

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO

LISBOA

1990



DIREITO COMUNITÁRIO

ALEXANDRA FOLQUE DE GOUVÊA

*Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa
e assessora
do Conselho para o Sistema Financeiro*

**PERSPECTIVAS DE REFORMULAÇÃO
DA TUTELA DO SEGREDO BANCÁRIO
NO DIREITO PORTUGUÊS (*)**

(*) Adaptação às directivas comunitárias (coordenação bancária e repressão da reciclagem de capitais); clarificação do regime vigente

SUMÁRIO

- 1. Introdução**
- 2. Sumário da origem e evolução da disciplina do segredo bancário no Direito Português.**
- 3. Traços gerais do regime português actual da tutela do segredo bancário.**
- 4. Sumário das novidades trazidas pela luta contra a reciclagem de capitais obtidos através da actividade criminosa.**
- 5. Sumário das alterações implicadas pelas directivas de coordenação bancária.**
- 6. Proposta de reformulação da disciplina do segredo bancário na ordem jurídica portuguesa.**
- 7. Conclusão.**

1. A temática da disciplina do segredo bancário no Direito Português assume na actualidade uma acuidade acrescida, em virtude do aumento dos deveres de informação no âmbito do sistema financeiro, quer por parte das instituições de crédito e outras instituições financeiras perante as autoridades de supervisão respectivas e perante as autoridades com funções de administração da justiça penal, quer entre as próprias autoridades nacionais de supervisão e entre estas e as suas congéneres estrangeiras, em virtude da crescente cooperação que lhes tem sido imposta.

A intensificação dos deveres de informação das instituições perante as autoridades de supervisão e dos deveres de cooperação das autoridades nacionais com competências de superintendência do sistema financeiro centra-se em dois vectores fundamentais: em primeiro lugar, o dos recentes desenvolvimentos em sede de liberalização do estabelecimento e prestação de serviços por parte das instituições de crédito e outras instituições financeiras no âmbito da CEE, sintetizados na fórmula tripla da licença bancária única, "home country control" e reconhecimento mútuo; em segundo lugar, o da progressão, a nível mundial, das acções de controlo do branqueamento do dinheiro, muito facilitado pela liberalização dos movimentos de capitais e pela internacionalização das economias em geral e dos sistemas financeiros em particular, e designadamente pela liberalização dos movimentos de capitais e da prestação de serviços financeiros, no âmbito da CEE.

A institucionalização do dever de colaboração das instituições do sistema financeiro com as autoridades com função de administração da justiça penal prende-se com considerações relativas à hierarquização do segredo profissional e, designadamente do segredo bancário, relativamente a um outro dever juridicamente relevante, que é o dever de cooperação com a justiça.

Em síntese, o Direito Português encontra-se, neste particular, submetido a vectores de mudança ligados aos mais recentes desenvolvimentos comunitários e mundiais no sector financeiro, aos quais se somam quer a necessidade de actualizar a nossa tutela do segredo bancário, excessivamente hermética face ao crescente reconhecimento do princípio da cooperação com a administração pública — e em especial com a administração da justiça penal —, progressivamente implantado nas diversas ordens jurídicas dos Estados europeus, quer a necessidade de clarificar o regime legal, dadas as dúvidas que foram sendo suscitadas, ora pela articulação com o novo Código de Processo Penal, ora pela jurisprudência da Procuradoria-Geral da República e dos Tribunais.

O presente trabalho incide especialmente nos aspectos ligados às novidades introduzidas pelo Direito Comunitário, designadamente pelas directivas de coordenação bancária e pela proposta de directiva sobre o branqueamento de capitais.

2. A tutela do segredo bancário surgiu em Portugal conjuntamente associada aos esforços de reanimação das instituições de crédito como fonte de captação da poupança. Por esse facto, foi-lhe dado um regime mais protector do que o próprio regime vigente na Suíça, campeã em matéria de protecção do segredo bancário.

É testemunha de que esse reforço da confiança nas instituições de crédito foi de facto o objectivo do legislador ao aprovar o normativo que disciplina o sigilo bancário, a letra do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 2/78, de 9 de Janeiro, que contém o enquadramento legal da matéria, o qual reza o seguinte:

"Ponderando que a reconstrução do País implica o estabelecimento de um clima de confiança na banca que permita a captação e recuperação do dinheiro entesourado, vem o Governo revelando preocupações pela tutela do segredo bancário". No mesmo sentido, a letra do preâmbulo do Despacho Normativo n.º 357/79, de 20 de Novembro: "A importância do segredo bancário é bem conhecida para a estabilização, normalidade de funcionamento e transmissão de uma imagem de confiança por parte de qualquer sistema bancário".

Nesta medida, com a legislação então aprovada, o regime português na matéria afastou-se quer do sistema da "Common Law", de responsabilidade

(exclusivamente) civil do banqueiro por violação do dever de discrição bancária, quer da generalidade dos sistemas europeus, que integram a matéria no regime geral do sigilo profissional (equiparando o banqueiro ao confidente necessário), aproximando-se mais dos sistemas praticados na Suíça e no Líbano (todavia, enquanto no Líbano há uma total imunidade das instituições de crédito às requisições da autoridade judiciária, na Suíça o princípio é o da cooperação com a função judiciária no tocante à matéria penal)⁽¹⁾.

Pela razão apontada de ser essencialmente o interesse público e colectivo o motivo determinante da aprovação do Decreto-Lei n.º 2/78, o regime português gizado nessa altura começou por ser ainda mais hermético do que o próprio regime vigente na Suíça, na medida em que o dever de cooperação com as autoridades judiciárias cessa inclusivamente nas matérias sujeitas a segredo bancário, segundo o entendimento generalizado dos Tribunais e doutrina.⁽²⁾

Paradoxalmente, a disciplina jurídica não encontrou, de início, reflexo na materialidade dos factos, tendo-se assistido a múltiplas e impunes violações do segredo bancário.

3. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, em 1987, este hermetismo sofreu alguma inflexão. O actual regime do segredo bancário pode, em termos sumários, descrever-se do seguinte modo, de acordo com o Decreto-Lei n.º 2/78 citado e as alterações que foram sendo introduzidas:

3.1. São sujeitos activos do dever do segredo bancário (arts. 1.º, n.º 1, e 8.º do Decreto-Lei n.º 2/78):

— Os membros dos conselhos de administração, gestão ou direcção ou de quaisquer órgãos das instituições de crédito;

(1) Cf. Pareceres da Procuradoria-Geral da República, n.ºs 204/78 e 183/83, publicados, respectivamente, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 286, pp. 156 e segs., e 342, pp. 55 e segs.

(2) *Ibidem*, e ainda: ALBERTO LUÍS, "O segredo bancário em Portugal", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 41.º (1981), pp. 451 e segs.; ANSELMO DA COSTA FREITAS, "O sigilo bancário", in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 19 (Outubro de 1983), pp. 4 e segs.; MARIA EDUARDA AZEVEDO, "O segredo bancário", in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 346-348 (Outubro/Dezembro de 1987), pp. 73 e segs.; e JOSÉ ANTÓNIO PEREIRA DA SILVA, "Regime jurídico do sigilo bancário", Maio de 1988 (trabalho não publicado); JORGE PATRÍCIO PAUL, "O sigilo bancário - Sua extensão e limites no Direito Português", in *Revista da Banca*, n.º 12 (Outubro/Dezembro, 1989), pp. 71 e segs.

