogados, 1984, p. 249 e s.; F. QUADROS, *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Lisboa, 1984.

(32) Cfr. acórdão *Costa/ENEL*, cit. e acórdão de 9.3.1978, no processo 106/77, *Simmenthal*, Recueil 1978, p. 629 e s..



nacional frustrasse a nulidade de um acordo cuja incompatibilidade com o artigo 85.º tivesse sido verificada. O primado seria prejudicado se a legislação nacional conferisse protecção jurídica a um acordo proibido pelo Tratado. O primado seria limitado se o direito nacional condenasse um acordo isento. O primado seria ainda afastado se um comportamento condenado pelo direito comunitário produzisse a plenitude dos seus efeitos em virtude de não ser censurado pelo direito interno. A preeminência do direito comunitário não é, pelo contrário, comprometida quando o direito nacional regula áreas onde não se verificam os pressupostos de aplicação dos artigos 85.º e 86.º, ou quando, ainda que essa aplicação seja possível, o faz sem prejudicar o seu efeito útil. É o que sucede quando o direito nacional condena — na perspectiva que lhe é própria — um comportamento ilícito na óptica do direito comunitário.

11. Há pois que determinar os objectivos e condições de aplicação da norma comunitária de concorrência, seja ela uma disposição do Tratado, uma Decisão ou um Regulamento. Há que identificar rigorosamente o seu âmbito, os seus objectivos e os efeitos que com ela se pretendem atingir. O primado do direito comunitário apenas é prejudicado se, uma vez verificados os seus pressupostos de aplicação, o direito nacional vier impedir a plena realização dos seus objectivos, limitar o seu efeito útil, ou destruir a uniformidade da sua interpretação e aplicação<sup>(33)</sup>.

(33) Cfr. acórdão *Walt Wilhelm*: "en principe les autorités nationales en matière d'ententes peuvent procéder également à l'égard de situations susceptibles de faire l'objet d'une décision de la Commission; attendu toutefois que, en vertu du respect de la finalité générale du traité, cette application parallèle du système national ne saurait être admise que pour autant qu'elle ne porte pas préjudice à l'application uniforme, dans tout le marché commun, des règles communautaires en matière d'ententes et du plein effet des actes pris en application de ces règles; qu'une autre solution serait incompatible avec les objectifs du traité et le caractère de ses règles en matière de concurrence; que le traité C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres et qui s'impose à leurs juridictions; qu'il serait contraire à la nature d'un tel système d'admettre que les États membres puissent prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles de compromettre l'effet utile du traité; que la force impérative du traité et des actes pris pour son application ne saurait varier d'un État à l'autre par l'effet d'actes internes, sans que soit entravé le fonctionnement du système communautaire et mise en péril la réalisation des buts du traité; que, dès lors, les conflits entre la règle communautaire et les règles nationales en matière d'ententes doivent être résolus par l'application du principe de la primauté de la règle communautaire; qu'il résulte de tout ce qui précède que, dans le cas où des décisions nationales à l'égard d'une entente s'avèreraient incompatibles avec une décision adoptée par la Commission à l'issue de la procédure engagée par elle, les autorités nationales sont tenues d'en respecter les effets;"

O Tratado instituiu também, no domínio das regras de concorrência, uma ordem jurídica própria que se integra no sistema jurídico dos Estados-membros<sup>(34)</sup> e que se impõe às suas jurisdições. A aplicação do direito comunitário não impede no entanto a aplicação paralela do direito nacional desde que por sua vez esta não prejudique o efeito útil daquela. A importância e actualidade do acórdão *Walt Wilhelm*, ao qual o Tribunal se tem mantido fiel, resulta justamente do facto de nele ter sido finamente relacionada a primazia do direito comunitário da concorrência e a perspectiva global dos efeitos que a política nele fundada visa prosseguir.

O primado é, em si mesmo, um princípio fundamental onde estão implícitos a uniformidade da protecção jurídica e o seu efeito útil. Contudo, no direito da concorrência, a ênfase dada a estes dois elementos de coesão do edifício jurídico da Comunidade só pode ser entendida como uma forma de acentuar a especificidade da política comunitária de concorrência relativamente às políticas nacionais homólogas. A alusão à uniformidade da aplicação não reflecte uma preocupação de corrigir disparidades ou discriminações. A uniformidade de aplicação é uma exigência superior de eficácia no exercício de um poder quase discricionário de uma política comum que visa a realização do mercado único e a manutenção da concorrência no seu seio, objectivos que não podem ser comprometidos pela aplicação do direito dos Estados-membros<sup>(35)</sup>.

12. Que concessões faz este entendimento às clássicas doutrinas da *barreira única* e da *dupla barreira*? Reconheceu-se o significado do primado e acolheu-se a perspectiva de que os artigos 85.º e 86.º fundamentam uma política da Comunidade, o que vai ao encontro da tese da *barreira única*. Admitiu-se a aplicação paralela do direito nacional ainda que limitada pelo primado, o que corresponde à ideia da *dupla barreira*. No essencial, a aplicação do artigo 85.º comporta apenas duas alternativas com

---

(34) Alusão clara à aplicabilidade directa das regras da concorrência em conformidade com a clássica jurisprudência do acórdão *Van Gend en Loos*, de 5.2.1963 (processo n.º 26/62, Recueil 1963 p. 1 e s.).

(35) Exemplificando: as vantagens que o sistema de distribuição exclusiva ou selectiva tem sob o ponto de vista do incremento das trocas comerciais dentro da Comunidade — vantagens essas que estão subjacentes à concessão de uma *isenção* — seriam postas em causa se tivessem de vingar certas disposições nacionais que proibem a recusa de venda.

significado comunitário: a proibição e a *isenção*. Ambas têm de ser integralmente respeitadas pelo direito nacional<sup>(36)</sup>.

A uniformidade de aplicação do direito comunitário da concorrência e a garantia do seu efeito útil têm consequências complexas. Torna-se por isso conveniente analisar as diversas hipóteses de relacionamento com o direito nacional de modo a clarificar as condições em que a aplicação deste não prejudica os objectivos da Comunidade. É o que se pretenderá fazer de seguida tendo em atenção as quatro manifestações típicas da apreciação de um comportamento à luz do direito comunitário da concorrência: o *certificado negativo*<sup>(37)</sup>, a *isenção individual*, a *isenção por categoria* e a *condenação da infracção*<sup>(38)</sup>.

### C — O certificado negativo

13. A primeira situação que devemos apreciar é aquela em que uma coligação, ou um comportamento de uma empresa em posição dominante, não são tidos como incompatíveis com os artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE. As razões por que tal acontece podem ser de diversa natureza. Basta enumerar três hipóteses: na primeira, o comportamento poderá ser restritivo da concorrência e não afectar o comércio entre Estados-membros<sup>(39)</sup>; na

---

(36) Cfr. VAN DAMME, ob. cit., nota 25, p. 94. Este entendimento parece resultar claramente do acórdão *Walt Wilhelm* que menciona apenas a relevância comunitária das proibições e das *isenções* (cfr. considerando n.º 5).

(37) Referimo-nos aqui ao certificado negativo em sentido lato. Pretendemos abranger com este conceito quer o certificado negativo em sentido estrito (que corresponde ao tipo de Decisão prevista no artigo 2.º do Regulamento n.º 17), quer ainda qualquer outra Decisão em que a Comissão constate que não deve intervir à luz do artigo 85.º, número 1, ou do artigo 86.º. Designaremos esta última por *arquivamento*.

(38) Como veremos, a aplicação do direito comunitário pode ser efectuada, não apenas pela Comissão, mas também por outras autoridades ou jurisdições, como é o caso do próprio Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e das autoridades e jurisdições nacionais. Orientamos porém a análise para as Decisões típicas da Comissão uma vez que, competindo-lhe dar execução à política comunitária da concorrência, são as suas tomadas de posição que permitem aprofundar convenientemente o problema que nos ocupa.

(39) Cfr., a título de exemplo, a Decisão 68/317/CEE, *C.F.A.*, JO L 201 de 12.8.1968, p. 1 e s.; a Decisão 69/216/CEE, *SEIFA*, JO L 173, de 15.7.1969, p. 8 e s.; e o acórdão *Hugin* cit., nota 13.

segunda, o acordo, doméstico ou internacional, pode afectar o comércio intra-comunitário mas não de modo suficientemente sensível<sup>(40)</sup>; na terceira, o acordo pode comportar cláusulas restritivas de concorrência que afectam significativamente o comércio internacional, sendo no entanto essas restrições legitimadas por critérios objectivos de selecção dos circuitos de distribuição<sup>(41)</sup>, pela protecção do objecto específico de determinados direitos de propriedade industrial e comercial<sup>(42)</sup>, ou pelas características próprias de uma relação de *franchising*<sup>(43)</sup>.

Em qualquer destas circunstâncias tem-se entendido não existir violação do artigo 85.º, número 1, ou do artigo 86.º do Tratado CEE. Essa conclusão pode ser confirmada pela Comissão através da emissão de um *certificado negativo* nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 17, mediante uma Decisão que põe termo e arquiva um processo de infracção, ou através da comunicação informal do arquivamento. Estas decisões não culminam porém o mesmo tipo de processo<sup>(44)</sup>, não têm a mesma natureza, nem se baseiam no mesmo tipo de fundamento.

No caso de um *certificado negativo*<sup>(45)</sup> em sentido estrito, ou de uma *comfort letter*<sup>(46)</sup>, a Comissão considera que não tem razões para intervir. No caso de arquivamento, decorra ou não de uma Decisão em sentido

---

(40) Cfr., a título de exemplo, o acórdão de 9.7.1969, no processo n.º 5/89, *Volk v. Ver-vaelke*, Recueil 1969, p. 295 e s. e o acórdão de 6.5.1971, no processo n.º 1/71, *Cadillon*, Recueil 1971, p. 351 e s..

(41) Cfr. a Decisão 76/169/CEE, *SABA*, JO L 28 de 3.2.1976, p. 19 e s. e a Decisão 85/404/CEE, *Grundig*, JO L 233 de 30.8.1985, p. 1 e s..

(42) É o caso do reforço da protecção legal nos contratos de licença de marca e de patente, entre outros. Cfr., a título de exemplo, a Decisão 78/253/CEE *Campari*, JO L 70, de 13.3.1978, p. 69; Decisão 78/823/CE, *Semence de Mais*, JO L 286, de 12.10.1978, p. 23 e s.; Decisão 76/29/CEE *AOIP/Beyard*, JO L 6, de 13 de Janeiro de 1976, p. 8 e s..

(43) Cfr. acórdão de 28.1.1986, no processo n.º 161/84, *Pronuptia*, Recueil 1986, p. 353 e s..

(44) Embora substancialmente muito semelhantes, os três tipos de decisões são distintas do ponto de vista processual. O *certificado negativo* em sentido próprio (cfr. artigo 2.º do Regulamento CEE n.º 17) tem de ser pedido pelos interessados mediante requerimento apropriado. É concedido no quadro de um processo de controlo prévio que não está sujeito ao princípio do inquisitório ou da investigação da verdade material. O arquivamento em sentido próprio culmina um processo de infracção originado em queixa ou na iniciativa própria da Comissão e que correu os seus termos com observância de tais princípios (cf. artigos 3.º, 14.º e 16.º do Regulamento CEE n.º 17).

próprio, a Comissão julga que um comportamento não infringe o direito comunitário. Pode afirmar-se que em termos práticos o resultado é o mesmo: o acordo não prejudica os objectivos do Tratado. A natureza das decisões, o processo que lhes deu lugar, aquilo que nelas é afirmado, é diferente.

As razões de política de concorrência subjacentes podem também ser muito distintas. No primeiro tipo de casos, pura e simplesmente, não se verificam os pressupostos formais de aplicação das regras comunitárias. No segundo conjunto de situações acontece o mesmo, embora a aplicação do direito comunitário seja afastada pelo recurso à regra “de minimis”<sup>(47)</sup>: reconhece-se que um acordo não é abrangido pela proibição do artigo 85.º, número 1 quando, devido à importância negligenciável dos agentes económicos envolvidos, ou à irrelevância dos seus efeitos, não prejudica a realização dos objectivos do Tratado<sup>(48)</sup>. Na terceira hipótese, porém, o

---

(45) No certificado negativo previsto no artigo 2.º do Regulamento n.º 17, a Comissão conclui a pedido das empresas que, em função dos elementos que foram levados ao seu conhecimento, não tem que intervir com fundamento no artigo 85.º, número 1, ou no artigo 86.º. Salvo do ponto de vista prático, não é exactamente a mesma coisa do que afirmar que os pressupostos de aplicação dos artigos 85.º e 86.º não estão preenchidos. Isso é corroborado pelo facto de o certificado negativo não ser absolutamente vinculativo para os tribunais nacionais no caso de serem chamados a aplicar o direito comunitário à mesma questão.

(46) As *comfort letters* são, no fundo, cartas ou ofícios com sentido idêntico ao do certificado negativo mas que não têm a dignidade formal de uma Decisão nos termos do artigo 189.º do Tratado CEE. Constituem hoje em dia uma forma corrente e expedita de dar andamento aos pedidos de certificado negativo. Sobre esta questão vejam-se, entre outros: V. KORAH, *Comfort letters — Reflections on the Perfume Cases*, *European Law Review*, 1981, p. 14 e s.; R. KOVAR, *Efficacité de répression des ententes et protection juridique des intéressés: un équilibre difficile*, *Recueil Dalloz*, 1981, p. 133 e s.; I. VAN BAEL, *The anti-trust settlement practice of the Commission*, *Common Market Law Review*, 1986, p. 61 e s..

(47) Relativamente à filosofia subjacente ao tratamento dos chamados *acordos de importância menor* veja-se a Comunicação da Comissão (JO C 231, 1986, p. 2 e s.).

(48) Ainda que por vezes contenham cláusulas absolutamente proibidas como é o caso da protecção territorial absoluta. Veja-se, a título de exemplo, o acórdão *Cadillon* cit. nota 40: “*compte tenu de la faible position des intéressés sur le marché des produits en cause... il n'est pas susceptible de nuire à la réalisation d'un marché unique entre États même lorsque il établi une protection territoriale absolue*”. Este entendimento reforça obviamente a importância da distinção entre a competência nacional e comunitária.

único fundamento para a não aplicação das normas do Tratado é, em boa verdade, uma espécie de *rule of reason* baseada em critérios económicos e de política de concorrência<sup>(49)</sup>, apresentando maior ou menor ligação com exigências de respeito por ordenamentos jurídicos especiais<sup>(50)</sup>.

14. Em relação a uma tão grande diversidade de situações a Comissão tem, como vimos, apenas duas formas de se pronunciar: a emissão de *certificados negativos* ou de *comfort letters* a pedido das empresas e o arquivamento dos processos de infracção<sup>(51)</sup>. Ainda que veiculada por uma Decisão prevista no artigo 189.º do Tratado CEE, este tipo de apreciação pode exprimir considerações distintas em termos de política de concorrência, pressupor juízos diversos dos comportamentos em causa e ter, por isso mesmo, filosofias diferentes.

---

(49) Um caso, entre muitos outros, é o das centrais comuns de exportação de cujo tratamento é exemplo a Decisão *SAFCO* (JO L 13, de 17 de Janeiro de 1972, p. 44 e s.). Não se contesta que uma central de exportação afecte o comércio entre os Estados-membros. Pelo contrário, reconhece-se não apenas esse facto como também o seu carácter benéfico. Uma central de vendas pode efectivamente ser a única possibilidade de penetração de novos mercados por parte de pequenos produtores. Afectação do comércio é, nesta hipótese, sinónimo de dinamização do comércio num contexto de viabilização da actividade de um novo concorrente e não de reforço de uma parte de mercado já de si importante. Não estamos longe da célebre formulação da *rule of reason* pelo *Supreme Court* dos Estados Unidos no caso *Chicago Bord of Trade*: “*But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition*” (citado por P. AREEDA, *Antitrust Analysis*, Boston, 1981, p. 432 e s.). Sobre a natureza da “*rule of reason*” vejamos R. JOLIET, *The rule of reason in antitrust Law*, La Haye, 1967; A. D. NEALE, *The antitrust Laws of the United States of America*, Cambridge, 1960; C. WILCOX, *Public Policies toward Business*, Chicago, 1955.

(50) É o caso da compatibilização do direito da concorrência com os direitos de propriedade industrial e comercial, com o direito de autor, e com outros direitos afins. Cfr. a este propósito, D. GUY e I.F. LEIGH, *The EEC and Intelletual Property*, Londres, 1982.

(51) Denominamos *processo de infracção*, o procedimento conducente à apreciação de um acordo ou de um comportamento de uma empresa em posição dominante quando efectuado pela Comissão com base em denúncia, ou por iniciativa própria. Se procurarmos um equivalente no direito português encontrá-lo-emos no processo de contra-ordenação previsto no Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de Outubro aplicável por força do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 422/83 de 3 de Dezembro.

É essa a razão porque se pode sustentar que o respeito devido ao *certificado negativo* deve depender dos fundamentos da Decisão<sup>(52)</sup>. Com efeito, tendo presentes as orientações traçadas na jurisprudência *Walt Wilhelm* e confirmadas no acórdão *Guerlain*, e dado que as ordens jurídicas nacional e comunitária são autónomas e partem de pressupostos diferentes, a primazia desta última é indissociável da necessidade de assegurar a uniformidade de aplicação do direito comunitário e de garantir o efeito útil de uma política de concorrência comunitária.

Ora, tanto a licitude dos sistemas de distribuição selectiva fundados em critérios objectivos de natureza qualitativa, como a aceitação das restrições inerentes à protecção do objecto específico dos direitos de propriedade industrial e comercial, e ainda o reconhecimento da legalidade das limitações inerentes à garantia da identidade de uma rede de franquias, traduzem opções de política de concorrência e pressupõem, no fundo, um balanço económico<sup>(53)</sup>. A reconhecida debilidade do *certificado negativo*<sup>(54)</sup>, quando confrontado com as exigências decorrentes do direito nacional, não

(52) Cfr. a este respeito B. GOLDMAN e A. LYON-CAEN, *Droit Commercial Européen*, Paris, 1983, p. 915. Esta tese não pode, por razões formais, ser transposta para as *comfort letters*. O acórdão de 10.7.1980, no processo n.º 37/80, *Estée Lauder* (Recueil 1980, p. 2481 e s.) expressamente considerou que as cartas administrativas não constituem Decisões em sentido formal, embora possam gerar efeitos jurídicos relevantes, como nota R. KOVAR, ob. cit. nota 46 e V. KORAH, ob. cit. nota 46 (cfr. ainda acórdão de 10.7.1980, no processo n.º 99/79, *Lancôme*, Recueil 1980 p. 2511 e s.). A opinião comunicada nessas cartas não vincula as jurisdições nacionais. Constitui, no entanto, um elemento de facto que estas devem tomar em consideração no exame da conformidade dos acordos ou comportamentos com as disposições do artigo 85.º (cfr. acórdão de 10.7.1980, nos processos apensos n.º 253/78 e 93/79, *Guerlain*, Recueil 1980, p. 2327 e s.). O direito comunitário não impede, tão pouco, a vigência do direito nacional aplicável a comportamentos que tenham sido objecto de um arquivamento por parte da Comissão (cfr. uma vez mais o acórdão *Guerlain*).

(53) No fundo, a selecção qualitativa é admitida na medida em que se reconhece às empresas o direito de organizar objectivamente os seus circuitos de distribuição; as restrições da concorrência decorrentes da protecção do objecto específico dos direitos de propriedade industrial são aceites na medida em que se estima a contribuição desses direitos para o progresso técnico e económico; a legalidade das restrições necessárias à identidade da rede da franquia decorre obviamente do facto de se aceitarem os méritos desse novo sistema de produção ou distribuição. Não será esta uma abordagem típica do balanço económico ou da *rule of reason*.

(54) E, por analogia, da Decisão de arquivamento.

pode deixar de pôr em risco a avaliação positiva da Comissão e, sobretudo, a uniformidade do tratamento de certas formas de cooperação internacional com reconhecido interesse para o Mercado Comum.

15. Esta constatação conduzir-nos-ia, por razões de coerência, à necessidade de distinguir diversas ordens de *certificados negativos* e de Decisões de arquivamento, independentemente da definição dada no artigo 2.º do Regulamento n.º 17<sup>(55)</sup>. Na generalidade dos casos, este tipo de Decisão limita-se a verificar que, não havendo afectação do comércio internacional ou sendo a mesma pouco sensível<sup>(56)</sup>, a Comissão não tem que intervir<sup>(57)</sup>, isto é, que não estão reunidos os pressupostos de aplicação do direito comunitário.

Pode, no entanto, acontecer que a apreciação da Comissão vá bem mais longe, e que as razões porque se abstém de considerar ilícito um comportamento não estejam relacionadas com ausência de afectação sensível do comércio intra-comunitário, mas sim com a apreciação favorável do acordo. Tal avaliação, quando não pressupõe expressamente a restrição, é-lhe, pelo menos, indiferente, atendendo sobretudo às vantagens que da cooperação podem advir para a realização dos objectivos do Tratado<sup>(58)</sup>. Este último tipo de abordagem é frequente em Decisões relativas às centrais de venda, à distribuição selectiva, aos direitos de propriedade industrial e ao *franchising*. Trata-se menos de *certificados negativos* do que de *certificados positivos*, isto é, de *certificados negativos* aos quais está na realidade subjacente uma filosofia próxima, senão mesmo idêntica, à da *isenção*.

---

(55) Cfr. a este respeito O. LOY, *L'application en France du Droit Communautaire de la Concurrence*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1980, p. 439 e s. e VAN DAMME, ob. cit. p. 100.

(56) Aplicação casuística do regime dos acordos de importância menor de que a Comunicação de *minimis* constitui a vulgarização.

(57) Em rigor, não é sequer competente para intervir.

(58) Tudo se passa como se o segundo pressuposto cumulativo de aplicação do artigo 85.º, número 1 — o requisito da restrição da concorrência — pudesse ser objecto de um balanço económico positivo.



16. A jurisprudência do Tribunal não deixa porém margem para dúvidas quanto aos efeitos do *certificado negativo* no plano interno. O acórdão *Walt Wilhelm* não parece considerar a questão do primado e das relações entre a ordem jurídica comunitária e o direito nacional fora das hipóteses de interdição dos comportamentos ou de *isenção*<sup>(59)</sup>. Trata-se de uma atitude lógica, na qual está implícita a ideia tradicional de que o *certificado negativo* é sinónimo de não verificação dos pressupostos de aplicação do direito comunitário, isto é, de inexistência de concurso de normas e, por isso, de impossibilidade de um conflito. Os acórdãos *Guerlain* e *l'Oreal* nada alteram a este entendimento e adiantam o paralelismo entre as Decisões de aplicação do artigo 2.º do Regulamento n.º 17 e as *comfort letters*. Representam apenas de indicações que deverão ser tidas em conta pelas autoridades e jurisdições nacionais na apreciação da compatibilidade dos acordos com o direito comunitário e que não são, por conseguinte, vinculativas quanto à aplicação que devem fazer do mesmo e, muito menos, quanto à execução do direito nacional.

Não seria, no entanto, descabido, face a esta jurisprudência, sustentar que o *certificado positivo* deveria ser respeitado pelas autoridades e jurisdições nacionais, prevalecendo sobre o direito dos Estados-membros, sob pena de se prejudicar o efeito útil de certas orientações de política de concorrência reconhecidas pela Comissão como úteis ao Mercado Comum<sup>(60)</sup>.

(59) Cfr. considerando n.º 5: "... l'article 85, du Traité C.E.E. s'adresse à toutes entreprises de la Communauté dont il règle de comportement, soit par la voie d'interdictions, soit en vertu de l'octroi d'exemptions accordées — sous les conditions qu'il précise — en faveur d'ententes qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique". É de notar o realce dos dois instrumentos da política de concorrência comunitária: a proibição e a *isenção*. Também as conclusões do acórdão *l'Oreal*, ao afirmarem que a carta administrativa que comunica o arquivamento do processo "... n'étant pas une exemption au sens de l'article 85, paragraphe 3, n'est pas opposable aux tiers et ne lie pas les juridictions nationales", dão a entender que apenas as *isenções* individuais são oponíveis a terceiros e vinculam os tribunais nacionais. Este privilégio da *isenção individual* é também salientado no acórdão *Guerlain*: "A cet égard, il a été avancé que l'appllications des dispositions du droit national de la concurrence ne saurait être admise lorsqu'elle aboutirait à mettre en cause une exemption accordée par décision ou règlement par catégorie".

(60) Não pretendemos com isto subscrever a posição de DOWNES quando afirma que o *certificado negativo* é uma *isenção* quantitativa, diferentemente da *isenção individual*, que considera como uma *isenção* qualitativa (cfr. A. DOWNES, *Exclusive Dealing*

*É claro que se torna muito difícil aceitar na prática esta tese. Os contornos relativos do certificado negativo e do certificado positivo não são claros e a insegurança jurídica daí decorrente talvez trouxesse mais desvantagens do que vantagens. O risco de se generalizar a contestação sistemática da aplicação do direito nacional com fundamento na natureza positiva do certificado seria grande.*

Este tipo de argumentos não pode, no entanto, iludir nem a existência, nem a natureza do problema para a solução do qual, em última análise, não se vislumbram senão três alternativas: ou a Comissão dá início a uma gradual distinção entre os dois tipos de certificados e os seus efeitos; ou revê subtilmente a sua atitude optando, no caso dos *certificados positivos*, pela concessão de uma *isenção*; ou promove a aproximação dos direitos de concorrência nacionais e a convergência das respectivas jurisprudências em termos de evitar, na medida do possível, as disparidades de tratamento permitidas pela ineficácia do *certificado positivo* quando confrontado com o direito interno.

Em qualquer dos casos, as dificuldades práticas são significativas: instituir a figura do *certificado positivo* implica a sua regulamentação ou o seu reconhecimento pelo Tribunal; alargar o domínio tradicional das *isenções* significa o aumento do número das notificações e, em última análise, das *isenções* por *categoria*; aproximar os direitos da concorrência nacionais pressupõe um apreciável esforço de convergência das políticas económicas, industriais e comerciais dos Estados-membros.

Contornar este género de dilemas de modo a tutelar efectivamente as situações susceptíveis de serem tratadas na óptica do que denominamos *certificado positivo*, é uma questão naturalmente delicada. Das três soluções possíveis, apenas uma delas depende exclusivamente da Comissão: a que consiste em gerir de modo diferente a relação entre o número 1 e o número 3 do artigo 85.º do Tratado CEE, isto é, a concessão de *isenções*.

---

(Continuação da nota 60)

*Agreements: A change for worse?*, European Law Review, 1979, p. 166 e s.). Nem tão pouco queremos apoiar a tese de que as *isenções individuais* não devem beneficiar os acordos domésticos, merecedores apenas de um simples juízo de indiferença e não de um balanço positivo (cfr. ainda DOWNES, cit. na crítica que tece ao acórdão de 3.2.1976, no processo n.º 67/75, *Fonderies Roubaix*, Recueil 1976, p. 111 e s.). A Decisão *SAFCO*, é, como dissemos, um bom exemplo de que os acordos domésticos podem e devem ser apreciados à luz da sua contribuição para o desenvolvimento do comércio intra-comunitário.

Parece ter sido, por isso mesmo, a saída encontrada de momento para o problema.

Ainda que de forma discreta e “envergonhada”, temos, a nosso ver, um exemplo nítido dessa atitude na Decisão da Comissão sobre o sistema de distribuição selectiva da *Grundig*. Neste caso foi concedida uma *isenção individual* em circunstâncias substancialmente típicas de *certificado negativo*, melhor dizendo, de um *certificado positivo*<sup>(61)</sup>. Tendo presente história de caso, resta saber até que ponto a nova orientação não comporta o risco de conduzir à abusiva subtracção de um comportamento à tutela do direito nacional<sup>(62)</sup>.

A Decisão *Grundig* vem no entanto reforçar a ideia de que os *certificados negativos*, em sentido lato ou estrito, positivos ou não, são sinónimo de não verificação dos pressupostos de aplicação do direito comunitário, de inexistência de concurso de normas e de conflito, não impedindo por isso que o comportamento a que dizem respeito seja considerado pelas autoridades nacionais sob o ângulo do direito dos Estados-membros, ou seja, dos efeitos restritivos que produzem no mercado nacional. Relativamente a esta questão encontramos-nos, em rigor, praticamente no ponto de partida do acórdão *Walt Wilhelm*<sup>(63)</sup>. A salvaguarda de certos efeitos dos *certificados negativos*, ou melhor dizendo, dos *certificados positivos*, aguarda que seja reconhecida a sua utilização em decisões de política de concorrência — hipótese improvável — ou que se opere claramente um ajustamento do âmbito e pressupostos das *isenções*.

---

(61) Cfr. Decisão 85/404/CEE, *Grundig*, JO L 233 de 30.8.1985, p. 1 e s..

(62) Poder-se-á perguntar até que ponto a concessão de uma *isenção individual*, em lugar de um *certificado negativo*, não será sido determinada pela pendência em França de uma acção destinada a verificar a ilicitude do sistema de distribuição selectiva face ao direito nacional que proíbe a recusa de venda. A dita *isenção* garantia, em especial, que a distribuição selectiva não fosse posta em causa em França e evitava, em geral, a discontinuidade dos sistemas de distribuição motivada pela disparidade das legislações nacionais.

(63) Cfr. considerando n.º 8: “dans le cas où, au cours d’une procédure nationale, il apparaît possible que la décision par laquelle la Commission mettra fin à une procédure en cours concernant le même accord pourrait s’opposer aux effets de la décision des autorités nationales, il appartient à celles-ci de prendre les mesures appropriées;” Este considerando parece só ter interesse para a eventualidade de adopção de *isenções individuais*.

## D — A isenção individual

17. A *isenção individual* prevista no artigo 85.º, número 3 do Tratado de Roma tem um papel fundamental na política de concorrência<sup>(64)</sup>. Sobre esta questão existe uma larga convergência na doutrina: apesar da letra do artigo 85.º, número 3, a *isenção individual* não significa uma simples tolerância do comportamento restritivo, ou uma mera declaração de inaplicabilidade do número 1 da mesma disposição. A *isenção* exprime um juízo, ou *balanço económico* positivo da coligação: apesar das restrições da concorrência e da incidência no comércio entre Estados-membros, o comportamento é conveniente sob o ponto de vista da realização dos objectivos do mercado comum<sup>(65)</sup>.

Quanto à natureza do mecanismo criado pelo número 3 do artigo 85.º não existe tão grande identidade de pontos de vista. A doutrina dominante admite estar-se em presença de um caso típico de autorização vinculada<sup>(66)</sup>. No entanto, a analogia entre este sistema de justificação e o método da *rule of reason* desenvolvido pela jurisprudência norte-americana não tem passado despercebida à generalidade dos autores<sup>(67)</sup>. A *isenção* pressupõe,

---

(64) Cfr. acórdão *Walt Wilhelm*, cit. considerando n.º 5: “... si le traité vise, en premier lieu, à éliminer par ces moyens les entraves à la libre circulation de marchandises dans le marché comum et à affirmer et sauvegarder l'unité de ce marché, il permet aussi aux autorités communautaires d'exercer une certaine action positive, quoique indirecte, en vue de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté...”.

(65) Nesse sentido A. DECOCQ, *Les conflits dans la Réglementation des Pratiques Restrictives de la Concurrence entre l'Ordre Juridique Communautaire et l'ordre Juridique Français*, in *Les conflits de réglementation dans le Droit Français et le Droit Communautaire des Pratiques Restrictives de la Concurrence*, Paris, 1985; X. ROUX e D. VOILLEMOT, *Le Droit de la Concurrence de la C.E.E.*, Paris, 1982; H. GLEISS, cit.; J. MEGRET, J.-V. LOUIS, D. VIGNES, M. WAELBROECK, *Le Droit de la Communauté Économique Européenne: Concurrence*, Bruxelas, 1972; VAN DAMME, ob. cit. nota 25; e J.F. VERSTRYNGE, *L'application de la législation communautaire en matière de concurrence*, Comunicação no Seminário sobre Direito Comunitário, Porto, Maio de 1982.

(66) Nesse sentido, entre outros, J. MEGRET e outros, ob. cit., nota 65 e VAN DAMME ob. cit., nota 25. Para este autor semelhante qualificação é particularmente apropriada no caso das novas coligações. No caso das antigas e também no das novas quando dispensadas de notificação, a *isenção* configurar-se-ia como uma excepção legal.

(67) Cfr. entre outros J. MEGRET e outros, ob. cit., nota 65; VAN DAMME, ob. cit., nota 25; e R. JOLIET, ob. cit., nota 49.

todavia, a ilicitude enquanto que, diferentemente, a *rule of reason* é um método destinado a apreciar se um determinado comportamento é ou não ilícito<sup>(68)</sup>.

Sem prejuízo da sua relevância jurídico-formal, a distinção tem menor importância do ponto de vista económico-material. Alguns autores, influenciados pela perspectiva estritamente jurídica do problema, comparam apenas a *rule of reason* com a regra *de minimis*, limitando o interesse do seu uso à interpretação do artigo 85.º, número 1<sup>(69)</sup>. No entanto, substancialmente não existe significativa diferença entre os pressupostos do balanço económico vinculado de que a *isenção individual* é expressão e a posição dos tribunais norte-americanos que consideram legítimas as restrições que promovem a concorrência global<sup>(70)</sup> ou as coligações que não são *unreasonably restrictive*<sup>(71)</sup>.

Quer no caso da *isenção* comunitária, quer no da *rule of reason* norte-americana, existe uma grande convergência dos pressupostos de aceitação de um comportamento quando se reconhece o mérito e a importância da promoção do progresso técnico e económico, da melhoria da produção e distribuição, das vantagens para o utilizador, da proporcionalidade das medidas adoptadas e da condição da não eliminação da concorrência.

O *balanço económico* francês<sup>(72)</sup>, a *isenção* comunitária e a *rule of reason* americana são expressões da mesma necessidade de apreciar os efeitos globais de um comportamento quando se trata de regular a vida económica. Traduzem, em suma, o reconhecimento de que a disciplina das práticas comerciais restritivas não deve fundar-se em interdições *per se*, não pode divorciar-se de critérios de eficiência nem alhear-se da perspec-

---

(68) Cfr. entre outros J. MEGRET e outros, ob. cit., nota 65; VAN DAMME, ob. cit., nota 25; e R. JOLIET, ob. cit., nota 49.

(69) Cfr. R. JOLIET, ob. cit., nota 49 e VAN DAMME, ob. cit., nota 25.

(70) Cfr. a decisão no caso *Chicago Board of Trade*, cit. nota 49.

(71) Cfr. a decisão no caso *Standard Oil*, citado em A. D. NEALE, ob. cit., nota 49, p. 18.

(72) Sobre o conceito de *balanço económico* e o método desenvolvido pelas autoridades francesas vejam-se, entre outros, X. ROUX e D. VOILLEMOT, *Le Droit Français de la Concurrence et de la Distribution*, Tome I, Paris, 1966, p. 207; J.-J. BURST e R. KOVAR, *Droit de la Concurrence*, Paris, 1981, p. 266 e s..

tiva da concorrência global. Tem, por isso, de envolver juízos de oportunidade económica.

18. A primazia das Decisões de aplicação do artigo 85.º, número 3, resulta implicitamente do acórdão *Walt Wilhelm* e, expressamente, do acórdão *Guerlain*<sup>(73)</sup>. A primazia é, no fundo, uma consequência lógica da natureza formal e substancial da *isenção*. Formalmente a *isenção* é a autorização de um comportamento ilícito. Isto é, significa que a competência comunitária se exerce no sentido de autorizar e não de condenar. A aplicabilidade do direito comunitário é um dado, um pressuposto. Substancialmente a *isenção* é o reconhecimento de que um comportamento, ainda que literalmente condenado pelo Tratado, contribui efectivamente para a realização dos seus objectivos, para a promoção da integração económica. Neste aspecto reside o fundamento da sua preeminência.

A questão que interessa colocar não é por isso a da prevalência da *isenção*, mas sim a da extensão desse primado. Com efeito, no acórdão *Walt Wilhelm* o Tribunal deu-lhe um conteúdo preciso: a primazia deve assegurar a aplicação uniforme do direito comunitário e o efeito útil das suas disposições. No caso *Guerlain*, reafirmou esta concepção ao decidir que a aplicação do direito nacional não é admissível desde que ponha em causa uma *isenção individual* ou por *categoria*. Esta atitude revela uma nítida tendência para levar às últimas consequências o princípio de que os ordenamentos comunitário e nacional podem ser simultaneamente aplicáveis, desde que este não prejudique a plenitude dos efeitos daquele. Trata-se, na realidade, da única forma de reconhecer a autonomia das políticas nacionais de defesa da concorrência, sem pôr em causa a realização do mercado comum.

A este propósito é oportuno suscitar a questão de saber se é possível limitar a autoridade de uma *isenção individual*, isto é, aplicar o direito nacional a aspectos de um comportamento que na Decisão não foram considerados como incompatíveis com o artigo 85.º, número 1. Este pro-

---

(73) Cfr. acórdão *Guerlain*, considerando n.º 17: "*L'application des dispositions du droit nationale de la concurrence ne saurait être admise lorsqu'elle aboutirait à mettre en cause une exemption accordée par décision ou règlement par catégorie...*"

blema tem importância não apenas ao nível das *Decisões mistas*<sup>(74)</sup> como também ao nível das puras *Decisões de isenção*.

Certos autores manifestam-se em absoluto contrários a essa possibilidade<sup>(75)</sup>. A *Decisão de isenção individual*, ainda que mista, corresponde a um todo coerente e não pode ver os seus efeitos parcialmente prejudicados em aspectos onde, por não se verificarem restrições ao comércio intra-comunitário com limitações significativas da concorrência, as legislações nacionais são virtualmente aplicáveis.

Esta tese tem o mérito de alertar para uma realidade: os comportamentos abrangidos por uma *isenção* apresentam com frequência elevado grau de interdependência de modo que a proibição de uma ou de outra cláusula, considerada incompatível com o direito interno, poderia comprometer irremediavelmente a boa execução de toda a cooperação pretendida e, por consequência, diminuir os benefícios que eram supostos dela resultar. Teria ainda a seu favor uma outra razão legal e institucional: o facto de a Comissão ter a obrigação de verificar convenientemente os pressupostos da *isenção*, não devendo concedê-la se as restrições não forem de todo indispensáveis à prossecução dos objectivos admitidos. Em suma, mesmo as restrições menores são necessárias. Impedi-las em resultado da aplicação do direito nacional seria pôr em causa o efeito útil da *isenção* e, por conseguinte, do direito comunitário. A verificação do requisito da proporcionalidade previsto na alínea a) do número 3 do artigo 85.º do Tratado CEE pressuporia a existência de uma indispensável coerência e interdependência do comportamento no seu conjunto.

Um último argumento pode ainda ser esgrimido contra a limitação dos efeitos de uma *isenção individual*: o da segurança jurídica. Apesar da possibilidade do reenvio prejudicial previsto no artigo 177.º do Tratado, corre-se o risco de que as autoridades ou jurisdições nacionais, guiadas por critérios próprios, façam uma utilização inconveniente desta faculdade. Não é, porém, um argumento decisivo.

---

(74) Consideramos *mistas* as *Decisões* que comportam, em relação a um acordo complexo, dois tipos de juízos: o de que determinados aspectos desse comportamento não são incompatíveis com o artigo 85.º, número 1, e o de que outros o são embora possam beneficiar de uma *isenção*. Trata-se de um tipo de *Decisão* extremamente frequente. Notem-se a título de exemplo a *Decisão SABA*, cit., nota 41, e a *Decisão 77/100/CEE, Junghans*, JO L 30 de 2.2.1977, p. 16.

(75) Cfr. por todos, H. GLEISS, *obt cit.*, nota 29.

À quem sustente que o não reconhecimento da possibilidade dessa limitação comporta o risco de se permitir às empresas o alargamento desnecessário dos acordos ao mercado externo com o intuito de, obtendo uma *isenção*, prejudicarem a aplicação do direito nacional, responder-se-à que se trata de uma hipótese que depende não apenas da desatenção da Comissão como do fracasso da cooperação com as autoridades dos Estados-membros<sup>(76)</sup>.

Sem prejuízo da força destes argumentos, parece-nos que a rejeição absoluta da limitação parcial e excepcional da primazia das Decisões de *isenção individual* está excessivamente influenciada pela concepção da *barreira única* ou da *exclusão*, pelo primado absoluto do direito comunitário e pela preocupação da manutenção do equilíbrio institucional, não atribuindo suficiente importância a certo tipo de situações de que o Tribunal de Justiça se deu conta ao reconhecer a autonomia do direito comunitário da concorrência. Não cremos incompatível com a orientação finalista da jurisprudência admitir, em casos excepcionais, desde que não seja prejudicado o efeito útil do direito comunitário, isto é, da própria *isenção*, a possibilidade de serem limitados certos dos seus efeitos em resultado da aplicação das legislações nacionais por razões imperativas de política de concorrência interna<sup>(77)</sup>.

---

(76) Note-se o mecanismo instituído pelo artigo 10.º do Regulamento n.º 17. Apesar de tudo, na prática, este tipo de desvio é frequente. A já referida Decisão *Grundig* poderia ter sido um excelente exemplo deste tipo de conflito não fosse a existência de inúmeros consensos: o da *Grundig* que queria ver o seu sistema de distribuição respeitado; o da *Cour de Cassation* francesa que reconheceu exemplarmente as implicações do primado do direito comunitário apesar de todos os inconvenientes; o da Comissão que vinculou os tribunais franceses com uma *isenção individual* eventualmente desnecessária; o dos resultados do debate sobre a distribuição selectiva em França, oficializado com a Circular *Fontanet*, reconhecido na prática com o caso *Blue Jeans*, consagrado por fim na reforma legislativa de 1985. Configure-se, no entanto, a hipótese de uma central de vendas vocacionada para o mercado interno à qual é estatutariamente reconhecida a possibilidade de actuar nas exportações. O eventual interesse no dismantelamento da efectiva restrição interna, prioridade do direito nacional, não deve ser prejudicado por uma *isenção* conferida em atenção à virtual ou fictícia actividade exportadora. Trata-se de ponderar uma espécie de balanço económico entre as vantagens externas e as desvantagens internas de um acordo, um terreno típico para a aplicação do artigo 10.º do Regulamento n.º 17.

(77) Nesse sentido se pronunciam X. ROUX, ob. cit. nota 65; A. DECOCQ, ob. cit., nota 65; e E. LANGEN, ob. cit., nota 28. Este último autor reconhece a conveniência de uma apreciação casuística do problema. Note-se a este propósito a condenação da



A hipótese de limitação da primazia da *isenção* — além dos méritos que apresenta como solução de recurso para certo tipo de problemas de relacionamento entre a política nacional e a política comunitária de concorrência — encontra-se hoje em dia expressamente reconhecida no que se refere a certas *isenções por categoria*<sup>(78)</sup>. Na ausência de uma política económica e industrial comum, a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade não deve fazer-se em prejuízo do bom funcionamento dos mercados nacionais.

### E — *A isenção por categoria*

19. As conclusões a que chegámos anteriormente sobre o primado da *isenção individual* são, no essencial, válidas para a *isenção por categoria*. Nesse sentido se pronunciaram o acórdão *Walt Wilhelm* e sobretudo o acórdão *Guerlain*. No caso dos Regulamentos de aplicação do artigo 85.º, número 3, o primado do direito comunitário é reforçado pela natureza do acto em causa<sup>(79)</sup>. Não é possível aplicar o direito nacional de defesa da concorrência a um acordo entre empresas que deva considerar-se abrangido pelo regime do Regulamento. É o que sucede com os acordos suscep-

---

(Continuação da nota 77)

VW pelo Bundeskartellamt, posteriormente anulada pelo Tribunal Federal alemão. Afastando-se da doutrina da Comissão em matéria de acordos de distribuição exclusiva no sector automóvel, posteriormente confirmada pelo Regulamento CEE n.º 123/85 (JO L 15, p. 16 e s.), o Tribunal Federal admitiu a decisão da VW que obrigava os concessionários a aprovisionarem-se exclusivamente junto dela em peças de substituição. Referências ao caso podem ser encontradas no 11.º Relatório de Política de Concorrência da Comissão das Comunidades Europeias, p. 95 e s..

(78) Note-se desde já a especificidade da *isenção por categoria* relativamente à *isenção individual*: por um lado, o carácter abstracto da *isenção por categoria* não permite garantir a eficácia do teste da proporcionalidade, por outro, esse teste pode ser realizado *a posteriori* mediante a apreciação de um pedido de retirada do benefício da *isenção*.

(79) Apesar de nos interessar sobretudo o seu conteúdo material e não o seu aspecto formal. Neste sentido G. BEBR, *Les dispositions de Droit Communautaire Directement Applicables*, Cahiers de Droit Européen, 1970, p. 3 e s..

tíveis de afectar o comércio entre Estados-membros cujas cláusulas encontrem cobertura integral na *isenção por categoria*<sup>(80)</sup>.