- Os trabalhadores das instituições de crédito;
- As pessoas que exerçam ou tenham exercido funções em entidades encarregadas da fiscalização da actividade de instituição de crédito e parabancárias, relativamente às informações recebidas de autoridades competentes de outros Estados membros da CEE.

3.2. É objecto do dever de segredo bancário (art.º 1, n.ºs *in fine*, e 2, do referido Decreto-Lei n.º 2/78) o "segredo cujo conhecimento advenha (às pessoas supra-referidas) exclusivamente por virtude do exercício das suas funções", e designadamente o nome dos clientes, contas de depósito e seus movimentos, operações bancárias, cambiais e financeiras realizadas, licenciamentos de operações concedidos e elementos relativos a processos em curso no Banco de Portugal, quer a sua divulgação possa causar ou não danos às pessoas a que se referem.

São igualmente objecto desse dever factos ou elementos da vida da instituição.

3.3. A tutela do dever de segredo é bastante abrangente, acarretando a sua violação simultaneamente responsabilidade criminal, disciplinar e civil (cf. art. 184.º do Código Penal).

3.4. O dever de segredo bancário prevalece sobre quaisquer outros deveres, designadamente o dever de colaboração com a Justiça ou com a Administração Pública, incluindo a Administração Fiscal, embora haja a referir que:

- Podem ser pedidas informações sobre bens, depósitos e outros valores pertencentes a indivíduos suspeitos ou arguidos da prática de crimes de tráfico ilícito de estupefacientes (art.º 50.º do Dec.-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro);
- Cede perante o dever de cooperação com a Alta Autoridade Contra a Corrupção (art.º 7.º da Lei n.º 45/86, de 1 de Outubro);
- Não prejudica os deveres de informação (quantitativa ou não) que impendem sobre as instituições de crédito (art.º 5.º do Dec.-Lei n.º 2/78);
- Pode ser subordinado ao dever de colaboração com a Administração Fiscal (DGCI) por decisão judicial (Dec.-Lei n.º 363/78, de 28 de Novembro) ou quando se trate de abertura de cofres para efeito do imposto sucessório ou do exame dos livros e registos de contabilidade

das instituições de crédito, para efeitos do apuramento do IRC respectivo (art.º 137.º do Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações);

- Por decisão dos Tribunais pode ser ordenada a prestação de testemunho com quebra do dever de segredo profissional sempre que o segredo seja revelado no cumprimento de um dever jurídico sensivelmente superior ou vise um interesse público ou privado legítimo, quando, considerados os interesses em conflito e os deveres de informação que, segundo as circunstâncias, se impõem ao agente, se possa considerar meio adequado para alcançar aquele fim (art.º 135.º do Código de Processo Penal);
- O Tribunal pode determinar a apreensão de títulos, valores, quantias e quaisquer outros objectos depositados em bancos ou outras instituições de crédito, mesmo que em cofres individuais, quando tiver fundadas razões para crer que eles estão relacionados com um crime e se revelarão de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, mesmo que não pertençam ao arguido ou não sejam depositados em seu nome (art.º 181.º, n.º 1, do Código de Processo Penal);
- O Juiz pode examinar a correspondência e qualquer documentação bancárias que careça para a descoberta dos objectos a apreender nos termos do parágrafo anterior; esse exame é feito pessoalmente pelo juiz, coadjuvado, quando necessário, por órgãos de polícia criminal e por técnicos qualificados, ficando ligados por dever de segredo relativamente a tudo aquilo de que tiverem tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova (art.º 181, n.º 2, do Código de Processo Penal).

4. A confiança do público nas instituições de crédito e a respectiva estabilidade são afectadas logo que o sistema financeiro é utilizado para o branqueamento de capitais. Por esse facto, têm vindo a ser pensadas quer a nível nacional, quer internacional, medidas destinadas a reprimir o branqueamento do produto das actividades criminosas, medidas essas cuja incidência no segredo bancário é de grande importância.

A Comunidade Europeia assinou, em 1989, a Convenção de Viena (Nações Unidas) contra o tráfico ilícito de estupefacientes, em cujos trabalhos participou a Comissão. Nela, os Estados signatários obrigam-se a considerar como infracções penais não só certas actuações ligadas ao tráfico de estupefacientes, como também o próprio branqueamento do dinheiro proveniente desse tráfico. A Convenção prevê várias medidas de repressão das infracções,

como sejam a apreensão ou arresto do produto das infracções e o afastamento da susceptibilidade de invocação do segredo bancário no domínio abrangido pela Convenção.

Ao nível da Comunidade o problema do branqueamento do dinheiro adquiriu particular acuidade, porquanto é necessário evitar que os agentes se aproveitem da criação do mercado financeiro único e, nomeadamente, da livre circulação de capitais e da livre prestação de serviços financeiros, para a reciclagem do produto dos seus crimes.

A Comissão das Comunidades, ciente dessa possibilidade, resolveu instituir como objectivo, lado a lado com a idoneidade dos dirigentes e accionistas, a "integridade do sistema financeiro", pretendendo, inclusivamente, atribuir-lhe um papel activo na luta contra a lavagem do dinheiro.

Nessa sequência, existe já uma proposta de directiva aplicável não só aos bancos como às demais instituições de crédito e outras instituições do sistema financeiro (para evitar desvios ou transferências entre instituições) que visa quer o produto do tráfico de estupefacientes, quer o de outras infracções penais graves, como por exemplo o terrorismo (para além, portanto, do âmbito da Convenção de Viena). Segundo o calendário da Comissão, a directiva deverá ser aprovada em 30 de Junho de 1991.

A proposta de directiva assenta na criminalização da lavagem do dinheiro obtido através da actividade criminosa, na intensificação da cooperação entre as autoridades de supervisão e as autoridades judiciais, e na instituição do dever de cooperação por parte das instituições do sistema financeiro, devendo, em traços muito gerais, os Estados membros:

- Prever o branqueamento do produto de infracções penais graves como crime autónomo;
- Fazer ceder o segredo bancário em matéria penal;
- Promover a cooperação das instituições financeiras com os Tribunais e outras autoridades com poderes de investigação criminal.

A proposta de directiva prevê, designadamente, que os Estados membros obriguem a que as respectivas instituições financeiras exijam a identificação de qualquer pessoa com a qual possam ter relações profissionais, facultando-lhes, para esse efeito, a possibilidade de tomar medidas para determinar a identidade real das pessoas em nome das quais é aberta uma conta corrente ou efectuada uma operação.

As instituições são sujeitas igualmente a um dever de diligência, o qual comporta a obrigação de examinar cuidadosamente qualquer operação não habitual e de, inclusivamente, se recusarem a proceder a qualquer operação suspeita.

O dever de colaboração em matéria penal traduz-se na obrigação de informar (espontaneamente) as autoridades judiciárias competentes sobre todo e qualquer facto que suspeitem estar ligado ao branqueamento de capitais, e na obrigação de lhes fornecer todos os documentos e informações pedidos no âmbito da respectiva investigação. Este dever incumbe não só às instituições do sistema financeiro como também às próprias autoridades de supervisão.

5. A Segunda Directiva de coordenação bancária⁽³⁾, ao estabelecer os princípios da licença única e da supervisão pelo país de origem, veio incrementar largamente os deveres de informação recíproca das autoridades nacionais com funções de supervisão criados pela primeira directiva, bem como os deveres de informação das instituições do sistema financeiro perante as autoridades de supervisão.