O relacionamento das disposições dos Regulamentos de *isenção* com o direito nacional da concorrência suscita, contudo, algumas questões particulares. Trata-se, essencialmente, do problema da limitação da autoridade da *isenção*, da aplicação dos Regulamentos comunitários aos acordos domésticos<sup>(81)</sup> e da adopção de legislação nacional com conteúdo idêntico ao dos Regulamentos de *isenção*.

20. As considerações anteriormente tecidas sobre as vantagens e inconvenientes da limitação da autoridade de uma *isenção individual* são válidas no caso dos Regulamentos de *isenção*. A natureza normativa deste tipo de aplicação do artigo 85.º, número 3, do Tratado impõe, no entanto, alguma reflexão adicional.

Diferentemente do que se passa com as *isenções individuais*, que atendem às especificidades de cada caso concreto, é difícil determinar a medida em que as restrições admitidas num Regulamento afectam o comércio intra-comunitário, tal como é difícil prever quais as exactas consequências da aplicação de um Regulamento no funcionamento do Mercado Comum e dos mercados nacionais. Isso depende de cada situação e os resultados variam extraordinariamente em função, por exemplo, da natureza dos produtos e da dimensão das empresas envolvidas. Acresce que a aplicação dos Regulamentos não implica a informação e consulta casuística entre as autoridades comunitárias e nacionais competentes destinada a tornar a *isenção* compatível com as exigências imperativas do direito e política interna<sup>(82)</sup>.

---

(80) A leitura dos diversos Regulamentos de *isenção por categoria* permite constatar o seu elevado grau de precisão. Contêm normalmente um elenco das cláusulas lícitas face ao artigo 85.º, número 1, uma indicação precisa das cláusulas ilícitas que beneficiam de uma *isenção*, e uma referência expressa às cláusulas que inviabilizam qualquer hipótese de *isenção*. Por vezes estabelecem também certas cláusulas imperativas, isto é, compromissos que devem constar do acordo sob pena de o mesmo não poder beneficiar da *isenção*.

(81) Consideramos domésticos os acordos celebrados apenas entre empresas de um mesmo Estado-membro, independentemente do local onde produzem os seus efeitos.

(82) Cfr. o artigo 10.º do Regulamento n.º 17. O Comité Consultivo terá apenas tido a possibilidade de emitir o seu parecer na fase preparatória o que não permite ponderar integralmente as situações de eventual conflito grave.

Os riscos de conflito com opções importantes de política de concorrência nacional são, nessa medida, maiores. A limitação da autoridade do Regulamento por razões imperativas de direito interno pode gerar, além disso, disparidades no tratamento das situações abrangidas pelo direito comunitário com prejuízo para a uniformidade da sua aplicação. Só o mecanismo de reenvio prejudicial para o Tribunal permitiria às autoridades e jurisdições nacionais apurar se uma desejada derrogação à aplicação de um Regulamento é ou não compatível com o primado, a uniformidade de execução do direito comunitário e o seu efeito útil.

Tudo ponderado, somos levados a reconhecer que a limitação dos efeitos de um Regulamento de *isenção*, tendo em vista respeitar certas prescrições imperativas do direito nacional coloca problemas novos. O mecanismo de retirada do benefício da *isenção* vem certamente contribuir para atenuar eventuais conflitos<sup>(83)</sup>. Porém, os pressupostos ou fundamentos deste tipo de procedimento não atendem às exigências da política de concorrência nacional mas sim aos efeitos perversos de uma determinada *isenção por categoria* sob o ponto de vista da política de concorrência comunitária<sup>(84)</sup>.

21. A Comunidade reconheceu já a possibilidade de limitação dos efeitos de um Regulamento de *isenção* tendo em vista a necessidade de tornar a *isenção por categoria* compatível com a salvaguarda de certos princípios essenciais da política de concorrência dos Estados-membros. Foi o que aconteceu no Regulamento (CEE) n.º 123/85 da Comissão relativo aos contratos de distribuição e de serviço de venda e pós-venda de veículos automóveis. Admite-se nesse diploma que a *isenção* não prejudica a vigência de leis e de medidas administrativas dos Estados-membros pelas quais, devido a circunstâncias específicas, são proibidos certo tipo de compromi-

---

(83) Note-se o recurso sistemático a esta solução em praticamente todos os recentes Regulamentos de *isenção por categoria*. É o caso do artigo 6.º do Regulamento CEE n.º 1983/83, do artigo 14.º do Regulamento CEE n.º 1984/83, do artigo 9.º do Regulamento CEE n.º 2349/84 e do artigo 10.º do Regulamento CEE n.º 123/85, entre outros.

(84) Cfr. Conselho da Concorrência, Relatório de Actividade, 1988, p. 16 e s.

tos anti-concorrenciais isentos, ou lhes é recusada protecção jurídica, desde que não seja posta em causa a primazia do direito comunitário<sup>(85)</sup>.

O Regulamento n.º 123/85 representa um importante precedente e baliza, ainda que de forma não muito clara, os pressupostos e o âmbito da limitação dos efeitos internos de uma *isenção* por *categoria*. Porém, o facto de surgir como um caso isolado, pode conduzir as autoridades nacionais à necessidade de encontrar argumentos para fazer prevalecer determinadas exigências imperativas de política de concorrência interna sobre certos acordos que, no todo ou em parte, com maior ou menor justificação, se acolhem à protecção dos Regulamentos<sup>(86)</sup>. Esta tendência deverá acentuar-se com a progressiva integração dos mercados uma vez que será cada vez mais fácil pretender que um acordo restritivo tem incidência no comércio entre os Estados-membros, é formalmente abrangido por um Regulamento de *isenção*, e se encontra por esse facto incólume face à aplicação do direito nacional<sup>(87)</sup>.

22. A segunda questão que se colocou é a da aplicação dos Regulamentos de *isenção* aos acordos domésticos, isto é, a do efeito interno das *isenções* por *categoria*. A este propósito convém recordar a resposta do

---

(85) Cfr. considerando n.º 29 do preâmbulo. A redacção é certamente ambígua. Apesar disso, não pode deixar de querer significar o que parece ser óbvio: que um Estado-membro pode impedir ou retirar protecção jurídica, por exigências da política de concorrência interna, a certos acordos ou cláusulas isentas nos termos do Regulamento. Note-se a este propósito o Parecer emitido pelo Conselho da Concorrência sobre uma proposta de Portaria para a *isenção por categoria* dos contratos relativos à distribuição e serviço após venda de veículos automóveis (Relatório de Actividade, 1987, p. 102 e s.).

(86) Cfr. Conselho da Concorrência, Relatório de Actividade, 1986, p. 25 e s.. Aludindo ao acórdão *Fonderies Roubaix* (cit. nota 60) o Conselho deixou claro que a protecção conferida por um Regulamento de *isenção* da Comunidade só seria aceitável desde que os pressupostos da sua aplicação estivessem claramente preenchidos, e antes de mais, desde que o acordo em causa fosse susceptível de afectar de modo sensível o comércio entre os Estados-membros. Caso isso não aconteça, o acordo tem relevância predominantemente interna e deve ser apreciado apenas pelo direito nacional.

(87) Não podemos deixar de notar, a propósito, que uma adequada interpretação dos pressupostos de aplicação do artigo 85.º, número 1, pode contribuir para reduzir a necessidade e a tentação de limitação dos efeitos da *isenção* por razões imperativas de manutenção de uma concorrência interna. Assim, as autoridades nacionais podem ignorar a aplicação da *isenção por categoria* com o argumento de que os efeitos de um acordo doméstico de distribuição no comércio intra-comunitário são negligenciáveis quando comparados com os que se produzem no mercado nacional.

Tribunal à questão de saber se um contrato de sub-concessão entre duas empresas francesas, abrangido pela proibição do artigo 85.º, número 1, do Tratado, deveria, para poder beneficiar de uma *isenção*, ser previamente notificado, problema que lhe foi colocado pela *Cour d'Appel* de Paris em 1975. Estava em causa apurar se o artigo 10.º, número 2 do Regulamento n.º 67/67<sup>(88)</sup> visava todos os acordos domésticos de exclusividade ou apenas aqueles em relação aos quais existia a susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-membros.

O Tribunal considerou que os Regulamentos de *isenção* são aplicáveis aos acordos domésticos desde que se verifiquem os pressupostos de vigência do direito comunitário: a afectação do comércio entre Estados-membros<sup>(89)</sup>. Caso tal não aconteça, as coligações nacionais estão apenas submetidas ao direito interno. A primazia e efeito directo dos Regulamentos de *isenção* não é absoluta, antes se encontra limitada pelos pressupostos e objectivos da sua aplicação, relacionados naturalmente com as condições em que a competência comunitária foi exercida: disciplinar as coligações susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre Estados-membros<sup>(90)</sup>.

---

(88) Cfr. JO L n.º 57 de 25.3.1967, p. 849 e s.

(89) Cfr. acórdão *Fonderies Roubaix*, (ob. cit. nota 60) parágrafo segundo das conclusões: "*Le paragraphe 2 de l'article 1 du règlement n.º 67/67 de la Commission dont la portée est d'exclure du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, et, par voie de conséquence, du règlement n.º 67/67, les accords d'exclusivité ayant un caractère purement national et non susceptibles d'affecter de façon sensible le commerce entre états membres n'a pas pour objet d'exclure du bénéfice de l'exemption par catégorie des accords qui, quoique passés entre deux entreprises d'un même État membre, sont néanmoins, à titre exceptionnel, susceptibles d'affecter de façon sensible le commerce entre États membres mais qui, pour le surplus, remplissent toutes les conditions prévues à l'article 1 du règlement n.º 67/67*".

(90) Esta leitura foi vivamente criticada por DOWNES (ob. cit., nota 60). Para o autor o Tribunal teria confundido os aspectos positivo e negativo da política de concorrência. A tese do Tribunal tornaria o número 2 do artigo 1.º do Regulamento n.º 67/67 redundante, quando o seu interesse residiria justamente em admitir que os acordos domésticos susceptíveis de serem abrangidos pelo artigo 85.º se limitam normalmente a restringir o comércio sem contribuírem para a realização do mercado comum. Essa a razão por que a concessão de uma *isenção* deveria, no caso dos acordos domésticos, depender sempre de uma apreciação casuística. O Regulamento n.º 67/67 só deveria ser aplicado na pressuposição de que certos acordos internacionais contribuem para a realização do mercado único. Tratar-se-ia de uma aproximação positiva, não negativa. O acórdão *Fonderies Roubaix* teria ignorado esta condição da *isenção por categoria*. O que relativamente a esta crítica não parece repudiar, e mina a tese do referido autor,

Esta jurisprudência foi posteriormente confirmada no Acórdão *Concordia*<sup>(91)</sup>. É em considerações de ordem formal ligadas à afectação do comércio intra-comunitário e à igualdade de tratamento, bem como em razões que não estão expressamente associadas à acção positiva em matéria de concorrência, que o Tribunal justifica a aplicação dos Regulamentos de *isenção* às coligações nacionais. Às autoridades e jurisdições nacionais caberá avaliar em que medida se verifica ou não o pressuposto da susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-membros, de modo a que a primazia e efeito directo das normas dos Regulamentos de *isenção* não seja prejudicada<sup>(92)</sup>.

(Continuação da nota 90)

é a ideia de que o juízo abstractamente positivo de um Regulamento de *isenção* não deve beneficiar um acordo doméstico que projecta os seus méritos no comércio intra-comunitário. Não se trata de dizer que quem permite o mais permite o menos, mas tão somente de estranhar uma tese que discrimina exclusivamente em função do lugar do estabelecimento das empresas, sem atender mínimamente ao que interessa, isto é, aos efeitos do comportamento no comércio entre Estados-membros. Disso mesmo se dá conta o Tribunal.

- (91) Cfr. acórdão de 1.2.1977, no processo n.º 47/76, Recueil 1977, p. 65 e s.: *“que cette jurisprudence s’inspire du quatrième considérant de ce règlement selon lequel les accords d’exclusivité (du genre appréhendé par le règlement) passés à l’intérieur d’un État membre n’étant susceptibles d’affecter le commerce entre États membres que de manière exceptionnelle, il n’est pas besoin de les inclure dans le présent règlement; que, si le deuxième paragraphe de l’article 1 du règlement exclut les accords purement nationaux de l’exemption collective, cela s’explique du fait qu’il les considère, en règle générale, à tel point anodins en ce qui concerne leur effet sur les échanges entre États membres qu’ils n’ont pas besoin d’être exemptés d’une interdiction qui ne les frapperait qu’exceptionnellement; que, dès lors, il doit être interprété en ce sens que de tels accords bénéficient de l’exemption lorsqu’ils relèvent, à titre exceptionnel, de l’interdiction énoncée à l’article 85, paragraphe 1, du traité, seule cette interprétation permettant d’éviter la conséquence absurde que des accords purement nationaux d’un type déterminé seraient traités de manière moins favorable que des accords plurinationaux du même type, alors que normalement, ces derniers apparaissent davantage susceptibles de compromettre le fonctionnement du marché commun”*. E mais adiante, *“Les accords auxquels ne participent que deux entreprises ressortissant d’un seul et même État membre, dans lesquels l’une s’engage, vis-à-vis de l’autre, à n’acheter certains produits qu’à celle-ci dans le but de la revente, et qui ne présentent pas les caractéristiques énoncées à l’article 3 du règlement n.º 67/67 de la Commission, relèvent de l’exemption par catégorie édictée par ce dernier, pour autant qu’à défaut d’exemption, ils tomberaient sous le coup de l’interdiction de l’article 85, paragraphe 1, du traité CEE”*.

- (92) Os Regulamentos CEE n.º 1983/83 e n.º 1984/83, respectivamente relativos aos acordos de distribuição exclusiva e aos acordos de compra exclusiva não contêm qualquer disposição semelhante à do número 2, do artigo 1.º do Regulamento n.º 67/67 que

23. Uma última questão que nos propusemos abordar é a da adopção de legislação nacional idêntica à dos Regulamentos de *isenção*. Convém esclarecer que não se pretende aqui suscitar o debate em torno do fenómeno da incorporação, ou recepção, de Regulamentos na ordem jurídica interna, condenado pela jurisprudência do Tribunal<sup>(93)</sup>. Trata-se, antes, de equacionar a possibilidade e as vantagens da criação de direito interno que vise disciplinar, de modo idêntico ao do Regulamento de *isenção*, situações estritamente domésticas que por este não são abrangidas.

A questão não é, como veremos, meramente académica. O Tribunal confirmou que os acordos domésticos apenas podem beneficiar dos Regulamentos de *isenção* se forem susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros. Os acordos domésticos são, em princípio, regidos pelo direito interno. Isto significa que o mesmo tipo de comportamento, que no essencial produz os seus efeitos no interior de um Estado-membro, pode ter tratamento diferenciado consoante afecte o comércio intra-comunitário ou tenha implicações estritamente internas.

O direito nacional pode prever uma disciplina mais rigorosa para determinada prática restritiva<sup>(94)</sup>; as proibições dele decorrentes podem não admitir excepções legais ou apreciações em função do balanço econó-

---

(Continuação da nota 92)

vieram substituir (cfr. JO L 173, de ... 1983, p. 1 e s.). Os considerandos n.ºs 3 e 4 de ambos os Regulamentos admitem no entanto expressamente que os acordos domésticos só são abrangidos pela *isenção por categoria* desde que se verifiquem os pressupostos de aplicação do artigo 85.º, número 1. A mesma conclusão parece decorrer do considerando terceiro do Regulamento CEE n.º 123/85 relativo à distribuição de veículos automóveis e decorre aliás da tradição administrativa da Comissão (cfr. a propósito a Decisão 75/75/CEE, *BMW*, JO L 29 de 3.2.1975, p. 1 e s.). A susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-membros é pois uma condição da aplicação das *isenções por categoria*.

(93) Cfr. acórdão no processo n.º 39/72, *Comissão v. Itália*, Recueil 1973, p. 101 e s.. Sobre esta questão, CARREAU, ob. cit., nota 31.

(94) Era, como vimos já, o caso da proibição das práticas individuais restritivas em França, quer no contexto da Ordonnance n.º 45-1983, quer em virtude do artigo 419.º do Código Penal. Estas proibições só tardiamente começaram a ser conciliadas com as exigências da distribuição exclusiva ou selectiva e durante muito tempo foram opostas à plena vigência do direito comunitário.

mico<sup>(95)</sup>; e, ainda que tais exceções existam, a administração e jurisprudência nacionais podem não ser orientadas por considerações idênticas às da Comissão ou do Tribunal, hipótese perfeitamente natural dada a diferença de perspectivas subjacente ao direito nacional e comunitário.

A adopção de legislação interna com conteúdo idêntico ao dos Regulamentos de aplicação do artigo 85.º, número 3, isto é, de normas que aceitem certo tipo de comportamentos em lugar de os proibir, desempenharia assim um duplo papel: por um lado, promoveria a eliminação de conflitos resultantes da diferença de tratamento de certas práticas comerciais restritivas a nível comunitário e nacional, por outro, no contexto de ordenamentos idênticos ao comunitário, submeteria ao mesmo regime os acordos com efeitos estritamente domésticos que, convivendo com outros susceptíveis de *isenção* comunitária, passariam a estar regulados por disposições idênticas.

Desde que sejam claras as condições em que o direito nacional é aplicável e claros os termos em que se exerce o primado do Regulamento de *isenção*, esta hipótese teria mais vantagens do que inconvenientes. Semelhante sistema eliminaria as discriminações, criando um elemento de segurança para os acordos domésticos em relação aos quais a susceptibilidade de afectação do comércio intra-comunitário fosse improvável ou insignificante, sem que se corresse grandes riscos de confusão relativamente à natureza dos ordenamentos. Os pressupostos de aplicação de um ou outro diploma teriam naturalmente de ficar bem esclarecidos<sup>(96)</sup>.

A adopção de regulamentações nacionais deste tipo tem certamente mais interesse nos sistemas de controlo prévio obrigatório — como é o caso do direito comunitário — do que nos sistemas de controlo prévio

---

(95) O direito francês só em 1986, com a publicação da Ordonnance n.º 86-1243 de 1.12.1986, veio reconhecer expressamente a licitude da recusa de venda fundada em acordo justificado nos termos do artigo 10.º do mesmo diploma (cfr. artigo 36.º, número 2 da Ordonnance).

(96) Esta técnica poderia, inclusivamente, servir para introduzir derrogações nacionais imperativas de cada vez que a *isenção por categoria* as admitisse, como é o caso do Regulamento CEE n.º 123/85. Veja-se a este propósito o parecer do Conselho da Concorrência sobre a proposta de portaria para os contratos relativos à distribuição e serviço de venda e após venda de veículos automóveis (Relatório de Actividade de 1987, p. 102 e s.).



facultativo, como é o caso do direito português<sup>(97)</sup>. A aproximação das jurisprudências nacionais, se bem que desejável, não constitui, no entanto, uma alternativa suficientemente eficaz e pode mesmo revelar-se impossível nos casos em que o ordenamento jurídico nacional apresenta diferenças substanciais em relação ao direito comunitário<sup>(98)</sup>.

#### F — A Decisão de proibição

24. As Decisões da Comissão que comprovam a existência de uma infracção, aplicam multas e ordenam a cessação dos comportamentos restritivos, não podem ser postas em causa pelas autoridades nacionais ou pela aplicação do direito interno<sup>(99)</sup>. Essa parece ser também a conclusão a retirar do acórdão *Walt Wilhelm* quando afirma que a aplicação de um sistema nacional de protecção da concorrência não pode pôr em causa o efeito útil das Decisões de proibição que constituem, a par das de aplicação do artigo 85.º número 3, um instrumento de execução da política comunitária de concorrência<sup>(100)</sup>.

No que se refere às Decisões de proibição, o mais importante esclarecimento trazido pelo acórdão *Walt Wilhelm* é o de que tais Decisões não prejudicam a aplicação cumulativa do direito nacional que condene o

---

(97) Note-se que nos termos do artigo 4.º, número 1 do Regulamento n.º 17 a *isenção individual* não pode ser concedida sem que o acordo tenha sido para o efeito notificado, enquanto que, nos termos do Decreto-Lei n.º 422/83, o Conselho da Concorrência pode aplicar o disposto no artigo 15.º, número 1, nas decisões que profere sobre os processos de contra-ordenação, isto é, fora do contexto do mecanismo de controlo prévio regulado na Portaria n.º 820/84 de 23 de Outubro.

(98) Não é isso, como sabemos, o que acontece com o direito português, pelo que se reveste de grande interesse o princípio da harmonização da aplicação do direito português com a aplicação do direito comunitário aceite pelo Conselho da Concorrência (Cfr. Relatório de Actividade, 1986, p. 27).

(99) Cfr. artigos 3.º e 15.º do Regulamento n.º 17.

(100) Cfr. considerandos n.º 4 e n.º 5.

mesmo comportamento<sup>(101)</sup>. Trata-se de um corolário do princípio da autonomia do direito comunitário relativamente ao direito nacional.

Em consequência, perante a hipótese de duas decisões de condenação conduzirem a um cúmulo de sanções o Tribunal admitiu que as autoridades competentes devem atender ao princípio da equidade, em bom rigor, do *non bis in idem*, tomando em consideração uma eventual decisão de condenação anterior para efeitos de determinação das sanções a aplicar<sup>(102)</sup>.

---

(101) Cfr. considerando n.º 9: *"tant qu'un règlement adopté en vertu de l'article 87.º, paragraphe 2, et, du traité n'en a pas disposé autrement, les autorités nationales peuvent intervenir contre une entente, en application de leur droit interne, même lorsque l'examen de la position de cette entente à l'égard des règles communautaires est pendante devant la Commission, sous réserve cependant que cette mise en oeuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci;"*

(102) Cfr. acórdão Walt Wilhelm, considerando n.º 11: *"ne serait pas de nature à exclure l'admissibilité de deux procédures parallèles, poursuivant des fins distinctes; ... l'admissibilité de cette double procédure résulte en effet du système particulier de répartition des compétences entre la Communauté et les États membres dans la matière des ententes; que si, cependant, la possibilité d'une double procédure, devait conduire à un cumul de sanctions, une exigence générale d'équité... implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour détermination d'une éventuelle sanction;"*.

#### IV — O EFEITO DIRECTO E A TUTELA DO DIREITO COMUNITÁRIO

##### A — A aplicação do direito comunitário pela Comissão

25. A aplicação do direito comunitário da concorrência pela Comissão das Comunidades Europeias está limitada pelo princípio da competência de atribuição, decorrente do número 1 do artigo 4.º do Tratado, e pela verificação dos pressupostos de aplicação dos artigos 85.º e 86.º.

Até à entrada em vigor do Regulamento n.º 17 a competência da Comissão relativamente à aplicação das regras comunitárias de concorrência não era exclusiva. A incumbência de garantir o respeito pelo Tratado, decorrente do artigo 155.º, era partilhada com as autoridades dos Estados-membros, mesmo relativamente ao artigo 85.º, número 3<sup>(103)</sup>.

A adopção do Regulamento n.º 17 veio alterar este panorama. A competência para verificar a violação do artigo 85.º, número 1, e do artigo 86.º, continua a poder ser exercida pelas autoridades e jurisdições nacionais. A Comissão passou, no entanto, a ser exclusivamente competente para aplicar multas e para apreciar uma coligação à luz do artigo 85.º, número 3. O Regulamento n.º 17 conferiu-lhe, sem prejuízo do controlo efectuado pelo Tribunal, a incumbência de orientar a política de concorrência comunitária através da verificação dos pressupostos de concessão de *isenções*.

26. A condição fundamental de intervenção da Comissão é, como vimos, a susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-membros<sup>(104)</sup>. Na determinação da medida em que o comércio intra-comunitário pode ser afectado a Comissão goza de um assinalável poder de apreciação, apesar de o Tribunal ter precisado, com rigor, essa noção<sup>(105)</sup>.

(103) Cfr. artigo 88.º do Tratado CEE.

(104) Cfr. Decisão 68/337/CEE, *Comptoirs Français de l'Azote — C.F.A.*, JO L 276, de 4.11.1968, p. 29 e s. e Decisão *SEIFA*, cit., nota 39.

(105) Veja-se, a título de exemplo, o já citado acórdão *Lancôme* (considerando n.º 23), que associou a noção de susceptibilidade à ideia de *grau de probabilidade suficiente*.

É justamente essa margem de apreciação que pode gerar inesperadas situações de concurso de normas e de conflito entre a aplicação do direito nacional e do direito comunitário. A fluidez da noção de *susceptibilidade de afectação sensível do comércio*, permite abarcar práticas em que essa afectação é teoricamente possível, embora efectivamente remota, e em que o grau de probabilidade de o comportamento vir a influenciar significativamente o comércio intra-comunitário é manifestamente insuficiente para legitimar a necessidade de uma intervenção da autoridade comunitária.

Este facto pode dar origem a três tipos de desvios: nuns casos a intervenção da Comissão é legítima, embora, dada a natureza do comportamento restritivo, fosse preferível ou mais lógico aplicar a legislação nacional; noutros, a prática em causa não é abrangida pelo direito interno e a Comissão intervém invocando, pouco convincentemente, o argumento da susceptibilidade da afectação do comércio internacional; noutros ainda, apesar da existência de disciplina nacional, a Comissão intervém em nome do direito comunitário quando, manifestamente, não existem razões suficientes para o fazer. A teoria do dano potencial convida a uma aplicação muito fluida do direito comunitário.

A par de intervenções justificáveis relativamente a acordos domésticos — em que a possibilidade de afectação sensível do comércio intra-comunitário é inquestionável, e em que as autoridades nacionais, deliberada ou negligentemente, ignoraram os efeitos restritivos internos, muitas vezes tendo em vista certas vantagens em termos de comércio externo<sup>(106)</sup> — a Comissão tem também utilizado as suas competências de cada vez que a política de concorrência nacional é inexistente ou insuficiente<sup>(107)</sup>.

Este tipo de actuação acabou por realçar a importância do controlo judicial instituído pelo Tratado. Sem prejuízo do princípio da aplicação cumulativa do ordenamento nacional e comunitário e da confirmação da tese de que uma coligação que se estende à totalidade do território nacio-

---

(106) É de salientar em particular o caso da Decisão 71/23/CEE, *Carreaux Céramiques*, JO L 10 de 13.1.1971, p. 15 e s. que veio pôr termo à tolerância do cúmulo de base de descontos por parte das autoridades alemãs.

(107) Os exemplos são em nosso entender inúmeros. Vejam-se, sobretudo, as Decisões 84/191/CEE, *Nuovo Cegam*, (JO L 99, de 11.4.1984, p. 29 e s.); 72/390/CEE *Chaufage Central*, (JO L de 23.11.1972, p. 22 e s.); 75/498/CEE, *UNIDI* (JO L 228, de 29.8.1975, p. 22 e s.); e 81/969/CEE, *Michelin* (JO L 353, de 9.11.1981, p. 33 e s.).

nal é, pela sua própria natureza, susceptível de afectar o comércio internacional<sup>(108)</sup>, o Tribunal temperou frequentemente o virtual excesso de zelo da Comissão que, não raro, prejudicou a vocação dos direitos nacionais e a sua aplicação pelas autoridades dos Estados-membros<sup>(109)</sup>.

### B — A função do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

27. É desnecessário lembrar que, tal como aconteceu noutros domínios, o papel do Tribunal relativamente à aplicação do direito europeu da concorrência tem sido decisivo. A definição dos critérios que permitem gerir, dentro dos limites do respeito pela soberania dos Estados e pelo primado do direito comunitário, os conflitos entre a política comunitária e a política nacional de concorrência tem cabido fundamentalmente aos juízes.

Limitado pelas competências que lhe são atribuídas pelo Tratado<sup>(110)</sup>, o Tribunal não desempenha, ao nível do direito comunitário de concorrência, uma função semelhante à de certas jurisdições nacionais às quais incumbe a iniciativa de aplicar, a título principal, o direito interno relativo às práticas comerciais restritivas<sup>(111)</sup>. Esta iniciativa é repartida, dentro de determinadas condições, entre a Comissão e as autoridades nacionais<sup>(112)</sup>.

---

(108) Note-se a consagração deste entendimento no acórdão de 17.10.1972 no processo 8/72, *VCH*, Recueil 1972, p. 977 e s..

(109) Foi o que aconteceu no acórdão *Papiers Peints* já citado e no acórdão *British Petroleum*. Neste último o Tribunal atende especificamente à actuação das autoridades nacionais no contexto da crise petrolífera em que se inscreve o comportamento litigioso.

(110) Cfr. artigo 164.º e seguintes do Tratado CEE.

(111) Como acontece com os tribunais franceses em aplicação das disposições penais. Podemos também notar o exemplo dos sistemas que instituíram tribunais especiais como é o caso do *Restrictive Practices Court* do Reino Unido ou do *Tribunal de Defensa de la Competencia* espanhol.

(112) Cfr. artigo 9.º, número 3 do Regulamento n.º 17.

No essencial, a actuação do Tribunal tem sido desenvolvida a dois níveis: o dos recursos de anulação previstos no artigo 173.º do Tratado e o da apreciação de questões prejudiciais que lhe são apresentadas pelas jurisdições nacionais nos termos do artigo 177.º<sup>(113)</sup>.

É a este propósito útil salientar a importância do contencioso de anulação e do reenvio prejudicial na redução das situações de conflito entre a ordem jurídica nacional e o direito comunitário. O recurso previsto no artigo 173.º do Tratado CEE, na medida em que permite verificar a legalidade da actuação da Comissão, tem contribuído para fazer respeitar os pressupostos de aplicação do direito comunitário e para distinguir o seu âmbito daquele que se encontra reservado às legislações nacionais<sup>(114)</sup>.

A importância do mecanismo de colaboração entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça, previsto no artigo 177.º, não tem sido menor. O essencial da teorização das relações entre o direito nacional e o direito comunitário da concorrência e dos limites das competências das autoridades nacionais e comunitárias vai buscar fundamento à jurisprudência que responde a questões prejudiciais suscitadas pelos tribunais dos Estados-membros<sup>(115)</sup>. A função do artigo 177.º tem sido reconhecida pelo

---

(113) Não podemos no entanto ignorar os mecanismos previstos nos artigos 169.º e 170.º do Tratado que consagram o denominado recurso por incumprimento. A importância destes recursos tem sido salientada recentemente em relação com a disciplina dos acordos entre empresas incentivados ou reforçados em resultado de uma específica intervenção dos Estados. Tal pode acontecer em diversas circunstâncias: é o caso da homologação de acordos restritivos ou da adopção de legislação que lhes agrava os efeitos (cfr. acórdão de 5.4.1984, nos processos n.º 177/82 e 178/82, *Jan van de Haar*, Recueil 1984, p. 1797 e s.; acórdão de 30.1.1985, no processo n.º 123/83, *BNIC*, Recueil 1985, p. 391 e s.; acórdão de 30.4.1986, nos processos 209/84 a 213/84 *Tarifs aériens*, Recueil 1986, p. 1425 e s.; acórdão de 10.1.1985, no processo n.º 229/83, *Leclerc*, Recueil 1985, p. 1 e s.). A utilização dos artigos 169.º e 170.º do Tratado CEE pode efectuar-se conjugando os artigos 85.º e 86.º com o artigo 3.º, alínea f) e 5.º, parágrafo segundo. Baseando-se na jurisprudência do caso *BNIC* a Comissão chegou a introduzir contra a França um recurso de incumprimento relativamente às condições em que tinha sido revista a *Lei LANG* posta em causa pelo Tribunal no dito acórdão.

(114) Vejam-se a título de exemplo o já citado acórdão *Papiers Peints* e o acórdão de 14.5.1975, nos processos n.º 19/74 e 20/74, *Kali und Salz AG*, Recueil 1975, p. 499 e s..

(115) Foi o caso dos já citados acórdãos *Walt Wilhelm*, *Haecht II*, *Lancôme*, *BNIC*, entre tantos outros.

próprio Tribunal que vem admitindo a total autonomia do juiz nacional em matéria de conveniência de reenvio<sup>(116)</sup>, designadamente, desvinculando-o das questões suscitadas pelas partes<sup>(117)</sup>.

C — *A aplicação do direito comunitário pelas autoridades nacionais*

28. Antes de mais convém determinar o que deve entender-se por autoridade nacional no sentido que lhe é dado pelo artigo 88.º do Tratado de Roma, e pelo artigo 9.º, número 3, do Regulamento n.º 17. O acórdão *Bosch*<sup>(118)</sup> não esclarece esta questão, embora distinga entre a competência das autoridades nacionais para aplicar o artigo 85.º e a dos tribunais civis para declarar a nulidade prevista no número 2 da mesma disposição<sup>(119)</sup>. O acórdão *Bilger*<sup>(120)</sup>, que alguma perplexidade causou na doutrina, considera que a noção de autoridade nacional engloba as jurisdições nacionais<sup>(121)</sup>. O acórdão *SABAM I* acabou por esclarecer definitivamente o problema estabelecendo uma distinção entre as jurisdições nacionais que aplicam os artigos 85.º e 86.º a título meramente incidental, isto é, no contexto de um litígio de direito privado, e cuja competência deriva do efeito directo dessas disposições, e as autoridades dos Estados-membros, previstas no artigo 9.º, número 3 do Regulamento n.º 17, cuja competência

---

(116) Cfr. acórdão de 9.7.1969, no processo 10/69, *Portelange*, Recueil 1969, p. 309 e s..

(117) Cfr. acórdão de 16.6.1981, no processo n.º 126/80, *Salonia*, Recueil 1981, p. 1563 e s..

(118) Cfr. acórdão de 6.4.1962, no processo n.º 13/61, Recueil 1962, p. 84.

(119) Sobre esta questão veja-se THIESING, SCHROTER e HOCHBAUM, *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE*, Paris, 1977, p. 457.

(120) Cfr. acórdão de 18.3.1970, no processo n.º 43/69, Recueil 1970, p. 127 e s..

(121) Não especifica contudo que jurisdições, se apenas as que decidem a título principal, se também as que o fazem a título incidental. Sobre esta dicotomia notem-se as conclusões do Advogado Geral Mayras no acórdão de 30.1.1974, no processo n.º 127/73 *SABAM I*, Recueil 1974, p. 51 e s. e O. LOY, ob. cit., nota 28.

para aplicar os artigos 85.º e 86.º a título principal decorre do artigo 88.º do Tratado<sup>(122)</sup>.

A noção de autoridade dos Estados-membros engloba, assim, também, certas jurisdições às quais incumbe aplicar o direito nacional da concorrência. Não se trata apenas das jurisdições especiais como o *Restrictive Practices Court* britânico ou o *Tribunal de Defensa de la Competencia* espanhol, mas também das jurisdições comuns, civis, penais ou administrativas que tenham competência para aplicar o direito nacional de concorrência a título principal, por constituírem instâncias de recurso das decisões proferidas pelas autoridades administrativas<sup>(123)</sup>.

29. O artigo 88.º do Tratado de Roma reconhecia às autoridades dos Estados-membros o poder de aplicar os artigos 85.º e 86.º e, inclusivamente, o de declarar a inaplicabilidade do número 1 do artigo 85.º nos termos do número 3 da mesma disposição. Com a publicação do Regulamento n.º 17 estas atribuições foram limitadas. As autoridades nacionais continuam, como se disse, a ser competentes para aplicar os artigos 85.º e 86.º, mas apenas enquanto a Comissão não tiver dado início a um processo de apreciação do comportamento em causa, seja qual for o resultado desse processo: a proibição, a *isenção*, ou o arquivamento. Deixa também

---

(122) Cfr. considerando n.º 19: “*que cet article a pour effet de rendre les autorités des États membres — y compris dans certains États membres des juridictions spécialement chargées d’appliquer la législation nationale sur la concurrence ou de contrôler la légalité de cette application par les autorités administratives — également compétentes pour appliquer les dispositions des articles 85 et 86 du traité*”. Esta jurisprudência foi confirmada posteriormente no acórdão *Tarifs aériens*, anteriormente mencionado, considerandos n.º 55 e 56: “*la notion d’autorités des États membres visés par l’article 88 désigne soit les autorités administratives chargées dans la plupart des États membres, d’appliquer la législation nationale sur la concurrence sous le contrôle de la légalité exercé par les juridictions compétentes, soit les juridictions auxquelles, dans d’autres États membres, la même mission a été spécialement confiée. Ainsi comprise, la notion d’autorité des États membres au sens de l’article 88 n’inclut pas les juridictions pénales ayant pour mission d’assurer la répression des infractions à la loi*”.

(123) É o caso do Tribunal da Relação de Lisboa e do Tribunal Federal Alemão. Esta solução foi vivamente criticada pelo Advogado Geral Mayras nas conclusões do acórdão *SABAM I*. Mayras defendeu uma concepção lata de autoridade nacional, englobando a generalidade das jurisdições, de modo a que a obrigação genérica de suspensão garantisse a uniformidade de aplicação do direito comunitário.



de conceder *isenções individuais*<sup>(124)</sup>. As autoridades nacionais podem aplicar o direito comunitário até ao momento em que a Comissão dê início a um processo de apreciação das práticas comerciais restritivas com base nas disposições do Tratado<sup>(125)</sup>. Quer isto dizer que, se tal ocorrer, a extinção do processo é obrigatória.

Dentro dos limites que acabámos de referir, as autoridades nacionais competentes para aplicar o direito interno da concorrência devem fazer respeitar o direito comunitário, prevalencendo-se, se necessário, do mecanismo de reenvio prejudicial de modo a garantirem a uniformidade de aplicação dos artigos 85.º e 86.º<sup>(126)</sup>. Este constitui, como sabemos, a verdadeira garantia de harmonia e uniformidade da aplicação do direito comunitário pelas autoridades nacionais já que, como vimos, o conteúdo dos certificados negativos e das comunicações de arquivamento não é vinculativo<sup>(127)</sup>.

---

(124) Cfr. artigo 9.º, número 3, do Regulamento n.º 17.

(125) O início do processo não pode ser comprovado pelo mero aviso de recepção do pedido de certificado negativo ou da notificação (cfr. acórdão de 6-2-1973, no processo n.º 48/72, *Haecht II*, Recueil 1973, p. 77 e s.). Tem de ser feita prova de que, na sequência dos factos que foram levados ao seu conhecimento, a Comissão tencionava adoptar uma Decisão.

(126) As autoridades nacionais previstas nos artigos 88.º do Tratado CEE e 9.º do Regulamento n.º 17 devem ser tidas como jurisdições para efeitos do reenvio prejudicial previsto no artigo 177.º Nesse sentido se pronunciam R.-M. CHEVALIER e D. MAIDANI, *Guide Pratique, Article 177 CEE*, Bruxelas — Luxemburgo, 1981, p. 42 e R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés Européennes: le contentieux*, Liège, 1982. Como tal também parece reconhecer-se o nosso Conselho da Concorrência (cfr. Relatório de Actividade de 1986, p. 27).

(127) Neste contexto têm sido desenvolvidos pela Comissão esforços no sentido de promover a aplicação das normas do Tratado CEE pelas autoridades e jurisdições nacionais. Relativamente às primeiras, o carácter obrigatório da suspensão faz correr sérios riscos de que a notificação seja transformada em expediente dilatório, ou numa forma de sanar eventuais ilegalidades, comprometendo assim a descentralização administrativa (cfr. 15.º Relatório de Actividade sobre a Política de Concorrência da Comissão das Comunidades Europeias, p. 52 e s.). Uma vez mais, a possibilidade de aplicação simultânea dos direitos nacionais pode permitir contornar esse tipo de expedientes. Disso mesmo se dá conta o nosso Conselho da Concorrência na sua decisão de 22.6.1988, sobre o processo de contra-ordenação n.º 6/87, *Tabaqueira EP* (cfr. Relatório de Actividade de 1988 p. 16 e 17 e p. 64 e s.).

## D — A aplicação do direito comunitário pelas jurisdições nacionais

30. Precisámos já a distinção feita pelo Tratado entre autoridades dos Estados-membros com competência para aplicar os artigos 85.º e 86.º a título principal e as jurisdições nacionais, que o fazem a título puramente incidental, isto é, no âmbito de um litígio de direito privado em que é invocada a nulidade de um acordo incompatível com o artigo 85.º, ou em que se discute a responsabilidade civil decorrente de uma infracção ao direito comunitário.

Como o Tribunal teve a oportunidade de esclarecer no acórdão *Bilger*, a competência das jurisdições nacionais para aplicar os artigos 85.º e 86.º decorre do efeito directo destas disposições<sup>(128)</sup>. Essa competência tem contudo limites. O efeito directo dos artigos 85.º, número 1 e 86.º, em relação com o artigo 1.º do Regulamento n.º 17, implica que os tribunais nacionais possam apreciar o respeito pelas normas do Tratado na medida em que isso lhes seja permitido pelo direito adjectivo interno<sup>(129)</sup>.

(128) Cfr. considerandos n.º 16 e 17.º: “*que les interdictions des articles 85 et 86, se prêtant par leur nature même à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, ces articles engendrent directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder; que denier compétence à celles-ci en vertu de l'article 9 précité, pour assurer cette sauvegarde, serait priver les particuliers de droits qu'ils tirent du traité lui même.*” Sobre o conceito de efeito directo e de aplicabilidade directa vejam-se, entre outros, G. BEBR, cit., A. DASHWOOD, *The principle of Direct Effect in European Community Law*, Journal of Common Market Studies, 1977, p. 229 e s., R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés Européennes: Institutions, sources rapports entre ordres juridiques*, Liège, 1982, R. KOVAR, *L'applicabilité directe du Droit Communautaire*, Journal de Droit International, 1973, p. 280 e s..

(129) Este princípio comporta no entanto algumas excepções. Aos denominados acordos antigos, concluídos antes da entrada em vigor do Regulamento n.º 17, ou existentes antes da adesão de um novo Estado-membro, foi reconhecida *validade provisória* desde que tenham sido oportunamente notificados. A *validade provisória* implica que os referidos comportamentos produzam a plenitude dos seus efeitos até que a Comissão se pronuncie no sentido de os proibir. Já os novos acordos, isto é, aqueles que tenham entrado em vigor após a adopção do Regulamento n.º 17, estão submetidos ao princípio da proibição, independentemente de declaração, o que equivale a dizer que a sua nulidade pode ser declarada a todo o tempo pelas jurisdições nacionais e que estas não têm que suspender a instância de modo a aguardar a conclusão de um processo que eventualmente corra junto da Comissão (cfr. acórdão *Haecht II*, considerandos n.º 11 e 12: “*que si le principe de la sécurité juridique exige que, dans l'application des interdictions de l'article 85, il soit tenu compte des retards parfois*

Não decidindo, por definição, da aplicação dos artigos 85.º e 86.º a título principal, as jurisdições nacionais encontram-se, como dissemos, vocacionadas para intervir em duas situações: nos casos em que é pedida a declaração de nulidade de um acordo incompatível com o Tratado CEE, e nas situações em que, com fundamento na violação das disposições do Tratado, é exigida uma indemnização.

Prevedo os artigos 85.º e 86.º interdições *ex lege*, aos tribunais nacionais compete proporcionar o efeito útil do artigo 85.º, número 2, declarando a nulidade dos acordos restritivos<sup>(130)</sup>. Por outro lado, a violação dos artigos 85.º e 86.º pode fazer incorrer as empresas na obrigação de indemnizar. As acções destinadas a reconhecer esse direito e a dar-lhe satisfação têm de ser movidas junto dos tribunais nacionais e dentro dos limites do direito interno<sup>(131)</sup>.

Convém a este propósito ter presente que o artigo 1.º do Regulamento n.º 17 lido à luz da jurisprudência dos acórdãos *Bilger e Haecht II*

(Continuação da nota 129)

*considérables de la Commission dans l'exercice de ces pouvoirs, cette circonstance ne saurait cependant dispenser le juge de l'obligation de faire droit aux justiciables qui invoquent la nullité de plein droit; que dans un tel cas il appartient au juge d'apprécier, sous réserve de l'application éventuelle de l'article 177, s'il y a lieu de suspendre la procédure afin de mettre les parties en mesure d'obtenir une prise de position de la Commission, à moins qu'il ne constate soit que l'entente n'exerce pas d'effets sensibles sur le jeu de la concurrence ou sur les échanges entre les États membres, soit que l'incompatibilité de l'entente avec l'article 85 ne peut faire de doute.*”). O juiz nacional tem, assim, perfeita autonomia para apreciar se o comportamento é ou não abrangido pelo âmbito de aplicação das normas do Tratado. É, sobretudo tendo em conta as dúvidas que lhe possam surgir quanto à aplicação do artigo 85.º número 2, dúvidas que não podem ser esclarecidas, como sabemos, pela via do artigo 177.º, que o juiz — atendendo a diversos factores como a morosidade própria do processo administrativo junto da Comissão, o direito dos particulares em verem integral e atempadamente reconhecido o efeito directo da norma, e a segurança jurídica — pode resolver suspender a instância.