O regime instituído pela referida Directiva pode sintetizar-se como segue: cada Estado membro assegurará a supervisão das instituições cuja sede efectiva se situa no respectivo território, quer no que toca à actividade nele desenvolvida, quer no que se refere à actividade por elas exercida no território dos demais Estados membros, seja, neste caso, no regime de prestação de serviços, ou através de sucursais que aí tenham aberto. Nessa medida, cada Estado membro estabelecerá as regras prudenciais que para esse efeito lhe parecerem adequadas, observados os requisitos mínimos estabelecidos pela directiva quanto ao acesso e ao exercício da actividade, sendo que todos os Estados membros reconhecem as regras dos demais como aptas a essa disciplina (harmonização mínima e reconhecimento mútuo).

Seria desejável que cada instituição de crédito só tivesse que conhecer e obedecer às regras ditadas pelo respectivo Estado de origem (reconhecimento total). Todavia e enquanto não se progride na coordenação das diversas políticas monetárias nacionais, alguns aspectos atinentes àquelas entidades (liquidez, função monetária) continuam a ser regidos pelas regras do Estado

(3) Directiva 89/64/CEE, de 15 de Dezembro de 1989.

no qual actuam, ainda que este não seja o Estado membro de origem (regras de vocação absoluta ou de aplicação territorial). Foi este o único desvio admitido à filosofia comunitária designada por "home country control".

Para dar corpo a estes novos princípios, a Segunda Directiva prevê alterações profundas a nível da troca de informação entre as autoridades competentes com vista à supervisão das instituições do sistema financeiro, conforme se pode ler, em especial, na nova redacção do artigo 7.º, n.º 1, da Primeira Directiva⁽⁴⁾, dada pelo artigo 14.º, n.º 1, da Segunda Directiva.

A institucionalização desses deveres de informação a cargo das autoridades de supervisão pode afectar consideravelmente a protecção do segredo bancário, na medida em que o mesmo não pode ser invocado no âmbito dos referidos deveres. Veja-se, neste sentido o artigo 12.º, n.º 2, da Primeira Directiva com a redacção que lhe foi dada pelo artigo 16.º da Segunda Directiva, o qual dispõe ainda que as informações trocadas entre as autoridades de supervisão no exercício das respectivas funções, bem como as informações recebidas das instituições por força daquelas, ficam submetidas ao dever de segredo⁽⁵⁾.

O n.º 1 do artigo 12.º citado dispõe, por seu turno, que as informações recebidas pelas autoridades de supervisão ou revisores e peritos por elas mandatadas não podem ser divulgadas a nenhuma pessoa ou autoridade, excepto de forma sumária ou agregada, de modo a que as instituições individuais não possam ser identificadas, "sem prejuízo dos casos que pertençam ao foro penal", e dos casos relativos à falência de instituições.

6. As normas portuguesas actualmente em vigor são insuficientes para a correcta transposição da Primeira e Segunda Directivas de coordenação bancária no que toca ao regime da troca de informações entre as instituições do sistema financeiro e as autoridades de supervisão e entre estas entre si no

(4) Directiva 77/780/CEE, de 12 de Dezembro de 1977.

(5) Actualmente, conforme se referiu acima, a lei portuguesa já dispõe que as informações recebidas da autoridade de supervisão dos demais Estados membros são abrangidas pelo dever de segredo ao qual, neste aspecto, são submetidos todos aqueles que exerçam ou exerceram funções de fiscalização da actividade de instituições de crédito e parabancárias. A lei dispõe igualmente que são objecto do dever de segredo as informações obtidas junto das autoridades de supervisão dos demais Estados membros para fins de supervisão em base consolidada.

exercício das respectivas funções, nomeadamente tendo em consideração o princípio da supervisão pelo Estado de origem.

Por outro lado, seria desejável incorporar numa próxima revisão legislativa algumas das fórmulas contidas na proposta de directiva sobre lavagem de dinheiro. Apesar de esta se encontrar num fase bastante embrionária, o empenho da Comunidade Internacional e, nomeadamente dos Estados Unidos, na consagração de medidas preventivas e repressivas na matéria, deixa supor que a respectiva aprovação será apenas uma questão de tempo, pelo que haveria conveniência numa antecipação estratégica e baseada do acolhimento dessas medidas na legislação portuguesa.

Assim, tendo em conta:

- A Primeira e Segunda Directivas de coordenação bancária;
- A proposta de directiva sobre lavagem do dinheiro;
- A necessidade de actualizar, clarificar e aperfeiçoar o actual regime de protecção de segredo bancário no direito nacional, deverá a lei portuguesa ser reformulada de acordo com as directrizes seguintes:

6.1. Sujeitos do dever de segredo:

Para além dos actualmente previstos (os dirigentes e trabalhadores das instituições de crédito), a lei deve submeter ao dever de segredo:

- As próprias instituições do sistema financeiro, no tocante às informações relativas ou obtidas junto dos clientes, bem como às informações provenientes das instituições de crédito ou financeiras por elas participadas (v.g. informações fornecidas para efeito da fiscalização em base consolidada);
- As autoridades nacionais com funções de supervisão, relativamente a todas as informações obtidas no exercício das suas funções qualquer que seja a sua proveniência. Actualmente a lei não é muito clara sobre este aspecto, dispondo apenas, como se disse, sobre o dever de segredo das autoridades de supervisão no tocante às informações provenientes das entidades congéneres estrangeiras. Embora, quanto ao Banco de Portugal, se possam considerar os respectivos dirigentes e trabalhadores incluídos no dever de segredo, se se considerar que o Banco de Portugal é ainda, à luz da nova Lei Orgânica, uma instituição de crédito, é necessário abranger pelo dever de segredo outras entidades

- com funções de supervisão, como o próprio Ministério das Finanças, bem como as autoridades de supervisão dos sectores segurador e dos valores mobiliários, e ainda as demais entidades referidas em 6.3;
- Os accionistas das instituições do sistema financeiro, quanto a todas as informações obtidas no âmbito do respectivo direito à informação sobre os assuntos sociais previsto no Código das Sociedades Comerciais (em especial no art.º 291.º).

6.2. A lei deve continuar a considerar como objecto do dever de segredo quaisquer elementos de informação, recebidos a título profissional, relativos às instituições ou aos seus clientes e que por lei não sejam sujeitos a publicidade obrigatória. De acordo com as directivas de coordenação, a lei deve prever que o dever de segredo não deve obstar a que as informações possam ser divulgadas sob forma sumária ou agregada pelas autoridades de supervisão ou pelas instituições, desde que, respectivamente as instituições ou os seus clientes não possam ser identificados.

6.3. O dever de segredo deve ser mais claramente hierarquizado por forma a ceder perante o dever de cooperação com a realização de justiça penal, pelo que qualquer dos sujeitos enunciados em 6.1. deverá fornecer as informações e respectivo suporte documental que lhe forem pedidos no âmbito da investigação e julgamento de crimes.

As informações apenas poderão ser fornecidas ao Juiz que preside à instrução ou ao julgamento, pelo que se deve manter, genericamente, o actual regime previsto no Código de Processo Penal, com o aditamento de que o dever de cooperação inclui a colaboração dos dirigentes e funcionários das instituições sempre que requerida, ainda que para efeitos de investigação criminal (excedendo, portanto, o disposto na lei actual, que apenas contempla a prova testemunhal em processo).