- (130) Quanto a esta apreciação não deve exigir-se qualquer precedência da análise da Comissão uma vez que o princípio da proibição *ex lege* implica que um acordo novo só possa ser executado sem prévia Decisão da Comissão *aux risques et périls des parties* (cfr. acórdão *Haecht II*, cit. considerando n.º 10).
- (131) Sobre este assunto veja-se o relatório da Comissão *Réparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86 du Traité instituant la CEE*, Bruxelles, 1966. As condições em que essa reparação pode ser obtida, isto é, os pressupostos da responsabilidade civil, divergem porém bastante consoante as legislações nacionais.

permite-nos concluir que a pendência de um processo junto da Comissão, ainda que possa conduzir a uma *isenção*, não impede a apreciação simultânea do mesmo problema, à luz do direito comunitário de concorrência, pelas jurisdições nacionais, isto é, não as obriga a suspender a instância. As empresas que dão seguimento a um acordo incompatível com o Tratado CEE antes de obterem uma *isenção* fazem-no por sua conta e risco.

31. A aplicação do direito comunitário pelas jurisdições nacionais tem sido, de resto, incentivada. Na sequência do acórdão *Lancôme*<sup>(132)</sup>, a Comissão desenvolveu a ideia de que o direito comunitário deveria poder ser aplicado pelas jurisdições nacionais<sup>(133)</sup> sem no entanto chegar ao ponto de admitir o interesse de uma ultrapassagem dos limites da intervenção a título estritamente incidental. Este tipo de dinâmica seria, em si mesmo, suficientemente dissuasório do desrespeito em relação ao direito comunitário.

Tal papel deveria ser assumido pelas jurisdições nacionais na avaliação puramente jurídica das situações de violação do direito comunitário directamente aplicável de que são exemplo os Regulamentos de *isenção* ou os artigos 85.º e 86.º<sup>(134)</sup>. Apenas as situações que envolvessem uma deliçada apreciação económica conviria que permanecessem na exclusiva competência da Comissão. Este esquema de divisão de tarefas abrangia naturalmente as autoridades nacionais incumbidas de aplicar o direito da concorrência.

No entanto, à semelhança do que acontece com a intervenção das autoridades nacionais — ainda que por outros motivos<sup>(135)</sup> — não se

---

(132) A apreciação do sistema de distribuição selectiva foi deixada à jurisdição nacional com base nos elementos de facto constantes da *confort letter* que pudesse considerar atendíveis.

(133) Sobre a extensão dessa possibilidade à aplicação do artigo 85.º, número 3, veja-se S. KON, *Article 85, para. 3: A case for application by National Courts*, Common Market Law Review, 1982, p. 541 e s.. Para uma crítica desta posição veja-se E. STEIDORF, *Article 85, para. 3: No case for application by National Courts*, Common Market Law Review, 1983, p. 125 e s..

(134) Cfr. 15.º Relatório sobre a Política de Concorrência, 1985, p. 54.

(135) Neste caso devido à suspensão obrigatória do processo por força da notificação do acordo nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17.

conteúdo equivalente, não existem, por conseguinte, grandes virtualidades de conflito entre o direito comunitário e o direito nacional, excepto nos casos em que o acordo é autorizado, ou incentivado pelas autoridades nacionais<sup>(137)</sup>. Esta afirmação é válida quanto aos riscos de conflito decorrentes da existência de dois processos de apreciação que correm simultânea e independentemente.

A hipótese de um processo nacional tender para uma proibição e de o processo comunitário se orientar para uma *isenção individual* é bem mais delicada<sup>(138)</sup>. Sobretudo se a Decisão de *isenção* não foi ainda proferida e tal puder vir a acontecer por ter havido notificação, ter a Comissão dado início ao processo conducente a uma Decisão e existirem indícios sérios de que o acordo é isentável.

Uma leitura dos acórdãos *Walt Wilhelm* e *Haecht II*, que tenha em atenção os objectivos que o Tribunal pretendeu salvaguardar, permite concluir que a *suspensão facultativa* da instância pelas autoridades ou jurisdições nacionais constitui uma solução coerente com as preocupações de bom relacionamento entre o direito nacional e o comunitário. No acórdão *Walt Wilhelm* o Tribunal reconheceu que compete às autoridades nacionais adoptar as medidas necessárias à aplicação uniforme do direito comunitário. Os riscos de contradição entre a decisão comunitária e a nacional e a insegurança jurídica daí decorrente, justificam plenamente uma resolução do juiz nacional no sentido de suspender a instância e de aguardar a Decisão da Comissão<sup>(139)</sup>.

---

(137) Vimos situações deste tipo no citado acórdão *BNIC* em que a um acordo entre empresas é dada força legal pela autoridade competente. A regulamentação holandesa de 1956 permite ao Governo declarar obrigatória a todo um sector certo tipo de acordos celebrados entre a maioria dos operadores económicos desse sector. Entre nós pode constituir um exemplo desta situação o regime de preços convencionados previsto no Decreto-Lei n.º 450/83 de 19 de Abril.

(138) Este conflito é certamente mais grave no caso de estar em causa a aplicação do direito nacional a título principal.

(139) Note-se porém que, se o não fizer, não infringe o direito comunitário. Com efeito, quem executa um acordo restritivo antes de proferida uma Decisão de *isenção* fá-lo por sua conta e risco ainda que os efeitos da *isenção* possam vir a retroagir até à data da notificação. Convém a este propósito citar o caso da já referida jurisprudência francesa relativa à distribuição selectiva da Grundig. O Tribunal Correccional de Nanterre onde o sistema de distribuição da marca alemã era contestado à luz do

podem depositar excessivas esperanças no significativo incremento do contributo das jurisdições nacionais para a aplicação do direito comunitário. Não podem isentar comportamentos ilícitos, o que não contribui para aliviar a sobrecarga administrativa da Comissão. A zona privilegiada da acção das jurisdições dos Estados-membros é das mais ingratas visto pressupor a determinação da susceptibilidade de afectação do comércio intra-comunitário: esta é uma questão económica, frequentemente delicada, que envolve, além do mais, a utilização de critérios de razoabilidade em que se sentirão inseguras. Existe além disso o risco de que uma notificação venha colocar o problema da segurança jurídica, do desfasamento da decisão interna face à futura Decisão comunitária e da conveniência da suspensão do processo<sup>(136)</sup>.

Convém por último reconhecer que não são apenas os tribunais que não aplicam o direito comunitário, são sobretudo os particulares que não o invocam. Com excepção de países em que as regras de concorrência têm reduzida importância, como é o caso da Bélgica, Holanda e Itália, o direito comunitário é preferencialmente invocado, não para fazer cessar comportamentos anti-concorrenciais, mas para justificar colusões ilícitas à luz do direito interno. As jurisdições nacionais tenderão essencialmente a resolver litígios com recurso às suas próprias regras e as autoridades nacionais a preferir a aplicação exclusiva do direito nacional.

E — *O direito comunitário e a aplicação do direito nacional pelas autoridades e jurisdições nacionais.*

32. No acórdão *Walt Wilhelm* o Tribunal reconheceu a autonomia dos ordenamentos nacional e comunitário da concorrência. O primado limita-se a exigir que a aplicação do direito nacional não ponha em causa o efeito útil e a uniformidade de aplicação do direito europeu. Vimos também que a proibição de um comportamento a nível comunitário não prejudica a sua condenação paralela com base no direito nacional.

Quer no âmbito das Decisões que constatarem a infracção ao direito comunitário, quer no das que emitem um *certificado negativo* ou têm um

---

(136) Obrigatória, como vimos, se a questão estiver a ser apreciada por uma autoridade nacional que decida a título principal.

Convém no entanto recordar que, na realidade, a autonomia do direito nacional relativamente ao direito comunitário prejudica qualquer obrigação de suspensão do processo de aplicação do direito nacional com o objectivo de prevenir a hipótese de um futuro conflito com a Decisão final da Comissão.

As considerações tecidas pelo Tribunal no caso *Haecht II* a propósito da obrigatoriedade de suspensão da instância, são válidas no contexto da aplicação do direito comunitário a título principal pelas autoridades e jurisdições nacionais. Não são transponíveis para os casos em que se discute a aplicação do direito dos Estados-membros. Nestes casos apenas existe efectivamente uma obrigação de respeito pelo conteúdo da Decisão adoptada, mas não um dever de suspensão da instância de modo a evitar um eventual conflito entre a decisão nacional e o provável conteúdo da Decisão comunitária que vier a ser emitida.

Uma vez mais o princípio da interdição consagrado no artigo 1.º do Regulamento n.º 17 associado aos princípios da autonomia e da primazia permitem encontrar uma solução coerente para o problema.

---

(continuação da nota 92)

direito nacional, reconhecendo expressamente a primazia do direito comunitário, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal nos acórdãos *Costa/ENEL* e *Walt Wilhelm* decidiu suspender a instância e aguardar a Decisão da Comissão sobre a legalidade ou *isenção* dos contratos entretanto notificados. A Cour d'Appel de Versailles confirmou esta posição — apesar de reconhecer a importância dos argumentos retirados da ausência de celeridade da justiça e da discriminação entre comportamentos idênticos consoante se lhes aplique ou não o direito comunitário — acrescentando que a notificação, em tais casos, não constitui um abuso de direito. A Cour de Cassation aceitou também este último acórdão. Esta jurisprudência foi unanimemente aplaudida. A Comissão acabou por emitir uma *isenção individual* em relação a um sistema de selecção fundado em critérios objectivos de natureza qualitativa, tradicionalmente merecedor de um simples certificado negativo. A proibição de recusa de venda decorrente da Ordonnance n.º 45-1483 ficou sem efeito. Criticamente pode admitir-se que ao sancionar o eventual abuso de notificação com um provável abuso de *isenção*, a Comissão criou condições para que o direito comunitário seja utilizado com o intuito de iludir a aplicação do direito nacional, ao mesmo tempo que confundiu os juizes nacionais se era sua intenção convidá-los a ser menos atraídos pela suspensão facultativa e mais expeditos na ponderação das reais hipóteses de *isenção* de um acordo à luz da tradição administrativa da Comissão e da jurisprudência do Tribunal.





**JOSÉ MARIA DE ALBUQUERQUE CALHEIROS**

*Advogado*

*Assistente estagiário*

*da Faculdade de Direito de Lisboa*

*e da Universidade Católica Portuguesa*

**SOBRE O CONCEITO DE MERCADO INTERNO  
NA PERSPECTIVA  
DO ACTO ÚNICO EUROPEU\***

---

\* Trata-se de um relatório apresentado no mestrado de Direito Comunitário em Outubro de 1989 na Faculdade de Direito de Lisboa, sob a orientação do Prof. Doutor Fausto de Quadros. O texto não sofreu quaisquer alterações.



## ÍNDICE

### 1. INTRODUÇÃO

- 1.1. Objecto do nosso estudo. Apresentação do plano de trabalho
- 1.2. Algumas breves considerações sobre a importância e actualidade do problema

### 2. DA DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS. TEORIA DA INTEGRAÇÃO ECONÓMICA

- 2.1. Da zona de comércio livre à união económica e monetária
- 2.2. O problema da teorização do conceito de mercado interno
  - 2.2.1. Razão de ser — um conceito jurídico novo e autónomo
  - 2.2.2. Seu enquadramento na teoria da integração económica

### 3. OS CONCEITOS NO QUADRO COMUNITÁRIO

- 3.1. Os conceitos tradicionais
- 3.2. Enquadramento do conceito de mercado interno

### 4. ANÁLISE DO MERCADO INTERNO NA PERSPECTIVA DO ACTO ÚNICO EUROPEU

- 4.1. Antecedentes do A.U.E. — breve referência
- 4.2. Análise de alguns preceitos considerados mais importantes
  - 4.2.1. O art.º 8.º-A
  - 4.2.2. O art.º 8.º-C
  - 4.2.3. O art.º 100.º-A (n.º 1 e 2)
    - 4.2.3.1. Âmbito de aplicação. Confronto com o art. 100.º. Importância do conceito de mercado interno
  - 4.2.4. O art.º 100.º-B

### 5. CONCLUSÕES POSSÍVEIS SOBRE O CONCEITO DE MERCADO INTERNO

### 6. BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

*“Quel est l’objectif?*

*Un espace européen.*

*Qu’est-ce à dire?*

*Un espace unifié, répond Jean Victor Louis,*

*c’est-à dire avec suppression des frontières*

*physiques, techniques et fiscales.*

*Quant à nous, nous serions tentés d’ajouter:*

*Un espace homogène, c’est à dire un espace stratégique,*

*un espace répondant à une stratégie économique et sociale”*

JEAN RAUX

## 1. Introdução

### 1.1. *Objecto do nosso estudo. Apresentação do plano de trabalho.*

As palavras de Jean Raux<sup>(1)</sup> ilustram bem o sentir (e o sentido) do nosso trabalho. Trata-se fundamentalmente de estudar o conceito de mercado interno.

É evidente que este problema se tornou decisivo, a partir do momento em que o Acto Único Europeu<sup>(2)</sup> resolveu atribuir à Comunidade o objectivo de estabelecer progressivamente o mercado interno<sup>(3)</sup>.

Apesar da importância desta revisão do Tratado, pareceu-nos que o estudo deste conceito nos pedia mais. Foi a partir daí que surgiu a ideia de o tentar integrar na teoria da integração económica<sup>(4)</sup>, autonomizando-o assim do próprio A.U.E. Julgamos ser esse o único caminho que nos poderá ajudar a definir com mais rigor os seus contornos.

O tema será aqui abordado numa perspectiva fundamentalmente jurídica. Os problemas económicos que levanta são decisivos, mas o âmbito deste trabalho não permite a sua análise cuidada<sup>(5)</sup>.

---

(1) *L'Achèvement du Marché Intérieur Européen*, sob a direcção de Louis Reboud, Económica, Paris, 1987.

(2) A partir de agora designado pelas iniciais A.U.E.

(3) Art.º 8.º A do Tratado C.E.E.

(4) Sobre os problemas económicos da integração internacional, *vd.* com muito interesse a importante obra de Peter Robson, *The Economics of International Integration*, George Allen & Unwin, Londres 1980.

(5) O relatório elaborado por Paolo Cecchini, intitulado "*A grande aposta para a Europa. O desafio de 1992.*" Perspectivas e Realidades, 1988, constitui um óptimo instrumento para a análise do "custo da não-Europa".

A compreensão da metodologia que adoptámos é um passo prévio essencial para a utilidade do nosso estudo. Efectivamente, existiam vários modos de abordar o conceito de mercado interno, pelo que foi necessário fazer algumas opções.

Poderíamos ter analisado apenas o A.U.E., naquilo que ele tem de mais importante para o estabelecimento do mercado interno — tratar-se-ia de estudar os vários preceitos, de modo a apreender correctamente a sua lógica e o seu sentido. Não será esse, como veremos, o nosso percurso.

Talvez também se pudesse ter abstraído pura e simplesmente do texto do A.U.E., e problematizado então o conceito, num prisma meramente teórico. Julgamos que essa análise tenderia a desligar-se da realidade e assim perderia interesse e relevância.

Outra hipótese, era a de considerar que o conceito de mercado interno não é um conceito autónomo, e como tal estaria já suficientemente estudado, na medida em que se reconduziria ao de mercado comum. Nesse caso, tudo estaria resolvido em termos conceituais<sup>(6)</sup>.

De todas estas possibilidades, não se anteviam grandes resultados. Pareceu-nos que o método deveria ser diferente e outra teria de ser a procura. É assim que nasce o nosso plano de trabalho.

O estudo terá seis capítulos distintos. Abstraindo para já do primeiro e do último<sup>(7)</sup>, começaremos (Cap. 2) por lembrar alguns dos conceitos da teoria da integração económica. Como se irá depreender, não existe de forma alguma unanimidade nas diversas classificações adoptadas pelos vários autores. Ainda no segundo capítulo, e partindo de uma *perspectiva fundamentalmente teórica e conceitual*<sup>(8)</sup>, tentaremos averiguar se há lugar para o conceito de mercado interno, na teoria da integração económica. A questão fundamental será a de saber se o conceito de mercado interno se reconduz a um dos outros estádios de integração económica, ou

---

(6) Na verdade, só em termos conceituais as coisas se poderiam achar assim resolvidas, já que esta posição embate claramente com a lógica do Tratado C.E.E., sobretudo após a sua revisão pelo A.U.E..

(7) Isso não significa que eles não sejam para nós importantes; no entanto, aquilo que agora importa é dar uma ideia clara sobre o método e objectivos do trabalho e, nesse aspecto, há que atentar basicamente na sua estrutura essencial (Caps. 2, 3, 4 e 5).

(8) Abstraindo portanto, quanto nos for possível, do plano positivo e sobretudo do A.U.E.

se, pelo contrário, ele postula algo de jurídica e economicamente novo e diferente.

O terceiro capítulo terá como objectivo descobrir de que modo os conceitos tradicionais da integração económica encontram reflexo no quadro comunitário. E, mais do que isso, responder à questão de saber se os objectivos iniciais de integração económica pretendidos pelo Tratado C.E.E. esgotavam a possibilidade de novos estádios, ou se, pelo contrário, o Tratado poderia ser adaptado de modo a facilitar o aprofundamento dessa integração.

Resolvido esse problema, importará saber se esse papel poderia ser cumprido pelo objectivo do mercado interno.

O quarto capítulo do nosso trabalho entra definitivamente na análise do mercado interno, *do ponto de vista do A.U.E.*. Se até aí vamos procurar enunciar as características daquilo que deveria tender a integrar o conceito de mercado interno<sup>(9)</sup>, a partir daí importará estudar e analisar a própria letra e espírito do A.U.E.. Com efeito, a análise dos seus artigos mais importantes é decisiva, para que possamos chegar a algumas das conclusões finais. Não se poderá fazer um estudo exaustivo dessas normas pois, como é sabido, só o art.º 100-A<sup>(10)</sup> contém potencialidades para a elaboração de um outro estudo. Daí que se tenha optado pelas questões que mais directamente nos poderão ajudar na procura de um conceito de mercado interno.

O capítulo quinto terá como missão essencial reflectir sobre a questão de saber se os instrumentos trazidos pelo A.U.E. são suficientes para prosseguir e alcançar os seus próprios objectivos, ou se, pelo contrário, se mostram desadequados.

Mais importará saber, caso se conclua pela existência dessas desadequações, de que forma poderá o intérprete resolvê-las (e ultrapassá-las).

Não esperamos chegar a conclusões definitivas e exaustivas sobre o conceito de mercado interno. Parece-nos, no entanto, que a sua importância impõe que seja discutido e cada vez mais concretizado. Até porque, se bem vemos as coisas, o Tribunal de Justiça das Comunidades Euro-

---

(9) Abstraindo portanto do texto do A.U.E..

(10) Os artigos por nós citados referem-se sempre ao Tratado C.E.E., a não ser quando se diga o contrário.

peias<sup>(11)</sup> vai ter muito em breve necessidade de explicitar e aprofundar o conceito de mercado interno, concebendo-o em termos comunitários<sup>(12)</sup>.

### 1.2. *Algumas breves considerações sobre a importância e actualidade do problema.*

O estudo do conceito de mercado interno ganhou, a partir do A.U.E., um interesse renovado<sup>(13)</sup>.

Não foi essa a primeira vez que se empregou essa expressão, mas foi com certeza a partir daí que se tornou imprescindível tentar explicitar o seu conteúdo, uma vez que a aplicação e o desenvolvimento do direito comunitário assim o exigem.

Basta atentar em alguns exemplos para se perceber a importância do problema.

A concretização do conceito de mercado interno é essencial, desde logo para saber quais as medidas que a Comunidade deve adoptar até 31/12/92<sup>(14)</sup>; a adopção de disposições relacionadas com a harmonização de legislações, relativas aos impostos indirectos deverá ser feita, na medida em que essa harmonização seja necessária para assegurar o *estabelecimento e funcionamento do mercado interno*<sup>(15)</sup>; a aplicação da regra do art.º 100.º-A, n.º 1, exige que se trate de disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros, que tenham por objecto o *estabelecimento e funcionamento do mercado interno*; a concretização do *mercado interno* tem de ter em conta os objectivos enunciados no art.º

---

(11) Adiante identificado com as iniciais T.J.C.E.

(12) Recorde-se que o T.J.C.E. sentiu essa mesma necessidade, relativamente a outros conceitos da teoria da integração económica. *Vd.*, entre outros, o Ac. Diamantarbeiders de 13. 12. 73, Proc. 37 e 38/73, Rec. 1973, p. 1609, relativamente à união aduaneira, e o Ac. Schul de 5. 5. 82, proc. 15. 81, Rec. 1982, p. 1409, quanto ao mercado comum.

(13) Se algumas vezes, ao longo do nosso trabalho, abstrairmos do A.U.E. e passarmos para um plano mais conceitual, isso é o resultado da tentativa de colocar o problema em moldes que nos parecem mais adequados. O que não significa termos esquecido a importância que o A.U.E. teve na própria problematização do conceito de mercado interno. São planos diversos, que tentaremos compatibilizar.

(14) Cfr. art.º 8.º-A

(15) Cfr. art.º 99.º



130.º-A e no art.º 130.º-C<sup>(16)</sup>; a Comunidade deve, nos termos dos n.º 1, 2 e 3 do art.º 130.º-F, apoiar os esforços de cooperação das empresas, dando-lhes a possibilidade de explorarem plenamente as potencialidades do *mercado interno*, sendo que, na realização dos objectivos relacionados com a investigação e desenvolvimento tecnológico, deverá ser tido em conta o estabelecimento do *mercado interno*.

Parece assim clara a necessidade de explicitar este conceito. Se estes exemplos demonstram a importância prática do problema, eles são também bons testemunhos da sua actualidade.

A partir do A.U.E., sentiu-se necessidade de dar conteúdo a este conceito, uma vez que, sem esse procedimento, dificilmente se poderão aplicar e cumprir os seus objectivos.

Não é possível, como resulta evidente, procurar atingir um objectivo — o mercado interno — sem previamente se saber o que é que o caracteriza, e quais os melhores meios de o prosseguir. É justamente esse o caminho que pretendemos percorrer neste trabalho.

## **2. Da delimitação dos conceitos. Teoria da integração económica.**

### *2.1. Da zona de comércio livre à união económica e monetária.*

O processo de integração económica é por natureza dinâmico. Por essa razão, nem sempre é fácil dividir com rigor as diversas fases ou estádios que ele pode atravessar. Apesar disso, a teoria da integração económica tem proposto vários conceitos para caracterizar cada um desses “tipos”.

No entanto, basta consultar alguns autores para se verificar que as suas análises apresentam, as mais das vezes, dois traços essenciais: por um lado, a não uniformidade das características atribuídas a cada estádio de evolu-

---

(16) Cfr. art.º 130.º-B

ção, e por outro, a constante tendência para situar os respectivos conceitos, de acordo com as realidades de cada época<sup>(17)</sup>.

Por essas razões, julgamos que importa fazer aqui um duplo esforço, que consiste em tentar definir os contornos de cada um dos estádios de integração económica, abstraindo, por um lado, dos textos dos tratados e, por outro, dos objectivos até ao momento atingidos. Tal solução, ao que cremos, poderá levar-nos a uma caracterização mais rigorosa desses conceitos.

Os diversos autores<sup>(18)</sup> estão em geral de acordo quanto às características da *zona de comércio livre*, que costuma ser analisada como a primeira fase da integração económica. Ela comporta a livre circulação de mercadorias, o que exige o fim das restrições quantitativas e das imposições aduaneiras entre os países da zona. Externamente, cada país participante tem liberdade suficiente para adoptar um nível de protecção aduaneira próprio. Separa-se assim claramente o prisma das relações internas —entre os países que formam a zona— do das relações externas.

Quanto à caracterização da *união aduaneira*, os problemas também não são significativos pois concorda-se que o que a distingue da zona de comércio livre é a existência de uma pauta aduaneira comum face ao exterior. Com esta característica, afirmam os economistas, transpor-se-ia a dificuldade do chamado desvio de comércio, susceptível de alimentar verdadeiros entrepostos comerciais.

Onde se começam a sentir algumas divergências é na definição do conceito de *mercado comum*. Apesar disso, afirma-se normalmente que o mercado comum exige, a mais que a união aduaneira, a livre circulação, não só das mercadorias, mas de todos os outros factores de produção. A este propósito, Mota de Campos<sup>(19)</sup> defende que, para se conseguir a realização de um verdadeiro mercado comum, é necessário acrescentar às quatro liberdades e à adopção de uma pauta aduaneira comum, todas as

---

(17) A título exemplificativo, podem ver-se João Mota de Campos, *Direito Comunitário*, I, 2.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 443 e ss; Alfonso Mattera, *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, 1988, p. 11 e ss., e ainda Joaquim Nunes de Amorim, *Lições de Economia Internacional*, U.C.P., Porto, 1981.

(18) É o caso dos autores citados na nota anterior.

(19) *Op. cit.*, p. 446.

demais medidas necessárias para coordenar, harmonizar ou mesmo unificar as regras e as políticas nacionais.

Julgamos que este alargamento do conceito de mercado comum é excessivo, sobretudo quando se procuram encontrar as suas características essenciais<sup>(20)</sup>.

Do nosso ponto de vista, o mercado comum não exige que cada país deixe de ter autonomia quanto à definição das diversas políticas, pelo que, para nós, a comunitarização das políticas não constitui uma característica deste estágio<sup>(21)</sup>.

É evidente que não é fácil conceber a absoluta liberdade de todos os factores de produção, sem que paralelamente se empreendam novos esforços de integração, que podem passar pela tentativa de coordenação das várias políticas nacionais. Mas essa realidade dinâmica que é a integração económica não nos deve fazer confundir as características principais de cada estágio de evolução, sob pena de não ser possível fazer estas distinções.

Daí que se opte, em termos conceituais, por caracterizar o conceito de mercado comum pela adopção de uma pauta aduaneira comum face ao exterior, e pela consagração da liberdade de circulação de todos os factores de produção<sup>(22)</sup>.

Relativamente ao passo seguinte no processo de integração económica, mantêm-se algumas divergências na terminologia usada pelos diversos autores. Para além da expressão *união económica e monetária*, há quem distinga a união económica da união monetária<sup>(23)</sup>, e quem fale em integração económica total, para a distinguir da união económica<sup>(24)</sup>.

---

(20) O autor citado reconhece aliás, *op. cit.* p. 446, que a adopção de algumas políticas comuns significa precisamente que o mercado comum começa a revelar alguns traços de uma união económica.

(21) No mesmo sentido, podem ver-se, entre outros, Joaquim Nunes de Amorim, *Lições cit.* p. 294, e Peter Robson, *op. cit.* p. 2.

(22) Esta linha de pensamento não impede a consideração de que a construção do mercado comum possa exigir o recurso ao método de integração positiva, para além da necessária integração negativa. Só que, a integração positiva não passa necessariamente pela adopção de políticas comuns.

(23) *Vd.* J. Mota Campos, *op. cit.* p. 446 e 447.

(24) *Vd.* J. Nunes de Amorim, *Lições cit.*, p. 295; para este autor, "na união económica existe já uma certa harmonização, um certo condicionalismo das políticas, embora sem perda de autonomia. Na integração económica total exige-se a renúncia a essa soberania".

Para um sector da doutrina, a união económica imporia que as legislações nacionais, com incidência no sistema económico, fossem “harmonizadas” (casos da legislação aduaneira, do direito das sociedades, da legislação laboral, da legislação fiscal), que as políticas económicas, financeiras e monetárias dos Estados fossem “coordenadas”, sob a égide de um autoridade comum, e que as políticas nacionais respeitantes ao domínio económico fossem substituídas por regras e políticas comuns<sup>(25)</sup>.

No que diz respeito à integração económica total, ela pressuporia que os países designassem uma autoridade supranacional que definisse a política económica, para o conjunto de todos eles<sup>(26)</sup>.

Independentemente da questão de saber se se pode e deve falar neste último estágio da integração económica, julgamos poder afirmar que a união económica e monetária é tida, pela maioria dos autores, como o estágio mais avançado do processo de integração económica. Essa é também a posição defendida por Peter Robson<sup>(27)</sup>, para o qual, numa perspectiva analítica (que é também a nossa), importa distinguir a zona de comércio livre, a união aduaneira, o mercado comum, e a união económica e monetária. Para este autor, que aqui seguimos de perto, o que distingue o mercado comum da união aduaneira é o facto de, no primeiro, além da livre circulação de mercadorias, existir também livre circulação dos outros factores de produção. A união económica e monetária pressupõe já unificação das políticas fiscais e monetárias, bem como de outras políticas; não assim com o mercado comum, onde a unificação de políticas não é considerada como um pressuposto essencial.

Como se pode notar, tentámos para já abstrair do quadro comunitário, ainda que estejamos conscientes da tendência para situar os conceitos, adequando-os à realidade, nomeadamente ao processo de integração da Comunidade<sup>(28)</sup>.

Julgamos, no entanto, que a análise que aqui se pretende fazer exige esta metodologia.

---

(25) Cfr. Mota Campos, *op. cit.* p. 446.

(26) Cfr. J. Nunes de Amorim, *lições cit.* p. 294.

(27) *Ob. cit.* p. 2.

(28) Um bom exemplo deste tipo de análise é-nos fornecido por Alfonso Mattera, *ob. cit.*, p. 9 e ss., método que, como melhor veremos, conduz a algumas conclusões que não partilhamos.

## 2.2. O problema da teorização do conceito de mercado interno.

### 2.2.1. Razão de ser — um conceito jurídico novo e autónomo.

O facto de o Tratado C.E.E., pela via do A.U.E., ter consagrado expressamente o conceito de mercado interno como um objectivo a prosseguir pela Comunidade é razão suficiente para perguntarmos se estamos perante um conceito jurídico novo, ou se, pelo contrário, se trata de uma expressão sem autonomia face aos anteriores estádios do processo de integração económica.

Tem-se respondido a esta questão de diversas formas. Para muitos,<sup>(29)</sup> a expressão mercado interno baseia-se em razões psicológicas e de índole marcadamente política, pelo que nada de novo veio acrescentar à tradicional teoria da integração económica, com o que se tende a igualar o conceito ao de mercado comum.

Face a esta posição, parece importante salientar o seguinte: a expressão mercado interno poderá ter sido fruto de objectivos de carácter político e de relançamento do processo de integração económica<sup>(30)</sup>. Não é isso que aqui se nega. O que não podemos (devemos) aceitar é que essa ideia se mantenha mesmo após a revisão do Tratado pelo A.U.E. É que, a partir desse momento, do que se deve falar é de um conceito jurídico que o jurista pode (e deve) interpretar, e já não de um mero objectivo político, sob pena de se desvirtuar a própria força do direito comunitário originário.

Importa assim assentar a ideia de que a eventual carga psicológica e política que o conceito transportou para o quadro comunitário não esconde a sua natureza jurídico-económica, e muito menos afasta a sua individualidade, face aos conceitos tradicionais da teoria da integração económica<sup>(31)</sup>. É preciso pois acentuar a novidade do conceito — enquanto

---

(29) *Vd. A. Mattera, op. cit.*, mas também Pierre Pescatore, *Observations critiques sur L'Acte Unique Européen*, Documentação e Direito Comparado, n.º 23, 1985.

(30) Isso mesmo é confirmado no relatório *supra cit.*, de Paolo Cecchini, onde se afirma que “em meados dos anos oitenta..., o mercado comum passou a ser uma expressão usada com certo constrangimento, e cada vez menor precisão”.

(31) É curioso verificar como estas duas tendências andam normalmente associadas. Raciocina-se da seguinte forma: o mercado interno é uma expressão política que pretende produzir um certo efeito psicológico — logo, ele não acrescenta nada ao conceito de mercado comum. É óbvio que se trata de uma visão que não partilhamos.

conceito jurídico-económico — e a viabilidade da sua autonomia, uma vez que é perfeitamente concebível um estágio de integração económica mais evoluído que o mercado comum, e que não possua ainda as características da união económica e monetária.

### 2.2.2. *Seu enquadramento na teoria da integração económica*

Na verdade, não nos parece teoricamente inadmissível conceber um estágio de integração que se situe entre o mercado comum e a união económica e monetária<sup>(32)</sup>.

Se partirmos de um conceito de mercado comum, tal como atrás foi definido<sup>(33)</sup>, e se pensarmos a união económica e monetária como o resultado final de um processo de integração, onde existem *políticas comuns* em todas as áreas económicas e sociais decisivas (política fiscal, política monetária, política social, política comercial, política regional, política energética e de telecomunicações, política de investigação e desenvolvimento tecnológico, etc...), fácil é concluir que, entre estas duas fases, bem se pode conceber uma outra, “intermédia”, a que possa corresponder o conceito de mercado interno.

É esse aliás o entendimento de Peter Robson<sup>(34)</sup>, que embora se não refira directamente ao mercado interno, afirma que entre o mercado comum e a união económica “a spectrum of forms of integration may be envisaged, corresponding to the *degree* of harmonisation of policies adopted”<sup>(35)</sup>.

Dar um conteúdo aproximado ao conceito de mercado interno é afirmar que ele reúne todas as características do mercado comum (pauta

---

(32) A análise do Tratado C.E.E., das exigências dos preceitos introduzidos pelo A.U.E. e do relatório da Comissão sobre a união económica e monetária — *European Report*, 1989, n.º 1490 — são um bom indício da possível veracidade da nossa afirmação. O plano conceitual em que agora nos movemos tem, como veremos, uma manifesta correspondência na letra do Tratado.

(33) *Supra*, p. 381.

(34) *Op. cit.* p. 2.

(35) O sublinhado é nosso.

aduaneira comum e livre circulação de todos os factores de produção) e, além disso, algo mais que o distingue. Pode dizer-se que esses elementos distintivos assentam basicamente no início da *coordenação de todas as políticas nacionais dos Estados membros*, o que, como é sabido, não significa a existência de políticas comuns, já que isso pressupõe o desaparecimento das políticas nacionais; além disso, é necessária uma progressiva aproximação de legislações, nos mais diversos sectores (desde a normalização técnica à educação, passando pela legislação fiscal, de saúde, segurança, ambiente, defesa do consumidor, etc.). Se este método de integração está ainda longe da comunitarização das políticas, já se vislumbra um alargamento relativamente ao conceito tradicional de mercado comum<sup>(36)</sup>.

A diferença entre mercado comum e mercado interno pode à primeira vista parecer uma mera diferença de grau. Embora se possa admitir essa posição, é bem possível chegar a outras conclusões. Julgamos de facto que importa conceber o mercado interno como um salto qualitativamente decisivo no processo de integração económica. E vamos ver como o quadro comunitário nos pode ajudar a compreender esta posição.

A partir de agora, entraremos definitivamente no quadro jurídico comunitário, e julgamos possível encontrar aí resposta para a ideia que propusemos — a de que o conceito de mercado interno é jurídica e economicamente autónomo, e como tal deverá ser concebido no seio da Comunidade. É aliás esse o único meio de fazer progredir o processo de integração económica europeia.

Se é certo que se sentem dificuldades na definição dos contornos materiais do conceito, abstraindo do quadro comunitário, não é menos certo que, sem o seu enquadramento teórico, facilmente se poderá perder a noção da sua clara individualidade.

---

(36) E não se diga que com isso nada ficou diferenciado, uma vez que o Tratado C.E.E. já previa, mesmo antes do A.U.E., a coordenação de certas políticas, e a harmonização de legislações. Como veremos, isso não significa que se trate de instrumentos essenciais ao conceito de mercado comum. Aliás, o próprio Tratado C.E.E. também previa a existência de políticas comuns em certas áreas e nunca ninguém se lembrou de defender que a Comunidade constituía uma união económica.

### 3. Os conceitos no quadro comunitário

#### 3.1. Os conceitos tradicionais

O Tratado C.E.E. atribuiu, desde o início, à Comunidade a missão de promover o desenvolvimento harmonioso das actividades económicas, uma expansão económica contínua e equilibrada, um maior grau de estabilidade, um aumento acelerado do nível de vida, e uma relação mais estreita entre os Estados que a integram. Tais objectivos deveriam ser prosseguidos através de duas formas, de dois meios: pelo estabelecimento de um mercado comum, por um lado, e pela aproximação progressiva das políticas económicas, por outro<sup>(37)</sup>. Daqui podem, desde logo, inferir-se duas coisas — em primeiro lugar, o mercado comum é apenas um dos meios para atingir estes objectivos<sup>(38)</sup>; em segundo lugar, o estabelecimento do mercado comum não implica, de *per si*, a aproximação das políticas e, muito menos, por maioria de razão, a adopção de políticas comuns.

No que diz respeito à união aduaneira, o Tratado C.E.E. considerou-a, no art.º 9.º, um dos fundamentos da Comunidade, devendo abranger a totalidade do comércio de mercadorias, e implicando a proibição, entre os Estados membros, de direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente, bem como a adopção de uma Pauta Aduaneira Comum face aos países terceiros. No art.º 30.º, proibiram-se as restrições quantitativas, bem como todas as medidas de efeito equivalente. Uma vez cumpridos estes objectivos, que exigiam sobretudo o recurso ao método de integração negativa, estaria realizada a união aduaneira, em conformidade, de resto, com o conceito tradicional da teoria da integração económica<sup>(39)</sup>.

---

(37) Cfr. art.º 2.º do Tratado C.E.E.

(38) Conforme refere Peter Robson, *op. cit.* p. 2, "International economic integration is a means, not an end".

(39) Este conceito de união aduaneira foi aliás confirmado pela jurisprudência comunitária, no Ac. Diamantarbeiders — supra nota 12 — onde se afirma que "l'union douanière, qui s'inscrit dans les fondements de la Communauté, comport l'élimination des droits de douane entre les Etats membres e de toute taxe d'effet équivalent".



É pois legítimo concluir que existe uma correspondência entre o conceito tradicional de união aduaneira<sup>(40)</sup> e aquele que o Tratado consagrou.

Será possível dizer o mesmo quanto ao conceito de mercado comum? Pensamos que sim.

O Tratado C.E.E., no seu art.º 3.º, enumerou um conjunto de meios que permitiriam alcançar os fins enumerados na 2.ª parte do art.º 2.º<sup>(41)</sup>.

As alíneas a) e b) do art.º 3.º, dizem claramente respeito à união aduaneira, nos termos que já vimos.

A alínea c) do mesmo artigo, ao referir a abolição entre os Estados membros dos obstáculos à livre circulação de pessoas, serviços e capitais, consagra, do nosso ponto de vista, o estabelecimento do mercado comum, de acordo com o conceito tradicional da teoria da integração económica<sup>(42)</sup>. Com a abolição dos obstáculos à livre circulação de todos os factores de produção, acrescida dum regime garante da concorrência (al. f) e da aproximação das legislações nacionais, *na medida, — e só na medida* — em que tal fosse necessário ao bom funcionamento do mercado comum, pretendeu-se o estabelecimento desse estágio de integração económica.

*As restantes alíneas do art.º 3.º não podem ser encaradas*, salvo melhor opinião, *como essenciais ao estabelecimento do mercado comum*. De facto as duas políticas comuns aí previstas (al. d) e e)), os processos que permitiriam coordenar as políticas económicas (al. g)), a instauração de um Fundo Social Europeu (al. h)), a instituição de um Banco Europeu de Investimentos (al. j)), e a associação dos países e territórios ultramarinos (al. k)) eram certamente aspectos importantes no processo de integração económica; não podem é ser vistos como pressupostos do estabelecimento

---

(40) *Supra* p. 380.

(41) Também Carlos Botelo Moniz, *Direito económico da C.E.E.: reflexão sobre os objectivos, instrumentos e princípios de acção comunitária*, A.E., 1982, distingue entre objectivos e instrumentos, ambos contidos no art.º 2.º do Tratado C.E.E.. Este autor faz ainda uma bipartição dos dois instrumentos — estabelecimento de um mercado comum e coordenação das políticas económicas dos Estados membros — embora refira que ela não deve ser entendida em termos rígidos e estáticos. De toda a maneira, estabelece-se uma clara dualidade de instrumentos, o que significa que eles não são uma e a mesma coisa.

(42) *Vd. supra*, p. 381.

do mercado comum e, muito menos, como elementos caracterizadores do respectivo conceito<sup>(43)</sup>.

Julgamos assim que não repugna a defesa da ideia de que o conceito de mercado comum, delineado pela teoria da integração económica<sup>(44)</sup>, tem correspondência na letra do Tratado C.E.E.

No que diz respeito à união económica e monetária, que seria como vimos o último estágio, o Tratado não se lhe refere de forma expressa, na sua versão originária. No entanto, após o A.U.E., o Tratado C.E.E. passou a dedicar um capítulo à união económica e monetária<sup>(45)</sup>, onde se fala em desenvolvimento “posterior”<sup>(46)</sup> da Comunidade, e na eventualidade de esse caminho exigir modificações institucionais.

Esta linha é aliás confirmada pelo Relatório sobre a união económica e monetária<sup>(47)</sup>, onde se afirma que esse estágio implica, para além da livre circulação de todos os factores de produção, um sistema de câmbios fixos e, no futuro, uma moeda única. Isto para além da necessária *política monetária comum*, de *políticas comuns* para o desenvolvimento regional e desequilíbrios estruturais, de uma *verdadeira e única política de concorrência*, e da *coordenação* das políticas macroeconómicas, incluindo as próprias políticas orçamentais.

De tudo isto, parece resultar também a correspondência entre o conceito de união económica e monetária, que deriva da teoria da integração económica<sup>(48)</sup>, e aquele que foi (e será no futuro) consagrado no Tratado C.E.E., ainda que isso exija, como tudo leva a crer, uma revisão do Tratado.

Assim se pode concluir, se bem vemos as coisas, que há um manifesto paralelo entre os conceitos trazidos pela teoria da integração económica e o quadro jurídico comunitário.

---

(43) Em sentido um pouco diverso, ao que parece, Carlos Botelho Moniz, *est cit* p. 182; este autor refere que também a al. e) do art.º 3.º: — Instauração de políticas comuns nos domínios da agricultura e dos transportes — constituiria um pressuposto da criação do mercado comum. Parece-nos no entanto que não se trata de uma afirmação de princípio, mas antes de uma divisão metodológica.

(44) *Supra* p. 381

(45) Art.º 102.º-A.

(46) A redacção não é, quanto a nós, muito feliz.

(47) *European Report*, já citado.

(48) *Vd. supra* p. 382.

Resta saber agora como se passam as coisas relativamente ao conceito de mercado interno, que fomos já tentando definir.

Será que ele cabe no Tratado C.E.E.? Será que ele constitui algo de diferente do conceito de mercado comum? Será que ele se distingue claramente da união económica e monetária?

### 3.2. *Enquadramento do conceito de mercado interno*

O A.U.E., ao incumbir a Comunidade de adoptar as medidas destinadas a estabelecer progressivamente o mercado interno, afirmando que este compreende um espaço sem fronteiras, pretendeu, quanto a nós, ir além do conceito de mercado comum.

Julgamos que a chave da definição do mercado interno está justamente no facto de ele compreender um “*espaço sem fronteiras internas*”<sup>(49)</sup>. Isso deverá implicar, para além do fim de todas as barreiras físicas, técnicas e fiscais<sup>(50)</sup>, a construção de uma verdadeira “*Europa dos Cidadãos*”. Não é de modo nenhum seguro afirmar que o mercado comum, *de per si*, devesse atingir esse objectivo. Julga-se que o mercado interno é um conceito diferente — ele envolve mais do que uma mera perspectiva económica do processo de integração dos países da Comunidade<sup>(51)</sup>.

Conforme se afirma no relatório relativo à União Económica e Monetária<sup>(52)</sup>, “The single market will reduce the room for independent policy manoeuvre and amplify the crossborder effects of development originating in each member country. It will, therefore, necessitate a *more effective co-ordination of policy between separate national authorities*. Furthermore, *Community policies in support of a broadly balanced development are an indispensable complement to a single market*”.

---

(49) É essa também a opinião do C. D. Ehlerman, *The Internal Market following the Single European Act*, *Common Market Law Review*, 24, 1987, p. 361 e ss.

(50) Cfr. *Livro Branco da Comissão*, relativo à realização do mercado interno, Bol. C.E.E., n.º 6, 1985, p. 18.

(51) Daí que, também para nós, a diferença não seja apenas quantitativa, mas sobretudo qualitativa.

(52) *European Report cit.*, p. 4. Por apenas termos tido acesso à versão inglesa não arriscamos a tradução.

Partindo destas afirmações, e da ideia de que o conceito de mercado interno é algo mais do que o de mercado comum, importa acentuar alguns aspectos que nos parecem essenciais: em primeiro lugar, e independentemente do seu conteúdo psicológico e político, a expressão mercado interno deve ser perspectivada de um ponto de vista jurídico e económico autónomo. Depois é importante deixar claro que o prazo estabelecido no art.º 8.º-A não veio criar um novo período de transição, alargando o fixado no art.º 8.º, n.º 1, conforme defende Pierre Pescatore<sup>(53)</sup>. Chegar a essa conclusão para pôr em causa a jurisprudência comunitária, relativa ao efeito directo de certas normas do Tratado, seria dar um passo atrás, que certamente não constituiu intenção dos signatários do A.U.E.

Finalmente, importa dizer que o conceito de mercado interno também se não identifica com o de união económica e monetária — esse é, como vimos, um estádio mais exigente, onde se torna essencial dar o passo da comunitarização das políticas, não exigido ainda pelo mercado interno.

O que importará agora discutir e analisar é a questão de saber se os meios e os instrumentos trazidos pelo A.U.E. permitem alcançar o mercado interno, ou se, pelo contrário, o A.U.E., embora com objectivos ambiciosos, não criou os mecanismos essenciais para a sua prossecução.

A análise dos seus artigos mais importantes dar-nos-á uma resposta. E se a resposta tiver de ser negativa, *i.e.*, se se chegar à conclusão de que o A.U.E. consubstancia uma desadequação dos meios relativamente aos fins que teve em vista, não nos restarão outros caminhos que não sejam os de, dentro de determinados cânones interpretativos, extrair o máximo de sentido útil das respectivas normas.

E, estamos certos, a “teorização” do conceito de mercado interno, a ideia de lhe atribuir um conteúdo material distinto do de mercado comum, terá uma influência decisiva no sentido que o intérprete poderá extrair dessas normas.

#### **4. Análise do mercado interno na perspectiva do Acto Único Europeu.**

##### *4.1. Antecedentes do Acto Único Europeu — breve referência*

Vale a pena lembrar aqui alguns dos antecedentes mais importantes do A.U.E. Além disso, importará observar alguns dos momentos em que a

---

(53) *Est. cit.*

expressão “mercado interno” começou a ser utilizada, no pressuposto de que esse caminho poderá ajudar a compreender os contornos do conceito, e os próprios objectivos do A.U.E.

O *problema do mercado interno* foi pela primeira vez colocado, como uma preocupação global e essencial da Comunidade, no Conselho Europeu de Copenhaga, em Dezembro de 1982<sup>(54)</sup>. A expressão, ao nível comunitário, surge muitos anos antes — já em 1970, num Memorandum sobre política industrial, se falava em mercado interno<sup>(55)</sup>.

No ano de 1981, surgiu um importante projecto de Acto Europeu, da autoria dos ministros Genscher e Colombo<sup>(56)</sup>, que suscitou um longo debate a propósito dos objectivos e dos instrumentos de construção europeia, tendo culminado em 1983 com uma Declaração Solene sobre a União Europeia<sup>(57)</sup>. No ponto 3.1.6 dessa Declaração, refere-se, quanto às políticas comunitárias a desenvolver, “a completa realização do mercado interno de acordo com os Tratados, sobretudo a supressão dos obstáculos que ainda entravam a livre circulação de mercadorias, dos capitais e dos serviços e o desenvolvimento de uma política comum de transportes”. A este propósito, importa salientar aqui dois aspectos, que consideramos da maior importância: em primeiro lugar, o facto de se perspectivar a realização do mercado interno, de acordo com o texto dos Tratados<sup>(58)</sup>, não se prescrevendo assim a necessidade da sua revisão; em segundo lugar, não é menos significativo o facto de a Declaração, ao referir-se ao mercado interno, omitir pura e simplesmente a liberdade de circulação de pessoas<sup>(59)</sup>.

(54) Neste sentido, Jean De Ruyt, *L'Acte Unique Européen*, Études Européennes, 1987, p. 9.

(55) Cfr. *L'Achèvement du Marché Interieur*, já citado.

(56) Bol. C.E., n.º 11, 1981, p. 95 e ss.

(57) Essa declaração é aliás referida no primeiro considerando do preâmbulo do A.U.E., o que não deixa de ser significativo.

(58) O art.º 8.º-A, introduzido pelo A.U.E., refere também no seu 2.º parágrafo, *in fine*, que a livre circulação dos factores de produção é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado.

(59) Não resistimos a estabelecer um paralelo com o art.º 100.º-A, introduzido pelo A.U.E., designadamente com o seu n.º 2, onde, como é sabido, se sujeita à regra da unanimidade a adopção de medidas relativas à aproximação de legislações em matéria de livre circulação de pessoas. Com isso parecem provar-se duas coisas: a importância e o reflexo destes antecedentes no texto final do A.U.E., e o facto de a livre circulação de pessoas, ainda que pressuposto essencial do próprio conceito de mercado comum, ser sempre vista com o maior cuidado por parte dos Estados membros.

Em 1984, com o projecto de Tratado que instituiria a União Europeia, e que ficou desde sempre ligado ao nome de Spinelli<sup>(60)</sup>, veio a utilizar-se uma nova expressão para configurar o espaço comunitário — “um espaço jurídico homogéneo”<sup>(61)</sup>. O art.º 47.º deste projecto, a propósito da política económica, consagra uma alusão ao mercado interno e à liberdade de circulação. Deste artigo pouco se retira a favor da autonomia do conceito de mercado interno e fica sem se perceber porque é que se fala em liberdade de circulação dos factores de produção, ao lado de mercado interno, já que este inclui de *per si* aquelas liberdades, pressupondo-as. O grande mérito deste projecto foi, sem dúvida, o de chamar a atenção para a necessidade de rever o Tratado C.E.E., a fim de prosseguir o caminho da integração europeia.

O relatório apresentado, em 1985, pelo Comité Dodge ao Conselho Europeu, onde basicamente se enunciam os objectivos, as políticas e as reformas institucionais indispensáveis à construção europeia, não é suficientemente elucidativo na definição dos contornos jurídicos do conceito de mercado interno. Tal facto é aliás compreensível, já que o próprio Comité se situou no plano político, sem pretender redigir um novo Tratado em forma jurídica.

Como já afirmámos, o estudo do conceito de mercado interno exige a adopção de uma perspectiva jurídica, e não meramente política, ainda que os antecedentes políticos dos instrumentos jurídicos devam ser tidos na devida conta.

O convite que em 1985 foi feito à Comissão, no intuito de realizar um inventário dos principais entraves ao comércio intra-comunitário e de definir as medidas destinadas a realizar o mercado interno, veio a redundar no chamado Livro Branco da Comissão, relativo ao mercado interno<sup>(62)</sup>. A eliminação das fronteiras físicas, técnicas e fiscais constitui a base fundamental desse inventário, que não nos ajuda a concretizar o conceito de

---

(60) Este projecto foi adoptado pelo Parlamento Europeu em 14. 2. 84 — JOCE, n.º C 77 de 19/3/84.

(61) Cfr. art.º 46.º do referido projecto.

(62) Bol. C.E., n.º 6/1985.

mercado interno de uma forma definitiva<sup>(63)</sup>. tratou-se de elencar um conjunto de preocupações de índole fundamentalmente económica, que deveriam depois ser suportadas pelos arranjos institucionais necessários que permitiriam a sua plena execução, o que em parte veio a suceder com a assinatura do A.U.E.

Esta referência a alguns dos antecedentes do A.U.E. permite ficar com uma ideia acerca das dificuldades que a Comunidade enfrentou na elaboração dos objectivos a prosseguir, e sobretudo dos meios a utilizar, para atingir um estágio mais elevado de integração. Como vimos, trata-se fundamentalmente de antecedentes políticos, que não permitem uma análise jurídica rigorosa e, muito menos, a definição dos contornos do conceito de mercado interno.

Fica por fazer neste ponto o estudo das propostas da Comissão relativas aos artigos do A.U.E., que dizem respeito directamente ao mercado interno. Essa referência parece, no entanto, enquadrar-se melhor na análise dos vários preceitos do A.U.E., que a seguir se irá fazer<sup>(64)</sup>.

## 4.2. *Análise de alguns dos preceitos considerados mais importantes*

### 4.2.1. *O art.º 8.º-A*

O art.º 8.º-A, juntamente com o art.º 100.º-A, é certamente um dos dois preceitos mais importantes introduzidos pelo A.U.E.<sup>(65)</sup>.

O 2.º parágrafo deste artigo pretendeu dar uma noção de mercado interno, afirmando que ele “compreende um espaço sem fronteiras inter-

---

(63) Apesar disso, estamos convencidos que a eliminação das fronteiras físicas não constitui um pressuposto essencial do mercado comum, já que a livre circulação dos factores de produção, enquanto tal, pode ser compatível com a existência de algumas fronteiras físicas. O mesmo não se passa com o mercado interno, no qual a livre circulação ultrapassa a perspectiva meramente económica, sendo por isso indispensável a supressão dessas barreiras. Daqui se retira mais um argumento para o reforço da ideia de que existem diferenças importantes entre estes dois estádios do processo de integração.

(64) *Infra* 4.2.

(65) No mesmo sentido, pode ver-se C.D. Ehlermann, *est. citado* p. 362 e 363.

nas, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado”.

Vale a pena, antes de mais, referir as duas propostas da Comissão relativas ao texto deste artigo. Na sua proposta de 16/9/85, a Comissão refere-se ao mercado interno, nos seguintes termos: “O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras, no qual a livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais é assegurada em condições idênticas às que existem dentro de cada Estado membro”.

Na última proposta da Comissão, de 5/10/88, acrescentou-se um termo à primeira parte da definição, para se afirmar que o mercado interno compreende um “espaço sem fronteiras *internas*”, conservando-se inalterado o resto do artigo<sup>(66)</sup>.

Como é fácil de observar, não foi esse o texto adoptado pelo A.U.E., que veio antes subordinar a realização da liberdade de circulação dos factores de produção às disposições do Tratado. Por mais que se tente argumentar em sentido contrário, verifica-se aqui um nítido recuo relativamente às propostas da Comissão<sup>(67)</sup>.

De qualquer forma, a expressão — espaço sem fronteiras internas — parece corresponder a uma concepção da liberdade de circulação, que ultrapassa a perspectiva economicista de mercado. Conforme refere Jean de Ruyt<sup>(68)</sup>, “la suppression des frontières devient un objectif en soi, de nature autant politique — et symbolique — que simplement économique”. Esta ideia merece no entanto uma nota — é que, para nós, como já se afirmou, o conceito de mercado interno não é um conceito meramente político, e muito menos simbólico. Concordamos que a noção de mercado

---

(66) Esta mudança compreende-se facilmente, na medida em que o mercado interno não pressupõe o fim das fronteiras externas da Comunidade, pelo que se achou por bem proceder a essa clarificação.

(67) É também curioso verificar que, enquanto nas propostas da Comissão a livre circulação de pessoas aparece referida em primeiro lugar, no texto final do A.U.E. refere-se primeiro a livre circulação de mercadorias. Parece-nos, no entanto, que não é por aí que os problemas se agravam, até porque, como é sabido, essa é a estrutura do próprio Tratado C.E.E.

(68) *Ob. cit.* p. 151.



interno ultrapassa a perspectiva meramente económica<sup>(69)</sup>, mas não podemos subordinar a novidade do conceito a desígnios meramente simbólicos e políticos. Acreditamos de facto que se está perante um “plus”, relativamente ao conceito tradicional de mercado comum<sup>(70)</sup>.

Esta perspectiva é da maior importância para a interpretação dos outros artigos do A.U.E. que dizem respeito ao mercado interno, *maxime* do art.º 100.º-A.

Se o 2.º parágrafo do art.º 8.º-A levanta alguns problemas conceituais importantes, o seu 1.º parágrafo coloca outras questões não menos significativas.

Ao fixar um período, que termina em 31/12/92, para que a Comunidade adopte as medidas destinadas a estabelecer progressivamente o mercado interno, de acordo com um conjunto de disposições do Tratado, e sem prejuízo das demais, o A.U.E. veio suscitar a questão de saber qual o significado da fixação daquele prazo. Como já vimos, defender que o mercado interno significa o mesmo que mercado comum, pode levar à conclusão de que se teria alargado o período de transição fixado no art.º 8.º, n.º 1 (que terminava em 1970) até final de 1992, com as gravosas consequências que isso poderia trazer em sede de “revogação” da jurisprudência comunitária, relativa ao efeito directo de um conjunto de normas do Tratado. Tal posição, além de não estar de acordo com a letra e o espírito da revisão consubstanciada pelo A.U.E., revela-se absolutamente desajustada aos

---

(69) Na verdade, a concepção de um espaço sem fronteiras internas abandona a ideia de uma simples livre circulação dos factores de produção, para dar lugar a uma perspectiva mais vasta dessa liberdade — no que diz respeito às pessoas, por exemplo, tratar-se-ia de consagrar a liberdade de circulação das pessoas enquanto tais, e não só enquanto agentes económicos.

(70) Discordamos assim de autores como A. Mattera, *op. cit.* p. 13, para quem, “les notions de marché commun et marché intérieur paraissent donc avoir le même contenu et viser les mêmes objectifs. La différence de formulation ayant été retenue probablement pour de raisons psychologiques et consacrée ensuite par l’Act Unique en égard notamment au succès qu’elle avait rencontré au niveau des médias, à la mobilisation du monde politique qu’elle avait générée et à l’idée de renouveau qu’elle semblait apporter par rapport à une notion — celle de marché commun — quelque peu sclérosée par les connotations bureaucratiques et mercantilistes qui lui étaient attachées”.

No sentido aliás de que a definição de mercado interno é mais ambiciosa e substancialmente mais vasta, podem ver-se Steindorff, *Gemeinsamer Markt Als Binnenmarkt*, 1986, ZHR 687, cit. por C. D. Ehlermann, *est. cit.* p. 365.

objectivos actuais da Comunidade, no sentido do progresso da integração económica<sup>(71)</sup>.

Como veremos, esta nossa perspectiva pode ser demonstrada pela análise que iremos fazer de mais alguns artigos introduzidos pelo A.U.E.

Mas, se consideramos ultrapassada esta visão, logo nos surge a dúvida sobre o valor jurídico da fixação daquele limite temporal e das eventuais consequências do seu não cumprimento.

É conhecida a declaração final relativa ao art.º 8.º-A do Tratado C.E.E., no qual se afirma que “a fixação da data de 31/12/92 não cria efeitos jurídicos automáticos”. Independentemente de se discutir o valor jurídico deste tipo de declaração, é inegável que ele será sempre inferior ao próprio texto dos Tratados, embora possa servir para a sua interpretação, já que resulta da vontade unânime de todos os signatários.

A preocupação fundamental daquela declaração, conforme decorre dos trabalhos preparatórios do A.U.E., foi a de evitar que o reconhecimento da equivalência noutros Estados de certas disposições, em vigor num dos Estados membros, fosse automático — foi esse sem dúvida o objectivo daquela declaração. Ora, esse problema ficou praticamente resolvido com o Art.º 100.º-B, cuja análise se fará mais adiante.

Isto significa também que, caso os órgãos comunitários não tomem as medidas necessárias até ao fim de 1992, com o objectivo de realizar o mercado interno, tal poderá constituir uma infracção às normas do Tratado, designadamente ao art.º 8.º-A<sup>(72)</sup>

O problema que no entanto sempre se terá de colocar é o de saber o que significa não se tomarem as medidas necessárias à realização do mercado interno.

Mais uma vez nos parece de defender que tais medidas ultrapassam o estabelecimento do mercado comum, pelo que se deverá ser mais exigente na concretização do conceito de mercado interno. No entanto, continua a

---

(71) Facto aliás confirmado pelo relatório relativo à União Económica e Monetária. *European Report*, *cit.*

(72) Há até quem defenda que tal incumprimento poderia consubstanciar uma omissão relevante nos termos do art.º 175.º-H.J. Glaesner, *Die Einheitliche Europäische Akte*, 20, EUR, 1985, p. 133 e Toth “*The legal status of declarations connexed to the Single European Act*, *Common Market Law Revue*, 1986, p. 812, ambos citados por C. D. Ehlermann, *est. cit.*

não ser fácil enumerar casuisticamente quando é que ainda se está a realizar o mercado comum e a partir de que momento já se estarão a tomar medidas para a realização do mercado interno. Julgamos que o Livro Branco da Comissão poderá ser um bom suporte para a definição desses contornos, mas caberá ao T.J.C.E. a explicitação clara desse conceito<sup>(73)</sup>.

#### 4.2.2. O art.º 8.º-C<sup>(74)</sup>

O art.º 8.º-C é uma disposição importante, especialmente para os países que, como Portugal, apresentam relevantes desníveis económicos e sociais. Ao contrário do que se tem afirmado repetidas vezes, não nos parece que ele consagre a ideia de uma Europa a duas velocidades, ou sequer de uma Europa “à la carte”<sup>(75)</sup>.

O propósito desta disposição é muito outro e, diríamos mesmo, essencial ao estabelecimento do mercado interno.

A teoria da integração económica dá como adquirida a ideia de que o processo de integração exige um desenvolvimento equilibrado das economias que compõem o respectivo espaço. Os ganhos económicos e sociais da integração económica não prescindem dessa contínua procura de harmonia. Faz pois todo o sentido que, para o estabelecimento de um estágio mais avançado de integração, se procure ter em conta “a amplitude do

---

(73) A este propósito, importa referir que o T.J.C.E. fez sempre uma interpretação extensiva do conceito de mercado comum, tendo por base uma visão progressiva e dinâmica do progresso da integração, designadamente para efeito de aplicação do art.º 235. Com isso se alargou substancialmente o âmbito do conceito. Parece-nos no entanto que esse procedimento não é motivo suficiente, para a conseqüente equiparação ao conceito de mercado interno.

(74) O art.º 8.º-B, também introduzido pelo A.U.E., não merece, ao que cremos, um tratamento autónomo, no âmbito deste trabalho. Efectivamente, trata-se de uma disposição processual, cujo sentido mais importante se deve retirar da parte final do seu 2.º parágrafo — na verdade, assegurar um progresso equilibrado no conjunto dos sectores abrangidos pelo mercado interno não é um objectivo discipiendo, até porque o processo de integração económica o exige. O art.º 8.º-C, que analisaremos em seguida, é prova disso mesmo.

(75) Daí que, salvo o devido respeito, não nos pareça inteiramente procedente a ideia de P. Pescatore, *est. cit.* p. 12, quando afirma, a propósito deste artigo, que “L’Europe à deux vitesses est donc arrivée”.

esforço que certas economias que apresentam diferenças de desenvolvimento devem suportar”<sup>(76)</sup>.

Acresce que, esta disposição contém duas importantes restrições — por um lado, só *excepcionalmente* se admitem disposições que constituam *derrogações*; por outro, caso se trate de derrogações, “deverão ter *carácter temporário* e implicar o *mínimo* possível de *perturbações no funcionamento do mercado comum*”<sup>(77)</sup>.

Para além destes comentários, importa referir mais três notas que ajudam a interpretar este artigo.

Em primeiro lugar, o facto de ele dever ser lido em conjugação com o art.º 130.º-A, que diz respeito à coesão económica e social. O desenvolvimento harmonioso do conjunto da Comunidade de que aí se fala é decisivo para compreender o conceito de mercado interno, como um espaço homogéneo, que não se reduz à mera liberdade de circulação dos factores de produção, nem tão pouco ao desmantelamento das fronteiras técnicas e fiscais.

O mercado interno constitui algo mais, e exige uma concepção de conjunto, passo essencial para o progresso do todo.

Não se trata portanto de consagrar *ad eternum* uma Europa a duas velocidades; do que se trata antes é de constatar a existência de diferenças, pressuposto essencial para que possam ser devidamente ultrapassadas.

Em segundo lugar, importa referir que, nas declarações finais ao A.U.E., a conferência considerou que o art.º 8.º-C se aplica às propostas que a Comissão fizer no âmbito do art.º 100.º-B, que adiante será melhor estudado.

Finalmente<sup>(78)</sup>, importa recordar que, o art.º 28.º-C do A.U.E. afirma expressamente que as disposições do Tratado de Adesão do Reino de Espanha e de Portugal não são afectadas pelo A.U.E., o que significa

---

(76) Cfr. art.º 8.º-C.

(77) É quanto a nós significativo que seja esta a única vez que o A.U.E. refere a expressão “mercado comum”. É que, bem vistas as coisas, é esta a expressão que melhor serve para exprimir o sentido deste artigo, já que as derrogações não são admitidas após o estabelecimento de mercado interno em 31/12/92. Embora se trate de um argumento fundamentalmente literal, a verdade é que ele reforça a ideia da diferença existente entre mercado comum e mercado interno, sendo este considerado um estágio mais avançado.

(78) “The last but not the least”.

também que o prazo implicitamente fixado no art.º 8.º-C não atinge algumas das datas prescritas no Tratado de Adesão e que são, como é sabido, diferentes da de 31/12/92.

#### 4.2.3. O Art.º 100.º-A (n.º 1e 2)

Integrado no capítulo relativo à aproximação de legislações, o art.º 100.º-A consubstancia um dos instrumentos mais importantes para a realização dos objectivos do art.º 8.º-A.

Esta disposição parte da ideia essencial de que a aproximação de legislações seria um dos instrumentos mais eficazes para o desenvolvimento do processo de integração.

Não é nossa intenção analisar com detalhe todos os números do art.º 100.º-A, até porque cada um deles coloca problemas específicos, que caem fora do âmbito do nosso estudo. Incidiremos a nossa atenção sobretudo nos n.ºs 1 e 2.

##### 4.2.3.1. Âmbito de aplicação. Confronto com o art.º 100.º *Importância do conceito de mercado interno.*

O esforço no sentido de se chegar a um conceito de mercado interno, tão rigoroso quanto possível, encontra aqui a sua primeira grande razão de ser.

Efectivamente, a aplicação do art.º 100.º-A (a definição do seu âmbito de aplicação) pressupõe resolvida a questão de saber quais as medidas relativas à aproximação de disposições, que têm por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

A ideia de que o instrumento de “aproximação de legislações” foi considerado um meio privilegiado para o estabelecimento do mercado interno resulta do Livro Branco da Comissão, mas é também esse o espírito do A.U.E. É também nossa convicção que, para este efeito, a expressão mercado interno deve ser interpretada no seu sentido mais lato<sup>(79)</sup>.

O art.º 100.º-A constitui uma derrogação ao art.º 100.º, e aquilo que logo se deve perguntar é se sobrá algum espaço para a aplicação do art.º 100.º.

(79) Só assim se poderá, como veremos — *infra*, p. 407 e ss. — tentar adequar os poucos instrumentos trazidos pelo A.U.E., aos seus ambiciosos objectivos, designadamente ao estabelecimento de mercado interno até 31/12/92.

Julgamos que todo este problema resulta talvez de um equívoco do A.U.E.<sup>(80)</sup>.

Concebendo o mercado interno como um estágio de integração económica mais avançado e exigente que o mercado comum, não se entende com clareza o art.º 100.º, quando confrontado com o art.º 100.º-A.

Havia talvez outras formas mais coerentes de ter resolvido este problema; poder-se-ia efectivamente ter mantido a regra da unanimidade para a adopção das medidas de aproximação das disposições em geral, e depois acrescentar-se-iam algumas derrogações, como a que resulta do art.º 100.º-A, n.º 1, e que se relaciona com o estabelecimento do mercado interno. Outra solução era a de revogar o art.º 100.º ou, pelo menos, de o expurgar da expressão mercado comum. O procedimento foi no entanto outro: manteve-se a regra da unanimidade para a aproximação de legislações *relativas ao mercado comum* e depois criou-se uma outra “regra”, para as matérias relacionadas com o mercado interno<sup>(81)</sup>.

Julgamos que a manutenção do art.º 100.º não foi, do ponto de vista jurídico, a solução mais feliz. Parece-nos aliás que, a manter-se o art.º 100.º, ele teria de ser diferente do actual, no sentido de que dele deveria ter sido expurgada a expressão “mercado comum”. Nesse caso, já era possível introduzir o art.º 100.º-A, que teria como objecto as matérias relacionadas com o mercado interno. Se se adoptasse este procedimento, a regra para a aproximação de legislações (fosse qual fosse a matéria em causa) seria a unanimidade, sem prejuízo de eventuais derrogações, como seria o caso do art.º 100.º-A, para o estabelecimento do mercado interno. E então, a partir daí, nada impedia que certas matérias relativas ao mercado interno fossem excepcionadas ao regime do art.º 100.º-A n.º 1, para ficarem sujeitas ao art.º 100.º, que assim teria um âmbito de aplicação mais vasto. O

---

(80) Esse provável equívoco mais não é do que o resultado a que se chega quando se manifestam diversas pressões políticas, por vezes de sentido contrário.

(81) Dizemos que se criou uma outra “regra”, já que nos parece que o âmbito material de aplicação do art.º 100.º-A, n.º 1, é necessariamente mais lato do que o previsto no art.º 100.º — isto pela simples razão de o mercado interno ser um “plus” em relação ao mercado comum. Neste sentido, o art.º 100.º é *ab initio* materialmente derogado na sua totalidade. Fazê-lo renascer para o tornar aplicável às excepções do n.º 2 do art.º 100.º-A parece não ser em termos jurídicos o procedimento mais correcto. E não se diga que a diferença entre os dois artigos resulta apenas das expressões — “disposições... que tenham *incidência directa*” (art.º 100.º) e “disposições... que têm *por objecto*” (art.º 100.º-A, n.º 1). Não nos parece que seja daí que resulta um âmbito de aplicação material distinto.

que não nos parece fazer muito sentido é que uma norma derogatória (como pretende ser o art.º 100.º-A n.º 1) tenha um âmbito material de aplicação mais vasto do que a norma derogada. Se assim fôr, não se pode falar em derrogação parcial, como parece dar a entender o A.U.E., mas em derrogação total.

Acresce que, sujeitar à unanimidade a aproximação das disposições relacionadas com o mercado comum, e depois vir exigir apenas uma maioria qualificada para as que respeitam ao mercado interno, constitui uma contradição nos termos.

É claro que este entendimento parte do pressuposto de que o conceito mercado interno constitui algo mais do que o de mercado comum. Como já vimos, é essa a única solução compatível com a teoria da integração económica, com as normas do Tratado, e com o próprio espírito do A.U.E.

Pese embora as considerações precedentes, muito dificilmente o T.J.C.E. se pronunciará no sentido de que o art.º 100.º-A, n.º 1, derogou na totalidade o art.º 100.º. Não temos é dúvida de que, não afirmando isso expressamente, o T.J.C.E. (82) vai alargar de tal forma o âmbito de aplicação do n.º 1 do art.º 100.º-A, que pouco ou nenhum espaço restará para o art.º 100.º.

A propósito dos problemas que aqui poderão surgir, ocorreu-nos uma hipótese que não queríamos deixar de referir. Imagine-se que o Conselho pretende adoptar um *regulamento*, no sentido de aproximar as disposições legislativas dos Estados membros relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados. Partindo do princípio que se estaria fora do âmbito dos art.º 49.º e 51.º do Tratado C.E.E., ter-se-ia de fazer o seguinte raciocínio. Em primeiro lugar, como parece indiciar o Tratado C.E.E., aplicar-se-ia o art.º 100.º; no entanto, como se trata de uma matéria relacionada com o mercado interno, sujeitar-se-ia essa aproximação de legislação à maioria qualificada do art.º 100.º-A, n.º 1. Só que, em virtude do n.º 2 do art.º 100.º-A, o n.º 1 resulta inaplicável. Que artigo aplicar então? O art.º 100.º? A aplicar-se o art.º 100.º, não se poderia adoptar o respectivo regulamento, uma vez que o art.º 100.º apenas permite a adopção de directivas.

---

(82) Que não faltará muito tempo, terá de debruçar-se sobre essa questão.

Como resulta claro do exposto, a manutenção do art.º 100.º cria incongruências manifestas que poderão conduzir a resultados que, como este, são pouco satisfatórios.

Julgamos, por isso, e em conclusão, que a entrada em vigor do art.º 100.º-A significa uma derrogação, senão completa, pelo menos quase total do art.º 100.º. *O único sentido útil* que pode restar do art.º 100.º é a *regra de votação*, e nada mais. Neste sentido, as remissões implícitas do n.º 2 do art.º 100.º-A para o art.º 100.º devem ser entendidas de forma restritiva, com o único objectivo de sujeitar a votação à unanimidade. Só assim se poderá chegar a uma interpretação razoável destes dois artigos, que permita ultrapassar as incorrecções da sua redacção. Se até agora se procurou defender o âmbito alargado que a aplicação do art.º 100.º-A deve consubstanciar, talvez seja importante concretizar um pouco mais essa ideia, analisando algumas das suas características principais. Do art.º 100.º-A, n.º 1, importa atentar em quatro pontos essenciais:

- em primeiro lugar, a regra de votação — maioria qualificada. Trata-se efectivamente de facilitar a tarefa de aproximação das legislações, passo essencial para o estabelecimento do mercado interno;
- depois, a remissão para o art.º 149.º, i.e., a sujeição ao processo de cooperação com o Parlamento Europeu, na adopção dessas medidas;
- em terceiro lugar, o alargamento dos instrumentos de aproximação — já não só as directivas, como acontecia no art.º 100., mas quaisquer outros meios, incluindo os regulamentos;
- finalmente, a ideia de que, como “disposição especial”, o art.º 100.º-A, n.º 1, vê a sua aplicação prejudicada, no caso de existirem no Tratado disposições diversas — será o caso, por exemplo, dos art.º 54.º e 57.º. Importa, no entanto, frisar que o mesmo raciocínio não deve estender-se, por exemplo, às medidas de aproximação em matéria de ambiente; é necessário que se trate de *disposições contrárias*, conforme refere o art.º 100.º-A, n.º 1; tratando-se *disposições diferentes*<sup>(83)</sup>, como é o caso do art.º 130.º-S, não se coloca esse problema. Efectivamente, o art.º 130.º-S exige unanimidade para decidir quais as acções a empreender, e também para as matérias que devem ser objecto de decisão a adoptar por maioria quali-

---

(83) Que não digam respeito especificamente à aproximação de legislações.



ficada. Isso não impede, do nosso ponto de vista, a aplicação do art.º 100.º-A, n.º 1, à aproximação de disposições dos Estados membros, em matérias de ambiente.

Gostaríamos ainda de referir que o facto de se ter defendido que o único sentido útil a retirar do art.º 100.º seria a aplicação da regra da unanimidade, significa também que, do nosso ponto de vista, é talvez possível defender que, quando o n.º 2 do art.º 100.º-A excepciona certas matérias à aplicação do n.º 1, pretende apenas sujeitá-las à regra da unanimidade; já não também afastar o processo de cooperação com o Parlamento Europeu e a possibilidade de se adoptarem outras medidas, que não só as directivas<sup>(84)</sup>.

Não queríamos terminar sem lembrar as três importantes excepções ao art.º 100.º-A, n.º 1, enumeradas no seu n.º 2 — as disposições fiscais, as relativas à livre circulação das pessoas, e as relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados. Para além das incorrecções terminológicas que logo se descortinam<sup>(85)</sup>, parece que se trata de importantes travões ao estabelecimento de mercado interno. É que se não existir aproximação de legislações nestas matérias absolutamente essenciais, não se poderá certamente atingir o mercado interno em 31/12/92. E pode não ser fácil, como é sabido, conseguir unanimidade no Conselho<sup>(86)</sup>.

#### 4.2.4. O art.º 100.-B

A proposta da Comissão de 16/9/85 previa que este artigo consagrasse um *reconhecimento automático* da equivalência das disposições não harmonizadas até 31/12/92, ao abrigo do art.º 100.º-A. Tal proposta não foi

---

(84) Temos no entanto consciência das dificuldades e das dúvidas que esta interpretação suscita, sobretudo face à letra do n.º 2 do art.º 100.º-A. Mas não nos admiraríamos se o T.J.C.E. viesse a confirmar esta interpretação.

(85) Os direitos e interesses dos trabalhadores assalariados não se relacionam com a livre circulação de trabalhadores? E essa matéria não está sistemática e materialmente integrada na livre circulação de pessoas? Cfr. Título III, Cap. I, do Tratado C.E.E.

(86) Os restantes números do art.º 100.º-A, colocam problemas específicos que caem fora do âmbito do presente estudo. Seria impossível fazer aqui a sua análise cuidada, que de resto está a ser objecto de outros trabalhos deste seminário.

aceite pelos Estados e a redacção final veio, em lugar do reconhecimento automático, *facultar* ao Conselho a possibilidade de decidir sobre quais as disposições em vigor num Estado membro, que devem ser reconhecidas como equivalentes às aplicadas por outro Estado membro. Esta deliberação deve ser tomada nos termos do art.º 100.º-A, isto é, por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, em cooperação com o Parlamento Europeu e após consulta do Comité Económico e Social. O que significa que, cabe ainda aqui à Comissão, o poder de iniciativa.

Conforme decorre do n.º 1 do art.º 100.º-B, este reconhecimento só é possível relativamente às matérias abrangidas pelo art.º 100.º-A, o que significa que se incluem apenas as disposições que têm por objecto o estabelecimento e funcionamento do mercado interno, e que não foram entretanto objecto de harmonização.

Uma das declarações finais do A.U.E., relativa ao art.º 100.º-B, manda aplicar o art.º 8.º-C às propostas que a Comissão possa fazer ao abrigo do art.º 100.º-B, n.º 1, 2.º parágrafo. Pode assim constatar-se que a Comissão deverá ter em conta a amplitude do esforço de certas economias, que apresentem diferenças de desenvolvimento, para o efeito de decidir sobre a equivalência de certas disposições.

É importante notar que, tendo em conta o n.º 3 do art.º 100.º-B, e o facto de o Conselho dever deliberar antes do fim de 1992, só até essa altura a Comissão terá em conta o referido no art.º 8.º-C, com o que não se alarga o seu âmbito temporal de aplicação. Antes se confirma aquilo que já havíamos defendido, *i.e.*, que o art.º 8.º-C apenas tem aplicação até 31/12/92, e não depois dessa data<sup>(87)</sup>.

Parece-nos pois que, a declaração final relativa ao art.º 100.º-B não é excessivamente gravosa e pode dizer-se que até seria desnecessária. Na verdade, as propostas da Comissão, ao abrigo do art.º 100.º-B, podem considerar-se como destinadas a realizar os objectivos enunciados no art.º 8.º-A, e se assim for, como a nós nos parece, a declaração final de que falamos é redundante.

O n.º 2 do art.º 100.º-B, manda aplicar analogicamente as disposições do art.º 100.º-A, n.º 4. É uma disposição estranha, até porque dificilmente se compreende que a remissão não abranja também o n.º 3, do art.º

---

(87) *Vd. supra* p. 398, nota 77.

100.º-A<sup>(88)</sup>. Trata-se no entanto de um problema que, como deixámos dito, não será abordado neste estudo.

Mais importante, é reter a ideia de que o método de que falámos no ponto anterior, começa a ter alguns reflexos no próprio texto do Tratado.

Efectivamente, o reconhecimento mútuo de legislações encontra no art.º 100.º-B um apoio indiscutível, ainda que não se trate de um reconhecimento automático, e esteja circunscrito no seu âmbito temporal de aplicação. Acresce ainda que, o processo de decisão previsto no art.º 100.º-B, n.º 1, 2.º parágrafo, remete para o art.º 100.º-A, n.º 1, o que faz com que a deliberação do Conselho seja difícil de obter. Na verdade, se não se consegue a maioria qualificada para a aproximação de legislações, ao abrigo do art.º 100.º-A, como poderá ela surgir para o reconhecimento previsto no art.º 100.º-B?

De qualquer forma, estamos perante um bom começo no sentido de admitir esta forma de harmonização, que como se depreende, se for automática, dispensa qualquer disposição comunitária, obrigando de *per si* os Estados membros a ter em conta as disposições dos seus parceiros na Comunidade.

## 5. Conclusões possíveis sobre o conceito de mercado interno.

Quando se procura estudar conceitos recentes, pretendendo dar-lhes um conteúdo material distinto dos tradicionais, depara-se necessariamente com grandes dificuldades.

Defendemos, ao longo deste breve estudo, que do ponto de vista da teoria da integração económica o conceito de mercado interno pode consubstanciar um estágio que se situe entre o mercado comum e a união económica e monetária.

---

(88) Neste sentido, C. D. Ehlermann, *est. cit.* p. 401.

Procurou-se encontrar no Tratado C.E.E. justificação para esta perspectiva, e julgamos que o objectivo terá sido atingido.

Que o mercado interno é algo mais que o mercado comum, é uma conclusão que decorre de vários preceitos:

- do art.º 8.º-A, quando confrontado com o art.º 8.º;
- do art.º 8.º-C, que apropriadamente ainda refere o mercado comum, para admitir que até ao estabelecimento do mercado interno, possam surgir determinadas derrogações temporárias;
- do art.º 100.º-A, n.º 1, que necessariamente alarga o domínio material da aproximação de legislações, não se quedando em facilitar o respectivo processo;
- do art.º 102.º-A, que confirma a ideia de que a união económica e monetária seria um estágio mais avançado de integração, que pode *inclusive* exigir novas modificações do Tratado — isso mesmo é confirmado pelo Relatório relativo à união económica e monetária<sup>(89)</sup>;
- do art.º 118.º-A que, ao preocupar-se com a segurança e a saúde dos trabalhadores, facilita o respectivo processo de decisão;
- dos art.º 130.º-A a 130.º-E, que inculcam uma concepção de mercado interno que vai para além da simples livre circulação dos factores de produção — a preocupação por um desenvolvimento harmonioso da Comunidade e pela redução das diferenças regionais é uma característica essencial do conceito de mercado interno;
- dos art.º 130.º-F a 130.º-Q, pela preocupação que revelam no domínio de investigação e desenvolvimento tecnológico;
- e, finalmente, dos art.º 130.º-R a 130.º-T, que enumeram os objectivos da Comunidade em matéria de ambiente.

De tudo isto, julgo legítimo concluir que o mercado interno definido pelo art.º 8.º-A é, do ponto de vista comunitário, algo mais do que o mercado comum, situando-se no entanto aquém da união económica e monetária.

Outra é a questão de saber se A.U.E. conseguiu conjugar os *meios* necessários para a consecução dos *objectivos*, que expressa e implicitamente definiu.

---

(89) *European Report cit.*

Parece-nos que aqui surgem alguns problemas. Senão vejamos:

- no art.º 57.º, pese embora se tenha sujeitado à maioria qualificada um conjunto de deliberações, manteve-se o requisito da unanimidade para as modificações ao regime das profissões, no que respeita à formação e acesso das pessoas singulares;
- no art.º 99.º, relativamente a uma matéria tão importante como é a dos impostos indirectos, manteve-se também a regra da unanimidade;
- do regime do art.º 100.º-A, n.º 1, excluíram-se as disposições fiscais, as relativas à livre circulação das pessoas e aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados, com o que se fez um enorme corte no conjunto de instrumentos ao dispor dos órgãos comunitários, para o estabelecimento do mercado interno;
- nos n.º 3, 4 e 5 do art.º 100.º-A, vieram admitir-se excepções à necessária harmonização;
- apesar dos objectivos de política social, não se vislumbra que o A.U.E. tenha criado mecanismos para aproximar devidamente as políticas dos Estados membros, para que numa fase ulterior esta se pudesse tornar numa das políticas comunitárias. A mesma crítica é extensiva às outras políticas — investigação e desenvolvimento tecnológico e ambiente.
- não se modificou, como manifestamente se deveria ter feito, o art.º 235.º, que deveria falar em mercado interno e já não em mercado comum — assim se poderia estender, com maior legitimidade, o seu âmbito de aplicação.

Como se pode ver, os *instrumentos* trazidos pelo A.U.E. para a realização dos seus *objectivos*, não foram os mais adequados, nem nos parecem suficientes.

Os diversos travões resultantes das difíceis negociações, tiveram aí um papel essencial e implicaram também diversas deficiências de redacção, que foram sendo apontadas.

Este cenário, que procurou chamar à atenção para a desadequação dos meios relativamente aos fins a atingir, não deve contudo tornar-nos pessimistas.

Julgo que, dentro dos limites em que o jurista se tem de mover, parece possível tentar tirar o máximo sentido útil das disposições do A.U.E.

Nestes termos, julgamos que o conceito de mercado interno do art.º 8.º-A, designadamente a expressão “espaço sem fronteiras internas”, deve ser interpretada no seu sentido mais lato, até porque isso corresponde ao seu conteúdo material. Esse procedimento terá as maiores consequências na interpretação e aplicação dos diversos artigos que se referem ao mercado interno, como é o caso dos artigos 100.º-A, 100.º-B, 130.º-B e 130.º-F, entre outros.

Além disso, onde ainda se fala em mercado comum (excepto talvez no art.º 8.º-C, onde a expressão está correctamente empregue), não nos deve repugnar uma interpretação dinâmica e actualista, de modo a que se passe a falar em mercado interno. Julgamos que assim se deve proceder, entre outros, relativamente ao artigo 235.º.

Por todas estas razões pode concluir-se que, pese embora alguns defeitos e incorrecções do A.U.E., ele marcou numa nova etapa no desafio de integração económica e social e, do ponto de vista jurídico, é possível defender-se uma interpretação tão extensiva quanto possível, do conceito de mercado interno.

Só assim se poderá ambicionar o cumprimento do artigo 8.º-A.

Julgamos aliás, que esta interpretação dinâmica será com certeza a adoptada pelo T.J.C.E., como aliás o tem sido ao longo de todo o processo de integração europeia.

## **6. Breves considerações finais**

Conforme afirmámos logo no início deste trabalho, não pretendíamos chegar a conclusões definitivas sobre o conteúdo material do conceito de mercado interno. Tal só se pode tornar possível com a aplicação dos diversos artigos do A.U.E., e com a interpretação que deles for sendo feita pelo T.J.C.E.

Se este trabalho tiver o mérito de chamar a atenção para a importância de um estudo mais aprofundado do conceito de mercado interno; se ele tiver conseguido provar a necessidade de autonomizar o conceito; se ele

der algum contributo à própria teorização deste estágio de evolução do processo de integração económica; e, se se tiver conseguido argumentar, no sentido de que se trata de algo mais do que o mercado comum, então terá valido a pena.

É nossa sincera convicção que o T.J.C.E. terá muito em breve de dar resposta a algumas das questões que aqui fomos levantando. Nessa altura é provável, que se chegue a conclusões não muito distantes daquelas que tentámos enunciar. Esse será o único caminho para prosseguir com êxito, o chamado “desafio de 1992”, que mais correctamente se deverá designar como desafio 1993<sup>(90)</sup>.

---

(90) Cfr. art.º 8.º-A.





### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Andreotti, Giulio — *L'Union Européenne: un personnage en quête d'auteur*, 1985.
- Botelho Moniz, Carlos — *Direito Económico da C.E.E.: reflexão sobre os objectivos, instrumentos e princípios da Comunidade*, A.E., 1982.
- Cecchini, Paolo — *A Grande Aposta para a Europa. O Desafio de 1992, Perspectivas e Realidades*, 1988.
- Cova, C. — *Hanovre: Vers l'Union Monétaire*, *Révue du Marché Commun*, 318, Junho de 1988.
- De Ruyt, Jean — *L'Acte Unique Européen*, *Études Européennes*, 1987.
- Ehlermann, C.D. — *The internal market following the Single European Act*, *Common Market Law Review*, 24, 1987.
- Glaesner, H. J. — *L'Acte Unique Européen*, *R.M.C.*, 298, Junho de 1988.
- Hirsch, Valérie — *Marché Intérieur: une nouvelle impulsion grâce à l'Acte Unique?*, *R.M.C.*, 303, 1987.
- Mattera, Alfonso — *Le Marché Unique Européen. Ses règles, son fonctionnement*, *Jupiter*, 1988.

Nunes de Amorim, Joaquim — Lições de Economia Internacional, U.C.P., 1981, Porto.

Pescatore, Pierre — Observations critiques sur l'Acte Unique Européen, Documentação e Direito Comparado, n.º 23, 1985.

Porto, Manuel — Do Acto Único à Nova Fronteira para a Europa, Coimbra, 1988.

Robson, Peter — The Economics of International Integration, George Allen & Unwin, Londres, 1980.

Vários Autores — L'Achèvement du marché intérieur européenne, Travaux de la Comissão pour l'étude des Communautés Européennes, Económica, 1987.

Vários Autores — An ever closer union, a critical analysis of the Draft Treaty establishing the European Union, European Perspectives, 1985.

**ESTUDOS  
SOBRE OS DIREITOS  
DO HOMEM**



JOSÉ MANUEL PUREZA

**A UNIVERSALIDADE  
DOS DIREITOS DO HOMEM  
FACE AOS DESENVOLVIMENTOS CIENTÍFICOS  
E TECNOLÓGICOS\***

*Sejamos realistas, exijamos o impossível!*  
(slogan de Maio de 1968, França)

*Não olhes, Marion! Aconteça o que acontecer,  
fecha os olhos e não olhes!*  
(fala de Indiana Jones, perante os efeitos da Arca da Aliança)

---

\* Comunicação apresentada ao Colóquio “Ética e Investigação Científica”, organizado pela Associação Ciência Tecnologia e Sociedade, em Lisboa, de 9 a 11 de Novembro de 1989. O autor deseja expressar o seu mais vivo agradecimento à Dra. Marta Santos Pais e ao Dr. João Madureira, do Sector de Direitos do Homem da Procuradoria Geral da República, pelo inestimável apoio em matéria bibliográfica e documental.



1. É já um lugar comum afirmarmos que habitamos a aldeia global de Marshall McLuhan. A um ritmo nunca dantes experimentado, a sociedade internacional emergente do segundo pós-guerra sofreu — e vem sofrendo — uma profundíssima transformação que lhe imprimiu uma natureza completamente nova.