O dever de sigilo deve ainda ceder em processo civil, nos casos de falência ou de liquidação compulsiva, no tocante às informações relativas à instituição em liquidação (que não às relativas aos seus clientes), devendo prever-se a colaboração das autoridades de supervisão e seus funcionários, bem como dos dirigentes e funcionários da instituição em causa. Trata-se de uma regra imposta pelas directivas de coordenação que não tem, actualmente, base legal.

O dever de segredo não deve obstar ao dever de colaboração entre as autoridades de supervisão dos Estados membros, no exercício das respectivas

funções. Todavia, qualquer informação sujeita ao dever de segredo que seja divulgada nestes termos apenas deverá ser fornecida desde que a autoridade que requeira a informação fique, quanto a ela, sujeita ao dever de segredo.

A lei portuguesa deverá, ainda, dispor que estas informações apenas possam ser utilizadas no exclusivo exercício das funções das mesmas autoridades, ou seja, nos termos da directiva correspondente:

- Para o exame das condições de acesso à actividade das instituições de crédito e para facilitar o controlo, numa base individual e numa base consolidada, das condições de exercício da actividade, especialmente em matéria de supervisão da liquidez, da solvabilidade, dos grandes riscos, da organização administrativa e contabilística e do controlo interno;
- Para imposição de sanções; e
- No âmbito de recursos administrativos contra decisões das autoridades competentes, no exercício dos poderes que lhes incumbem de acordo com as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas adoptadas em cumprimento das directivas bancárias.

O dever de segredo deve igualmente ceder nos casos de cooperação entre as próprias autoridades de supervisão portuguesas (o Banco de Portugal e o Ministério das Finanças), ou entre estas e

- As autoridades investidas na missão pública de supervisão de instituições financeiras e das companhias de seguros, bem como as autoridades encarregadas da supervisão do mercado de valores;
- Os órgãos legalmente incumbidos da liquidação das instituições de crédito e outros procedimentos similares (exceptuados os casos de autoliquidações);
- As pessoas encarregadas do controlo legal das contas das instituições de crédito e outras instituições financeiras;
- Os organismos encarregados da gestão dos sistemas de garantia dos depósitos, quanto às informações necessárias ao cumprimento da sua função.

As informações recebidas por todas as autoridades, pessoas e organismos supra-referidos deverão ser submetidas ao dever de segredo, os quais, de igual modo, deverão ser considerados entre os sujeitos referidos em 6.1.

6.4. O dever de segredo bancário deve continuar a ser objecto de tutela criminal, sem embargo, naturalmente, de tutela civil e disciplinar.

7. Desde que acolhidas as directrizes que antecedem, afiguram-se suficientemente tutelados os objectivos previstos quer na Segunda Directiva de Coordenação Bancária, quer na proposta de directiva sobre lavagem de dinheiro, no pressuposto de que o branqueamento será, em si mesmo, considerado um crime. De fora fica apenas, relativamente a esta última e ao dever de cooperação das instituições financeiras que nela se prevê, a obrigação de informação espontânea sobre quaisquer factos anómalos potencialmente ligados à lavagem de dinheiro, que a proposta faz impender sobre as instituições e respectivos dirigentes e funcionários. Essa obrigação de denúncia é bastante controversa e compromete excessivamente a confiança nas instituições de crédito e no sistema financeiro em geral, pelo que Portugal apenas a deverá consagrar se a tal vier a ficar obrigado por uma directiva comunitária.

Já em relação às autoridades de supervisão deverá ser acolhida a norma da proposta de directiva que dispõe que, caso venham, no decurso de inspecções levadas a cabo em instituições de crédito ou outras instituições financeiras, a descobrir factos que possam constituir prova de existência de uma operação de reciclagem de capitais, essas autoridades devem informar as entidades judiciais e outras responsáveis pela aplicação da lei criminal.

Lisboa, 28 de Novembro de 1990.

**ORGANIZAÇÃO
DAS NAÇÕES UNIDAS**



DIREITOS DA CRIANÇA

LUÍS FILIPE SACRAMENTO
Juiz do Tribunal Supremo

ANA PESSOA PINTO
Juíza do Tribunal da Cidade

**PROTECÇÃO LEGAL DA CRIANÇA
E IMPLEMENTAÇÃO
DA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA
NO
CONTEXTO MOÇAMBICANO**

Maputo

1990

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I. PROTECÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA NO QUADRO LEGAL NACIONAL

- 1. Direito à igualdade sem distinção de raça, religião, origem étnica ou sexo**
- 2. Direito ao nome e à nacionalidade**
- 3. Direito de expressão, de pensamento, de reunião, de associação e de religião**
- 4. Direito de ser tratada com compreensão e amor pela família e sociedade**
- 5. Direito à família**
- 6. Direito a protecção especial com vista a um integral desenvolvimento físico, mental e social**
- 7. Direito à saúde e à atenção médica**
- 8. Direito à educação**
- 9. Direito à protecção especial em caso de física ou mentalmente diminuída**
- 10. Direito a protecção contra o abandono, abusos e exploração**

II. ANÁLISE SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DOS PRINCIPAIS DIREITOS DA CRIANÇA — EXPERIÊNCIA MOÇAMBICANA

Período de 1975 a 1981

Período de 1981 a 1988

Acções desenvolvidas

População deslocada

População refugiada

População não directamente afectada

ESFORÇOS PARA A ELIMINAÇÃO DO CONFLITO ARMADO

O P.R.E. E A COMPONENTE SOCIAL

A COMISSÃO PARA A CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

III. PAPEL DA COMUNIDADE NACIONAL, DO ESTADO E DA COMUNIDADE INTERNACIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Comunidade nacional

Estado

Comunidade internacional

INTRODUÇÃO

Constitui preocupação dominante com o presente trabalho dar a conhecer, embora de forma sucinta e genérica, os grandes princípios normativos, através dos quais se atribuem direitos e se protege a criança moçambicana.

Cientes, no entanto, de que não seria suficiente fazer uma explanação do que se acha legislado sobre esta matéria, procurar-se-á, também de forma breve, dar uma visão crítica de como o Estado tem vindo a concretizar tais princípios através da sua política económica e social.

Finalmente, situando-nos na perspectiva da Convenção e tendo presente a situação de guerra que o país enfrenta, em linhas muito gerais procurar-se-á também delinear qual será o papel do Estado, das instituições e da comunidade no tocante à implementação dos direitos da criança.

I. PROTECÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA NO QUADRO LEGAL NACIONAL

Como se fez referência na introdução, ir-se-á de seguida procurar dar uma visão, o mais completa possível, da protecção jurídica dispensada à criança no quadro legal do país.

Para melhor e mais fácil compreensão do que se propõe tratar, abordar-se-á esta questão na perspectiva de três grandes grupos de direitos, nomeadamente políticos, económicos e sociais, sem que contudo a referência seja feita de forma estanque.

1. Direito à igualdade sem distinção de raça, religião, origem étnica ou sexo

Este é um direito que se acha, desde logo, consagrado como princípio constitucional.

Assim, no artigo 66.º da Constituição, agora aprovada, estabelece-se que na República de Moçambique todos os cidadãos gozam os mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais ou profissão.

Especificando este princípio, o n.º 4 do art.º 56º da Constituição estabelece que a criança não pode ser discriminada, designadamente em razão do seu nascimento.