Se o termo *planetarização* se adequa à descrição deste processo, veja-se nela a simbiose de duas dinâmicas aparentemente contraditórias: por um lado, uma *dinâmica de expansão*, por outro uma *dinâmica de convergência*. Cabe na primeira a democratização do palco internacional e consequentemente a denúncia dos modelos etnocêntricos, feita em homenagem a uma perspectiva valorizadora da heterogeneidade cultural e ética. Esta acentuação da pluralidade, no entanto, interage dialeticamente com uma crescente acentuação do *sentido comunitário* da sociedade internacional. À ciência e à tecnologia vem, aliás, cabendo inquestionável relevo neste aspecto, quer como geradoras de riscos e desafios planetários só solucionáveis à escala planetária — pense-se na finalidade armamentista de muitos dos desenvolvimentos científicos ou na degradação ambiental provocada pela rentabilização de técnicas industriais ou energéticas inovadoras — quer como fontes dos mais significativos processos de aproximação — veja-se o caso designadamente das novas tecnologias da informação.

Assim, dispersão e estreitamento são as duas marcas fundamentais da sociedade internacional do nosso tempo, mais do que nunca próxima de se assumir como “cidade terrestre”, mas uma cidade sempre heterogênea e internamente conflituante.

Este quadro, marcado por uma tensão dificilmente superável entre soberania do Estado e comunidade internacional, tornou-se numa referência incontornável para uma reflexão actualizada sobre a problemática dos direitos do homem. Significa isto fundamentalmente que um discurso dos direitos do homem para o nosso tempo não pode limitar-se ao intuito emancipatório vertidos nos catálogos de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados em cada Estado. Hoje, não pode prescindir-se da consideração dos direitos do homem como *gramática da vizinhança generalizada*, isto é, como instância juridicamente reveladora do sentido a imprimir ao rumo da sociedade internacional.

A centralidade dos direitos do homem no conjunto de manifestações jurídicas portadoras da ideia de comunidade universal testemunha afinal que a mutação operante na sociedade e no Direito internacionais tem um sentido preciso: o de “criar uma transcendência do homem acima dos tronos e das dominações”, afirmando-a, portanto, numa ordem que radicava precisamente na negação de uma tal transcendência<sup>(1)</sup>. Ou, para utilizar a expressão do Professor René-Jean DUPUY, que a comunidade internacional que se perfila no horizonte é *uma comunidade de homens mais do que uma comunidade de Estados*.

A universalidade é, assim, um tópico fundamental para qualquer abordagem dos direitos do homem ajustada às circunstâncias do nosso tempo.

## 2. Que universalidade?

A emergência de novas mundividências e de construções culturais diferentes, inerente ao processo de planetarização, veio pôr em xeque a concepção moderna da comunidade internacional. O ideal da comunidade universal harmoniosa, como fim natural e inevitável de uma heterogenei-

---

(1) DUPUY, R.J.: “L’universalité des droits de l’homme”, *Institut International des Droits de l’Homme, Recueil des Cours - Textes et Sommaires*, Julho de 1982, p. 2; IMBERT, P.H.: “L’universalité des droits de l’homme”, comunicação ao Colóquio “L’universalité des droits de l’homme dans un monde pluraliste” organizado pelo Conselho da Europa, *Doc. H-Coll. 89/1*, p. 12.



dade tida como mal transitório, não era, afinal, muito mais do que o corolário da arrogância indisfarçável do sistema eurocêntrico moderno, estruturado sobre a identificação de universalidade com uniformidade. Aí se joga a exportação do modelo de homem e dos respectivos sistemas valorativos do centro do sistema para a sua periferia.

A mundialização da sociedade internacional consolidou-se na condenação das tentações hegemónicas subjacentes àquela leitura. Desta forma, a universalidade dos direitos do homem tem hoje que ser equacionada a partir de um cenário complexo, em que se fazem sentir simultaneamente os estímulos da interdependência e da diversidade.

Está, pois, em causa a capacidade de pensar a universalidade dos direitos do homem numa comunidade internacional organizada em termos de pluralidade de sistemas de referência<sup>(2)</sup>. Seguindo o raciocínio de François JACOB, sem a diversidade, a noção ético-jurídica de igualdade careceria de qualquer significado útil. Assim, a universalidade dos direitos do homem não pode mais confundir-se com uma qualquer uniformidade heteronomamente imposta.

Nem é outro, cremos, o sentido do registo da igualdade de todos os homens *em dignidade e em direitos*, plasmado na Declaração Universal de 1948. É afinal a percepção de que a universalidade se postula como uma igualdade finalística (mas já vinculante como não discriminação), traduzida no reconhecimento, a cada homem e a todos os homens, da virtualidade de continuamente se transcender e se tornar mais humano do que é. Como escreve a Professora Jeanne HERSCH<sup>(3)</sup>, a universalidade é “um acto de fé pelo qual todo o homem reconhece um homem em todo o homem”.

Questionar o impacto do progresso científico e tecnológico sobre os direitos do homem é, por isso, interrogar-nos sobre as incidências geradas sobre aquela mesma virtualidade.

3. Domina ainda, na abordagem deste problema, o eco da tradição iluminista. Ciência e tecnologia, cada uma no seu plano específico, assu-

---

(2) DUPUY, R.J.: *op. cit.*, p. 11.

(3) “L’universalité des droits de l’homme, défi pour le monde de demain”, *Coloq. Cons. Eur., Doc. H/Coll.(89)4*, p. 4.

mem-se num contexto de “humanismo progressista”. A ciência, identificada com o permanente aprofundamento dos conhecimentos, é tida como um bem natural, cabendo à técnica um estatuto meramente instrumental e neutro. Globalmente, a ciência e a tecnologia são perspectivadas como um contributo inquestionável na emancipação do indivíduo, na exacta medida em que combatem o obscurantismo e a alienação.

Esta construção vem aliás de encontro às preocupações iniciais dos direitos do homem: estes surgem num contexto de afirmação do indivíduo face a uma dominação imediatamente política, económica e social mas não de rosto científico ou técnico<sup>(4)</sup>. Ao contrário, ciência e técnica são tidas como aliados inquebrantáveis do homem na aventura da sua afirmação.

Em boa verdade, porém, longe de terminar o problema começa aqui.

Porque, perante as encruzilhadas essenciais que gerou — precisamente entre saber e ignorância ou entre o possível e o desejável<sup>(5)</sup> — a modernidade originou, mais ou menos proximamente, por adopção directa ou por perversão, um conjunto de discursos que nos conduzem hoje a novas e insuspeitadas dúvidas. E, desde logo, à seguinte: as condições técnico-científicas do proclamado acesso do homem a estádios sucessivamente superiores não serão, elas mesmas, as condições da sua desumanização?

O primeiro daqueles discursos é o *discurso da funcionalidade*.

Enuncia-se nestes termos: é bom o que é tecnicamente correcto, o que funciona bem.

Aceite como um bem natural, o progresso técnico-científico esteve na base de um desenvolvimento de tal forma explosivo das forças produtivas que ele próprio se transformou numa força produtiva autónoma. Mas mais do que isso: abandonando o reduto cognitivo-instrumental, a técnica invade o próprio domínio institucional, derrubando os modelos tradicio-

---

(4) HOTTOIS, G.: “Philosophie des droits de l’homme et développements technoscientifiques”, in AA. VV., *Laïcité et Droits de l’Homme*, Bruxelas, 1989, pp. 151 ss..

(5) SOUSA SANTOS, B.: *The postmodern transition: law and politics*, Coimbra, 1989.

nais de legitimação e assumindo-se como o discurso apologético de uma dada organização das relações sociais. Quer dizer, como ensina HABERMAS<sup>(6)</sup>, a técnica neutraliza-se como instância crítica do estado de desenvolvimento das forças produtivas e da correspondente forma das relações sociais, para emergir como justificação dessas mesmas relações sociais, dadas como “tecnicamente correctas”.

Catapultada a critério decisivo da própria estruturação do mundo social da vida, a justificação técnica alimenta um processo de auto-coisificação do homem<sup>(7)</sup>, sacrificado à performance óptima do sistema. Assim, e seguindo ainda HABERMAS, “na consciência tecnocrática não se reflecte a anulação de uma conexão ética mas a repressão da eticidade como categoria das relações vitais em geral.”

Esta emergência da performatividade óptima como discurso fundamentador acarreta uma deslegitimação de todas as proposições que escapem, de alguma maneira, ao império da acção racional dirigida a fins.

E é aqui que a desestruturação do discurso tradicional sobre o homem atinge o ponto de irreversibilidade. Porque a consciência tecnocrática dominante arranca precisamente da absoluta sacralização da tecnociência, fonte inesgotável de possibilidades de domínio e transformação da natureza humana pelo próprio homem.

O endeusamento da ciência é a capitulação do Direito. Incapaz de se accionar como ponderação e faculdade de julgar, o Direito curva-se perante a proclamada superioridade das novas instâncias de legitimação (científicas, médicas, etc.). E, deste modo, “todo o possível da ciência se torna poder de direito.”<sup>(8)</sup>

O segundo discurso é o *discurso do subjectivismo*.

O seu enunciado é este: o homem percebe-se como sujeito, rodeado de objectos, disponíveis para a sua absoluta apropriação.

---

(6) *A Ciência e a técnica como “ideologia”*, trad. port., Lisboa, 1987, p. 48.

(7) *Ibidem*, p. 74.

(8) LABRUSSE-RIOU, C.: “La vérité dans le droit des personnes”, in AA.VV.: *L’homme, la nature et le droit*, Paris, 1988, p. 163.

A construção moderna da personalidade individual supõe uma diferenciação clara entre o homem e o mundo das coisas. A natureza, tida como “exterioridade em si mesma”<sup>(9)</sup> é algo de inerte, cuja apropriação dota o homem de uma existência própria, não meramente animal. É pela apropriação das coisas que o homem se reconhece como um ser livre<sup>(10)</sup>.

Ora, neste distanciamento entre o homem-sujeito e a natureza-objecto *fica incluído o próprio homem*. A construção da natureza como um artefacto, em ordem à sua mais cabal apropriação, arrasta o entendimento do homem como artefacto de si mesmo, passível de apropriação, experimentação e mesmo comercialização. Assim se cumpre a premonição de Norbert WIENER, pai da cibernética: “Transformámos tão radicalmente o nosso ambiente que devemos agora transformar-nos a nós mesmos, para podemos existir neste novo ambiente”.

O sujeito propriamente dito desprende-se dos seus atributos e da dimensão corpórea da existência — por outras palavras, o homem e o “material humano” são colocados em planos distintos — ficando tais atributos e tal “material” na livre disponibilidade do sujeito, designadamente para a sua exploração contratual e mercantil.

Ficou referida a capitulação do Direito em face das novas instâncias de legitimação. Capitulação sim, mas não silêncio. Porque há efectivamente uma expressão jurídica ajustada a este estado de coisas: os direitos subjectivos.

É claro que não pode ser esquecida a carga emancipatória inicial transportada por este conceito: os direitos subjectivos são a arma jurídica de afirmação do indivíduo perante a dominação e os seus abusos. Simplesmente, não pode igualmente ser esquecida a evolução registada no sentido da sua compreensão como *espaços de arbitrariedade* ou como *limites laterais absolutos* e que tal evolução é afinal a consequência inevitável da ausência de limites proporcionada pela ciência, pelo domínio da natureza, de si próprio e dos outros. Assim, cada vez mais o estatuto dos direitos subjectivos se assemelha ao de mónadas errantes que têm por única referência os impulsos instintivos do indivíduo.

---

(9) HEGEL, G.: *Princípios da Filosofia do Direito*, § 45, trad. port., Lisboa, 1976, pp. 56-57.

(10) EDELMAN, B.: “Entre personne humaine et matériau humain: le sujet de droit”, in AA.VV., *L'homme...*, op. cit., p. 109.

O homem do subjectivismo radical vive, com efeito, no mais completo isolamento. Por um lado, o seu “direito à liberdade total” (*right to total freedom*) conota invariavelmente o outro com a ameaça, afastando qualquer pressuposto de coexistência, de paridade ontológica, da construção dos direitos individuais. Por outro lado, a ideia de *self-ownership* afasta o homem de si mesmo, cindindo-o em sujeito e objecto.

4. A articulação do discurso da funcionalidade com o discurso do subjectivismo vem, pelo que fica enunciado, exigir uma elaboração extremamente cuidada do conceito de dignidade da pessoa humana como base da universalidade dos direitos do homem.

O progresso técnico-científico abre ilimitadamente o campo dos possíveis. Na capacidade de “melhorar o homem”, esbatem-se as fronteiras entre a desanimalização — que enriquece a humanidade pela recusa da concepção do homem como uma simples acumulação de efeitos biológicos hereditariamente ou ambientalmente fixados — e a desumanização. Perante um homem transformado em valor de troca e material de consumo<sup>(11)</sup>, perante a inevitabilidade — decorrente da racionalidade económica — de uma difusão e aplicação selectivas, quer ao nível interno quer sobretudo à escala internacional, das técnicas de ponta, a dignidade da pessoa humana “arrisca-se a surgir como alibi para todas as barbáries.”<sup>(12)</sup>

Impõe-se assim uma reequação entre o campo dos possíveis e a salvaguarda necessária do princípio de humanidade, em vista de um novo equilíbrio pautado ainda pela emancipação como princípio-guia. Um novo equilíbrio que ouse travar a alucinação do domínio sobre tudo e sobre todos mas que ouse também aceitar o desafio de mais possíveis sempre por descobrir.

Ao Direito cabe, nesta correcção de rumo, constituir-se como discurso alternativo à pulverização de propostas de fundamentação técnica, assumindo-se claramente como instância de arbitragem, de julgamento (e, portanto, necessariamente de redução) das verdades em conflito, não hesitando em balizar, através de interdições claras, o caminho da investigação e da experimentação.

---

(11) ATTALI, J.: *L'ordre canibale*, Paris, 1979.

(12) CORNAVIN, Th.: “Théorie des droits de l’homme et progrès de la biologie”, *Droits*, 1985 n.º 2.

O pluralismo ético da comunidade internacional contemporânea obsta, já o dissemos, à fixação apriorística de modelos e de verdades indiscutíveis. Por isso, a universalidade, hoje, tem que constituir-se na articulação e densificação das dinâmicas de sentido comum experienciadas pelas diferentes mediações jurídicas e culturais, nacionais ou regionais.

Mas, como temos vindo a defender, a ideia de universalidade supõe também o estabelecimento de um conjunto mínimo de tópicos materiais que situem toda a argumentação aquém do “inacceptable universel” de que fala IMBERT<sup>(13)</sup>.

É precisamente com este sentido que inscrevemos a necessidade de um aprofundamento jurídico do clássico princípio da indisponibilidade da pessoa, *depositária e não proprietária do princípio de humanidade*, e que encontra concretizações, desde logo, na consideração do corpo como *res extra commercium* e da identidade civil como limite intransponível<sup>(14)</sup>.

A universalidade dos direitos do homem, compreendida como reconhecimento da possibilidade-vocação do homem continuamente aprofundar a sua humanidade, constitui um desafio a um percurso exigente, que ultrapasse o desafio do poder absoluto oferecido pela tecnociência, sem se deixar tolher pelo medo da inovação. E sempre na percepção plena de que *a aventura científica é também uma aventura jurídica*<sup>(15)</sup>.

---

(13) *Op. cit.*, p. 15.

(14) LABRUSSE-RIOU, C.: “Servitude, servitudes”, in AA.VV.: *L’homme...*, *op. cit.*, p. 315.

(15) *Ibidem*, p. 370.

**ORGANISMOS  
INTERNACIONAIS**

**NAÇÕES UNIDAS**





O COMITÉ  
PARA A ELIMINAÇÃO  
DE  
DISCRIMINAÇÃO RACIAL

*1. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Dezembro de 1965, a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial constitui hoje ainda um dos documentos mais amplamente ratificados no seio da Organização.*

*A Convenção, considerando que a superioridade baseada na diferenciação entre raças é cientificamente falsa, moralmente condenável e socialmente injusta, e reconhecendo que a discriminação é susceptível de perturbar a paz e a segurança, preconiza o combate a todas as formas de discriminação racial. E define este conceito de forma ampla, cobrindo toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica que se destine a destruir ou a comprometer o reconhecimento da igualdade, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, nos domínios político, económico, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública (artigo 1.º).*

*A Convenção convida à adopção de medidas tendentes a prevenir e a reprimir os actos de discriminação racial, realizados pelo Estado ou seus agentes, por organizações, grupos ou indivíduos, bem como a favorecer a compreensão, a tolerância, a amizade entre nações e grupos raciais ou étnicos.*

*Nos termos do artigo 9.º da Convenção, os Estados Parte comprometem-se apresentar periodicamente, ao Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, relatórios sobre as medidas de natureza legislativa, judiciária, administrativa ou outra tendentes a dar efeito às disposições da Convenção.*

*Este Comité é composto por dezoito peritos de reconhecida competência no domínio dos direitos do homem, representando as diferentes regiões geográficas e os principais sistemas jurídicos, peritos que asseguram as suas funções de forma imparcial, de acordo com a sua consciência e não nos termos de eventuais instruções recebidas dos seus Governos.*

*2. Portugal aprovou este instrumento jurídico internacional pela Lei 7/82, de 29 de Abril, tendo depositado o respectivo instrumento de ratificação em Agosto do mesmo ano.*

*Nos termos das obrigações internacionalmente assumidas, têm sido apresentados, de forma periódica, os relatórios nacionais previstos pelo referido artigo 9.º da Convenção, beneficiando-se, no quadro da acção do Comité, de um diálogo vivo e construtivo com os diferentes peritos que compõem este órgão convencional.*

*Os documentos cuja publicação agora se assegura reflectem exactamente a apresentação e debate do 2.º Relatório Português, decorrido em Genebra, em Agosto de 1988.*

*O Boletim Documentação e Direito Comparado vem assegurando de forma sistemática a publicação dos relatórios apresentados pelo nosso país às diferentes instâncias das Nações Unidas, no domínio dos direitos do homem.*

*Pretende-se, deste modo, assegurar a divulgação de um documento que reflecte a realidade portuguesa neste domínio, — e que se não esgota, aliás, no campo jurídico —, evidenciar o reflexo destas acções na comunidade internacional, e contribuir para o reforço da sensibilização da opinião pública para a importância desta actividade.*

*Por outro lado, acolhe-se uma preocupação que de forma crescente se manifesta nas Nações Unidas, de justamente assegurar uma larga difusão dos relatórios nacionais no seio do país — preocupação que a recentemente aprovada Convenção sobre os Direitos da Criança reflectiu no seu artigo 44 n.º 6, e que o Projecto de Declaração sobre os “Defensores dos Direitos do Homem” procurar instituir de forma genérica.*

*Segue-se, assim, a publicação, pela ordem indicada, das Actas do Comité e do 2.º Relatório de Portugal de aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.*

*Marta Santos Pais*

**ACTA DO COMITE  
PARA A ELIMINAÇÃO  
DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL\***

.....  
**PORTUGAL**

95 Le Comité a examiné le deuxième rapport périodique du Portugal (CERD/C/126/Add. 3) à ses 820<sup>e</sup> et 822<sup>e</sup> séances tenues les 4 et 5 août 1988 (CERD/C/SR.820 et SR.822).

96. Le rapport a été présenté par le représentant de l'Etat partie qui a évoqué la structure démocratique de son pays, les droits fondamentaux énoncés dans la Constitution et les normes et règlements du droit international en matière de droits de l'homme auxquels le Portugal avait adhéré. Il a affirmé, notamment, que toute victime d'une discrimination pouvait se présenter devant un tribunal pour faire valoir ses droits. Le représentant a aussi évoqué les activités de sensibilisation et de formation dans le domaine

---

(\*) Extracto do documento A/43/18, supplément n.º 18, 1988.

des droits de l'homme qui avaient été développées dans son pays à l'intention des magistrats, des membres de la police, du personnel des établissements pénitentiaires, des étudiants et de l'opinion publique en général.

97. Le représentant a ensuite fait état des principales mesures législatives concernant les droits de l'homme adoptées au Portugal depuis la préparation du deuxième rapport périodique de son gouvernement en août 1986. À ce propos, il a mentionné la loi N.º 44/86 qui contenait des garanties de maintien et respect des droits fondamentaux de l'individu, même en état de siège ou en état d'urgence, et la possibilité de recours aux tribunaux en cas de violation, ainsi que le Code de procédure pénale, adopté par le décret-loi N.º 78/87 qui prévoyait, entre autres, un renforcement des droits de défense de l'inculpé. Il a aussi déclaré qu'en décembre 1987, le Gouvernement portugais avait légiféré sur l'accès au droit et aux tribunaux, et qu'un système de promotion du droit à l'information et à la protection juridique, prévu par la Constitution, avait été institué. Les étrangers et apatrides résidant légalement au Portugal jouissaient de ce droit de protection juridique qui était reconnu aussi aux étrangers non résidents qui étaient ressortissants de pays accordant le même traitement aux Portugais. Enfin, le représentant du Portugal a donné des renseignements sur la loi N.º 87/88 du 30 juillet 1988 qui réglementait l'exercice de l'activité de radiodiffusion dans le territoire national.

98. Les membres du Comité ont félicité le Gouvernement portugais pour son rapport qui avait été établi conformément aux principes direc-

teurs du Comité et qui montrait bien que les autorités portugaises appliquaient la Convention avec succès.

99. Sur un plan général, certains membres du Comité ont demandé des renseignements sur la situation des territoires d'outre-mer appartenant au Portugal et sur la composition des résidents étrangers au Portugal par origine ethnique. On a aussi demandé si le Gouvernement portugais envisageait de faire la déclaration prévue à l'article 14 de la Convention reconnaissant la compétence du Comité pour recevoir et examiner les communications émanant de particuliers.

100. S'agissant de l'article 3 de la Convention, des membres du Comité ont noté que le Gouvernement portugais maintenait des relations diplomatiques avec l'Afrique du Sud. Ils ont demandé à ce propos quelles étaient, de l'avis du Gouvernement portugais, les mesures à prendre pour faire pression sur le Gouvernement sud-africain et l'amener à renoncer à sa politique d'*apartheid*. Ils ont aussi demandé des renseignements sur la balance commerciale des échanges entre le Portugal et l'Afrique du Sud, sur les mesures prises par les autorités portugaises pour faire cesser toute vente d'armes à ce pays, sur les investissements sud-africains au Portugal et les investissements portugais en Afrique du Sud et sur l'assistance fournie par le Portugal aux victimes de l'*apartheid*. On a demandé si des citoyens portugais résidant en Afrique du Sud avaient opté pour la nationalité sud-africaine et si des sociétés portugaises exerçaient toujours des activités en Afrique du Sud, soit directement, soit par l'entremise de sociétés transnationales.

101. En ce qui concerne l'article 4 de la Convention, on a souhaité savoir quelles mesures le Gouvernement portugais avait adoptées pour éviter toute manifestation de discrimination raciale et si des organisations défendant des idées incitant à la discrimination raciale avaient été à l'origine de manifestations et, dans l'affirmative, comment le gouvernement avait réagi.

102. À propos de l'article 5 de la Convention, les membres du Comité ont souhaité savoir si les minorités vivant au Portugal avaient des difficultés d'accès à la fonction publique et dans quelle mesure elles y participaient, et quels étaient les critères pour accorder ou refuser le permis de résidence à des étrangers ou à des personnes en provenance des anciennes colonies portugaises. Des précisions ont été demandées notamment, sur le nombre de personnes qui avaient demandé à conserver ou à obtenir la nationalité portugaise après l'indépendance des anciennes colonies. On a aussi souhaité recevoir des renseignements sur le niveau d'instruction et de chômage parmi les minorités ethniques vivant au Portugal, sur le taux d'analphabétisme existant dans le pays, en particulier chez les immigrés, sur la situation à propos des soins de santé et sur le respect du droit au travail et au libre choix de la profession.

103. À propos de l'article 6 de la Convention, on a demandé si aucune affaire soulevant un problème de discrimination raciale n'avait été portée devant les tribunaux après la préparation du rapport en 1986 ou si des citoyens portugais s'étaient adressés, à ce sujet, aux instances internationales et s'ils avaient pu obtenir une assistance judiciaire gratuite.

104. Pour ce qui est de l'article 7 de la Convention, on a souhaité savoir quelles mesures avaient été prises pour familiariser la population portugaise avec les traditions culturelles des nombreuses minorités ethniques vivant au Portugal, si d'autres langues que le portugais étaient enseignées à l'école, si l'enseignement des droits de l'homme était une matière distincte et si, dans le cadre de la formation des policiers en matière de droits de l'homme, on les informait du Code de conduite pour les responsables de l'application des lois adoptées par l'Assemblée générale en 1979.

105. Répondant aux questions des membres du Comité, le représentant du Portugal a rappelé que depuis 1975 le Portugal avait démantelé son ancien empire colonial et qu'il restait, actuellement, seulement deux territoires d'outre-mer sous administration portugaise: Macao dont le transfert de l'exercice de la souveraineté en 1998 avait fait l'objet de discussions et d'un accord avec la Chine en avril 1988, et le Timor oriental qui avait fait l'objet d'un processus de décolonisation en 1975, mais qui se trouvait actuellement occupé par l'armée indonésienne. Il a aussi déclaré que, par respect du principe de la non-discrimination raciale énoncé à l'article 13 de la Constitution portugaise, il n'y avait pas dans son pays une classification des résidents étrangers par origine ethnique. Quant à la déclaration visée à l'article 14 de la Convention, il a signalé que des études étaient en cours au Portugal dans ce domaine.

106. En ce qui concerne l'application de l'article 3 de la Convention, le représentant a réitéré la condamnation résolue de l'*apartheid* par son gouvernement. Celui-ci ne pouvait pas faire abstraction du fait que 700 000 ressortissants portugais résidaient en Afrique du Sud, ce qui l'amenait à

maintenir des contacts visant à protéger la sécurité de cette communauté. Le représentant a par la suite fait état des relations économiques entre le Portugal et l'Afrique du Sud et il a déclaré que son gouvernement estimait que la cessation de ces relations aurait des conséquences désastreuses pour les couches les plus défavorisées de la population sud-africaine, mais qu'il participait à l'action conjointe de groupes d'Etats et de la communauté internationale dans son ensemble pour lutter contre l'*apartheid* par la voie du dialogue.

107. À propos de l'application de l'article 4 de la Convention, le représentant du Portugal a rappelé les dispositions de la Constitution portugaise et du droit pénal qui interdisaient toute idée ou organisation incitant au racisme et il a déclaré que, à sa connaissance, aucune manifestation d'association raciste ne s'était produite au Portugal.

108. En ce qui concerne l'article 5 de la Convention, le représentant de l'Etat partie a évoqué, entre autres, les dispositions constitutionnelles qui reconnaissent l'égalité des droits de tous les citoyens à propos de l'accès aux fonctions publiques et les critères adoptés par son gouvernement pour attribuer ou permettre de maintenir la nationalité portugaise aux nombreuses personnes qui provenaient des anciens territoires d'outre-mer. Il a affirmé que, parmi les critères adoptés, celui de la race n'avait pas été pris en considération. Il a aussi fourni des renseignements sur l'attribution de cartes de séjour, notamment dans les cas d'asile politique, sur le taux d'analphabétisme au Portugal, qui était inférieur à 16%, sur les mesures prises pour le combattre, et sur les dispositions régissant le droit au



travail et les conditions de travail. Il a souligné que le taux de chômage avait récemment diminué au Portugal pour atteindre 8% en 1987.

109. A propos de l'article 6 de la Convention, le représentant du Portugal a, entre autres, confirmé qu'aucune affaire soulevant un problème de discrimination raciale n'avait été portée devant des tribunaux ou des instances internationales.

110. Au sujet de l'article 7 de la Convention, le représentant a évoqué les mesures adoptées au Portugal dans le domaine de l'enseignement qui permettaient de combattre la discrimination raciale et dont le rapport de son gouvernement faisait état. Il a précisé que d'autres langues que le portugais étaient enseignées dans les écoles et que, dans le cadre des cours de formation pour les magistrats, les policiers et le personnel des établissements pénitentiaires, plusieurs textes du Conseil de l'Europe et des Nations Unies, tels que le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, étaient distribués en portugais et analysés.



COMITE POUR L'ELIMINATION DE  
LA DISCRIMINATION RACIALE

*Trente-quatrième session*

EXAMEN DES RAPPORTS PRESENTES PAR LES  
ÉTATS PARTIES  
EN VERTU DE L'ARTICLE 9  
DE LA CONVENTION

*Deuxièmes rapports périodiques d'États parties prévus pour 1985*

*Additif*

PORTUGAL <sup>(1)</sup>

*(le 11 août 1986)*

TABLE DES MATIERES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-10
PREMIERE PARTIE GENERALITES	11-37

---

(1) Pour le rapport initial soumis par le Gouvernement du Portugal, voir le document CERD/C/101/Add. 8 et, pour l'examen de ce rapport par le Comité, voir les documents CERD/C/SR. 727, SR. 728 et SR. 730.

## DEUXIÈME PARTIE RENSEIGNEMENTS RELATIFS AUX

ARTICLES 2 A 7 38-236

Article 2 38-60

Article 3 61-63

Article 4 64-74

Article 5 75-143

Article 6 144-161

Article 7 162-226

CONCLUSIONS

227-230

## ANNEXE

*Liste des documents transmis par le Gouvernement portugais  
avec le présent rapport.*

## INTRODUCTION

1. Le présent rapport concerne l'application en droit interne des dispositions de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A (XX) du 21 décembre 1965, et entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

2. Cette Convention a été approuvée, en vue de son adhésion, par la loi de l'Assemblée de la République portugaise N.º 7/82, du 29 avril, et est entrée en vigueur pour le Portugal le 23 septembre 1982.

3. Il s'agit du deuxième rapport portugais, présenté selon les termes du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention.

4. Le premier rapport a, en effet, été élaboré en juillet 1984 (CERD/C/101/Add. 3) et présenté au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale en août 1985.

5. Le dialogue établi avec le Comité a permis d'actualiser les informations incluses dans le rapport initial concernant les mesures d'ordre législatif, judiciaire et administratif adoptées dans l'ordre juridique interne et donnant effet aux dispositions de la Convention.

6. Seulement quelques mois sont passés depuis cette présentation.

7. Le délai entre-temps écoulé et le fait qu'il s'agit d'une deuxième rapport limitent naturellement l'extension de ce deuxième rapport. Nous essaierons d'y inclure des renseignements actuels sur l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale en droit interne, complémentaire au premier rapport présenté, et exprimons le désir de contribuer à l'éclaircissement des observations soulevées par les membres du Comité lors de la discussion du premier rapport portugais.

8. Ce deuxième rapport tiendra naturellement compte des Principes directeurs du Comité (CERD/C/70/Rev. 1), document de travail indispensable à la conception et structure de ce rapport.

9. Le rapport sera divisé en deux parties: la première partie, qui, compte tenu des informations fournies dans le premier rapport et ayant comme point de repère l'article premier de la Convention, réaffirme la valeur du principe de l'élimination de la discrimination raciale au Portugal, et la deuxième partie, où seront inclus des renseignements concernant l'application des articles 2 à 7 de la Convention, accompagnés d'un exemplaire de la législation nationale mentionnée. Il sera ainsi possible de donner au Comité des informations complètes sur l'application interne de la Convention.

10. A notre connaissance, aucune affaire soulevant un problème de discrimination raciale n'a été portée devant les tribunaux portugais — soit en invoquant la législation nationale, soit en invoquant la législation internationale, directement applicable à l'intérieur du pays après publication officielle, du fait de l'article 8 de la Constitution portugaise. Nous croyons bien, comme il a d'ailleurs été soutenu au moment de la présentation de notre premier rapport, que ceci se doit au fait que ce principe de la non-discrimination en raison de la race est une donnée culturelle du peuple portugais, un sentiment enraciné. En effet, outre les instruments juridiques internationaux en vigueur, en droit interne, il y a plusieurs dispositions de droit interne qui, d'une façon nette et précise, condamnent, et parfois punissent, les pratiques de discrimination raciale. Il serait ainsi facile de

porter devant les tribunaux de situations dans lesquelles des attitudes discriminatoires, notamment en raison de la race, pourraient être connues et condamnées. L'absence d'affaires concernant ce problème nous fait croire à l'inexistence de violations de ce principe.

## PREMIERE PARTIE / GENERALITES

11. La Constitution portugaise manifeste à maintes reprises la préoccupation d'assurer la protection des droits de l'homme et défend de façon systématique le principe de la pleine égalité devant la loi et la non-discrimination.

12. Il n'est donc pas surprenant de lire, parmi les principes fondamentaux de la Constitution, que:

“La République portugaise est un État de droit démocratique, fondé sur la souveraineté populaire, sur le respect et la garantie des droits et libertés fondamentaux...” (art. 2),

“Le Portugal obéit, en matière de relations internationales, aux principes... du respect des droits de l'homme...” (art. 7, par. 1),

“Les tâches fondamentales de l'État sont:

b) Garantir les droits et les libertés fondamentaux et le respect des principes de l'État de Droit démocratique...” (art. 9).

13. Et dans la partie concernant les droits et les devoirs fondamentaux, on détermine que:

“Tous les citoyens jouissent des droits et sont assujettis aux devoirs énoncés par la Constitution...” (art. 12, par. 1).

14. L'article 13 établit, à son tour:

"1. Tous les citoyens ont la même dignité sur le plan social et sont égaux devant la loi.

2. Nul ne peut être privilégié, avantagé, défavorisé, privé d'un droit ou exempté d'un devoir en raison de son ascendance, de son sexe, de sa race, de sa langue, de son lieu d'origine, de sa religion, de ses convictions politiques ou idéologiques, de son instruction, de sa situation économique ou de sa condition sociale."

15. Ce principe de l'égalité est encore applicable dans les cas où il s'agit d'étrangers ou d'apatrides. En effet, l'article 15 du texte constitutionnel détermine:

"1. Les étrangers et les apatrides séjournant au résidant au Portugal jouissent des droits et sont assujettis aux devoirs des citoyens portugais.

2. Echappent aux dispositions du paragraphe précédent les droits politiques, l'exercice de fonctions publiques n'ayant pas un caractère essentiellement technique et les droits et les devoirs que la Constitution et la loi réservent exclusivement aux citoyens portugais.

16. Interprétées et appliquées en accord avec la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 16), les dispositions constitutionnelles et légales interdisent donc tout texte contrevenant, nommément pour ce qui est de la discrimination raciale. En effet, la validité des lois et des actes de l'État dépend de leur conformité à la Constitution (art. 3, par. 3), et les auteurs de violations de ces principes fondamentaux seront soumis au régime légal prévu pour la protection des droits fondamentaux: recours aux tribunaux, responsabilité des auteurs, etc.

17. Comme nous l'avons mentionné dans le premier rapport présenté par le Portugal devant la Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, la majorité de la doctrine portugaise défend que l'article 8 de la



Constitution de la République portugaise a consacré un système de réception plaine du droit international. L'article 8 se lit:

“1. Les règles et les principes de droit international général ou commun font partie intégrante du droit portugais.

2. Les règles qui découlent de conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées produisent leurs effets sur le plan intérieur après leur publication officielle pour autant qu'elles lient internationalement l'État portugais.

3. Les normes approuvées par les organes compétents des organisations internationales, dont le Portugal est membre, s'appliquent directement dans l'ordre juridique interne, pourvu que cette condition ait été expressément prévue par les respectifs traités constitutifs.”

18. Selon ce secteur majoritaire, la valeur du droit conventionnel, bien que celle du droit international commun, est infraconstitutionnelle et supralégale.

19. De ce fait, les droits prévus par les conventions et accords internationaux et, naturellement, par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, après leur ratification par le Portugal et leur publication au Journal officiel (*Diário da República*) sont d'application directe et engageant, directement, toutes les entités publiques ou privées (Constitution, art. 18).

20. Ceci veut dire que, dans le cas où une violation de ces principes serait constatée, violation qui se traduirait par une discrimination — interdite à plusieurs reprises par la Constitution et la législation portugaise et nommément par l'article 13 de la Constitution — la victime pourrait s'adresser à un tribunal pour faire valoir ses droits, la justice ne lui pouvant être déniée pour défaut de moyens financiers (Constitution, art. 20). Et dans le cas où la situation économique empêcherait quelqu'un de payer les frais de justice, l'institut de l'assistance judiciaire lui permettrait d'ester en justice sans qu'il soit nécessaire de payer les frais d'avance ou les honoraires d'un avocat.

21. Les tribunaux, organes de souveraineté compétents pour administrer la justice au nom du peuple (Constitution, art. 205), assurent “la défense des droits et des intérêts légalement protégés des citoyens”, répriment la violation de la légalité démocratique et règlent les conflits d’intérêts, publics ou privés (Constitution, art. 206).

22. Selon l’article 207 de la Constitution, ils “ne pourront pas appliquer de normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou violent des principes qui y sont consacrés”.

23. Or, il incombe à la Cour constitutionnelle d’apprécier l’inconstitutionnalité (Constitution, art. 213). Et ce contrôle pourra être préventif, dans le cas où il concerne des lois, traités ou accords envoyés au Président de la République pour promulgation ou approbation (Constitution, art. 278), abstrait pour ce qui est de toute disposition légale (Constitution, art. 281), et concret par rapport aux décisions des tribunaux qui se refusent à appliquer une norme en raison de son inconstitutionnalité ou qui appliquent une norme dont l’inconstitutionnalité ait été invoquée au cours du procès (Constitution, art. 280).

24. Remarquons que, d’après le paragraphe 2 de cette disposition, si la norme dont l’application a été récusée figure dans une convention internationale, le recours de cette décision devant la Cour constitutionnelle est obligatoire pour le Ministère public.

25. N’oublions pas, en outre, que le texte constitutionnel reconnaît au “Provedor de Justiça” (médiateur) — entité qui, en appréciant les réclamations adressées par les citoyens, formule des recommandations aux organes compétents pour prévenir ou réparer des injustices (Constitution, art. 23) — le pouvoir/devoir de demander à la Cour constitutionnelle de déclarer inconstitutionnelles des dispositions qu’il estime contraires à la Constitution.

26. Il faudra, enfin, mentionner le droit de pétition et d’action populaire, prévu par l’article 52 de la Constitution, qui permet aux citoyens de présenter des réclamations ou des plaintes pour défendre leurs droits, les lois ou l’intérêt général.

27. Sur le plan international, et étant donné la ratification de quelques conventions internationales, les citoyens qui se croient victimes de la violation des droits prévus par ces instruments juridiques pourront, selon les procédures y établies, s'adresser aux instances de contrôle créées par ces mêmes textes.

28. C'est notamment le cas de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme, dont la création a été prévue, au sein du Conseil de l'Europe, par la Convention européenne des droits de l'homme, et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dont le rôle a été prévu par le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

29. D'après l'alinéa c) de la première partie des Principes directeurs du Comité, les États parties à la Convention sont priés de fournir des indications, compte tenu de la recommandation générale IV, adoptée par le Comité le 16 août 1973, sur la composition démographique de leur population.

30. Il faudra rappeler que les statistiques officielles ne mentionnent pas la composition raciale de la population portugaise, du fait que le Portugal a suivi les recommandations de l'ONU concernant les recensements de la population de 1980, qui jugeaient supplémentaire l'inclusion de la caractéristique "races".

31. Mais, étant donné l'intérêt manifesté par plusieurs membres du Comité, des efforts ont été déployés de façon à ce que des données sur la composition démographique de la population portugaise puissent être transmises.

32. Il faudra ne pas oublier que plusieurs ressortissants originaires des territoires africains, précédemment placés sous l'administration portugaise, se trouvent à ce moment-ci au Portugal. La plupart sont devenus des citoyens portugais, n'étant plus inclus dans les groupes originaires de ces territoires.

33. Le nombre total de résidents étrangers au Portugal en décembre 1985 était de 79 594. Parmi ceux-ci, 6 257 s'étaient vu accorder des cartes

de séjour et 6 533 avaient reçu des visas pour l'exercice d'activités professionnelles.

34. La distribution des résidents, par nationalité, est faite dans le tableau 1.

35. Remarquons que les ressortissants des anciennes colonies représentent, dans leur ensemble, à peu près 50% des résidents étrangers au Portugal.

TABLEAU 1

*Distribution des résidents étrangers, par nationalité*

<i>Pays</i>	<i>Nombre</i>	<i>Pourcentage</i>	
Cap-Vert *	24 959	31,36)	
Brésil	6 804	8,66)	
Espagne	6 798	8,54)	
États-Unis d'Amérique	5 512	6,92)	
Royaume-Uni	5 053	6,35)	85%
Venezuela	4 388	5,51)	<i>approximativement</i>
Angola *	3 642	4,57)	<i>du total</i>
Allemagne, République fédérale d'	3 269	4,11)	
Canada	2 359	2,96)	
France	2 348	2,94)	
Mozambique *	2 144	2,69)	
Guinée-Bissau *	1 974	2,48)	
São Tomé-et-Principe *	1 423	1,79)	
Pays-Bas	1 158	1,45)	

\* Anciens territoires portugais.

	<i>Nombre</i>
Italie	880
Chine	785
Belgique	687
Pakistan	608
Iran	397
Suède	392
Suisse	366
Afrique du Sud	346
Inde	341
Australie	258
Danemark	241
Japon	207
Argentine	193
Autriche	189
Norvège	174
République-Unie de Tanzanie	146
Irlande	123
Iraq	59
Grèce	51
Luxembourg	15
Apatrides	166

36. Entre 1976 et mai 1986, 35 326 procédures ont été introduites au nom de ressortissants des anciens territoires africains portugais visant la conservation ou l'attribution de la nationalité portugaise, 29 289 sont conclues, dont 10 075 ont fait droit à la demande de conservation et 8 236 à la demande d'attribution (tableau 2).

37. N'oublions pas que chaque procédure pouvait inclure plusieurs membres d'une famille, et qu'il n'existe pas de statistiques sur le nombre de ressortissants visés par l'ensemble de ces procédures.

## TABLEAU 2

### *Procédures pour la conservation ou l'attribution de la nationalité portugaise*

Nombre de procédures enregistrées	35 326
Nombre de procédures conclues	29 289
Nombre de procédures déclarant la conservation	10 075
Nombre de procédures déclarant l'attribution	8 236
Nombre de procédures pendantes	6 037

## DEUXIEME PARTIE - RENSEIGNEMENTS RELATIFS AUX ARTICLES 2 A 7

### *Article 2*

38. La première partie du présent rapport ainsi que le rapport précédent (CERD/C/101/Add. 8) ont révélé, nous le croyons bien, la détermination du Gouvernement portugais pour la condamnation de toutes les formes de discrimination raciale et pour l'adoption de mesures visant son interdiction et la protection, en générale, des droits, libertés et garanties.

39. La Constitution portugaise nous le montre à plusieurs endroits et la législation interne essaie de le réaffirmer, donnant suite à ces objectifs.

40. Nous mentionnerons ci-après quelques textes adoptés depuis la présentation du premier rapport portugais et qui constituent un reflet de ce souci.

41. Le décret-loi 224/85, du 4 juillet, a établi le statut organique du Service d'informations stratégiques de défense (SIED) et détermine, dans son article 3, paragraphe 1, que:

“L'on ne pourra pas développer des activités de recherche, traitement et diffusion d'informations qui menacent ou offensent les droits, libertés et garanties prévus par la Constitution et par la loi.”

42. Le décret-loi 225/85, du 4 juillet, a établi le statut organique du Service d'informations de sécurité (SIS) et prévoit, dans son article 3, paragraphe 1, une norme identique.

43. Et, selon l'article 2, “le SIS est le seul organisme chargé de la production d'informations destinées à garantir la sûreté... et nécessaires à la prévention de mesures de sabotage, terrorisme, espionnage ou de la pratique d'actes qui, par leur nature, puissent changer ou détruire l'État de droit constitutionnellement établi”.

44. L'arrêté 722/85, du 25 septembre, a approuvé le Règlement général du Service de la Guarda Nacional Republicana (corps spécial de troupes spécialement dédié à la cause de la sûreté, du maintien de l'ordre public, de la protection et défense des populations).

45. On écrit dans la première partie de ce texte (art. premier) qu'il leur incombe de:

a) maintenir et rétablir la sûreté des citoyens... en prévenant et en réprimant les actes illicites pratiqués contre eux,

b) assurer le maintien de l'ordre public... en garantissant l'exercice des droits, libertés et garanties.”

46. Et leur action est soumise à certains principes, parmi lesquels nous pourrions souligner (article 4 de la première partie):

“1) Le respect absolu par les dispositions légales établies par la Constitution et par la législation en vigueur”,

“4) La prévention efficace et ferme des actions illégales de façon à créer le sentiment de sécurité parmi les citoyens...”

47. Dans la deuxième partie, parmi les principes généraux de leur conduite, qui constituent un code d'honneur, l'on mentionne (art. premier), le respect de la loi, de la cause et de l'intérêt publics, la protection de tout individu contre des actes illégaux, le respect de la dignité humaine et la protection et défense des droits fondamentaux de tout individu.

48. Dans la section XVIII de la troisième partie sont prévues des mesures visant les étrangers et l'on y établit (art. 84) qu'il faudra être attentif à la présence des étrangers de façon à les aider et renseigner, et, le cas échéant, d'exercer un contrôle d'identité, "et ce contrôle, comme tous les contacts personnels occasionnés par leurs actions, devra être réalisé de façon cordiale et sereine... de façon à ce que l'on ne leur donne pas l'idée qu'ils font l'objet d'un traitement discriminatoire" (par 2).

49. Le programme du gouvernement actuel, en fonction depuis fin 1985, révèle ces mêmes soucis. Nous signalerons quelques exemples.