Traduzindo o princípio constitucional do direito à igualdade, na Declaração dos Direitos da Criança Moçambicana aprovada pela Resolução n.º 23/79, de 26 de Dezembro, estabelece-se no segundo parágrafo do 1.º direito "aqui fica escrito que todas as crianças têm os mesmos direitos".

Manifestações também daquele mesmo princípio encontramos vertidas na Lei n.º 2/77, de 27 de Setembro, que institui um critério uniforme e não discriminado de assistência sanitária e médico-medicamentosa e na Lei n.º 4/83, de 23 de Março, que introduziu o Sistema Nacional de Educação e definiu os princípios fundamentais da sua aplicação.

Na Lei do Trabalho igualmente se mostra reafirmado este princípio, quando no seu art.º 3.º, n.º 1, se dispõe que "todo o cidadão tem direito ao trabalho, independentemente da sua origem étnica, sexo, religião, raça, cor, posição social ou opinião política".

2. Direito ao nome e à nacionalidade

A actual Constituição no capítulo II consagra e regula o direito à nacionalidade, o qual assenta, até certo ponto, nos princípios combinados do "*jus sanguinis*" e do "*jus solis*".

Na lei fundamental não se acha consagrado o direito ao nome.

Tal omissão não significa que haja um vazio, quanto a esta matéria, no ordenamento jurídico interno.

Na verdade, relativamente ao direito ao nome, a Declaração dos Direitos da Criança Moçambicana estipula no direito terceiro que "...tens o direito de ter um nome para que os teus pais, irmãos e amigos te chamem e sejas conhecida onde estiveres".

Este princípio geral tem a sua expressão concreta nos artigos 123º do Código do Registo Civil que estabelecem a obrigatoriedade de atribuição de um nome e apelido de família, no acto do registo de nascimento.

Mesmo no caso de criança abandonada, a lei garante esse direito, sempre que se não mostrar possível determinar a existência de registo anterior.

Para efeito de registo de nascimento, o artigo 127º define como criança abandonada o recém-nascido, de pais desconhecidos, encontrado em qualquer lugar, bem como o menor demente ou de idade aparente inferior a 14 anos, que se encontrar em situação de desamparado.

A lei não só garante o direito ao nome, como lhe dá uma especial protecção ao fixar que a composição do nome e a sua alteração só poderão ser feitos nos parâmetros legais — art.º 125º do Código do Registo Civil.

Para além disso, no artigo 72º do Código Civil fixam-se os mecanismos de defesa da utilização do nome.

No Código Civil em vigor mostra-se reforçado o princípio estipulado no artigo 122.º do Código do Registo Civil ao dispor-se no artigo 1877º que os filhos têm o direito de usar o apelido dos pais.

3. Direito de expressão, de pensamento, de reunião, de associação e de religião

No quadro constitucional da República de Moçambique qualquer um destes direitos merecem a devida consagração, sendo devidamente reconhecidos a todos os cidadãos.

No respeitante à liberdade de expressão e pensamento, os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 74.º da Constituição consagra-os como direitos fundamentais, reconhecidos a todo o cidadão.

O exercício da liberdade de expressão nos termos constitucionais compreende também o próprio direito à informação e a faculdade de divulgar

o pensamento próprio, no respeito pela dignidade da pessoa humana e dos interesses da política externa e da defesa nacional.

Particular ênfase é dada à liberdade de criação científica, técnica, literária e artística, como formas de manifestação da liberdade de expressão e pensamento, ao ser autonomizada no artigo 79º da Constituição.

No tocante à liberdade de reunião e de associação, cada uma destas mereceu relevo especial ao serem tratadas em separado nos artigos 75º e 76º da Constituição.

Importa salientar que, com tal preceito constitucional, as formas de associação já antes previstas na legislação ordinária ganharam agora maior dignidade.

Na perspectiva de que possam surgir outros tipos de associação que não se enquadrem na moldura legal actualmente existente, haverá necessidade de complementar a sua regulamentação.

Relativamente à liberdade de religião, o artigo 78º garante a cada cidadão o direito de praticar ou não uma religião.

Pelo mesmo preceito constitucional é garantido às confissões religiosas o direito de prosseguir livremente os seus fins e materializar os seus objectivos, podendo para tal adquirir e possuir bens.

E nos artigos 80º, 81º e 82º são indicados os mecanismos legais, que garantirão ao cidadão a protecção e salvaguarda dos direitos fundamentais, designadamente os agora referidos.

Para a materialização do exercício dos direitos acabados de descrever, está em fase de estudo e análise o que se acha legislado sobre a matéria, de molde a avaliar o que será necessário complementar ou alterar ou se se imporá criar nova legislação regulamentar.

4. Direito a ser tratada com compreensão e amor pela família e sociedade

Este princípio ressalta, desde logo, do direito segundo da Declaração dos Direitos da Criança Moçambicana, quando nele se estabelece: "Tens o direito de crescer rodeada de amor e compreensão, num ambiente de segurança e paz".

Este princípio não veio a ser vertido expressamente para o texto constitucional, recentemente aprovado.

No entanto, ao dispor-se nos números 2 e 3 do artigo 56º que a família é responsável pelo crescimento harmonioso da criança e que a sua educação assentará nos princípios do respeito e solidariedade social, de forma indirecta se contempla o direito à compreensão e ao amor.

Este direito não pode nem deve ser entendido apenas como mera consequência do dever paternal de sustento e de educação da criança como resulta das disposições do Código Civil em vigor, pelo que se imporá consagrá-lo, como detalhe e de forma expressa, na legislação ordinária.

5. Direito à família

De forma tácita este direito acha-se consagrado nos artigos 55º e 56º da Constituição, quando se estipula que o Estado protege a família, a maternidade e a infância.

Mas de forma explícita, este princípio encontra-se contemplado na Declaração dos Direitos da Criança Moçambicana quando no direito terceiro se diz: "Tens o direito de viver numa família... Quando não tiveres família, tens o direito de passar a viver numa família que te ame como a um filho".

E, como princípio geral de responsabilidade da família para com a criança, no direito quarto da referida Declaração dispõe-se: "Para cresceres forte e saudável, tens o direito de ser alimentada, abrigada, vestida e educada pela tua família".

No Código Civil em vigor acautela-se este direito através do vínculo de parentesco, ao considerar-se este como uma das fontes das relações jurídicas familiares – artigos 1576º e 1578º. É assim que os filhos nascidos na constância do casamento se presumem, em regra, como filhos legítimos desta célula familiar – art.º 1801º do Código Civil.

Em contrapartida, os filhos havidos fora da família legalmente constituída poderão ver acautelado este direito através do instituto da perfilhação e investigação de paternidade ou maternidade ilegítimas – artigos 1827º e ss., 1845º e ss. e 1857º e ss., todos do Código Civil.

Finalmente, os institutos da tutela e da adopção são os mecanismos previstos por lei, para garantir a integração, em meio familiar, de crianças

que se acham em situação de desamparo ou de abandono – artigos 1921º e 1973º do Código Civil.

6. Direito à protecção especial com vista a um integral desenvolvimento físico, mental e social

Na actual Constituição, só de forma genérica se encontra referenciado este direito, o mesmo acontecendo na legislação ordinária em vigor.

No entanto, na Declaração dos Direitos da Criança Moçambicana, nomeadamente nos direitos terceiro, quarto, quinto, sétimo, oitavo e nono, aquele direito é repetidamente contemplado.