50. Dans le chapitre relatif à la sécurité l'on affirme le besoin d'assurer l'exercice des droits et libertés fondamentaux des citoyens dans un climat de paix et de tranquillité publiques. Et pour y arriver, il faudra combattre "toute sorte de criminalité, surtout la criminalité violente", en dotant les services de sécurité des moyens humains et matériels nécessaires à la prévention et, le cas échéant, à la répression "des actions de nature criminelle qui mettent en cause les valeurs essentielles au développement de la vie en communauté".

51. Parmi plusieurs mesures visant la promotion du bien-être social, l'on mentionne la formation professionnelle selon une perspective de solidarité sociale, soit en réactivant les chômeurs sous le plan social, soit en évitant la concentration du chômage dans des groupes critiques, tels que les jeunes et les femmes.

52. Les projets de loi présentés devant l'Assemblée de la République, soit par le gouvernement soit par les députés, se proposent naturellement de défendre des mesures visant la protection des droits de l'homme et l'interdiction de toute discrimination.



53. Dès lors, le projet de loi du gouvernement concernant le service militaire (N.º 14/IV) prévoit, dans son article 26, que les citoyens qui, avant l'incorporation, avaient été condamnés à une peine de prison du fait d'avoir pratiqué des crimes violateurs du paragraphe 4 de l'article 46 de la Constitution<sup>(2)</sup> passeront à la réserve territoriale.

54. Le projet du gouvernement 58/IV, concernant le régime de l'état de siège et de l'état d'urgence réaffirme le principe de la responsabilité des pouvoirs publics, en reprenant ce qui est établi par l'article 22 de la Constitution.

55. Le projet du gouvernement 21/IV sur le nouveau Code de procédure pénale est, lui aussi, d'une énorme importance.

56. Nous mentionnerons ici quelques-uns de ses principes essentiels:

La construction d'un système de procédure qui permette d'atteindre les buts de la réalisation de la justice, de la préservation des droits fondamentaux des personnes et du rétablissement de la paix sociale,

Le développement de l'égalité des "armes" dans la procédure,

Le jugement avec un jury dans les procédures où sont en cause des crimes contre la paix et l'humanité et contre la sécurité de l'État et ceux dont la peine maximale est supérieure à trois ans de prison (rappelons les peines prévues par le Code pénal, relatives à la "discrimination raciale", art. 189, par. 2 et 3 — 1 à 5 ans et 2 à 8, respectivement);

La désignation d'un interprète dans les procédures où intervient une personne qui ne connaisse pas ou ne domine pas la langue portugaise, sans aucune charge pour celle-ci (art. 92),

---

(2) Cet article est libellé comme suit:

"4. Sont interdites les associations armées ou de type militaire, militarisées ou paramilitaires ainsi que les organisations qui se réclament de l'idéologie fasciste."

Au moment de l'interrogatoire, l'identification de l'inculpé est faite compte tenu des nom, filiation, nationalité, date de naissance, état civil, profession, résidence, numéro du document d'identité — aucune mention n'étant faite d'éléments tels que la race, qui puissent déterminer une certaine discrimination.

57. Lors de la décolonisation, plusieurs citoyens portugais sont revenus des anciennes colonies, et il a été créé un cadre de fonctionnaires civils de l'État, de façon à leur assurer une intégration future dans les différents départements de l'administration et le paiement de leurs salaires, même avant leur intégration effective. Il était ainsi possible de garantir le droit de libre accès, par tous les citoyens, à la fonction publique.

58. par le décret-loi 42/84, du 3 février, ce cadre de gestion de fonctionnaires a été supprimé du fait de l'intégration dans les organismes de l'État et entreprises publiques de la presque totalité de ses éléments.

59. Semblablement à ce qui avait été prévu avant pour les fonctionnaires venus d'autres territoires, les citoyens originaires de Timor ont eu la possibilité d'intégration dans ce cadre, dès qu'ils se trouvent dans certaines conditions, et notamment, être des citoyens portugais, résider au Portugal; et être fonctionnaires depuis un an, en janvier 1975.

60. Cette mesure permet d'assurer une protection spéciale à ce groupe de citoyens de façon à leur permettre de jouir avec plénitude de leurs droits fondamentaux (décret-loi 420/85, du 22 octobre).

### *Article 3*

61. Au sein des Nations Unies, comme dans d'autres forums internationaux, le Portugal a toujours condamné l'"*apartheid*" et toutes les formes de discrimination raciale.

62. Le Gouvernement portugais maintient des relations diplomatiques avec la République sud-africaine, étant donné qu'il considère que l'isolement diplomatique de ce pays ne conduira pas à l'introduction des réformes nécessaires à l'abolition de l'"*apartheid*". De ce fait, le Gouvernement portugais estime que l'adoption de sanctions de nature économique doit viser l'exercice d'une pression sur le Gouvernement de Pretoria et non pas détruire l'économie sud-africaine. En effet, les conséquences négatives découlant de l'application de sanctions à l'Afrique du Sud se refléteraient avec plus d'acuité sur le pays voisins que sur la République sud-africaine elle-même.

63. D'un autre côté, il ne faudra pas abandonner les tentatives de dialogue politique avec le gouvernement et le peuple sud-africains. Dans ce sens, le Gouvernement portugais a jusqu'à présent appuyé toutes les initiatives adoptées au sein de la CEE, dont les objectifs fondamentaux sont la libération des détenus politiques, les négociations à l'échelle nationale avec les leaders représentatifs de la communauté noire, la pacification intérieure et, plus récemment, l'aide aux victimes de l'"*apartheid*".

#### *Article 4*

64. Selon l'article 16 de la Constitution de la République portugaise, les droits fondamentaux énoncés dans la Constitution n'excluent pas les autres droits découlant des lois et des règles applicables de droit international (par 1). Et le paragraphe 2 de cet article établit, à son tour,

"Les dispositions constitutionnelles et légales relatives aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées en accord avec la Déclaration universelle des droits de l'homme."

65. Or, la Déclaration universelle se penche sur le problème de la discrimination nommément aux articles 2 et 7, soit pour affirmer le droit

de se prévaloir des droits et libertés y proclamés “sans distinction aucune, notamment de race”, soit pour prévoir le “droit à une protection égale contre toute discrimination”.

66. La Constitution portugaise sera donc interprétée à la lumière de cas principes. Et ce sera de même envers toute autre législation. En effet, “la validité des lois et des autres actes de l’État... dépend de leur conformité à la Constitution” (art. 3).

67. Comme nous l’avons vu plus haut, les dispositions constitutionnelles relatives à des situations de discrimination raciale sont directement applicables et engagent toutes les entités, publiques ou privées (cf. Constitution, art. 18).

68. Elles seront donc applicables même en cas d’absence de loi réglementaire, pouvant être directement invoquées devant les tribunaux nationaux.

69. Il y a pourtant plusieurs dispositions concernant ce problème, dispositions mentionnées dans le premier rapport portugais, nommément aux paragraphes 91 à 97.

70. On y a analysé soit l’article 46 de la Constitution, relatif à la liberté d’association, soit le Code pénal et son article 189, visant expressément la discrimination raciale, soit la loi 64/78, du 6 octobre, sur les organisations qui défendent l’idéologie fasciste.

71. Le cadre législatif est toujours le même. L’objectif découlant de ces textes est, nous le croyons bien, celui de l’article 4 de la Convention.

72. On a, en effet, visé la punition de la diffusion d’idées incitant à la discrimination raciale ou l’encourageant, qu’il s’agisse d’un individu ou d’une organisation, soit par la défense de ces idées, soit par la participation à des organisations qui les défendent, soit par l’appui assuré à toute activité de nature raciste, y inclus leur financement.

73. Et l’on a encore dessiné un cadre législatif interdisant la constitution d’organisations proclamant la violence ou défendant le fascisme, c’est-

-à-dire, selon l'article 3 de la loi 64/78, "l'adoption, défense ou diffusion de valeurs, principes, institutions ou méthodes... notamment le bellicisme, la violence comme forme de lutte politique, de colonialisme, le racisme..."

74. Nous trouvons un écho de cette détermination dans la Constitution même. En effet, en se penchant sur le statut des députés, qui dans leur ensemble constituent "l'Assemblée représentative de tous les citoyens portugais" (art. 150), l'on détermine la perte et abandon du mandat pour les députés qui "subissent une condamnation judiciaire pour participation à des organisations d'idéologie fasciste" (art. 163, par. 1, al. d)).

#### *Article 5*

75. Le premier rapport portugais a donné une image assez détaillée du cadre juridique existant et de différentes mesures prévues par la Constitution et la loi ou de nature administrative, visant à instituer un système d'interdiction de toute forme de discrimination raciale, par rapport à des situations telles que:

Le droit à un traitement égal devant les tribunaux et tout autre organe administratif (voir par. 104 à 126),

Le droit à la sûreté de la personne et à la protection de l'État contre des voies de fait ou des sévices (voir par. 127 à 188),

Les droits politiques (voir par. 189 à 258),

Les droits économiques, sociaux et culturels (voir par. 259 à 300).

76. Plusieurs situations ont été décrites. L'institutionnalisation de la démocratie a naturellement été accompagnée de l'adoption d'innombrables mesures donnant suite aux principes proclamés par la Constitution portugaise et édifiant un régime véritablement démocratique.

77. La plupart des mesures prises ont été mentionnées dans ce premier rapport. Une mise à jour s'impose à ce moment-ci.

*A. Le droit à un traitement égal devant les tribunaux et tout organe administratif*

78. Le principe de l'égalité, énoncé par l'article 13 de la Constitution, est, encore une fois, le fondement essentiel de tout le cadre juridique existant.

79. L'article 20 prévoit à son tour que tous les citoyens ont droit à la protection juridique et à défendre leurs droits, la justice ne pouvant être déniée pour défaut de moyens financiers.

80. Tous les citoyens peuvent soumettre aux organes de souveraineté et à toute autorité des pétitions, des représentations, des réclamations ou des plaintes pour défendre leurs droits, la Constitution, les lois ou l'intérêt général (cf. art. 52).

81. Ils peuvent s'adresser, à raison d'actions ou omissions des pouvoirs publics, au "Provedor de Justiça" (médiateur), qui pourra par la suite faire aux organes compétents des recommandations visant la prévention et la réparation des injustices (art. 23).

82. Les tribunaux sont des organes de souveraineté chargés d'assurer la défense des droits et des intérêts légalement protégés des citoyens, de réprimer la violation de la légalité démocratique et de régler les conflits d'intérêt publics ou privés (art. 205 et 206).

83. Ils sont soumis à la loi et leurs décisions sont contraignantes pour toutes les personnes publiques et privées (art. 210).

84. Assurer l'égalité de traitement dans l'administration de la justice se traduit parfois par l'adoption de mesures visant à accorder un traitement spécial à certains individus qui, à défaut de ces mesures, seraient traités de façon discriminatoire.

85. C'est en révélant ce souci que quelques textes prévoient la présence d'un interprète, sans charges pour les parties, chaque fois que celles-ci ne dominent pas la langue portugaise.

86. Le décret-loi 178/81, du 30 juin, établit à ce propos que le Ministère de la justice couvrira les charges relatives au paiement d'interprètes qui interviennent dans une action où un travailleur étranger est partie.

87. Et le récent projet de code de procédure pénale, analysé à propos de l'article 2 de la Convention, adopte des mesures semblables.

88. L'article 92 prévoit, en effet:

2. "Dans le cas où interviendrait dans la procédure quelqu'un qui ne connaisse ou ne domine pas la langue portugaise, un interprète idoine sera nommé, sans aucune charge, même si l'entité qui présidé à l'acte ou l'un des participants à la procédure connaît la langue utilisée".

89. De pareilles conduites sont prévues pour les sourds et les muets.

90. En invoquant directement la Convention européenne des droits de l'homme — art. 6, par. 3 e) — plusieurs décisions des tribunaux portugais ont appliqué ce même principe, l'État assurant dans ces cas-là le paiement de ces charges.

91. Une partie de la doctrine portugaise défend que le traitement égal devant les tribunaux présuppose une information sur le droit. Le paragraphe 1 de l'article 20 de la Constitution mentionne, en effet, le "droit à l'information et à la protection juridique" de tous les citoyens.

92. L'on voit, de ce fait, qu'il faudra que les citoyens soient mieux informés sur leurs droits et la façon de les exercer.

93. C'est bien pour cela que le Ministère de la justice a constitué en 1978 une Commission d'accès au droit qui dans son rapport final proposait une coopération entre l'État et les avocats de façon à assurer l'assistance juridique. Celle-ci comprendrait la consultation juridique, l'assistance judiciaire et la désignation d'un défenseur d'office en procédure pénale.

94. Bien récemment une nouvelle Commission d'accès au droit a été nommée. Et selon l'arrêté qu'elle a créée, "il faudra informer et intéresser les personnes, de façon à inclure la justice et le droit parmi les valeurs de

l'appareil civique". Les médias devront coopérer dans cette tâche, étant donné que l'accès au droit est une réalité culturelle, et qu'il faudra contribuer à ce que tout le monde connaisse plus profondément leurs droits et les moyens d'assurer leur protection.

95. Le gouvernement se montre désireux d'assurer à tous les citoyens un droit à l'information.

96. En effet, dans le dernier rapport présenté par le "Provedor de Justiça" à l'Assemblée de la République, l'on trouve une référence au besoin d'utiliser un langage accessible dans les textes légaux.

97. De cette façon, la généralité des citoyens pourra comprendre et exercer leurs droits et devoirs. Et dans le cas où ces textes fixeraient un certain délai pour que certains bénéfices soient demandés ou, en général, les droits et devoirs puissent être exercés, il faudra assurer leur diffusion, non seulement par leur publication dans le Journal officiel mais aussi par leur divulgation par la radio et la télévision.

98. L'analphabétisme ne sera donc pas un obstacle, quoique plusieurs mesures aient déjà été prises pour le combattre — mesures qui seront analysées un peu plus en détail à propos de l'article 7.

99. Le "Provedor de Justiça" a, par la suite, suggéré que des programmes soient diffusés à la radio pour la divulgation, périodique et de façon accessible pour la généralité des citoyens, de leurs droits et devoirs, notamment ceux dont l'exercice ou l'accomplissement doivent avoir lieu dans un certain délai.

100. Mais le principe de l'égalité de traitement peut avoir une autre portée — non pas le traitement égal de tout citoyen envers les tribunaux et l'application de la loi, mais le traitement égal des parties dans une action pendante devant un tribunal.

101. Il s'avère intéressant de mentionner à ce propos quelques dispositions du projet du code de procédure pénale, mentionné ci-dessus.



102. L'on affirme dans l'exposition des motifs que "l'on a voulu garantir une parité réelle de la position juridique de l'accusation et de la défense à tous les moments de la procédure, en développant l'égalité matérielle des 'armes' procédurales, façon d'exprimer la règle constitutionnelle de l'égalité des citoyens devant la loi".

103. Et ainsi, l'inculpé, c'est-à-dire celui contre qui a été formulée une accusation en procédure pénale (art. 57), doit voir assuré l'exercice de ses droits et devoirs procéduraux (art. 60). Il lui est reconnu, parmi d'autres, le droit d'être présent dans les actes qui le concernent directement, de choisir un défenseur ou de demander sa désignation au tribunal, d'être assisté par le défenseur dans tous les actes où il participe, d'être informé de ses droits par l'autorité judiciaire ou l'organe de la police criminelle devant lesquels il doit comparaître (art. 61).

*B. Le droit à la sûreté de la personne et à la protection de l'État contre des voies de fait ou des sévices*

104. De façon à garantir la diffusion et la protection des droits de l'homme, plusieurs cours de formation sont réalisés au sein de quelques institutions. Nous pourrions mentionner à ce propos les cas de l'Ecole de la magistrature, de l'Ecole de la police judiciaire et de la police de sécurité publique.

105. On vise ainsi la promotion des droits, libertés et garanties proclamés par la Constitution et les conventions et accords en vigueur en droit interne, et l'on contribue à ce que ces réalités soient considérées et analysées selon différentes perspectives.

106. N'oublions pas qu'il incombe aux tribunaux d'assurer la défense des droits et des intérêts légalement protégés des citoyens et de réprimer la violation de la légalité, et que la police a pour mission de défendre la légalité démocratique et les droits des citoyens, devant prévenir les crimes, "dans le respect des dispositions générales régissant... les droits, libertés et garanties des citoyens" (Constitution, art. 272).

107. Ce souci de diffusion des droits de l'homme se révèle par la traduction de quelques documents fondamentaux, tels que les règles minima pour la traitement des détenus, les Principes d'éthique médicale ou le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois.

108. Mais il y a aussi des textes législatifs qui prévoient des mesures sur ce droit, suite à ceux analysés lors de la présentation de notre premier rapport (cf. par. 127 à 188).

109. Analysons le règlement de la Garde nationale républicaine (GNR). Le texte mentionne, parmi les principes qui devront être observés par les éléments de la GNR (art. 4):

L'utilisation prioritaire, dans le cas de bouleversement de l'ordre public, des moyens de persuasion et de dialogue avec les citoyens de préférence à toute autre mesure de coercition,

L'utilisation des moyens coercitifs adéquats à la restitution de la légalité et le maintien du principe de l'autorité seulement dans les cas où ils s'avéreraient indispensables et où auraient été épuisés les moyens de persuasion susmentionnés.

Et le Service interne des unités devra, à son tour:

Respecter la dignité humaine et protéger et défendre les droits fondamentaux de tous les citoyens,

Recourir à la force dans la stricte mesure nécessaire et dans l'accomplissement de leurs fonctions,

Ne pas appliquer, infliger ou tolérer des actes de torture ou toute autre punition cruelle, inhumaine ou dégradante ni invoquer des ordres de leurs supérieurs pour les justifier.

110. Le décret-loi 324/85, du 6 août, a prévu, par résolution du Conseil des ministres, la possibilité de dédommager les fonctionnaires contre qui des actes terroristes auraient été pratiqués, avec le but de les intimider ou de pratiquer des représailles en raison de leur qualité fonctionnelle.

111. Cette mesure vise les serviteurs de l'État, civils et militaires, qui dans l'exercice de leurs fonctions et en raison de cet exercice, seraient victimes d'un acte criminel qui implique une offense contre la vie, l'intégrité physique, la liberté ou des biens patrimoniaux d'une valeur considérable.

112. L'indemnité pourra être accordée non seulement aux fonctionnaires mais aussi à leurs familiers ou des personnes à leur charge.

113. Les mesures prévues par ce décret-loi manifestent le souci du Gouvernement portugais de réagir contre les actions violentes réalisées par des individus, groupes ou institutions contre des personnes dont l'État est tenu d'assurer la sécurité.

### *C. Droits politiques*

114. Le premier rapport portugais a donné un aperçu des dispositions constitutionnelles fondamentales concernant les droits politiques, notamment le droit de participer aux élections, de prendre part au gouvernement ainsi qu'à la direction des affaires publiques et accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques.

115. Nous mentionnerons quelques dispositions qui s'avèrent importants dans ce domaine et qui sont un reflet naturel des normes constitutionnelles alors analysées.

116. Nous avons déjà fait référence à l'article 47, relatif au libre choix de la profession et accès à la fonction publique. Il établit que "tous les citoyens ont droit d'accéder à la fonction publique en conditions d'égalité et de liberté, en règle générale par voie de concours".

117. Dans le chapitre concernant les régions autonomes l'on prévoit, à l'article 230 — et il s'agit d'une conséquence du principe susmentionné — qu'il leur est interdit:

“c) De réserver l'exercice d'une profession ou l'accès à la fonction publique à des personnes nées ou domiciliées dans la région.”

118. Nous l'avons dit avant, l'accès à la fonction publique est en général réalisé par voie de concours.

119. La législation adoptée à ce propos a défini les principes généraux applicables à la sélection des fonctionnaires de l'administration centrale, des instituts publics et des organismes de coordination économique (décret-loi 44/84, du 3 février).

120. Les mesures prévues visent à “évaluer la capacité et qualification des candidats” (art. 3) et elles doivent obéir aux principes suivants (art. 4):

- Egalité de conditions et d'opportunités de tous les candidats,
- Liberté de candidature,
- Diffusion en temps utile des méthodes et des preuves de sélection à utiliser et des programmes et systèmes de classification respectifs,
- Application des méthodes et critères objectifs d'évaluation,
- Neutralité dans la composition du jury;
- Droit de recours.

121. La Constitution reconnaît que les travailleurs de l'Administration publique “ne peuvent pas être lésés ni avantagés en vertu de l'exercice de n'importe lequel des droits politiques prévus dans la Constitution et notamment en raison de leur appartenance à un parti” (art. 269, par. 2).

#### D. *Droit à une nationalité*

122. Dans le premier rapport portugais, le cadre constitutionnel et législatif concernant la nationalité a été dessiné.

123. L'on avait donc mentionné le principe fondamental de la Constitution, énoncé par l'article 4 de la Constitution:

“Sont citoyens portugais tous ceux qui sont considérés comme tels par la loi ou par une convention internationale.”

124. Il faudra pourtant aussi tenir compte des restrictions prévues par la Constitution à ce propos, au paragraphe 3 de l'article 26:

“La privation de la citoyenneté et les restrictions à la capacité civile ne peuvent être appliquées que dans les cas et suivant les termes prévus par la loi, et en aucun cas pour des motifs politiques.”

125. Suite au retour de milliers d'individus, venus des anciennes colonies portugaises, il s'est avéré nécessaire d'établir des critères pour la conservation ou l'acquisition de la nationalité portugaise.

126. Il fallait en effet tenir compte des situations où il y avait une connexion spéciale avec le Portugal, et où la manifestation de la volonté dans ce sens était inéquivoque.

127. Et le gouvernement a alors, par le décret-loi 308-A/75, du 24 juin, décidé de définir les cas et de prévoir la possibilité de conserver ou d'accorder la nationalité à d'autres individus qui, n'étant pas dans ces conditions, se trouvaient dans une situation spéciale, dûment fondée, qui justifiait une décision dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

128. Bien récemment, le gouvernement a manifesté son désir d'assurer aux intéressés une connaissance plus profonde des règles qui président à cette décision et d'écarter la création d'expectatives non fondées. Il a donc publié la résolution du Conseil des ministres 52/85, du 14 novembre, qui, réaffirmant la nature exceptionnelle de ces décisions, énumère les situations qui devront constituer l'un de leurs fondements. Nous mentionnerons à titre d'exemple:

Le lien actuel effectif au Portugal, plus forte que le lien aux territoires d'origine, évalué en raison de la date d'arrivée au Portugal, la période de séjour continue en territoire portugais après cette date, la situation

économique et professionnelle, la situation familiale et la résidence de l'agrégat familial au Portugal,

Le lieu au Portugal d'individus résidant en territoire étranger comme émigrants, évalué en raison de leurs séjours en territoire portugais, de la résidence au Portugal de leur agrégat familial, de leur situation économique et de leur logement par rapport à notre pays et des liens spéciaux établis avec la communauté nationale — par leur enregistrement dans les représentations consulaires et diplomatiques et leur participation dans des associations portugaises éventuellement existantes dans les pays où ils travaillent,

Des liens à l'État portugais établis après l'application du décret-loi 308-A/78 dans des conditions spéciales, telles que les fonctionnaires admis dans la fonction publique, des instituts publics ou des entreprises jusqu'au 31 décembre 1978, et les militaires qui soient ou aient été en service dans les Forces armées portugaises après avoir perdu la nationalité portugaise,

La sauvegarde de situations d'apatridie involontaire,

La sauvegarde de l'unité de la nationalité de la famille.

#### *E. Droits économiques, sociaux et culturels*

129. La Constitution portugaise souligne l'importance de ces droits, à plusieurs reprises — et dès lors en reconnaissant que le but de la République portugaise, État de droit démocratique, est d'assurer "la réalisation de la démocratie économique, sociale et culturelle" (art. 2).

130. Et l'on mentionne, parmi les tâches fondamentales de l'État, la promotion du "bien-être et de la qualité de vie du peuple, l'égalité réelle entre les Portugais et la concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels" (art. 9, al. d)).

131. Mais le désir de promouvoir les droits économiques, sociaux et culturels se révèle aussi par la ratification du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, réalisée par la loi 45/78, du 11 juillet, et par la présentation des rapports périodiques concernant les articles 6 à 9, 10 à 12 et 13 à 15 de ce texte au Comité.

132. Le premier rapport a présenté le cadre constitutionnel concernant les différents droits énoncés par l'article 5 e) i) à vi) de la Convention.

133. Nous mentionnerons par la suite quelques textes récemment publiés et qui révélant l'intention du gouvernement de poursuivre son action vers la réalisation d'une démocratie économique, sociale et culturelle.

134. Le décret-loi 2/86, du 2 janvier, a défini les principes fondamentaux qui devront être suivis par les *lares*, c'est-à-dire, les centres destinés aux mineurs qui, transitoirement ou définitivement, ne se trouvent pas dans leur milieu familial.

135. Rappelant la responsabilité de l'État et de la société pour la protection des enfants et des jeunes, surtout ceux qui sont orphelins et abandonnés, ce texte réaffirme le besoin d'assurer leur développement physique, intellectuel et moral et leur insertion dans la communauté.

136. Les *lares* sont donc des établissements sociaux d'accueil pour les enfants et les jeunes, leur assurant une structure de vie aussi proche que possible d'une famille.

137. Leur action vise à appuyer la protection due aux enfants et aux jeunes.

138. La direction du *lar* est responsable de l'éducation et de la surveillance de chaque enfant, en le menant vers la situation la plus adéquate à son développement harmonieux, notamment le retour à sa famille naturelle, l'adoption ou le placement familial.

139. Ces centres d'accueil devront contribuer à l'intégration des enfants dans les structures locales, notamment en ce qui concerne l'éduca-

tion, la formation professionnelle et les loisirs. Ils devront en outre être localisés dans des centres urbains, auprès des établissements d'enseignement et de formation professionnelle.

140. Le décret-loi 17-D/86, du 6 février, a, à son tour, établi un ensemble de règles visant à encourager la création de centres de travail pour les jeunes entre 18 et 25 ans en situation de premier emploi, de façon à contribuer à leur intégration future dans le marché du travail.

141. Enfin, l'arrêté normatif 12/86, du 14 février, prévoit que des appuis financiers peuvent être accordés pour la création d'activités indépendantes en faveur des jeunes de moins de 25 ans cherchant un emploi et sans emploi depuis longtemps.

142. Les activités indépendantes ne devront pas être des professions libérales, ne devant donc pas exiger une formation académique de niveau supérieur.

143. On accordera aux candidats un subside pour une période non supérieure à 12 mois.

#### *Article 6*

144. L'article 6 de la Convention a été analysé dans le premier rapport portugais. Il mentionne un ensemble de droits prévus par la Constitution de la République, réaffirmés dans plusieurs textes législatifs et proclamés par différents accords et conventions internationaux ratifiés par le Portugal et, de ce fait, en vigueur dans l'ordre juridique interne.

145. Le rapport précédent a dessiné le cadre juridique portugais concernant la faculté qu'a une personne qui se croit victime d'une violation de ces droits d'avoir accès aux instances nationales et, parfois, aux instances internationales qui apprécieront le bien-fondé de la plainte (par. 301 à 308).



146. Nous avons déjà mentionné plusieurs situations dans lesquelles est assuré un traitement égal devant les tribunaux et tout autre organe administrant la justice — et notre premier rapport a lui aussi donné un aperçu de ce problème.

147. Nous analyserons maintenant quelques dispositions de la loi sur la procédure des tribunaux administratifs, récemment approuvée par le décret-loi 267/85 du 16 juillet.

148. Ce texte a donné suite aux principes constitutionnels applicables, surtout à l'article 268, concernant les droits et garanties des administrés, qui établit:

“1. Les citoyens ont le droit d'être informés par l'administration, chaque fois qu'ils le désirent, de l'état d'avancement des affaires qui les concernent directement et des décisions dont lesdites affaires ont fait l'objet.

2. Les actes administratifs à effet externe sont notifiés aux intéressés, lorsqu'ils ne sont pas publiés officiellement. Ils doivent être dûment motivés dès qu'ils affectent des droits ou des intérêts légalement protégés des citoyens.

3. Tous les intéressés ont le droit d'introduire un recours contentieux contre tout acte administratif définitif et exécutoire entaché d'illégalité, indépendamment de sa forme, ainsi que pour obtenir la reconnaissance d'un droit ou d'un intérêt légalement protégé”.

149. Selon le préambule de ce décret-loi, le texte a réglé de nouveaux moyens de procédure, tels que la déclaration d'illégalité de normes réglementaires et la reconnaissance d'un droit ou d'un intérêt légalement protégé.

150. Toute norme émise dans l'exercice de la fonction administrative pourra donc être déclarée illégale (art. 66), soit sur demande de celui qui se croit nui par son application (art. 63), soit par le ministère public.

151. Il faudra rappeler qu'il appartient nommément au ministère public, selon l'article 224 de la Constitution, de défendre la légalité démocratique et les intérêts fixés par la loi<sup>(3)</sup>.

152. Le recours du ministère public sera obligatoire dans le cas où il aurait connaissance de trois décisions des tribunaux passées en force de chose jugée, où l'application de la norme ait été refusée du fait de son illégalité.

153. L'introduction d'actions destinées à obtenir la reconnaissance d'un droit ou d'un intérêt légalement protégé par ceux qui invoquent la titularité du droit ou de l'intérêt à reconnaître s'avère aussi possible (art. 69 et suiv.).

154. Elles seront présentées lorsque d'autres moyens contentieux n'assurent pas la tutelle effective de l'arrêt, ou n'assurent pas la tutelle juridictionnelle effective du droit ou de l'intérêt.

155. Les procédures réglées par ce décret-loi ouvrent de nouvelles voies réaction des administrés envers l'action de l'administration.

156. Il s'agit essentiellement du développement d'un principe constitutionnel fondamental, prévu par l'article 266:

"1. L'administration publique a pour objectif de promouvoir l'intérêt public, dans le respect des droits et intérêts individuels garantis par la loi.

2. Les organes et agents administratifs sont subordonnés à la Constitution et à la loi et doivent exercer leurs fonctions avec équité et impartialité."

---

(3) Article 224 de la Constitution:

"1. Il appartient au ministère public de représenter l'État, d'exercer l'action pénale, de défendre la légalité démocratique et les intérêts fixés par la loi.

2. Le ministère public jouit d'un statut propre."

157. Il faudra donc tenir compte des principes constitutionnels et des lois et il faudra agir en tenant compte essentiellement du principe de l'égalité.

158. Ceci explique en outre la responsabilité civile, criminelle et disciplinaire des fonctionnaires et agents de l'État pour "leur actes et omissions portant atteinte aux droits ou intérêts individuels protégés par la loi" (Constitution, art. 271 et 22).

159. C'est intéressant de mentionner aussi à ce propos le projet de Code de procédure pénale. On y prévoit, en effet, une indemnité en raison de privation de liberté illégale ou injustifiée.

160. L'article 225 établit à cet effet que, "quiconque ait souffert une détention ou détention préventive manifestement illégale peut demander, dans la procédure pénale ou devant le tribunal administratif compétent, une indemnité des dommages soufferts du fait de la privation de liberté".

161. La Constitution portugaise, au paragraphe 6 de l'article 29, avait adopté une disposition de portée semblable en ce qui concerne l'application de la législation pénale. Elle établit en effet que:

"Les citoyens injustement condamnés ont droit, dans les conditions prévues par la loi, à la révision de la sentence et à une indemnisation pour les dommages subis."

## *Article 7*

### **1. Education**

162. Dans les domaines spécifiques de l'éducation et de la culture il n'y a ni mesures d'ordre législatif ni situations concrètes où l'on puisse déceler une tendance à la pratique de la discrimination ou de la ségrégation sous aucune forme.

163. Le droit à l'éducation, en tant que principe irrécusable, est inscrit dans la Constitution de la République portugaise aux articles 73 et 74.

164. En application de ce principe constitutionnel, l'orientation de la politique de l'éducation vise à garantir l'exercice du principe de l'égalité des chances d'accès et de succès scolaires à tous les groupes de la population, à la lumière des principes découlant de la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, le Portugal n'admet pas de différences de traitement entre nationaux, sauf celles fondées sur le mérite.

165. C'est bien pour cela que, l'enseignement primaire ayant été rendu obligatoire et gratuit et l'enseignement secondaire ayant été rendu accessible à tous, l'accès à l'enseignement supérieur a été rendu accessible à tous, en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun. Et le Gouvernement portugais, compte tenu des besoins du pays, a prévu un *numerus clausus* pour chaque cours universitaire, ayant établi des critères objectifs, fondés sur le mérite, pour la sélection des candidats.

166. Par ailleurs, les autorités responsables se sont préoccupées d'assurer la promotion de meilleures conditions de vie aux groupes ethniques socialement ou économiquement défavorisés.

167. L'importance des besoins spéciaux en matière d'éducation des groupes défavorisés de la communauté a été dûment reconnue. C'est ainsi que l'on a donné tout appui aux groupes défavorisés tels que les minorités ethniques d'immigrés et de réfugiés (intégration des ressortissants du Cap-Vert et de Timor), les gitans, les jeunes marginaux, les adultes analphabètes et les handicapés physiques et mentaux. En ce qui concerne l'intégration des handicapés, on a pris des mesures importantes, on a réalisé des actions de promotion des maîtres, mis en place des centres de ressources, apporté un soutien itinérant, etc. Nombre de ces actions ont reçu l'appui technique de l'UNESCO.

168. La garantie aux femmes et aux jeunes filles de l'égalité des chances dans le domaine de l'éducation est consignée dans toutes les mesures

législatives et réglementaires, mais l'on constate qu'il y a encore dans la pratique quelques préjugés qu'il faudra éliminer définitivement. Cette nécessité est à l'origine de la signature d'un accord entre le Ministère de l'éducation et la Commission de la condition féminine pour une période de trois ans renouvelable par reconduction tacite, sauf dénonciation par l'une ou l'autre des Parties contractantes. Selon les termes du Protocole de l'Accord (signé le 28 février 1984), les deux parties sont tenues de mettre à la disposition du projet les ressources humaines et matérielles jugées nécessaires.

169. Le Ministère de l'éducation (par les biais des Directions générales de l'enseignement de base et de l'enseignement secondaire) et la Commission de la condition féminine prévoient la mise en oeuvre d'un vaste programme qui comprendra les domaines suivants:

a) *Programmes d'études.* On devra procéder à la révision des programmes d'études de l'enseignement primaire, préparatoire et secondaire, ainsi que des orientations de l'éducation préprimaire et des programmes des écoles normales primaires, afin de déceler les causes et les conséquences des stéréotypes qui conditionnent la participation des femmes et des hommes dans la famille, sur le marché du travail et dans la société en général. Les programmes d'études devront à l'avenir inclure dans leurs objectifs généraux et spécifiques des éléments destinés à promouvoir l'égalité entre les deux sexes, de telle sorte que les facteurs déterminants des options soient dus aux aspirations et capacités réelles de chaque individu. Chaque matière devra contribuer à aborder les différents aspects de ces questions,

b) *Formation initiale et formation continue des enseignants.* Les professeurs, en tant que formateurs, pourront contribuer fortement à changer les attitudes. De ce fait, la formation initiale et continue des maîtres (des quatre niveaux) devra inclure l'analyse et la réflexion sur les causes et les conséquences de cette répartition des rôles selon le sexe, les stratégies appropriées au changement souhaité devront aussi être définies. On devra aussi procéder à la sensibilisation du personnel des directions générales pédagogiques à l'égard du rôle que l'école, les professeurs et les matériels scolaires peuvent jouer dans les processus de transformation des images stéréotypées.

## PROGRAMMES D'EDUCATION DES JEUNES ET DES ADULTES

170. Les actions principales en matière d'éducation informelle ont été menées en particulier à l'intention des adultes non alphabétisés et des jeunes ayant quitté précocement l'école. Elles visent aussi la promotion de l'éducation et de la formation en tenant compte des besoins qui découlent de l'évolution scientifique et technique.

171. Le cadre de références stratégique, pédagogique et constitutionnelle de toute politique d'éducation des adultes dans les années 80 est fixé par le Plan national d'alphabétisation et d'éducation de base des adultes (PNAEBA) décrété par la loi N.º 3/79. Ce plan a pour objet l'élimination graduelle de l'analphabétisme et la mise en place d'une structure d'enseignement de base universel dans une perspective d'éducation permanente. Cette loi a créé, en outre, auprès de l'Assemblée de la République, un Conseil national d'alphabétisation et d'éducation de base des adultes (CNAEBA) lequel, en tant qu'organe consultatif, a pour mission d'accompagner la mise en oeuvre du PNAEBA.

172. Par ailleurs, la mise en exécution de ce plan relève en particulier de la compétence de la Direction générale d'éducation des adultes (DGEA) dans le cadre du Ministère de l'éducation. Il importe toutefois de mentionner les actions entreprises dans ce domaine par le Ministère du travail et d'autres ministères, et celles des sociétés de plaisance, des associations d'éducation populaire, des organisations confessionnelles et des syndicats.

173. Il convient de noter que les objectifs prioritaires de l'éducation des adultes sont, en résumé, les suivants:

Le développement culturel et éducatif de la population en vue de la mise en valeur personnelle des adultes et de leur participation progressive à la vie culturelle, sociale et politique,

Assurer la satisfaction des besoins de base de l'éducation formelle et non formelle des adultes à travers la mise en exécution graduelle, dans tout le pays, d'un système régionalisé, ce système devra assurer la mobilisation et la participation des populations, coordonner l'utili-

sation de toutes les ressources éducatives disponibles et constituer l'embryon d'un système d'éducation permanente,

Garantir à tous les adultes qui le souhaitent l'accès à l'alphabétisation et l'accès progressif aux différents degrés de la scolarité obligatoire.

174. Ces deux dernières années, des efforts plus significatifs ont été déployés visant à consolider les actions entreprises dans les domaines suivants: l'alphabétisation et l'éducation de base, la formation de formateurs et la production de matériels pédagogiques, le lancement de programmes régionaux et d'éducation récurrente au niveau de la postalphabétisation, l'appui aux associations d'éducation populaire.

175. La DGEA a offert annuellement près de 2 000 cours d'alphabétisation fréquentés par 23 000 adultes et jeunes gens n'ayant pas complété leur scolarité. Outre le nombre considérable de cours d'alphabétisation, les activités pour les adultes comprennent d'autres activités socioculturelles.

176. Le moyen de communication de masse le plus utilisé est la radio, on assure la diffusion d'un programme hebdomadaire, en faisant précéder cette émission de l'envoi de textes d'appui, la presse est aussi utilisée par le biais d'un journal spécifiquement adressé aux participants aux cours d'alphabétisation. On a recours, aussi, à une gamme diversifiée de moyens audiovisuels, notamment la photographie et le film de 16 mm et de super-8 mm. L'utilisation de programmes vidéo fait encore ses premiers pas.

177. La mise en oeuvre de projets spécifiques établis par le PNAEBA — tels que les "programmes régionaux intégrés" — a mis en lumière l'insertion de l'éducation des adultes dans une stratégie de développement régional et local et a exigé des recherches qui ont permis la reformulation/amélioration des actions entreprises.

178. L'on a essayé de mettre au point des schémas d'accompagnement et d'analyse des actions réalisées: le complément de ces activités est l'octroi de bourses à des chercheurs. L'évaluation est aussi une composante fondamentale des actions expérimentales de l'éducation récurrente, soit en

ce qui concerne l'évaluation de l'apprentissage, soit en ce qui a trait aux projets expérimentaux en cours.

179. L'un des soucis est d'exercer une influence décisive sur la situation du travail des adultes concernés, notamment sur les projets expérimentaux d'éducation récurrente mis sur pied par les entreprises, avec la collaboration du Ministère du travail.

180. Outre ce qui vient d'être exposé, on fait ressortir parmi les tendances de l'éducation des adultes depuis 1980:

Une liaison plus étroite entre cette éducation et les plans de développement régional et parfois même son inclusion dans ces plans,

La diversification des alternatives d'éducation récurrente,

La sensibilisation de la conscience nationale à la contribution que l'éducation des adultes peut apporter au développement économique et social du pays.

181. La préparation des cours de la future université ouverte est à la charge de l'Institut portugais d'enseignement à distance (IPED). L'université ouverte assurera des cours différents (formels et non formels) diffusés par l'intermédiaire de la radio, de vidéo et par correspondance. L'IPED prépare actuellement une infrastructure technique qui lui conférera une autosuffisance dans les domaines de l'information, de la documentation et des matériels audiovisuels.

## EDUCATION SPECIALE

182. Le but d'une politique d'éducation spéciale est l'intégration des enfants handicapés dans le système d'enseignement régulier et dans la société.

183. Le Ministère de l'éducation a développé "l'enseignement intégré", c'est-à-dire l'insertion des enfants handicapés dans les classes norma-



les, à plein temps ou à temps partiel, cette intégration est assurée avec le concours d'équipes de professeurs spécialisés, les "équipes d'éducation spéciale", exerçant leur activité sous forme de soutien itinérant et de travail dans les salles ou noyaux d'accueil, le but visé est l'intégration de l'enfant handicapé dans la famille, la société et l'école.

184. Ces équipes d'éducation spéciale, organisées par région, comprennent des professeurs, des éducateurs, des thérapeutes et d'autres spécialistes. Leurs fonctions principales sont les suivantes:

Détecter les besoins éducatifs de ces enfants et acheminer vers les services d'observation et de diagnostic médico-pédagogiques ceux qui en auront besoin,

Aider à l'intégration dans l'école par l'accompagnement direct de l'élève,

Seconder les instituteurs en titre, en leur donnant un aperçu des problèmes de l'élève handicapé,

S'occuper des équipements, etc.,

Produire le matériel didactique spécial,

Rendre possible, s'il en est besoin, le recours de l'enfant aux services d'aide sociale pour la solution de problèmes tels que les transports, la nourriture, l'utilisation de salles d'accueil, etc.,

Guider les parents en matière d'action éducative et en toutes questions se rapportant à l'intégration de l'enfant au sein de la famille,

Collaborer à l'insertion de l'enfant handicapé dans la communauté

Participer aux actions de dépistage.

185. Le soutien itinérant est périodiquement apporté aux enfants handicapés intégrés dans les classes normales par des spécialistes qui sont chargés, en outre, de l'action auprès des familles et des communautés. Les

salles d'accueil (*resource rooms*) et les noyaux qui les regroupent fonctionnent dans les établissements d'enseignement où des élèves atteints du même handicap ou des mêmes difficultés bénéficient de l'assistance de maîtres et de personnel spécialisé pendant les périodes scolaires. On y trouve des recours pour les cas suivants:

Élèves avec une déficience auditive profonde qui nécessite des systèmes d'amplification sonore et d'adaptation acoustique spéciaux,

Élèves dont les différents besoins éducatifs rendent indispensable une adaptation quotidienne,

Élèves ayant des difficultés d'apprentissage.

186. On peut noter encore d'autres services de soutien aux handicapés:  
Les centres de ressources pour l'éducation intégrée,

Les services d'assistance technique (secteur de déficience auditive).

187. L'arrêté 59/79, du 8 août 1979, fixe les conditions d'un enseignement d'adaptation prévu en faveur des personnes handicapées qui fréquentent des classes ordinaires, ainsi que les formes de soutien et la modalité d'évaluation adoptées à l'égard de ces élèves en ce qui concerne nommément:

Les classes dites "complémentaires" organisées à l'intention des handicapés physiques ou mentaux pour les matières dont l'enseignement est plus difficile à suivre,

La réduction du nombre d'élèves dans les classes ordinaires dans lesquelles sont intégrés des malentendants,

La facilité d'accès aux salles où fonctionnent des classes intégrant des handicapés visuels ou moteurs.

188. Outre les programmes d'éducation spéciale déjà mentionnés, il y a au Portugal:

Des établissements d'éducation spéciale qui fonctionnent en régime d'internat ou de demi-internat,

Des classes spéciales destinées à la plupart des enfants ayant des difficultés d'apprentissage.

189. Le Ministère de l'éducation accorde un soutien pédagogique et financier aux écoles pour enfants handicapés mentaux, créées par l'initiative d'associations de parents ou de coopératives.

190. Dans le but de créer des conditions permettant la scolarisation des élèves de l'enseignement spécial et de favoriser la progression des connaissances et des capacités de ces élèves, l'Institut de l'action sociale scolaire (IASSE) met en place des actions visant spécifiquement le soutien aux enfants handicapés, notamment sous la forme d'allocation de subsides pour le déplacement aux salles d'accueil, l'achat de matériel spécifique, le logement et la nourriture. L'aide de l'IASSE est accordée:

Au niveau individuel, moyennant l'attribution d'un subside après examen de la situation économique de la famille de l'élève,

Au niveau collectif, moyennant une subvention globale attribuée à l'école, à titre de participation aux frais de fonctionnement des services d'action sociale scolaire dont les élèves bénéficient.

## L'ENSEIGNEMENT DES DROITS DE L'HOMME

191. Le système éducatif portugais, soit dans ses objectifs, soit dans ses bases fondamentales et ses dispositions réglementaires, comprend des mesures destinées à éliminer et à prévenir la discrimination ou la préjugé racial sous toutes leurs formes.