Na área específica do direito laboral, várias disposições asseguram a materialização do direito da criança a protecção especial com vista ao seu desenvolvimento integral, designadamente nos artigos 157º e 158º da Lei n.º 8/85.

Assim, no primeiro preceito estabelece-se a obrigatoriedade das entidades empregadoras, em coordenação com os sindicatos e com a Organização da Juventude no local de trabalho, levarem a cabo acções tendentes à formação profissional, cultural e recreativa dos jovens trabalhadores.

E na segunda disposição, para além de proibir a admissão de trabalhadores com menos de 15 anos, estipulam-se regras laborais especiais para este grupo de trabalhadores.

7. Direito à saúde e à atenção médica

Este direito mostra-se consagrado nos artigos 54º e 94º da Constituição e é reafirmado pelo direito oitavo da Declaração dos Direitos da Criança Moçambicana.

A propósito deste direito nos Diplomas Orgânicos do Ministério da Saúde, sucessivamente aprovados pelos Decretos n.º 1/75, Decreto Presiden-

cial n.º 75/83 e Decreto Ministerial n.º 35/85 reitera-se, como grandes princípios, que:

- Compete ao Estado organizar um sistema de saúde que beneficie todo o povo;
- a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado;
- a medicina preventiva reveste particular prioridade;
- a educação sanitária e o saneamento do meio têm um papel preponderante.

Os dois primeiros princípios encontram-se já regulamentados através da Lei n.º 2/77, que instituiu no país o Sistema Nacional de Saúde.

No âmbito da medicina preventiva, especial importância tem sido dada ao combate às doenças transmissíveis e não transmissíveis, à protecção materno-infantil e aos programas nutricionais.

8. Direito à educação

Tal como em relação a outros direitos fundamentais, universalmente consagrados, na República de Moçambique a educação constitui direito e dever de cada cidadão – artigo 92º da Constituição.

Para a materialização deste direito, a própria Constituição no n.º 2 do art.º 52º responsabiliza o Estado pela organização de um sistema nacional de educação, que obedecerá ao princípio de igualdade de acesso – n.º 2 do art.º 92º –, sistema esse que já foi instituído pela Lei n.º 4/83.

O texto constitucional permite ainda que a comunidade participe na actividade do ensino, no quadro do sistema nacional de educação.

Constituem grandes linhas programáticas daquele sistema, entre outras: a criação de condições para um amplo acesso de todo o cidadão à educação;

a concretização do ensino obrigatório; e a oportunidade de formação profissional.

No tocante ao ensino obrigatório, a Lei n.º 4/83 preconizava a sua gratuidade e a sua extensão até à 7ª classe, englobando deste modo o 1.º e 2.º graus do ensino primário.

Este princípio mostra-se hoje integralmente cumprido sete anos após a promulgação daquela lei.

O Estado, ciente da importância do papel da família e da comunidade, em relação ao sucesso dos programas educacionais contemplou o seu envolvimento naquele sistema, ao consagrar no artigo 66º da Lei n.º 4/83 que: "os pais, as instituições económicas e sociais e órgãos do poder popular a nível local contribuem para o sucesso da escolaridade obrigatória, promovendo a inscrição das crianças em idade escolar, apoiando-as nos estudos, evitando as desistências antes de completar as sete classes do ensino primário".

Ciente da responsabilidade que lhe cabe para garantir o exercício do direito à educação, mas consciente também da grande carência de meios materiais e financeiros adequados para fazer face a tamanha responsabilidade, o Estado, concretizando o espírito constitucional expresso no n.º 3 do artigo 52º, através do Decreto n.º 11/90, veio autorizar a prática do ensino privado.

Nos termos deste diploma, o exercício da actividade de ensino privado abrange todos os níveis escolares e tipos de ensino.

A institucionalização do ensino privado não se traduz numa desobrigação do Estado em relação ao encargo de criar mecanismos que garantam o exercício deste direito pelos cidadãos, uma vez que no próprio decreto se fixam regras que permitem ao Estado controlar essa actividade.

Em concreto, reitera-se o princípio do livre acesso ao ensino, condição de funcionamento daquele tipo de estabelecimento de ensino, e estabeleceu-se também, por um lado, a obrigatoriedade da vinculação aos planos de estudo e aos programas de ensino do Sistema Nacional de Educação, e por outro, a existência da inspecção escolar, a fim de permitir verificar se são observados os currículos escolares e as normas e regulamentos.

Cabendo ao Ministério da Educação a responsabilidade de assegurar a escolarização obrigatória e a erradicação do analfabetismo, esta instituição do Estado, assumindo tais obrigações e como forma de promover a reintegração no ensino dos milhares de crianças que deixaram de ter acesso à educação, introduziu no Sistema Nacional o ensino especial dirigido, em particular àquele grupo de crianças.

9. Direito a protecção especial em caso de física ou mentalmente diminuída

Este é um dos direitos que mereceu, igualmente, consagração no texto constitucional, ao dispor o artigo 95º que: "todos os cidadãos têm direito a assistência em caso de incapacidade", e mais à frente acrescenta-se: "O Estado promove e encoraja a criação de condições para a realização deste direito".

Ao Ministério da Saúde, através da Secretaria de Estado de Acção Social, compete dirigir, organizar, planificar e impulsionar a acção de protecção, apoio e reabilitação social dos diminuídos físicos e mentais.

Para concretizar o apoio e reabilitação dos diminuídos foram criadas e acham-se em funcionamento escolas especiais.

Por se considerar que esta responsabilidade de concretização não devia estar apenas cometida ao Estado, pelo Decreto n.º 11/90 abre-se a possibilidade da participação de entidades não-estatais neste tipo de ensino.

10. Direito a protecção contra o abandono, abusos e exploração

Na Constituição da República não se encontra consagrado, de forma expressa e autónoma, este direito.

No entanto, ele ressalta de várias disposições constitucionais, designadamente quando se dispõe que a criança não pode ser sujeita a maus tratos, que o Estado e a sociedade protegem a criança órfã e desamparada e quando estabelece que todo o cidadão tem direito à vida, à integridade física e não pode ser sujeito a tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos – artigos 56º e 70º.

Por seu turno, a Lei do Trabalho – Lei n.º 8/85, de 14 de Dezembro –, consagra nos artigos 158º e 159º um conjunto de regras tendentes a proteger a criança contra a exploração pela entidade empregadora.

No atinente à protecção especial contra o abandono, na legislação ordinária acham-se regulados os mecanismos e institutos tendentes a garantir aquela mesma protecção. É o caso do Código Civil, do Estatuto Jurisdicional de Assistência a Menores e da própria Lei n.º 2053.

Quanto à exploração sexual da criança, a lei penal pune com medida de prisão, quer o ascendente, quer terceiras pessoas que excitem, favoreçam ou facilitem a prostituição ou a corrupção daquela.

A protecção dispensada pela lei penal estende-se a todo o menor. Para os efeitos da lei penal, menor é todo o indivíduo com menos de 21 anos de idade.

Com esta breve resenha procurou-se dar uma visão dos princípios gerais de protecção jurídica da criança no quadro legal moçambicano.

Importará agora verificar como na prática se materializam tais princípios.