192. L'organisation des programmes et des manuels scolaires, notamment ceux qui sont élaborés pour l'enseignement de l'histoire, la géographie, l'introduction à l'activité économique, l'économie, la sociologie, le

droit, l'introduction à la politique, les études sociales, la psychologie et les sciences sociales, favorise la promotion des droits de l'homme, de la tolérance et de l'amitié entre les groupes sociaux ou ethniques.

193. On assiste de plus en plus à l'inclusion de matières concernant les droits de l'homme à tous les niveaux de l'enseignement. Et si parfois l'information donnée à ce propos vise essentiellement la sensibilisation des élèves — surtout dans le cas de l'enseignement primaire et secondaire — plus tard elle essaie de donner un aperçu d'expériences passées, de l'évolution vérifiée, des mesures réalisées pour la défense et la promotion des droits de l'homme.

194. En effet, à l'enseignement primaire le problème des droits de l'homme est mentionné à propos de certaines matières analysées dans le chapitre concernant "le milieu physique et social", par exemple, des sujets tels que la famille, les personnes, le logement, l'hygiène et la santé, les services sociaux, les professions et les activités économiques, la communication sociale, les activités culturelles, les loisirs et l'humanisation du paysage.

195. Mais l'on assure aussi une formation spéciale aux enseignants, surtout dans les domaines comme la pédagogie, la sociologie de l'éducation, la langue portugaise et l'éducation physique.

196. A l'enseignement préparatoire, l'étude de la langue portugaise, destinée à ce que l'enfant connaisse son pays et le monde, permet d'aborder des questions relatives aux droits de l'homme. Les études sociales et l'histoire visent, à leur tour, l'acquisition de notions concernant la vie humaine en société, l'identification des problèmes qui constituent les principaux vecteurs de la vie humaine. L'on y analyse les notions de droit/devoir et l'on identifie les organisations internationales en tant que liens entre le Portugal et le monde.

197. L'enseignement secondaire permet, à propos de l'étude du droit, d'approfondir ces connaissances, étant donné qu'il s'agit d'une dimension de la vie sociale. L'encadrement juridique est présenté en tant que système

de normes sociales qui reflète les valeurs, les croyances, les idéologies dominantes. On y a analysé les droits de l'homme, les données les plus significatives du monde contemporain, son évolution vers de nouveaux domaines de la vie sociale tels que le droit au développement. L'on aborde la notion d'État de droit, en établissant un rapport avec la Déclaration universelle des droits de l'homme et la communauté internationale. De façon plus concrète, l'on évoque le conflit 1939-1945, la naissance de l'ONU, l'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme et ses antécédents, la Constitution portugaise et ses rapports avec la Déclaration universelle. L'on essaie enfin de donner des exemples de problèmes concernant les droits de l'homme, en décrivant des situations connues ou vécues par les élèves.

198. L'enseignement universitaire permet une spécialisation naturelle, surtout en certains cours, tels que le droit, la philosophie ou l'histoire.

199. Mais l'éducation en matière des droits de l'homme ne devra pas se terminer au moment où l'on atteint un haut niveau scolaire.

200. Il faudra que dans le monde du travail l'on sente et l'on applique les connaissances acquises.

201. C'est bien dans ce but que l'on assure au Portugal la divulgation et une certaine spécialisation de ces connaissances dans des cours où la formation de certains fonctionnaires est assurée. Tel est le cas des magistrats et des éléments de la police, compte tenu des activités qu'ils exerceront.

202. Dans ces cours, l'on étudie surtout quelques instruments juridiques internationaux qui s'avèrent d'une importance fondamentale. Nous pourrions mentionner la Convention européenne des droits de l'homme et son système de contrôle le Pacte international des droits civils et politiques, le Protocole facultatif et son système de contrôle, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux culturels, la Convention pour

l'élimination de la discrimination raciale, la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, etc.

203. L'étude de ces textes est naturellement très importante, surtout si l'on tient compte du fait qu'il s'agit de droit conventionnel applicable en droit interne et qui pourra être invoqué devant n'importe quel tribunal.

204. Avec ces cours l'on contribue à ce que les magistrats et les éléments de la police connaissent et appliquant mieux les droits de l'homme.

205. Nous pourrions enfin mentionner les sessions d'information sur les droits de l'homme réalisées dans certaines régions portugaises éloignées de la capitale où l'accès à l'information peut se révéler plus difficile. Elles se destinent aux juristes qui, surtout du fait de l'application des dispositions en vigueur, pourront déclencher, à leur tour, un mouvement de sensibilisation envers les droits de l'homme.

206. On y distribue des dossiers contenant les principaux textes internationaux, surtout ceux adoptés en droit interne, bien qu'une brochure sur la protection des droits de l'homme, élaborée sous les auspices du Conseil de l'Europe et traduite en portugais.

207. Non seulement ces groupes professionnels font l'objet de cours de formation spécialisée, mais au Ministère de l'éducation l'on assiste à une participation croissante de professeurs aux cours de l'Institut des droits de l'homme de Strasbourg.

208. Le Portugal croit devoir entreprendre des actions qui permettent de favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre nations et groupes raciaux et ethniques.

209. A cet effet, l'on a envisagé avec une attention toute spéciale les relations à établir sur le plan de l'éducation, surtout avec les pays africains d'expression officielle portugaise. De ce fait, on a réalisé des accords de coopération qui assurent la venue d'étudiants et d'enseignants au Portugal

pour suivre des cours de formation et prévu la présence d'enseignants portugais dans ces pays pour les aider à développer une politique d'enseignement.

210. Ces actions ont une importance bien particulière au niveau de l'enseignement supérieur et au niveau de la spécialisation ultérieure. En effet, nous assistons non seulement à la présence de professeurs universitaires dans ces pays, mais vérifions aussi la participation toujours croissante de ressortissants de ces territoires aux cours de nos universités et écoles de formation professionnelle telles que, par exemple, l'Ecole de la magistrature.

### *B. Culture et communication sociale*

211. Le premier rapport portugais a analysé de façon assez développée les activités culturelles et de communication sociale visant à prévenir la discrimination raciale. Et ces deux réalités ont été jointes étant donné que le meilleur moyen de diffuser les conceptions culturelles axées sur le respect de la personne humaine, et notamment sur l'acceptation des caractéristiques propres à chaque individu, est normalement les médias.

212. L'on avait décrit l'encadrement constitutionnel (art. 37 à 40) et la législation concernant la télévision (cf. par. 324 à 332 du premier rapport) et la presse (cf. par. 333 à 346). Aucune modification ne s'est vérifiée dans ce domaine.

213. Nous analyserons donc le statut relatif à l'entreprise publique de radiodiffusion (RDP), approuvé par le décret-loi 167/84, du 22 mai.

214. La RDP doit présenter des programmes de portée nationale, de façon à promouvoir la préservation des valeurs nationales et à correspondre aux besoins et désirs de la population en matière d'information et de formation.

215. Elle transmettra aussi des programmes destinés aux noyaux de Portugais fixés à l'étranger — de façon à défendre leur identité culturelle, le renforcement des liens d'affectivité qui les lient au Portugal et des liens de solidarité entre tous les Portugais — et aux pays d'expression officielle portugaise. Il lui est aussi permis de faire des programmes sur le Portugal dans une langue étrangère.

216. Selon l'article 11, la RDP devra tenir compte de certains principes, notamment:

Assurer une information actuelle, vraie, rigoureuse, pluraliste et complète sur les faits nationaux et internationaux,

Assurer l'exercice de la liberté d'expression et assurer la confrontation des différents courants d'opinions,

Assurer une orientation générale qui respecte le pluralisme idéologique,

Divulguer la culture portugaise de façon à développer l'intérêt du public,

Prendre et diffuser des mesures visant à diminuer les effets de l'analphabétisme,

Sentir comme devoir fondamental la diffusion pédagogique d'informations et enseignements utiles à la vie en société, en stimulant le patriotisme, le civisme et la noblesse de sentiments et en réprochant la délinquance et la dégradation des coutumes.

217. En ce qui concerne la coopération internationale, la RDP maintiendra des rapports de coopération avec l'Union européenne de radiodiffusion, l'UNESCO et d'autres entités étrangères, en privilégiant dès que possible celles des pays d'expression officielle portugais (art. 13).



218. Les travailleurs de la RDP ont aussi des devoirs spéciaux, étant donné la nature des fonctions exercées.

219. Ils doivent, en effet, mettre leur initiative et créativité au service des fins supérieures de l'État de droit démocratique, en s'abstenant de prendre des positions en faveur de toute partie qui nuisent à la mission qui leur incombe d'éclaircir et informer avec indépendance et objectivité. La violation de ce principe sera considérée comme une infraction disciplinaire grave.

220. Il faudra d'un autre côté mentionner la célébration de la journée des droits de l'homme au Portugal.

221. En effet, non seulement le jour de l'Europe, proclamé par le Conseil de l'Europe, a été célébré mais aussi le quarantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies, ce qui a permis la réalisation de plusieurs sessions d'information.

222. Il s'avère intéressant d'analyser aussi, dans un autre domaine, le décret-loi 405/85, du 16 octobre.

223. Ce texte reconnaît que l'un des objectifs fondamentaux de la politique de coopération du Portugal vise le maintien et le développement de la culture portugaise, surtout dans les États africains de langue officielle portugaise.

224. Il prévoit donc la création dans ces pays de centres culturels qui sont destinés à la diffusion de la culture et à la consolidation et défense de la langue portugaise.

225. Et leurs objectifs seront notamment (art. 4):

La promotion de la culture portugaise,

L'encouragement de la création culturelle en langue portugaise et sa diffusion et enseignement, surtout auprès des Portugais résidant dans ces pays et de leur famille,

La réalisation d'échanges culturels entre les agents culturels portugais et les pays où sont installés les centres.

226. Les centres devront collaborer avec les autorités culturelles et administratives de ces pays de façon à préserver le patrimoine qui reflète la présence historique du Portugal et constitue un amas culturel commun des pays qui coopèrent.

## CONCLUSION

227. Le Gouvernement portugais espère que ce deuxième rapport donnera au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale des éléments suffisants lui permettant d'apprécier en profondeur la façon dont la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale est appliquée au Portugal.

228. Le Gouvernement espère en outre que les indications qu'il a fournies sur les multiples activités déployées dans plusieurs domaines de façon à prévenir l'apparition de manifestations de discrimination raciale permettront au Comité de bien juger l'effort toujours mené contre des pratiques de cette nature, au sein d'institutions publiques et privées et de la société en général.

229. Le gouvernement tient cependant à souligner qu'il reste à la disposition du Comité pour tout renseignement utile dont celui-ci aurait éventuellement besoin pour une meilleure et plus profonde appréciation du présent rapport.

230. Le Gouvernement portugais, étant donné le court délai écoulé depuis la présentation du premier rapport, compte recueillir d'autres éléments qui puissent s'avérer d'intérêt pour le Comité et qui seront divulgués au moment de la présentation de ce deuxième rapport.

*Annexe*

LISTE DES DOCUMENTS TRANSMIS  
PAR LE GOUVERNEMENT PORTUGAIS  
AVEC LE PRESENT RAPPORT\*

*A. Législation*

Décret-loi 178/81, du 30 juin 1981. Exempte les nationaux d'autres pays du paiement d'émoluments aux traducteurs et interprètes dans les procédures du travail.

Décret-loi 180/81, du 30 juin 1981. Structure le Centro Polivalente do Funchal, créé par le décret-loi 506/80, du 21 octobre.

Décret-loi 181/81, du 30 juin 1981. Accorde aux titulaires d'entreprises en régime d'autogestion la présomption de carence économique, notamment aux effets d'attribution du bénéfice d'assistance judiciaire.

Décret-loi 167/84, du 22 mai 1984. Approuve le statut de la "Radiodifusão Portuguesa, E.P."

Décret-loi 168/84, du 22 mai 1984. Crée l'aire protégée nommée "Paisagem Protegida da Arriba Fóssil da Costa da Caparica".

---

(\*) Ces documents, présentés par le Gouvernement portugais en portugais, peuvent être consultés au Centre pour les droits de l'homme du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.

Décret-loi 374/84, du 14 mars 1984. Etablit des dispositions complémentaires et réglemente le Statut des tribunaux administratifs et fiscaux, approuvé par le décret-loi 129/84, du 27 avril.

Décret-loi 63/85, du 28 mars 1985. Approuve le Code du droit d'auteur et des droits connexes.

Décret-loi 223/85, du 4 juillet 1985. Etablit les principes fondamentaux des services intégrés dans le Système d'informations de la République portugaise, ainsi que les règles de fonctionnement du Conseil supérieur d'informations, conformément à la loi 30/84, du 5 septembre.

Décret-loi 224/85, du 4 juillet 1985. Etablit la structure organique du Service d'informations stratégiques de défense, créé par la loi 30/84, du 5 septembre.

Décret-loi 225/85, du 4 juillet 1985. Etablit la structure organique du Service d'informations de Sécurité, créé par la loi 30/84, du 5 septembre.

Décret-loi 267/85, du 16 juillet 1985. Approuve la loi sur la procédure des tribunaux administratifs.

Décret-loi 324/85, du 6 août 1985. Prévoit l'indemnisation des fonctionnaires victimes d'actes terroristes.

Décret-loi 420/85, du 22 octobre 1985. Reconnaît aux fonctionnaires de l'État et aux corps administratifs de Timor, le droit d'accès au cadre d'effectifs interdépartementaux.

Résolution du Conseil des ministres 52/85, du 14 novembre 1985. Etablit les critères d'application du décret-loi 308-A/75, du 24 juin.

Loi 45/85, du 17 septembre 1985. Modifie le décret-loi 63/85, du 14 mars, et le Code du droit d'auteur et des droits connexes.

Arrêté 722/85, du 25 septembre 1985. Approuve le Règlement général du Service de la Guarda Nacional Republicana.

Décret-loi 405/85, du 16 octobre 1985. Réglemente la création et l'activité des centres culturels à établir par l'État portugais dans les pays africains d'expression officielle portugaise.

Décret-loi 2/86, du 2 février 1986. Définit les principes de base régissant les *lares* destinés aux mineurs qui, transitoirement ou provisoirement, ne se trouvent pas dans leur milieu familial.

Décret-loi 4/86, du 6 janvier 1986. Porte une nouvelle rédaction à l'article 81 du décret-loi 267/85, du 16 juillet (loi de la procédure des tribunaux administratifs).

Décret-loi 10-A/86, du 6 février 1986. Établit des règles visant à promouvoir la création de postes de travail pour les jeunes qui arrivent sur le marché du travail.

Arrêté 12/86, du 14 février 1986. Appui financier pour la création d'activités indépendantes en faveur des jeunes de moins de 25 ans cherchant un emploi et des chômeurs le longue durée.

Loi 4/86, du 21 mars 1986. Modifie la loi des tribunaux administratifs.

Loi 12/86, du 21 mai 1986. Modifie le régime de suspension de l'exécution des actes administratifs.

Arrêté 61/86, du 24 juin 1986. Porte création de la Commission de l'accès à la justice.

## *B. Projets de loi*

Projet de loi 21/IV, du 4 avril 1986 — Code de procédure pénale.

Projet de loi 58/IV, du 6 décembre 1986 — Régime de l'état de siège et de l'état d'urgence.

Projet de loi 14/IV, du 19 février 1986 — Loi du service militaire.



## **ESTUDOS**





ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA

*Assistente da Univ. Lusíada e do ISCAL*

**A TRADUÇÃO JURÍDICA:  
SITUAÇÃO EM PORTUGAL  
E SUA ESPECIFICIDADE \***

---

(\*) O presente estudo constitui o objecto da nossa intervenção no Congresso Nacional de Tradução, realizado em Lisboa, em 8, 9 e 10 de Dezembro de 1988.



## I

### 1. A situação actual da tradução de obras jurídicas em Portugal.

Em poucas palavras podemos dizer que a tradução de obras jurídicas em Portugal peca, sobretudo, pela escassez, mas muitas vezes também pela menor qualidade. Portugal é, talvez, o país da Europa ocidental onde menos obras jurídicas se traduzem. Não nos seria difícil enumerar aqui taxativamente as obras jurídicas de algum vulto que foram traduzidas em Portugal nos últimos 100 anos<sup>(1)</sup>. Este estado de coisas deve-se essencialmente a três ordens de razões:

- reduzido contributo dos profissionais da tradução;
- escassez do número de juristas habilitados para o fazer, isto é, dominando simultaneamente os idiomas e os sistemas jurídicos em questão;
- falta de estímulo e, por vezes, até mesmo desincentivo por parte de alguns responsáveis pela ciência do direito em Portugal. Prova disto é, por exemplo, o facto de a tradução de uma obra jurídica

---

(<sup>1</sup>) Entre as principais obras jurídicas traduzidas para o português nos últimos anos destacam-se as seguintes: *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen (4.<sup>a</sup> ed., Coimbra 1979) por João Baptista Machado; *Filosofia do Direito*, de Gustav Radbruch, por L. Cabra Moncada (2.<sup>a</sup> ed., Coimbra 1937) e *Teoria Geral do Estado*, de R. Zippelius, por A. Cabral de Moncada.

Infelizmente, à nossa baixa produtividade no campo da tradução jurídica vem juntar-se a ainda menor no que concerne aos restantes países de expressão oficial portuguesa, talvez com excepção do Brasil.

ser pouco valorizada em termos curriculares para o jurista que a faz e até, por vezes, inclusivamente, apreciada negativamente, como introdução de um corpo estranho no nosso sistema jurídico, corpo esse que iria lançar a confusão no espírito dos nossos juristas. Esta concepção continua a ser, infelizmente, perfilhada por alguns dos nossos juristas com maiores responsabilidades no domínio da investigação. Portanto, para esses, a palavra de ordem é: quanto menos tradução melhor. A este desincentivo académico, vem juntar-se o reduzido incentivo económico, dada a pequena dimensão do mercado português.

No que concerne à tradução de obras jurídicas portuguesas para outras línguas, não as conhecemos. Aqui, a principal razão estará, certamente, na falta de interesse científico — cujas razões não interessa neste momento indagar — que as nossas obras jurídicas despertam nos povos de outros idiomas.

## 2. Sinais de mudança

Mas algo está a mudar. A integração de Portugal nas Comunidades Europeias aumentou enormemente a necessidade teórica e prática da tradução jurídica, não só de textos legais mas também de obras científicas.

A este fenómeno estiveram atentas certas entidades, públicas e privadas, que têm vindo a desenvolver um esforço meritório para responder às solicitações desta acrescida necessidade. De entre as iniciativas mais significativas merecem ser aqui destacadas as levadas a cabo pela Fundação Calouste Gulbenkian<sup>(2)</sup>, no que concerne à tradução e publicação de obras

---

(2) Entre as principais e mais recentes obras traduzidas pela Fundação Gulbenkian destacam-se: *Introdução ao Pensamento Jurídico*, de Karl Engisch, 5.<sup>a</sup> ed., trad. de J. Baptista Machado; *Teoria Geral do Estado*, de R. Zippelius, 2.<sup>a</sup> ed., trad. de A. Cabral de Moncada; *Direito Internacional*, de J. L. Brierly, 4.<sup>a</sup> ed., trad. de M.R. Crucho de Almeida; *Sistemas Políticos Africanos*, de M. Fortes e E. Evans-Pritchard, trad. de Teresa Brandão.

jurídicas, e pelo Instituto Superior de Línguas e Administração (ISLA), no que toca à preparação técnico-jurídica dos futuros tradutores<sup>(3)</sup>.

Finalmente, mas não por último, os sinais de mudança também se ficarão largamente a dever ao recente aparecimento de um grupo de jovens juristas mais ligados à investigação que, por força de especializações que têm vindo a fazer no estrangeiro, não só se dotaram dos meios necessários à tradução de obras jurídicas mas também se sensibilizaram quanto à importância de tradução de certas obras para o nosso idioma<sup>(4)</sup>.

No entanto, nem tudo parece ser positivo nesta recente evolução. Na verdade, se é certo que o número de traduções feitas nos últimos anos em Portugal aumentou consideravelmente, não é menos certo que, muitas vezes, a qualidade da tradução tem diminuído. Há que ser mais escrupuloso, pois no campo do direito muitas vezes é melhor nada traduzir que traduzir mal. Por esta razão, o fenómeno de intensificação da tradução jurídica exige uma reflexão profunda sobre alguns dos seus aspectos mais importantes e específicos. É o que faremos já de seguida.

---

(3) Já há alguns anos que o ISLA criou um curso superior de tradutores e intérpretes, do qual faz parte uma disciplina de tradução jurídica, a par de outras iniciativas de grande relevância, como a organização de congressos, etc.

(4) Nestes últimos anos tem-se registado um forte aumento do número de jovens juristas que têm vindo a fazer investigação por períodos mais ou menos prolongados, no estrangeiro. Nem se torna necessário evidenciar aqui quão importantes são estas deslocações ao estrangeiro para o futuro da tradução jurídico em Portugal.

## II

### Pressupostos teóricos e metodológicos da tradução jurídica

Somos chegados ao momento de indagar sobre o que poderá haver de específico na tradução dos textos jurídicos e como atender a essas especificidades, isto é, quais os pressupostos teóricos e metodológicos da tradução jurídica.

#### 1. A Tradução jurídica como tradução mítica

A tradução jurídica é algo que se afasta, para além e para aquém, da tradução literária, sem contudo perder afinidades com esta. Também ela representa uma transferência entre níveis distintos de expressão cultural. Ora, esta transferência, pode, como já em 1798 Novalis referiu<sup>(5)</sup> — a propósito da tradução literária —, ocorrer sob três formas fundamentais: A tradução gramatical, a tradução modificadora e a tradução mítica. Segundo Novalis, enquanto a primeira não exige mais do que erudição e capacidade discursivas já a segunda não é possível senão mediante a intervenção do mais alto espírito poético. Só a tradução mítica representa o puro e perfeito carácter da obra de arte individual. Ora, unicamente esta terceira forma satisfaz na perfeição as exigências da tradução jurídica, isto é, sem chegar a abandonar as duas primeiras, o tradutor de um texto jurídico deve ter por principal preocupação a representação pura e perfeita da obra (de arte) sobre que trabalha. Todo o texto jurídico constitui parte de um conjunto harmónico e coerente entre si, de modo que o todo é mais que a soma das partes, qual azulejo e um painel está para este.

Em conclusão, temos pois que todo o texto jurídico constitui uma “peça” integrante de um conjunto, de um sistema completo e harmónico entre si. Por isso a tradução, de um texto jurídico tem de atender ao seu

---

(5) Novalis, “Bluthenstaub”, in: Storig (ed.), *Das Problem des Übersetzens*, 1973, p. 33. Cf. J.C. Catford, ob. cit. p. 52, que distingue entre transferência lexical, tradução gramatical, tradução fonológica e tradução grafológica (p. 79 e segs.).

todo: Ao do sistema a que pertence o texto de partida e ao do sistema a que pertence o texto de chegada. Dada a multiformidade dos aspectos em questão — resultantes do direito positivo, da doutrina e da jurisprudência, para além da linguística — os objectivos da tradução de um texto jurídico só serão alcançáveis através do recurso a um certo miticismo. A tradução jurídica é, pois, de alguma forma, e sempre, uma tradução mítica.

## **2. A tradução jurídica como relação pragmática**

A tradução jurídica estabelece uma relação pragmática, isto é, uma relação entre o autor do texto de partida e o seu imediato destinatário. Com o notabilíssimo tradutor Johann Wolfgang von Goethe, referindo-se à tradução literária, tomamos a referida relação, quer numa perspectiva sincrónica, quer numa perspectiva diacrónica. Assim, a tradução jurídica deve ter em consideração tanto os diversos níveis de maturidade (etários) como, numa perspectiva diacrónica, o grau de desenvolvimento da cultura jurídica do seu destinatário. Mesmo quando o destinatário se situe num estágio mais avançada que o autor do texto original, exigir-se-á sempre uma versão que, no respeito pelo original, se molde aos padrões autóctones<sup>(6)</sup>.

Formulação lapidar dos dois termos da opção pragmática, inerente a toda a actividade translatória, foi dada pelo grande filósofo e tradutor dos “Diálogos” de Platão, Friederich Schleiermacher, na sua lição intitulada “Sobre os métodos de traduzir”, proferida em 24 de Junho de 1813, na Real Academia das Ciências de Berlim: “Ou o tradutor deixa o escritor o mais possível em sossego e move o leitor ao seu encontro, ou deixa o leitor o mais possível em sossego e move o escritor ao seu encontro”<sup>(7)</sup>.

(6) W. v. Goethe, “Drei Stucke vom Ubersetzen, in: Storig (ed.) p. 34 e segs. Para Goethe, ficaria reservado para um estágio ainda mais apurado a tradução que verdadeiramente se identificasse com o original, isto é, que existisse, não em vez dele mas em seu lugar. Nesta linha de ideias A.F. Castilho escreveu: “A versão ‘boa’ de um original... deve, sem transtornar o substancial do pensamento e afectos do autor, vesti-lo e orná-lo completamente à moda e gosto da terra em que se pretende naturalizar (in: *Vivos e Mortos*, vol. VII, p. 73).

(7) F. Schleiermacher, “Uber die verschiedenen Methoden des Ubersetzens”, in: J. Storig, p. 38 e segs. Cfr. Também Maria Horster/Renato Correia e outros, in: *Problemas da Tradução Literária*, Coimbra, 1986, p. 7 e segs.

Schleiermacher, entre muitos outros, reservou o qualificativo “tradução”, em sentido estrito, para os textos que evidenciem uma estreita proximidade em relação à respectiva matriz, sem transigirem perante o contexto de chegada ou, por outras palavras, para os textos que movam o leitor ao encontro do escritor. No entanto, como iremos ver, esta posição não pode ser sustentada no que concerne à tradução de textos jurídicos.

Em conclusão, a tradição jurídica estabelece uma relação pragmática entre o texto de partida e os seus destinatários. Em regra, estes situam-se em níveis de maturidade e de cultura jurídica distintos. Perante esta situação o tradutor de textos jurídicos deve moldar a sua tradução aos tipos dos seus presumíveis destinatários. Esta operação pode, no entanto, representar uma certa distanciação, mais aparente do que real, do texto de chegada relativamente ao texto de partida. Só em certos casos será, pois, possível, poder continuar a falar em “tradução” em sentido estrito. Mas “traduzir” um texto jurídico não exigirá sempre uma relativa margem de adaptação?

### 3. Tradutibilidade relativa e dinâmica dos textos jurídicos

A atitude defensiva de Schleiermacher ao reservar o qualificativo nobilitante “tradução” em sentido estrito para os textos que evidenciem muita proximidade em relação à respectiva matriz, revela a tentativa de identificar o pensamento com a forma linguística que, como sabemos, revestiu feição paradigmática na filosofia humboldtiana da linguagem. No entanto, um entendimento da actividade translatória regida por um ideal de invariância não é consentâneo quer com a praxis concreta dos tradutores de textos jurídicos, quer com a própria etimologia do lexema “traduzir” em geral e, sobretudo, aplicado aos textos jurídicos. Como diria Jacob Grimm, “übersetzen ist übersetzen, traducere navem”<sup>(8)</sup>. A metáfora que originariamente é subjacente ao verbo “traduzir” atribui à verdadeira tradução jurídica um movimento centrífugo a partir da matriz, ao contrário

---

(8) J. Grimm, “Über das pendatische in der deutschen sprache”, in: Storig (ed.) p. 111.



do que preconizava Schleiermacher e filósofos como Ortega y Gasset e Walter Benjamin que, inconformados com o babelismo da diversidade linguística, deram largas à nostalgia do verbo único, expressão da universalidade da ideia<sup>(9)</sup>. O corolário lógico deste tipo de concepções reside numa intradutibilidade de princípio, que tem como reacção a tese oposta, não menos redutora, da tradutibilidade absoluta<sup>(10)</sup>. No entanto, no que concerne aos textos jurídicos, teremos pois de concluir ela falsidade do dilema: “nada é traduzível” ou “tudo é traduzível”<sup>(11)</sup>.

Em conclusão, no que concerne aos textos jurídicos é forçoso adoptar um conceito de tradutibilidade relativa e dinâmica, tal como o proposto por W. Koller<sup>(12)</sup>, pois só este conceito contém as potencialidades operatórias exigidas por tal tipo de tradução. A actividade translatória regida por um ideal de invariância não é consentânea com a tradução de textos jurídicos.

#### **4. A tradução jurídica como “Equivalência”**

A adopção, no âmbito da tradução jurídica, de um conceito relativo e dinâmico do verbo “traduzir”, exige uma reflexão sobre a noção de “equivalência”<sup>(13)</sup>, aspecto central na tarefa do tradutor de textos jurídicos.

---

(9) W. Koller, *Einführung in der Übersetzungswissenschaft*, Heidelberg, 1979, p. 139 e segs.

(10) Cf. W. Koller, *op. cit.* p. 148 e segs. Cf. também Maria Horster/Renato Correia e outros, *ob. cit.* p. 7 e segs.

(11) Neste sentido, cf. também J.C. Catford, *ob. cit.* p. 103.

(12) Cf. W. Koller, *op. cit.* p. 143 e segs. (referindo-se à tradução literária).

(13) Cf. Koller, *op. cit.* p. 187. Este autor distingue entre “equivalência” denotativa, canotativa e pragmática. Numa outra perspectiva distingue ainda este autor entre equivalência textual-normativa e formal-estilística. Sobre a “equivalência” na tradução, cf. também J.C. Catford, “Uma Teoria Linguística da Tradução”, S. Paulo — Brasil, 1980, o qual distingue entre “equivalência textual” e “correspondência formal” (p. 29 e 35 e segs.). Cf. ainda Georges Mounin, “Os problemas teóricos da Tradução”. Este autor tece importantes considerações sobre os limites que as “visões do mundo” e as “civilizações” impõem à tradução (p. 179 e segs. e 209 e segs.). Com toda a razão afirma

Traduzir um texto jurídico implica, especialmente nos domínios em que os sistemas jurídicos não apresentam grandes correspondências, o que acontece na maioria das vezes, ter de encontrar “equivalências” que, consoante a maior ou menor abertura e maleabilidade dos sistemas de chegada, admitam maior grau de identificação. A questão central que aqui se coloca é, pois, a questão de saber como devem ser encontradas essas “equivalências”, de modo que se possa continuar ainda a falar de “tradução”, nos limites impostos pela tradução jurídica que acabamos de referir.

A “equivalência” entre textos jurídicos exige a verificação de três pressupostos, os quais constituem, simultaneamente, três etapas gradativas e complementares:

- a) O primeiro pressuposto da “equivalência” consiste na profunda apreensão da matriz, na sua apreciação e valorização, na percepção de cada unidade linguística quanto ao seu valor denotativo, conotativo e pragamático, nas suas relações co-textuais, intertextuais e contextuais, ou seja, na compreensão profunda do significado global da obra quer do ponto de vista linguístico-literário, quer do ponto de vista histórico-cultural. Esta compreensão do significado global da obra constitui sempre uma operação interpretativa que representa o resultado de uma tensão dialética de forças antagónicas, situadas em polos opostos, isto é, entre o polo do texto de partida, com as suas estruturas e peculiaridades próprias, e o polo do leitor-receptor, o qual também se encontra condicionado por um complexo de hábitos linguísticos, literários e culturais<sup>(14)</sup>.
- b) O segundo pressuposto consiste no perfeito domínio da língua materna, de tal modo que seja possível transpor os atrás referidos actos de apreensão e de interpretação para o novo palco linguístico, ou seja, na capacidade de para cada unidade linguística da obra original encontrar uma “correspondente” unidade linguística

---

Hans J. Vermer (in: “Esboço de uma Teoria da Tradução”, Lisboa 1985, p. 12) que “não existe” o texto de partida que serve como base para uma tradução, não há “á” tradução (melhor) para um texto. Somente há uma “versão” dum texto como base para uma tradução que procura realizar o óptimo do objectivo em dadas circunstâncias”.

(14) Cf. Maria Horster/Renato Correia e outros, ob. cit. p. 7 e segs.

na obra de chegada, em sentido sistémico, bem como para assegurar à matriz de partida idêntica posição no contexto literário e histórico-cultural do texto de chegada<sup>(15)</sup>.

- c) O terceiro pressuposto, e eis a principal peculiaridade da tradução jurídica em relação à tradução literária, consiste no profundo domínio dos sistemas jurídicos, quer de partida, quer de chegada. O perfeito domínio dos sistemas jurídicos em questão permite obter também o perfeito domínio das respectivas figuras jurídicas (factos, actos, entidades, institutos jurídicos, etc.). A escolha das figuras a adoptar deve ser feita em função do papel individual e sistémico da sua correspondente no sistema de origem, bem como em função da sua posição individual e sistémica no âmbito do actual sistema. Não sendo possível encontrar uma figura que represente uma correspondência directa entre as diferentes figuras jurídicas em questão, há que saber encontrar a respectiva figura “equivalente”. Na falta desta, e só em tal caso, estará legitimado o recurso à “adaptação” (a que nos referiremos no ponto 5).

Considerando que a polissemia é um elemento característico de toda a obra literária, dado que o tradutor, como leitor-receptor da obra original, se integra num processo de recepção produtivo historicamente condicionado, processo este que tem como resultado uma “concretização no contexto de outra língua e de outra tradição literária”<sup>(16)</sup> e, finalmente, tendo em vista as grandes divergências existentes entre as figuras e os sistemas jurídicos de partida e de chegada, a “equivalência” obtida através deste acto sui generis de concretização não poderá deixar de ser sempre uma mera “equivalência” aproximativa. Nestes termos o conceito de “equivalência” aplicável à tradução jurídica nunca poderá ser tomado como uma lógica formal do tipo: “A1 equivale a A2”.

Por outro lado e como consequência do que temos vindo a dizer, a “equivalência jurídica só funciona num sentido, ou seja, no sentido:

---

(15) Cfr. F. V. Vodicka, *Die Struktur der literarischen Entwicklung*, Munique 1976, p. 176. Cf. Maria Horster/Renato Correia e outros, ob. cit. p. 7 e segs.

(16) Interessantes são a este propósito as considerações de J.C. Catford, ob. cit. p. 47 e segs. sobre a “transferência”.

matriz → texto de chegada. Por isso, e por mais profunda que seja a apreensão da matriz, a capacidade translatória e o grau de domínio dos sistemas jurídicos em questão, nunca será possível reconverter por meio de “retro-versão” a unidade A2 na unidade A1. Temos, assim, que na tradução de uma obra jurídica, a procura por uma “equivalência” dinâmica entre a matriz de partida e o texto de chegada obriga a que se percorram caminhos distintos, num e noutro sentido.

O dinamismo intersistêmico subjacente ao conceito de “equivalência” não deixa, pois, de colocar muitas questões, mormente quanto aos limites da sua admissibilidade, de modo a podermos continuar a falar em “equivalência” como “tradução”.

Logo, a tradução de textos jurídicos tem como principal peculiaridade o necessário recurso à “equivalência”. Problemático será, contudo, determinar onde começa e acaba a “equivalência” legítima, de modo a podermos continuar a falar em “tradução”.

## **5. Tradução jurídica e “Adaptação”**

Para o tradutor de textos jurídicos tornam-se particularmente interessantes e problemáticos aqueles casos em que, por falta de uma correspondência micro ou macro estrutural, não é possível chegar à “equivalência” propriamente dita, sendo necessário recorrer à substituição, à adaptação, à compensação, à explicação interna, etc.

Nestes casos, porém, já não se está perante um verdadeiro fenómeno de tradução, mas antes perante um fenómeno de “adaptação” (ou, melhor, de “versão”) com fortes marcas pessoais do tradutor, funcionando o texto original apenas como um pre-texto. O seu recurso é muitas vezes inevitável mas os riscos e as dificuldades que a “adaptação” representa exigem cautelas suplementares. Por isso, devemos entender que a “adaptação” apenas deve ser permitida nos casos estritamente inevitáveis.

Em conclusão, as grandes divergências entre os diferentes sistemas jurídicos podem exigir o recurso à “adaptação”. No entanto, na medida em que esta pressupõe sempre um elevado cunho de influência do “adaptador”, ela deverá limitar-se aos casos estritamente necessários.

## CONCLUSÕES FINAIS

1. A tradução jurídica em Portugal tem sido escassa. No entanto, a integração de Portugal nas Comunidades Europeias, ao aumentar enormemente as necessidades práticas da tradução de textos jurídicos, e sobretudo de textos legislativos, constitui um grande desafio para os tradutores em Portugal. Este desafio tem vindo a ser respondido positivamente, ainda que nem sempre com a celeridade e a qualidade exigíveis.

2. Todo o texto jurídico forma uma “peça” integrante de um conjunto, de um sistema completo e harmónico entre si. Por isso, a tradução de um texto jurídico tem de atender ao todo: Ao do sistema a que pertence o texto de partida e ao do que pertence o texto de chegada. Dada a multiformidade dos aspectos em questão — resultantes do direito positivo, da doutrina e da jurisprudência, para além da linguística — os objectivos da tradução de um texto jurídico só serão alcançáveis através do recurso a um certo miticismo. A tradução jurídica é, pois, de alguma forma, sempre uma tradução mítica.

3. A tradução jurídica estabelece uma relação pragmática entre o texto de partida e os seus destinatários. Em regra, estes situam-se em níveis de maturidade e de escultura jurídica distintos. Perante esta situação, o tradutor de textos jurídicos deve moldar a sua tradução ao tipo do seu presumível destinatário. Esta operação pode, no entanto, representar, na prática, uma certa distanciação, mais aparente do que real, do texto de chegada relativamente ao texto de partida. Só em certos casos será, pois, possível continuar a falar em “tradução” em sentido estrito. Mas “traduzir” um texto jurídico não exigirá sempre uma relativa margem de adaptação?

4. No que concerne aos textos jurídicos é forçoso adoptar um conceito de tradutibilidade relativa e dinâmica, tal como o proposto por W. Koller, pois, só este conceito encerra as potencialidades operatórias exigidas por tal tipo de tradução. A actividade translatória regida por um ideal de invariância não é consentânea com a tradução de textos jurídicos.

5. As imposições acabadas de referir fazem com que a tradução de textos jurídicos exija necessariamente, entre outras coisas, o recurso à

“equivalência”. Problemático será, contudo, determinar onde começa e acaba a “equivalência”. Só o respeito escrupuloso por certos pressupostos permite não apenas o seu uso legítimo como a obtenção de um resultado positivo na actividade translatória de textos jurídicos.

6. As grandes divergências entre os diferentes sistemas jurídicos podem exigir o recurso à “adaptação”. No entanto, na medida em que esta pressupõe sempre um elevado cunho pessoal do “adaptador”, ela deverá limitar-se aos casos estritamente necessários.

**JOSÉ MANUEL MEIRIM**  
*Assessor do Gabinete do Procurador-Geral da República*

**AS NACIONALIZAÇÕES  
E O  
DIREITO INTERNACIONAL\***

---

\* O presente texto representa um complemento de um estudo dedicado às nacionalizações portuguesas, só possível graças a uma bolsa de estudo concedida pelo Conselho da Europa.

A sua publicação de forma autónoma justifica-se dado constituir um repositório das principais referências normativas internacionais na matéria, característica que se julga enquadrar-se nos interesses dos leitores deste Boletim.





## **1. Introdução**

O direito internacional das nacionalizações conheceu uma evolução marcadamente favorável a que, no momento presente, as nacionalizações possam ser encaradas como fenómenos jurídicos não só normais mas acima de tudo lícitos à luz das normas internacionais<sup>(1)</sup>.

Não foi sempre assim, o que, para alguns, justifica o emprego do termo revolução como o mais condizente com a espécie da evolução sentida.

Há pouco mais de um século estávamos perante um direito sagrado, um direito individual dos mais respeitados, o direito à propriedade privada; vieram depois as expropriações por utilidade pública, para depois chegarem as nacionalizações e finalmente a afirmação solene do direito soberano dos Estados sobre os seus recursos naturais.

Este crescente de intervenção do Estado no domínio do direito individual à propriedade privada, em particular dos meios de produção, veio nos anos recentes a brigar com uma noção do direito de propriedade, como direito do homem.

Vejam os traços breves o desenrolar desta factualidade, de forma a podermos apurar, algumas ideias base próprias ao ordenamento internacional do direito das nacionalizações.

---

(1) Como afirma Jorge Campinos "Igualdade Jurídica e Desigualdade Económica" em direito internacional público contemporâneo", Lisboa, 1984, Separata ao BMJ n.º 334, pp. 5-34), p. 31, "Este direito de nacionalização constitui o segundo pressuposto económico do princípio da "igualdade jurídica". Hoje em dia, trata-se de um direito universalmente reconhecido, comumente admitido como um dos atributos da soberania estatal".

## 2. A propriedade privada: do direito sagrado à função social.

2.1. O direito de propriedade possui uma longa história e de alguma forma reflecte um instinto social<sup>(2)</sup>.

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789 ele acaba por adquirir finalmente carácter de direito imaculável.

O artigo 17.º da Declaração concebe o direito de propriedade como inviolável e sagrado, do qual ninguém pode ser privado, a não ser que a necessidade pública, legalmente constatada, o exija de forma manifesta e sob a condição de uma indemnização justa e prévia<sup>(3) (4)</sup>.

Embora deixando uma porta aberta à configuração e caracterização de interesses gerais quando em conjunto com a propriedade privada o que é um facto é que desde então e até ao início da primeira guerra mundial, a protecção da propriedade privada, enquanto direito “natural, absoluto, exclusivo e eterno” surge como princípio indiscutível quer no domínio interno dos Estados quer no âmbito internacional.

Katzarov<sup>(5)</sup> relata-nos mesmo a forma sintomática como a questão encontrou eco nas Conferências da Haia em 1899 e em 1907.

Em ambas as Conferências, levadas a efeito num ambiente onde reinava o respeito do individuo, a questão da garantia da propriedade privada não deu lugar a grandes discussões: tratava-se de uma coisa inerente ao ser, assim como a vida ou a honra.

---

(2) Rosalyn Higgins, de acordo com Katzarov, *The Taking of Property by the State: Recent developments in international law*, in RCADI — 1982 — III, n.º 176 (267-392), p. 273).

(3) A quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos, adoptada em 1971, determina que ninguém pode ser privado da sua propriedade *Without due process of law* e que a mesma não pode ser tomada para fins públicos sem justa compensação. Por sua vez o Código Napoleónico de 1804 entendia a propriedade como um direito absoluto e perpétuo.

(4) A história da redacção do artigo 17.º da Declaração é analisada em profundidade por Marc Suel, “La Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen — L’énigme de l’article 17 sur le droit de propriété”, RDP, 1974, n.º 5, pp. 1295-1318.

(5) *Theorie de la Nationalisation*, p. 374.

2.2. Esta concepção do direito de propriedade acabou por ser recolhida em textos constitucionais de diversos países europeus.

A expropriação por utilidade pública apresentava-se ainda como uma medida excepcional cujo uso era revestido de precisos condicionalismos<sup>(6)</sup>.

Com a ocorrência da 1.ª Grande Guerra Mundial, ou historicamente coincidente com ela, inicia-se toda uma nova fase no entendimento do direito de propriedade.

Por outro lado as experiências mexicana e russa e por outro os próprios acontecimentos decorrentes da guerra<sup>(7)</sup> vão encaminhar a comunidade internacional para uma nova visão da propriedade.

O conceito de função social começa então a obter recepção legislativa expressa, especialmente no que se refere aos bens de produção<sup>(8)</sup>.

“Passou-se a concebê-la [a propriedade] como um direito que se deve exercer como uma função social, numa fórmula ambígua, mas significativa da tendência para enquadrar a propriedade empresarial na faixa dos poderes que se acompanham de deveres. Impõe-nos, no interesse colectivo, o Estado, deixando de ser dever a actividade de quem o exerce.

O elemento teológico prima sobre o estrutural, na medida em que se empresta significação normativa à ideia de que a propriedade só

---

(6) Cfr. Fernando Alves Correia, “As garantias do particular na expropriação por utilidade pública”, in BFD, Sup. ao Vol. XXIII, (201-396), págs. 218 e 219.

(7) Os países beligerantes mostraram muito pouco respeito relativamente à propriedade privada, tendo sido esta assimilada muitas vezes à propriedade pública, obtendo este novo entendimento confirmação nos próprios tratados de paz. Cfr. Katzarov, op. cit. pág. 375.

(8) Nesse sentido perfilava o artigo 153.º da Constituição de Weimar; mais tarde, em outro momento do processo, após a segunda guerra mundial, o art.º 14.º, §3.º, da Constituição Alemã de 1949, veio prescrever que em caso de expropriação, a compensação será fixada tendo em conta, equitativamente, os interesses da colectividade e o das pessoas interessadas, configurando um tributo manifesto à ideia de função social. Sobre a relação estabelecida entre a liberdade constitucionalmente garantida e a exigência de um estatuto da propriedade conforme a justiça social no texto de 1949, cfr. Hans G. Ruff, “Object et portée de la protection des Droits fondamentaux”, in Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux, Actas do II Colóquio, Fevereiro de 1981, Economica, Paris, 1982, pp. 285.

merece protecção se exercida de modo idôneo a atingir e realizar fins sociais” (9).