II. ANÁLISE SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DOS PRINCIPAIS DIREITOS DA CRIANÇA – EXPERIÊNCIA MOÇAMBICANA

Os princípios constitucionais e os instrumentos jurídicos a que antes fizemos referência têm constituído a base de partida para a realização dos programas do Estado na área social, com particular incidência na concretização de acções de apoio, protecção, assistência e formação da criança moçambicana.

Por outro lado, estes princípios traduzem uma afirmação inequívoca de vontade política do Estado nesta área de actuação, de especial realce se se tiver presente que Moçambique é um país recém-independente, subdesenvolvido e com uma economia frágil.

Ao proceder-se a uma análise sobre a implementação dos direitos da criança em Moçambique, em nenhum momento se deverá perder de vista, por um lado, o estado de economia à data da independência e, por outro lado, a situação de guerra que foi imposta ao país, praticamente desde que alcançou a sua soberania, guerra essa, no entanto, que se intensificou a partir do momento em que o povo do Zimbabwe conquistou a sua independência.

Por esta ordem de razões, qualquer estudo e apreciação terá obrigatoriamente de contemplar duas etapas distintas, a primeira a que abrangerá o período entre 1975 e 1981 e a segunda que incidirá sobre os anos mais recentes.

Por tal razão, na análise que nos propomos apresentar obedecer-se-á a estes dois períodos temporais.

1. Período de 1975 a 1981

Sendo Moçambique um país que, ao conquistar a independência, partiu de uma situação de economia atrasada, com uma altíssima taxa de analfabetismo, com uma população carecida dos mais elementares cuidados de saúde e dizimada por doenças endémicas, fácil é compreender que a acção do Estado se dirigisse no sentido de inverter o mais rapidamente possível esta situação.

Para alcançar tal objectivo, as acções e programas estatais orientam-se em três direcções fundamentais – a economia, a saúde e a educação.

Como resultado dos esforços realizados, no sector da economia, no período acima referido, o PNB *per capita* passa de 170 dólares para 270 dólares e, ao mesmo tempo, registou-se um crescimento do PNB de 1 600 milhões de dólares para 4 774 milhões.

No domínio da saúde, o grande objectivo a atingir é a saúde para todos, concretizado através das seguintes acções:

- Priorização da medicina preventiva;
- promoção dos serviços de saúde materno-infantil;
- extensão da rede sanitária às zonas rurais;
- formação de quadros para os vários níveis de atendimento.

Para se garantirem tais objectivos o Estado faz crescer a despesa orçamental com este sector, que passa de 4,5% em 1975 para 12% em 1981, o que representa uma despesa *per capita* de 1,7 US\$ e 5,4 US\$, respectivamente.

Como resultado destes esforços, nesta área e naquele período de tempo verificou-se:

- Um crescimento da rede sanitária, que passou de 447 para 1 350 unidades;
- o lançamento da campanha nacional de vacinação, na qual, entre 1976 e 1978, se atingiu uma taxa de cobertura de 96% em todas as vacinas em crianças dos 0 aos 2 anos;
- um aumento significativo do acesso a cuidados primários de saúde;
- um abaixamento da taxa de mortalidade, que em 1981 se fixou em 159 por mil;

- uma melhoria das condições sanitárias por família. Em 1980 47% destas possuíam já uma infra-estrutura mínima sanitária nas suas habitações contra 3% que se registava no início da década de 70;
- um aumento substancial de centros de apoio à infância, que passaram de 6 em 1975, para 119 em 1981.

Neste mesmo período, formam-se cerca de 6 050 quadros de saúde, entre médicos, enfermeiros, parteiras, técnicos e agentes de medicina e agentes polivalentes elementares.

Paralelamente, desenvolveram-se programas que contribuíram para a elevação do acesso da população a água potável. É assim que em 1980 15,88% da população beneficiava já de água por este meio.

Na área da educação assiste-se também, em igual período, a um aumento da afectação de recursos do Estado. A percentagem da verba orçamental atribuída oscilou entre os 16 e 18%.

Entre 1975 e 1980 os efectivos escolares duplicaram no ensino primário, atingindo uma taxa de crescimento anual de 15,6%; quadruplicou o efectivo nas 5.ª e 6.ª classes, alcançando-se uma taxa de crescimento médio anual de 31,4%; duplicou o efectivo do ensino secundário, o que corresponde a uma taxa de crescimento médio anual de 16,2%.

No mesmo período, a taxa de analfabetismo (15 anos ou mais) reduziu de 93% para 71,9%.

Durante aquele quinquénio, a rede escolar cresceu de 5 325 para 5 730 escolas primárias e de 7 para 35 escolas secundárias.

O corpo docente, no ensino primário, passou de 10 281 para 17 030 professores.

Tudo isto contribuiu para que se registasse uma sensível melhoria da situação de vida da população moçambicana e, em particular, da criança.

É importante, no entanto, deixar aqui referido que os resultados alcançados não são fruto exclusivo de uma acção isolada da parte do Estado.

Em todo este trabalho se sentiu directamente o papel e o contributo directo da família e da comunidade, em geral.

E esta é uma experiência que, pelo seu valor real, importava transmitir e reter para futuras acções.

É a comunidade, ela própria, que, em muitos casos, constituiu ou ajudou a edificar o posto de saúde, a escola, a creche, ou o centro infantil, a casa para o professor, ou para o enfermeiro ou agente de saúde.

É ainda a comunidade que apoia, entre outros, a mobilização dos cidadãos para as acções e os programas da saúde e da educação.

Especial destaque tem de ser dado neste âmbito à Organização da Mulher Moçambicana, pela acção mobilizadora no seio da comunidade, o que permitiu fazê-la despertar e envolver-se directamente em todos os programas tendentes a melhorar e a viabilizar os direitos da criança, particularmente no domínio da saúde e da educação.

Em suma, foi o assumir da responsabilidade da comunidade na sociedade e para com a criança que terá contribuído também para que alguns resultados se tenham alcançado.

Mas este processo que, indubitavelmente, conduziria a que as condições de vida da criança moçambicana fossem melhorando gradualmente, veio a sofrer uma interrupção quase abrupta, por efeito de autêntica acção maquiavélica, provocada pelos actos de banditismo armado.

Período de 1981 a 1988

Na verdade, se os efeitos das calamidades naturais provocaram graves danos à economia do país, com consequências nefastas para a situação da criança, a guerra de agressão que é movida contra Moçambique e a sua intensificação a partir de 1981 é a principal responsável pelo estado dramático em que, actualmente, a criança se encontra.

Os efeitos desta guerra fazem-se sentir em todos os pontos do país, de forma directa ou indirecta, e afectou seriamente a actividade nacional. Ela provocou um enorme retrocesso no processo de desenvolvimento, com especial incidência nos sectores da educação e da saúde.

Como resultado da guerra, a degradação económica, só por si, ocasionaria um agravamento nos sectores sociais e, para além disso, a necessidade de afectar maiores recursos à defesa do país teve como consequência a redução drástica dos recursos disponíveis para aqueles mesmos sectores.

Todos estes factores tiveram inevitavelmente graves reflexos para a população do país e em particular para a criança.

De uma população estimada em pouco mais de 15 milhões, o número de mortos tem consequência directa da guerra, ascende a 900 000, dos quais 494 000 eram crianças; o número de crianças órfãs e abandonadas atinge

250 000; deslocados dos seus locais de vida são 3,4 milhões de cidadãos; pessoas gravemente afectadas são 6,5 milhões; cerca de 1/3 dos agregados familiares urbanos e 1/2 dos agregados familiares rurais encontram-se em situação de absoluta pobreza. Refugiados em países vizinhos estão cerca de 1,1 milhões de pessoas.