Para muitos Estados o melhor caminho para tornar, na realidade, possível a coabitação entre os homens, eliminando ou pelo menos diminuindo as contradições e as injustiças nas sociedades, será conceder preferência ao interesse geral, sobre o interesse particular<sup>(10) (11)</sup>.

### 3. A nacionalização como fenómeno do século XX.

3.1. O mundo dilacerado por duas guerras mundiais, apreendedor das ideias socialistas, seduzido pela ideia de função social da propriedade, assiste, num prazo diminuto de cinquenta anos ao explodir de um movimento nacionalizador.

A partir de 1944 é o momento da Europa, quer a leste quer a ocidente, levar a efeito inúmeras nacionalizações; depois a partir do início da década de 50 assiste-se à multiplicação das medidas de nacionalização que abrangem no seu domínio, regimes económicos e sociais bem diversos.

---

(9) Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito Económico*, São Paulo 1977, Edição Saraiva, pág. 190.

Para Oliveira Ascensão, “A empresa e a propriedade”, Lisboa, 1970, (31), pág. 9, a função social não é nada de extrínseco, acompanha toda e qualquer propriedade, que nos bens de produção se torna muito mais visível.

(10) Renato Ribeiro “Propriedade estrangeira, sua nacionalização e direito internacional público”, in *Curso de Relações Politico-Económicas Internacionais*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1977, (233-324), pág. 238.

(11) Esta situação não conduz, no entanto, a que o direito de propriedade seja considerado uma liberdade pública de segunda ordem.

Na verdade, como sublinha Fernand Boyssou, “Les Garanties supralégislatives du droit de propriété”, *RDS*, 1984, n.º 39, de 22.11.84, *Chronique (XXXVII)*, p. 231-235, deve existir um equilíbrio entre as garantias dadas aos proprietários e as prerrogativas públicas.

A recolha nos textos internacionais dos direitos do homem de garantias do direito de propriedade não pode deixar de exprimir uma certa reafirmação contemporânea desse direito.

A partir dessa data e como já referimos, a nacionalização aparece cada vez mais como uma consequência da transferência de soberania ligada ao fim do período colonial, respondendo tanto a preocupações doutrinárias como a necessidades pragmáticas, e visando essencialmente os bens de estrangeiros em território nacional<sup>(12)</sup>.

A questão coloca-se então com naturalidade; até onde pode um Estado nacionalizar? Existe algum direito a nacionalizar? Que protecção para a propriedade privada, em particular a dos estrangeiros?

3.2. Num primeiro momento as primeiras acções nacionalizantes levadas a cabo num quadro de apropriação colectiva dos meios de produção foram recebidas de forma negativa pelo Direito Internacional, direito esse elaborado de acordo com os ditames dos estados exportadores de capital<sup>(13)</sup>.

A competência para nacionalizar os bens dos nacionais, fundamentada no princípio de que cada povo pode livremente dispor dele mesmo, nunca foi seriamente contestada.

O problema da legitimidade do Estado pode para proceder à nacionalização colocava-se com toda a sua amplitude quando estavam em causa os bens de estrangeiros.

Aí, num dado momento, o princípio do respeito dos direitos adquiridos e em fase posterior a exigência de indemnização adequada e efectiva, surgem como exigências do Direito Internacional a essa faculdade do Estado.

Na verdade já ninguém nega, nos nossos dias, que um Estado proceda a actos de nacionalização, mesmo de bens estrangeiros, pois é estreito o laço entre soberania e o direito de nacionalizar<sup>(14)</sup>.

---

(12) Dominique Carreau, Patrick Juillard e Thiébaud Flory, "Droit International Economique", LGDJ, Paris, 2.ª Edição, 1980, pág. 553.

(13) Dominique Carreau e outros, *ibidem*.

(14) Mohammed Bedjaoui, Non-alignment et droit international, in RCADI, 1976, III, Vol. 148, (337-456), pág. 432.

Trata-se mesmo, para alguns, de uma constante universal válida para todos os Estados, a soberania dos Estados sobre os seus recursos<sup>(15)</sup>.

A nacionalização é então encarada como um acto de política interna superior<sup>(16)</sup>.

As regras tradicionais da existência de interesse público, da exclusão de qualquer espírito de discriminação e da exigência duma indemnização pronta adequada e efectiva, vieram a partir do início da década de 50 a serem postas em causa, surgindo toda uma nova concepção de encarar a nacionalização e os seus efeitos.

3.3. Iremos retratar de seguida três pontos da maior importância à volta das quais, hoje em dia, se discute a legitimidade de um acto nacionalizador: a indemnização devida por nacionalização de bens (em particular estrangeiros), a soberania dos Estados sobre os recursos naturais e a “humanização” do direito de propriedade nos textos internacionais.

No estado actual, não se pode conceber uma nacionalização como ilegítima face à ordem internacional, pelo facto de não ocorrer uma indemnização prévia e integral<sup>(17)</sup>.

Embora geralmente reconhecido o dever de indemnização, outra face do direito de nacionalizar por parte do Estado, vê-se afastada a tese tradicional da pronta, adequada e efectiva indemnização, nomeadamente quando se assiste a movimentos nacionalizadores de vasta escala levados a cabo por Estados subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, visando reformas estruturais dos sistemas económico-sociais<sup>(18)</sup>.

---

(15) George Elian, *Le Principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international*, in RCADI, 1976-I, Vol. 149, (7-85), pág. 8.

(16) No dizer de Katzarov ob. cit., pág. 393.

(17) As nacionalizações operadas na Europa, inclusivé em países ocidentais como a França ou Grã-Bretanha, exprimem com clareza a debilidade crescente de tal máxima tradicional.

(18) Direito expressamente reconhecido em importantes e célebres decisões arbitrais, cf. Gérard Cohen Jonathan, *L'Arbitrage Texaco-Calasiatic contre gouvernement libyen*, in ADFI-1977, XXIII, (452-479), pág. 473 e Philippe Kahn, “Contrats d'État et nationalisation — les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982, in JDI, 109-1982, n.º 4, (844-909), pág. 847.

Na verdade e após algumas posições extremadas<sup>(19)</sup> vieram-se obter soluções de compromisso, caracterizadas pelo reconhecimento do direito à indemnização em virtude de um acto nacionalizador, operando-se, no entanto, uma flexão, na natureza dessa indemnização e na determinação dos critérios para apuramento do seu âmbito e montante.

O problema radicou na sua máxima força do tratamento dado aos estrangeiros, reclamando-se para eles um tratamento não discriminatório, nunca inferior ao conferido aos nacionais e que não pusesse em causa o normal relacionamento internacional na ordem económica<sup>(20)</sup>.

---

(19) Em Bedjaoui, ob. cit., pág. 43, vê-se retratada a posição inicial dos países não alinhados, onde o onerar do direito de nacionalizar com um dever de indemnizar, seria tornar ilusório o poder mesmo de nacionalizar, inserindo de novo a soberania no seu quadro clássico.

Não obstante, a chegada ao compromisso veio a verificar-se na Carta dos Direitos e dos Deveres Económicos dos Estados, onde a indemnização já não é uma eventualidade mas um princípio.

(20) Sob a regra do *minimum standard*, cfr. Renato Ribeiro, ob. cit. págs. 301 e 302 e S. Petrán, *La Confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu*, in RCADI - 1963 - II, n.º 109, pág. 538 e 539.

Na verdade o estrangeiro não beneficiará, em princípio, das mudanças que o país nacionalizador empreenderá.

Sendo justo que o nacional do Estado faça sacrifício para o bem estar do seu país, não é esse o caso para o estrangeiro, em particular o não residente, que regra geral não recolhe qualquer benefício da nacionalização para quese justifique um especial onus sobre ele.

Razões muito próximas das agora expostas estão, como veremos, subjacentes à diferença de tratamento entre nacionais e estrangeiros, ao nível do direito de indemnização, inseridas na doutrina da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e nas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Por outro lado e para fazer face a este risco do investimento estrangeiro existem na maior parte dos países exportadores de capital um sistema de seguro ao comércio exterior. Ver sobre este aspecto, André Gros, "Observations sur les méthodes de protection des intérêts privés à l'étranger", in *Mélanges offerts à Henri Rolin-Problèmes de Droit des Gens*, Paris, 1964, Éditions A. Pedone, pp. 125-133.

Registe-se também a constituição da Agência Multilateral de Garantia dos Investimentos (MIGA), instituição virada para o atenuar dos riscos não comerciais relativos a investimentos. A Convenção constitutiva foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 12-A/88, de 16 de Maio, tendo o Decreto-Lei n.º 259/88, de 23 de Julho regulamentado os requisitos inerentes à adesão.

3.4. Basicamente são dois os motivos porque foi abandonada a indemnização prévia e total.

Por um lado a situação financeira dos Estados nacionalizadores<sup>(21)</sup> e por outro lado, a fixação de objectivos ambiciosos aos movimentos nacionalizadores, que não seriam viáveis de atingir caso se respeitassem as exigências tradicionais no domínio da indemnização<sup>(22)</sup>.

Assim a indemnização passa a ser considerada como respeitando o direito internacional desde que seja *equitativa*, noção francamente ambigua.

Para Katzarov, tal significa, que ela seja fixada de acordo com a função social da propriedade, num quadro de relações trilaterais — o proprietário, o interesse colectivo e o objecto da propriedade<sup>(23)</sup>.

3.5. Quando se aborda a questão de legitimidade de um acto de nacionalização, na perspectiva da existência duma indemnização equitativa, deve-se ter presente quatro factores<sup>(24)</sup>:

- i. A natureza da propriedade nacionalizada; o valor variará segundo a natureza do objecto do direito de propriedade, do tipo de propriedade, da forma como ela nasceu e das condições sociais existentes;
- ii. A oportunidade e a necessidade social da nacionalização; esta pode ser possível, mais ou menos oportuna e socialmente ou absolutamente indispensável. Uma destas condições deve ser cumprida e todas devem ser tomadas em conta no estabelecimento da indemnização;

---

(21) É a introdução da noção de “possibilidades financeiras, cf. François Boulanger, *Les Nationalisations em Droit International privé comparé*”, *Economica*, Paris, 1975, (pp. 295), p. 75.

(22) Katzarov, *ob. cit.*, pág. 423.

(23) *Op. cit.*, pág. 439, cfr. a este respeito o artigo 14.º, § 3.º da Constituição Alemã de 1949. A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e o princípio do enriquecimento sem causa, são também normalmente apontados como fundamentos jurídicos desta flexão e bem assim da extensão do dever de indemnizar, cfr. Renato Ribeiro, *op. cit.*, pág. 324.

(24) Katzarov, *op. cit.*, pág. 445.



- iii. A possibilidade para o Estado de suportar materialmente os custos que são consequência da nacionalização;
- iii. A forma como a propriedade foi adquirida pelo proprietário.

O respeito destes critérios permitirá, em grande medida, a obtenção da equidade que se pretende.

3.6. Do atrás exposto flui já uma certa aproximação de posições, como que um retorno a uma solução equilibrada.

Essa posição impõe-se por razões objectivas, como afirmam Domini-que Carreau, Patrick Juillard et Thiebaut Flony<sup>(25)</sup>.

Por um lado os Estados novos, encontram-se agora associados aos mecanismos de criação do direito internacional, podendo agora assegurar que este não se formará sem eles e contra eles; por outro lado existe a necessidade de manifestar a vontade política de protecção dos investimentos estrangeiros, como forma de os incentivar em países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento.

Tudo isto tem levado, como referem os autores citados, a uma curiosa dissociação entre as posições teóricas e as realidades da vida económica internacional<sup>(26)</sup>.

---

(25) Ob. cit., pág. 577.

(26) Aliás soluções de ordem política, compromissórias, são os convénios globais de compensação, em que não obstante as compensações oferecidas não serem adequadas, nem prontas e efectivas, são demonstrativas do dever de indemnização. Ver sobre estes acordos, Renato Ribeiro, ob. cit., pág. 303 e segs. e a nota de Richard B. Lilich e Burus H. Weston, "Lump sum agreements: their continuing contribution to the law of international claimus", AJIL, January 1988, Vol. 82 - n.º 1, pp. 69-80.

#### 4. A nacionalização e a “soberania permanente sobre os recursos naturais”.<sup>(27)</sup>

4.1. A Organização das Nações Unidas apresenta como objecto de debate em todos os seus órgãos e conferências, o problema da independência económica completa, num momento histórico que coincide com o aparecer dos novos países saídos do processo de descolonização intensificado a seguir à segunda guerra mundial.

Com a chegada à cena política e económica mundial de um numeroso número de novos países, tudo se configura para que o direito internacional sofra alterações sensíveis.

Cumprir destacar do labor da ONU, duas resoluções adoptadas pela Assembleia Geral, a primeira em 14 de Dezembro de 1962 sobre a “Soberania permanente sobre os recursos naturais”, a segunda em 12 de Dezembro de 1974 que aprovou a “Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados”<sup>(28)</sup>, fundamentos internacionais do direito de nacionalizar.

#### 4.2. Dispõe o ponto 4. da Resolução 1803:

*“A nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão basear-se em razões ou motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, reconhecidos como prevalecentes sobre os simples interesses particulares ou privados, tanto nacionais como estrangeiros. Nestes casos, o proprietário receberá uma indemnização adequada, de acordo com as regras em vigor no Estado que adoptar*

---

(27) Um relato exaustivo dos trabalhos da ONU sobre o “princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais” pode consultar-se em George Elian, “Le Principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international”, in RCADI - 1976 - I, Tomo 149 (7-85); cfr. também, Rudolf Dolzer, “Permanent sovereignty over natural resources and economic decolonization, in HRLJ, Vol. 7 (1986), Partes 2-4, pp. 217-230 e Maulio Frigo, “La sovranità Permanente degli stati sulle risorse naturali”, in Diritto Internazionale dell’Economia, P. Ricone e G. Sacerdoti, Franco Angeli Editore — Milão, 1983, p. 245 e segs.

(28) Trata-se, respectivamente da Resolução 1803 (XVII) e da Resolução 3281 (XXIX). O texto português que seguiremos no texto foi retirado das traduções inseridas no BMJ, n.º 249, à pág. 79 e 376. Sobre o valor das Resoluções na ordem jurídica internacional, cfr. Higgins, ob. cit., pág. 293. G. Cohen Jonathan, ob. cit., pág. 477, onde nos dá conta da posição da arbitragem Texaco-Calasiati contra o Governo Líbio e Dominique Carreau e outros ob. cit., pág. 557.

estas medidas no exercício da sua soberania e *em conformidade com o direito internacional*.

Sempre que o problema da indemnização dê lugar a controvérsia, deverão esgotar-se os meios de recurso nacionais do Estado que toma essas medidas. No entanto, por acordo entre os Estados soberanos, e outras partes interessadas, o diferendo poderá ser submetido à arbitragem ou a decisão judicial internacional". (sublinhamos)

Como é bom de ver, este dispositivo, bem como toda a Resolução, representa um ponto de equilíbrio entre os interesses dos estados importadores e exportadores de capital, daí decorrendo alguma contradição nos seus termos<sup>(29)</sup>.

A Assembleia Geral da ONU através da Resolução n.º 1314 (XIII), de 12 de Dezembro de 1958, veio a criar uma comissão própria para o tratamento da questão relativa à soberania sobre os recursos naturais. No seio da Comissão, composta por representantes de diferentes tendências, desencadeou-se um debate, que aproximou as duas teses opostas; a da soberania absoluta dos Estados no que respeita à indemnização em caso de nacionalização de bens estrangeiros e a outra que concedia a primazia ao direito internacional, garantindo aos estrangeiros desapossados uma indemnização que respeite certas condições<sup>(30)</sup>.

Em 1962, pois, a referência ao direito internacional parece implicar o reconhecimento da existência de normas internacionais sobre o direito à indemnização dos estrangeiros em caso de nacionalização<sup>(31)</sup>.

---

(29) As contradições e obscuridades do texto justificam-se dado estarmos perante uma proclamação de uma doutrina política e não de um documento jurídico, defende G. Fischer, "La souveraineté sur les ressources naturelles", in AFDI-VIII-1962, pp. (516-528), pág. 527.

(30) Petrán, ob. cit., pág. 563 e G. Fischer, "La souveraineté sur les ressources naturelles", in AFDI-VIII-1962, pp. (516-528), págs. 521 e 522.

(31) O conceito da "soberania permanente sobre os recursos naturais" era geralmente reconhecido como não hostil ao papel dos investimentos estrangeiros no processo de desenvolvimento dos países, ideia que veio a ser contestada a partir de 1972, tendo como ponto culminante a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados. Veja-se Rudolf Dolzer, ob. cit., pág. 221-222.

A nacionalização continua a reger-se, nas suas modalidades, pelo direito internacional, afirmam alguns<sup>(32)</sup>.

4.3. A Carta dos Direitos e Deveres Económicos do Estado <sup>(33)</sup> <sup>(34)</sup> dispõe na alínea c) d n.º 2 do seu artigo 2.º<sup>(35)</sup> que cada Estado tem o direito,

“De nacionalizar, expropriar ou transferir a propriedade dos bens estrangeiros, casos em que deverá pagar uma indemnização adequada, tendo em conta as suas leis e regulamentos a todas as circunstâncias que julgue pertinentes. Sempre que a questão da indemnização dê lugar a diferendo, este será decidido de acordo com a legislação interna do Estado que tomou as medidas de nacionalização e pelos tribunais desse mesmo Estado, salvo se todos os Estados interessados acordarem livremente em procurar outros meios pacíficos, na base da igualdade soberana dos Estados e em conformidade com o princípio da livre escolha dos meios.”

No caso da Carta indicia-se sem ambiguidades a ausência de um consenso sobre as disposições mais importantes e, nomeadamente sobre a relativa às indemnizações.

---

(32) Dominique Carreau e outros, ob. cit., p. 557.

(33) Adoptada com 120 votos a favor, 10 abstenções e 6 votos contra (USA, RFA, Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo e Dinamarca) e periodicamente reafirmada sem a aprovação dos maiores estados exportadores de capital.

(34) Sobre a significação da Carta no esforço de conjunto levado a cabo pelas Nações Unidas em favor do desenvolvimento, ver Michel Virally, *La Charte des Droits et Devoirs Economiques des États — Notes de lecture —*, in AFDI, XX, 1974, pp.57-77. Sobre a sua razão de ser, com abundante nota sobre os debates havidos em seu redor ver Jorge Castaneda, “*La Charte des Droits et Devoirs Economiques des États — Note sur son processus d’élaboration*” in AFDI-XX, 1974 (31-56).

(35) Prescreve o n.º 1 que cada Estado detém e exerce livremente uma total e permanente soberania sobre todas as riquezas, recursos naturais e actividades económicas, incluindo a sua posse e o direito de as utilizar e de delas dispôr.

Como resultado, esta Carta afasta-se de forma drástica do compromisso obtido em 1962, adoptando uma concepção maximalista do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais: ele é assim um princípio jurídico de essência superior paralizante da aplicação dos princípios tradicionalmente indiscutíveis, como por exemplo o dos direitos adquiridos<sup>(36)</sup>.

Na Carta, na sua apreensão literal e isolada, a nacionalização já não revela do Direito Internacional, mas antes e exclusivamente do direito interno de cada Estado<sup>(37)</sup>.

## **5. As nacionalizações e os textos internacionais sobre os direitos do homem**

5.1: Não obstante toda esta situação, há alguns indícios no sentido contrário quer anteriores, quer posteriores à Carta, que não devem ser desprezados: esta posição de “dureza” resultante deste texto e da sua análise, sofre naturais restrições quando, como veremos, os textos fundamentais sobre os direitos humanos, instrumentos que foram adoptados por países defensores da visão extremada da “soberania permanente sobre os recursos naturais”, claramente repudiam este conceito radical do princípio.

Haverá pois que temperar estas ilações com o que a respeito dos textos sobre direitos humanos for licito extrair<sup>(38)</sup><sup>(39)</sup>.

---

(36) Dominique Carreau e outros, ob. cit., pág. 559.

(37) É esta a conclusão de Bedjaoui, ob. cit., pág. 435.

(38) Sobre a posição do homem como sujeito de Direito Internacional pode-se consultar Paul Reuter, *Direito Internacional Público*, Editorial Presença, Lisboa, 1981, pág. 134 e segs., Albino de Azevedo Soares, *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, 3.ª ed. Coimbra 1986, pág. 400 e segs., André Gonçalves Pereira, *Curso de Direito Internacional Público*, Edições Ática, 2.ª ed., Lisboa, 1970, pág. 295 e segs., e J. Silva Cunha, *Direito Internacional Público*, II Volume, Centro do livro Brasileiro, Lisboa, 1984, pág. 67 e segs..

(39) Para um confronto sistematizado destes textos no que concerne ao direito de propriedade, cfr. Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press Oxford, 1983, p. 253-258.

5.2. O artigo 17.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estipula<sup>(40)</sup>:

- 1 — Toda a pessoa, individual ou colectivamente, tem direito à propriedade.
- 2 — Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade.”<sup>(41)</sup>

A Declaração, no dizer de Petré<sup>(42)</sup>, apresenta, no mínimo, o interesse de reflectir aquilo que a maioria dos Estados, à época, podia aceitar como concepção mínima dos direitos fundamentais do cidadão nas suas relações com o seu próprio Estado.

A fórmula usada apresenta-se pois como o denominador comum da maioria dos Estados, não podendo ser interpretada como testemunhando a existência de um princípio geral de direito protegendo o direito de propriedade contra todo o atentado não acompanhado de indemnização<sup>(43)</sup>.

A Declaração da ONU parece mais destinada a proteger os cidadãos contra as expropriações arbitrárias, revelando tendência para o atenuar do carácter absoluto da propriedade<sup>(44)</sup>.

---

(40) A Declaração, veio publicada no Diário da República, I Série, de 9 de Março de 1978.

(41) A Constituição portuguesa contém uma referência expressa à Declaração, no domínio dos direitos fundamentais. Com efeito, dispõe o artigo 16.º do texto fundamental, sob a epígrafe, âmbito e sentido dos direitos fundamentais:

- “1 — Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.
- 2 — Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

Sobre o alcance desta referência, cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1987 págs. 32 a 34 e J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa — Anotada*, 2.ª Edição, 1.º Volume, Coimbra Editora, 1984, págs. 159 e 160.

(42) Ob. cit., pág. 516.

(43) Ibidem.

(44) Katarov, ob. cit., pág. 386.

Da mesma data registre-se o artigo 23.º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948<sup>(45)</sup>:

“Toda a pessoa tem o direito à propriedade privada de forma a satisfazer as necessidades essenciais de uma vida decente, que contribua para manter a sua dignidade e a do seu lar.”

A fórmula obtida é ainda mais falível do que a anterior, embora sejam ambas fáceis de subscrever, quando estamos perante declarações que, por consequência limitam muito menos que as convenções, a liberdade de acção dos Estados.

5.3. O Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966, dispõe no seu artigo 1.º<sup>(46)</sup>:

- 1 — Todos os povos têm o direito a dispor deles mesmos. Em virtude deste direito, eles determinam livremente o seu estatuto político e dedicam-se livremente ao seu desenvolvimento económico, social e cultural.
- 2 — Para atingir os seus fins, todos os povos podem dispor livremente das suas riquezas e dos seus recursos naturais, sem prejuízo de quaisquer obrigações que decorram da cooperação económica internacional fundada sobre o princípio do interesse mútuo e do direito internacional. Em nenhum caso pode um povo ser privado dos seus meios de subsistência.
- 3 — Os Estados Partes do presente Pacto, incluindo aqueles que têm responsabilidade de administrar territórios sob tutela, são cha-

---

(45) A Declaração foi adoptada pela Organização dos Estados Americanos, Resolução XXX, 9.ª Conferência Internacional dos Estados Americanos.

O texto oficial é o seguinte:

“XXIII. Every person has a right to own such private property as meets the essential needs of decent living and helps to maintain the dignity of the individual and of the home.”

(46) O Pacto foi aprovado pela Resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. A Assembleia da República aprovou-o para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho.

mados a promover a realização do direito dos povos a disporem de si mesmos e a respeitar esse direito, conforme às disposições da Carta das Nações Unidas.”

5.4. No Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 16 de Dezembro de 1966, dispõem, por outro lado, os artigos 1.º e 2.º<sup>(47)</sup>:

- “1 — Todos os povos têm o direito a dispôr deles mesmos. Em virtude deste direito, eles determinam livremente o seu estatuto político e asseguram livremente o seu desenvolvimento económico, social e cultural.
  - 2 — Para atingir os seus fins, todos os povos podem dispor livremente das suas riquezas e dos seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações que decorrem da cooperação económica internacional, fundada sobre o princípio do interesse mútuo e do direito internacional. Em nenhum caso poderá um povo ser privado dos seus meios de subsistência.
  - 3 — Os Estados Partes do presente Pacto, incluindo aqueles que têm responsabilidade pela administração dos territórios não autónomos e territórios sob tutela devem promover a realização do direito dos povos a disporem deles mesmos e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.”
- 
- “1 — Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a

---

(47) O Pacto foi aprovado pela Resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. A Assembleia da República aprovou-o para ratificação, pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho.



assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

- 2 — Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, ou qualquer outra situação.
- 3 — Os países em vias de desenvolvimento, tendo em devida conta os direitos do homem e a respectiva economia nacional, podem determinar em que medida garantirão os direitos económicos no presente Pacto a não nacionais.”

5.5. O artigo 21.º da Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 1969, dispõe da seguinte forma<sup>(48)</sup>:

- “1 — Toda a pessoa tem direito ao uso e gozo da sua propriedade. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse da sociedade.
- 2 — Ninguém pode ser privado da sua propriedade excepto mediante pagamento de justa indemnização, por razões de utilidade pública ou de interesse social, e nos casos e de acordo com as normas estabelecidas pela lei.
- 3 — A usura e qualquer outra forma de exploração do homem devem ser proibidas por lei.”

---

(48) A Convenção foi concluída a 22 de Novembro, em São José (Costa Rica).  
Eis o texto oficial:

“21 (1) Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.  
(2) No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.  
(3) Usury and any other form of exploitation of man shall be prohibited by law.”

5.6. Também a Carta Africana dos Direitos dos Povos e dos Homens, de 1981, compreende norma sobre o direito de propriedade<sup>(49)</sup>:

“O direito à propriedade deve ser garantido. Só pode ser desrespeitado em benefício da necessidade pública ou no interesse geral para a comunidade e de acordo com o disposto nas leis adequadas.”

5.7.1. Estipula o artigo 1.º do Protocolo Adicional à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>(50)</sup>:

“Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não

---

(49) A Carta foi adoptada em 27 de Junho de 1981, em Nairobi, pela 18.ª Assembleia de Chefes de Estados e do Governo da OUA.

A versão inglesa do texto:

“14. The right to property shall be guaranteed. It may only be encroached upon in the interest of public need or in the general interest of the community and in accordance with the provisions of appropriate laws.”

Uma aproximação à Carta pode ser consultada em Emmanuel G. Bello “The African Charter of Human and Peoples Rights”, in RCADI, 1985 V, Tomo 194, (pp. 21-268).

(50) Quer a Convenção Europeia (que abreviamos por CEDH), concluída em Roma em 4 de Novembro de 1950, quer o referido Protocolo Adicional, concluído em Paris, em 20 de Março de 1952, foram aprovados para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, artigos 1.º e 3.º respectivamente.

A Lei sofreu a rectificação constante da declaração publicada no DR, I Série, n.º 286, de 14 de Dezembro de 1978.

No artigo 2.º, alínea c) da lei, encontra-se formulada a seguinte reserva de Portugal, relativa ao artigo 10.º da Convenção:

“O artigo 10.º da convenção não impedirá que, por força do disposto n.º 6 do artigo 38.º da Constituição a televisão não possa ser objecto de propriedade privada.”

O mencionado artigo 10.º da CEDH dispõe do seguinte modo:

1 — Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou transmitir informações ou ideais sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2 — O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetida a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a

ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional.

As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.”<sup>(51)</sup>

---

segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção a saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do Poder Judicial.”

Por sua vez, o artigo 4.º, da alínea a) da lei apresenta uma reserva do Estado português ao artigo 1.º do Protocolo:

“O artigo 1.º do Protocolo não obsta a que, por força do disposto no artigo 82.º da Constituição, as expropriações de latifundiários e de grandes proprietários e empresários ou accionistas possam não dar lugar a qualquer indemnização em termos a determinar por lei.”

Reacções de Estados membros do Conselho da Europa às reservas portuguesas, podem consultar-se em Pinheiro Farinha, “Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Anotada, Edição do Ministério da Justiça (?), s/data, notas 5, 15 e 16 ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1, pág. 165, e segs..

Finalmente a Lei n.º 12/87, de 7 de abril, veio proceder à eliminação destas reservas (artigos 1.º e 2.º), revogando as disposições mencionadas da Lei n.º 65/78, (artigo 3.º). Sobre a legitimidade das reservas de Portugal ver também, Rui Moura Ramos, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Sua posição face ao ordenamento jurídico português”, in *Documentação e Direito Comparado*, 1981, n.º 5 (97-195), pág. 185 e segs..

- (51) A CEDH não trouxe, no seguimento das Declarações já referidas qualquer norma dedicada à protecção do direito de propriedade. Tal contributo do Conselho da Europa só veio a ocorrer com a aprovação deste Protocolo n.º 1.

Registe-se, no entanto, que esse reconhecimento se nos apresenta numa primeira afirmação, não como direito de propriedade, mas como “respeito dos seus bens”.

Uma das razões desta consagração prende-se com a necessidade de se apresentar uma resposta ao perigo em que ainda se encontrava a civilização europeia ocidental a seguir à guerra, com uma revolução entreaberta por aquela, e que se iria manter como uma possibilidade tanto mais que os países da Europa Ocidental não tinham ainda encontrado soluções para os seus problemas de organização económica e de justiça social, sem esquecer a proximidade de importantes nacionalizações operadas em alguns países. Cfr. H.T. Adam, “Le Droit de propriété dans la Convention-Européenne des Droits de L’Homme et des Libertés Fondamentales”, in *RDP*, 1953, (pp. 317-366), p. 320.

Dediquemos um maior espaço ao enunciar das proposições obtidas pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, quando da aplicação deste normativo, em especial no que se refere às nacionalizações<sup>(52)</sup>.

5.7.2. A Comissão Europeia estabeleceu a sua interpretação do artigo 1.º do Protocolo no caso *Lithgow* e outros contra o Reino Unido, destacando-se os seguintes dados<sup>(53)</sup>:

- O artigo contém três normas: a primeira, de ordem geral, enuncia o *princípio do respeito da propriedade* (primeira frase do primeiro parágrafo); a segunda, visa a privação de propriedade e submete-a a certas condições (segunda frase do primeiro parágrafo); a terceira respeita á regulamentação do uso dos bens.

Estas normas não são inteiramente distintas, pois a primeira contém uma garantia geral do direito de propriedade, à qual as outras normas adicionam uma qualificação ou uma limitação, a interpretar em função da primeira norma.

- A licitude duma ingerência, no quadro da garantia geral do direito de propriedade, deve ser aferida pela obtenção de um justo equilíbrio entre as exigências do interesse geral da comunidade e os imperativos da salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo<sup>(54)</sup>.

---

(52) Um valioso contributo à análise da jurisprudência do Tribunal relativamente à protecção do direito de propriedade é-nos oferecido por Frédéric Sudre, RDS, 1988, n.º 11, de 17-3-88, pp. 71 a 78.

(53) Cfr. a crónica do Relatório da Comissão, de 7 de Março de 1984, de Gérard Cohen-Jonathan e Jean-Paul Jacqué, in AFDI, 1984, pp. 475-483.

Em causa estavam as nacionalizações operadas em virtude de uma lei de 1977 e relativas às indústrias de construção aeronáutica e naval.

O Relatório da Comissão vem publicado na Série A, Vol. 102, 1987 das Publications de la Cour Européenne des Droits de L'Homme, págs. 86 e segs. Cfr. também a nota de M. Fernand-Charles Jeantet na Semaine Juridique, 61.º Année, 18 février, 1987, n.º 8, Jurisprudence 20733.

(54) O interesse geral é o interesse da colectividade pública que o Estado rege: uma nacionalização que visasse exclusivamente o enriquecimento do domínio privado do Estado não seria permitida pela Convenção, bem como aquela que fosse determinado no interesse exclusivo duma categoria de cidadãos. Cfr. H. T. Adams loc. cit., págs. 356 e 357.

- O princípio do respeito da propriedade privada pressupõe o direito à indemnização, pois que não se afigura fácil delinear uma garantia efectiva do direito de propriedade perante a ausência de indemnização.
- É ao Estado que compete, num primeiro momento, decidir quais são as medidas a tomar por causa de utilidade pública, tendo a prática judiciária ou arbitral internacional confirmado a tendência de exercer um controlo mínimo sobre a “causa de utilidade pública” invocada por um Estado em apoio do acto nacionalizador.
- Basta um laço razoável de proporcionalidade entre a medida restritiva do direito protegido e o fim visado (objectivo de utilidade pública), para que o acto não seja condenável.
- Não obstante, o princípio da proporcionalidade exige, como mostra a prática geral das sociedades democráticas, uma indemnização “razoável” em função do objectivo (legítimo) perseguido.
- A alusão às “condições previstas na lei” compreende a exigência da lei definir o poder de expropriar, as suas condições, como a indemnização, com um grau de precisão razoável.
- Os princípios gerais do direito internacional não se aplicam às expropriações (ou nacionalizações) levadas a efeito por um Estado relativamente a bens pertencentes aos seus nacionais.
- Embora as regras de direito internacional não se apliquem aos nacionais, existe no artigo um direito implícito a uma indemnização, visto que esta é necessária ao respeito de uma relação adequada de proporcionalidade entre a ingerência ao direito do indivíduo e a utilidade pública.
- Em todo o caso, numa nacionalização, só se pode concluir pela violação do artigo, com fundamento na ausência ou insuficiência duma indemnização, se estiver claramente estabelecida a existência duma desproporção real e grave entre o encargo imposto ao indivíduo e o fim visado.

5.7.3. A posição do Tribunal Europeu tem sido no mesmo sentido das proposições que acabámos de extrair da interpretação da Comissão.

Assim, quanto ao alcance do artigo 1.º, sustenta o Tribunal a existência de três segmentos normativos nos mesmos moldes dos atrás referidos<sup>(55)</sup>.

A ingerência do direito de propriedade só pode ser justificada se um justo equilíbrio for mantido entre o “interesse geral da comunidade e os imperativos da salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo”.<sup>(56)</sup>

A necessidade duma indemnização afirma-se implicitamente como exigível<sup>(57)</sup> pelo artigo 1.º.

Como a Comissão, constata que nos sistemas jurídicos respectivos dos Estados membros, uma privação de propriedade por causa de utilidade pública não se justifica sem o pagamento de uma indemnização, isto independentemente de circunstâncias excepcionais. O nível de indemnização, esse, deverá corresponder a um valor razoável em relação com o do bem, embora não seja garantido, em todos os casos, o direito a uma compensação integral. Objectivos legítimos de utilidade pública, tais como os prosseguidos por medidas de reforma económica ou de justiça social, podem militar para uma indemnização inferior ao pleno valor do bem.<sup>(58)</sup>

A aplicação dos princípios gerais do direito internacional aos nacionais dos Estados empreendedores das medidas de expropriação ou nacio-

---

(55) Caso Sporrang e Lönnroth contra a Suécia. A decisão pode consultar-se na Série A, Vol. 52, 1982, das Publications de la Cour Européenne des Droits de L’Homme. Cfr. também a crónica respeitante a este caso, de Robert Pelloux, in AFDI, XXIX, 1983, págs. 260 e segs..

(56) Segundo Frédéric Sudre, loc. cit., pág. 73, na sua interpretação da jurisprudência do Tribunal, a privação da propriedade não pode ser considerada como excessiva à face do artigo 1.º se ela se fizer acompanhar duma soma razoável em relação com o valor do bem.

Por outro lado o Tribunal admite que o nível da indemnização pode diferir conforme se trate duma nacionalização ou de outras formas ablativas da propriedade, insistindo sobre o particularismo das nacionalizações (natureza dos bens e circunstâncias da transferência da propriedade).

O Tribunal, bem no seu ponto de vista, traduz no plano do seu controlo a diferença existente entre um acto — a nacionalização — que é uma manifestação solene da soberania nacional e um outro a expropriação — que não é mais do que o exercício habitual da gestão pública.

(57) Caso James e outros contra o Reino Unido, n.º 54 e caso Lithgow e outros contra Reino Unido, n.º 120. A primeira decisão pode consultar-se na Série A, Vol. 98, 1986, das Publications de La Cour Européenne des Droits de L’Homme, págs. 10 e segs.; a segunda decisão, na mesma publicação, Vol. 102, 1987, págs. 9 e segs..

(58) Caso James e outros, n.º 54 e Caso Lithgow e outros, n.º 121.

nalização, merece da parte do Tribunal uma especial atenção, decidindo, como a Comissão pela não aplicabilidade<sup>(59)</sup>.

Destacaremos aqui a resposta dada pelo Tribunal a uma das críticas endereçadas, neste domínio, qual seja, a de que essa interpretação chocaria com o artigo 14.º da Convenção que consagra o princípio da não-discriminação (baseada aqui na nacionalidade).

Adianta o Tribunal que as diferenças de tratamento não revestem carácter discriminatório se tiverem uma justificação objectiva e razoável.

Ora num caso de privação de propriedade realizado a título de uma reforma social, podem existir bons motivos para distinguir, em matéria de indemnização, entre nacionais e estrangeiros.

Estes últimos são mais vulneráveis à legislação interna do que os nacionais: contrariamente àqueles, não têm nenhum papel na eleição ou na designação dos seus autores e não são consultados antes da sua adopção.

Por outro lado, se uma expropriação deve corresponder sempre a uma utilidade pública, factores distintos podem valer para os nacionais e para os estrangeiros: pode existir uma razão legítima de pedir aos primeiros que suportem, no interesse geral, um sacrifício maior do que os segundos<sup>(60)</sup>.

Por último não deixa o Tribunal de fazer valer o peso dos trabalhos preparatórios<sup>(61)</sup> e, ainda, muito significativamente, o facto de a prática das partes contratantes não ter evoluído a ponto de autorizar que se afirme,

---

(59) A invocação dessa aplicação levaria segundo alguns a uma indemnização pronta, adequada e efectiva.

(60) Dos dois argumentos o segundo é o que se adapta com maior facilidade ao caso português, dado que a esmagadora maioria das nacionalizações tiveram lugar num período de instabilidade política e social, após um movimento revolucionário, sem que o povo português tivesse tido ainda a oportunidade de exprimir a sua soberania através do exercício do direito do voto.

(61) Uma análise desses trabalhos preparatórios, pode consultar-se em H.T. Adam, loc. cit., cfr. também sobre o valor desses trabalhos na interpretação da norma em apreço, Egon Schwelb, *The protection of the right of property of nationals under the first Protocol to the European Convention or Human Rights*, *AJCL*, Volume 13, 1964, (pp. 518-541), págs. 532 e segs..

que aos seus olhos, os princípios em apreço sejam também a forma como tratam os seus próprios nacionais<sup>(62)</sup>.

Registe-se a finalizar esta incursão na jurisprudência do Tribunal, o entendimento do Tribunal no que concerne aos poderes do Estado quando da demissão de um acto privativo da propriedade.

Pondera o Tribunal que a decisão de adoptar um acto nacionalizador implica quase sempre o exame de diversas questões sobre as quais profundas divergências podem razoavelmente reinar numa sociedade democrática.

Graças a um conhecimento directo do seu país, das suas necessidades e dos seus recursos, as autoridades nacionais encontram-se em princípio melhor colocadas que o juiz internacional para determinar as medidas apropriadas na matéria, o que acarreta que elas devam dispôr neste domínio, numa ampla latitude.

Aos olhos do Tribunal seria artificial, a este respeito, isolador da decisão de nacionalizar aquela que diz respeito às condições da indemnização, dado que os factores que conduziram à primeira pesam também, forçosamente, sobre a segunda<sup>(63)</sup>.

## 6. Conclusões:

O que se pode afirmar neste domínio é que a solução dos principais textos internacionais não tem sido contínua<sup>(64)</sup>.

---

(62) É neste domínio que a Comissão e o Tribunal têm recebido as mais fortes críticas. Para Schwelb, loc. cit. na nota anterior, nem a letra do texto, nem a sua conjugação e inserção na Convenção e a pouca valência do recurso aos trabalhos preparatórios, suportam o entendimento da não aplicabilidade dos princípios gerais do direito internacional aos nacionais. Termos como “qualquer pessoa...” e “ninguém pode...” não restringem claramente a sua previsão aos estrangeiros. Tudo se passa como estarmos perante uma negação de um direito a alguém, a favor do qual foi especialmente erigido o edifício da Convenção. No mesmo sentido também se pronuncia H. Golsong, “Implementation of International protection of Human Rights”, in RCADI, 1963, III, Tomo 110, p. 118, nota 161. Cfr. ainda Frédéric Sudre, loc. cit. pág. 77.

(63) Caso Lithgow e outros contra Reino Unido, n.º 122.

(64) Outras razões possíveis de justificar a diversidade das respostas radicam na diferente natureza dos textos e também o seu âmbito de aplicação.



Na verdade e após o reconhecimento obtido na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambas de 1948, e no Protocolo n.º 1 Adicional à Convenção Europeia os Direitos do Homem, o direito da propriedade não recebe qualquer menção própria nos dois Pactos Internacionais de 1966.

Em 1969, contudo, encontramos de novo uma referência na Convenção Americana dos Direitos do Homem para, já na década de 80, a Carta Africana dos Direitos dos Povos e dos Homens, reconhecer a garantia do direito à propriedade.

Resulta com clareza que a década de 60, propícia às questões de soberania, como já vimos, representou um mau momento para a consagração do direito de propriedade como direito do homem, situação que a partir de então, quer ao nível dos textos, quer ao nível das decisões judiciais, tem vindo a progredir no caminho de um reconhecimento de um ponto de equilíbrio entre o direito humano à propriedade e as exigências do interesse público.



## **ÍNDICE**



**XIII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMPARADO  
— MONTRÉAL, CANADÁ, 1990**

**RELATÓRIOS PORTUGUESES**

L'adoption internationale

*Rui Manuel Moura Ramos*

Différences entre la procédure civile et la procédure du contentieux administratif

*M. Guilherme Pereira da Fonseca*

La société unipersonnelle

*Fátima Henriques*

Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies: le cas particulier du logiciel

*António Vilhena de Carvalho*

La flexibilité du temps de travail au Portugal

*Júlio Vieira Gomes*

L'influence de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen (1789) sur les constitutions portugaises

*Rui Álvaro de Figueiredo Ribeiro* 127

Les situations d'urgences en droit constitutionnel

*Marta Santos Pais* 153

Le "constitutionnalisme"

*Mário Torres* 173

La Conclusion et la mise en oeuvre des traités dans l'ordre juridique portugais

*Rui Álvaro de Figueiredo Ribeiro* 187

La protection de la liberté d'expression au Portugal

*Miguel Lobo Antunes* 205

Note sur la protection du patrimoine culturel portugais: patrimoine architectural

*Maria Teresa Caupers* 229

Le statut et le rôle des juges administratifs portugais

*Álvaro Maria de Vilhena de Oliveira e Silva* 239

Les règles d'exclusion relatives à la preuve

*Teresa Alves Martins* 265

Le rôle des maisons d'édition d'ouvrages juridiques

*Ana Carmona*  
*Miguel Andrade* 291

## **DIREITO COMUNITÁRIO**

Relações entre o direito nacional e o direito comunitário da concorrência

*Nuno Ruiz* 315

Sobre o conceito de mercado interno na perspectiva do Acto Único Europeu

*José Maria de Albuquerque Calheiros* 371

## **ESTUDOS SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM**

A universalidade dos Direitos do Homem face aos desenvolvimentos científicos e tecnológicos

*José Manuel Pureza* 415

## **ORGANISMOS INTERNACIONAIS**

### **NAÇÕES UNIDAS**

Acta do Comité para a eliminação da discriminação racial —  
Apresentação do Relatório português 429

Relatório apresentado por Portugal, em cumprimento do art.º 9.º da Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial	437
--	-----

## **ESTUDOS**

A tradução jurídica: situação em Portugal e sua especificidade	
<i>António Francisco de Sousa</i>	491
As nacionalizações e o Direito internacional	
<i>José Manuel Meirim</i>	505



*Assinaturas podem ser pedidas a*  
*Subscriptions may be addressed to*  
*Abonnements pourront être adressés à*

**GABINETE DE GESTÃO FINANCEIRA — MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**  
**PRAÇA DO COMÉRCIO — 1000 LISBOA — PORTUGAL**

*A restante correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a*  
*Other communications concerning this Review shall be addressed to*  
*Toute autre correspondance concernant cette Revue devra être adressée à*

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO**  
**PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA**  
**RUA DO VALE DE PEREIRO, 2 - 4.º — 1200 LISBOA — PORTUGAL**  
**Tel. (01) 68 11 41/2/3/4 — Fax (01) 387 13 60**



**Composto  
e impresso  
na  
LITOGRAFIA TEJO  
Lisboa**