Do total de deslocados e refugiados, estima-se que o número de crianças oscilará entre 50 a 60%, como ressalta do estudo efectuado pelo *Bureau Católico* para os Refugiados, em relação aos 80 000 refugiados moçambicanos existentes na África do Sul em Setembro de 1990.

Ainda como efeito directo da guerra ressalta que:

- A mortalidade infantil até aos 5 anos situa-se hoje em 350 por mil;
- a taxa global de mortalidade infantil subiu para 200 por mil;
- dos cerca de 7 milhões de crianças de idade inferior a 15 anos, só uma pequena percentagem não terá sido directamente afectada por falta de alimentação adequada ou pela falta de serviços básicos de saúde;
- só a nível do ensino primário mais de 500 000 crianças estão privadas de educação;
- de 1981 a 1987 foram destruídas 824 unidades sanitárias e 2 085 escolas;
- em Abril de 1988 estimava-se que 33% da rede sanitária não estava em funcionamento, afectando 2,3 milhões de pessoas nas zonas rurais;
- o PIB situava-se em 1989 em 84 US\$ *per capita*.

Os custos globais da guerra ascendem já a 15 milhões de dólares, o que equivale a 3 vezes o valor da dívida externa do país.

É partindo deste quadro mais recente, e tendo por base a experiência do país, que se estará habilitado a compreender que, mesmo perante situações de dificuldade extrema e de absoluta penúria, sempre é possível fazer algo em favor da criança, desde que não falte a necessária vontade política.

Acções desenvolvidas

Apesar de todo este quadro de destruição, de carências absolutas e de diminuição drástica de meios económico-financeiros, nem por isso o Estado se manteve indiferente perante tão grave situação.

População deslocada

A partir de 1987 o Estado lançou um apelo de emergência à Comunidade Internacional, para acudir à situação crítica em que se achavam milhões de moçambicanos, a fim de assim poder viabilizar o programa de emergência, de carácter nacional, que previamente elaborara.

Antes mesmo daquela data, o Estado, assumindo a preocupação de resolução dos problemas mais agudos dos grupos mais vulneráveis da população, criara uma instituição – o Departamento de Combate às Calamidades Naturais –, que tem tido por missão apoiar com géneros alimentícios, roupa e utensílios de trabalho as pessoas mais atingidas por efeitos económicos e naturais adversos.

Tal apelo de emergência granjeou o apoio da comunidade internacional, permitindo deste modo a concretização daquele mesmo programa.

O programa de emergência tem contemplado, entre outras, as áreas da saúde, da educação, da agricultura e da alimentação.

Assim, no apelo lançado para o ano de 1991, relativamente à área da saúde, pretendia-se cobrir, em termos de alimentação suplementar, 250 000 crianças gravemente mal nutridas, o fornecimento de medicamentos essenciais, vacinas e material médico básico para atender à população deslocada, a reconstrução de unidades sanitárias e o apoio a crianças deslocadas em idade pré-escolar.

No âmbito da educação, com o plano de emergência pretendia-se fornecer material escolar básico a 116 000 estudantes do ensino primário, acomodações em centros de deslocados.

No tocante à agricultura, tendo em conta que o programa, no período de 1989 a 1990, contribuía para um aumento da produção agrícola no sector familiar, pretendia-se elevar a componente dos instrumentos de trabalho e de distribuição de sementes, de modo a atingir, respectivamente, 180 mil e 300 mil famílias deslocadas, com o objectivo de poderem recomeçar a produzir e assim reduzirem a sua dependência da ajuda alimentar.

Relativamente à ajuda alimentar, pretendia-se garantir a aquisição de produtos alimentares destinados a distribuição gratuita a famílias deslocadas, de forma a que cada pessoa recebesse o equivalente a 1 500 calorias diárias.

Paralelamente, este programa abrange também o fornecimento de utensílios domésticos, roupa e produtos de higiene, os quais são distribuídos pelos deslocados recentemente chegados a centros de acomodação existentes nas várias províncias do país.

Ainda antes do desencadeamento do programa de emergência, o Estado iniciara já uma acção de recuperação e reconstrução, quer de unidades sanitárias, quer de escolas que haviam sido destruídas, com o apoio e envolvimento directo da comunidade local, que em alguns casos ela própria tomara a iniciativa de recuperação.

Entretanto, porque se tivesse verificado uma intensificação da acção destruidora aliada a uma diminuição da capacidade económico-financeira do Estado para, isoladamente, poder proceder à recuperação daquelas infra-estruturas sociais, e porque se considerassem tais unidades de importância capital para se obter a melhoria das condições de vida da população em geral, e da criança em particular, incluiu-se esta componente no referido programa de emergência.

Graças à acção do Estado, da comunidade local, às respostas positivas da comunidade internacional aos sucessivos apelos de emergência, à participação de organizações humanitárias e não-governamentais, foi possível a reconstrução e reapetrechamento de 572 unidades sanitárias e de um número não especificado de escolas.

Em relação à população deslocada que se encontra acomodada em centros, o Governo tem levado a cabo acções específicas, quer no domínio da saúde, quer no domínio da educação.

No tocante à saúde, as acções prioritariamente desenvolvidas relacionam-se com os cuidados de saúde primária, programas materno-infantis, nutricionais e de vacinação.

Nesses mesmos locais têm vindo a ser realizadas acções de esclarecimento sobre doenças de transmissão sexual, incluindo o Sida, bem como de rastreio e tratamento daquelas que é possível curar.

Quanto ao sector da educação, nos centros de deslocados foi introduzido um programa de ensino especial, tendo em conta o facto deste tipo de crianças ter estado desvinculado, por um longo período, do sistema nacional de educação, ou não reunirem condições psicossomáticas normais, para que se integrassem rapidamente naquele sistema.

População refugiada

O Governo tem levado a cabo acções multifacetadas junto da população que se encontra refugiada nos países vizinhos, em coordenação com o ACNUR e com os respectivos governos.

O Estado sempre reconheceu que a saúde e a educação são elementos de principal importância para o correcto desenvolvimento da criança.

Por tal razão, tem dedicado especial atenção à educação e à saúde das crianças acomodadas em centros de refugiados em países vizinhos.

Na área da educação foram elaborados e postos em prática programas especiais de ensino, ministrados a essas crianças por professores moçambicanos para lá enviados.

Na área da saúde tem-se procurado dar continuidade aos programas, definidos a nível nacional, no âmbito de cuidados materno-infantis, nutricionais e de vacinação.

E logo que as condições o permitem, o Estado tem-se empenhado em fazer repatriar tais populações, em coordenação com os governos e os organismos das Nações Unidas.

Após o regresso de tais populações, elas recebem apoio idêntico às deslocadas dentro do país, para além de se cuidar de lhes atribuir terra para poderem produzir.

População não directamente afectada

Dentro das suas possibilidades financeiras, o Estado tem procurado manter em execução a realização das acções e programas definidos para a área social.

Assim, na área da saúde tem-se dado continuidade à priorização da medicina preventiva, ao combate às grandes endemias, aos programas de saúde materno-infantil e às campanhas de vacinação.

Verificando-se que havia uma faixa não coberta pelas campanhas de vacinações, decidiu-se, há já vários anos, introduzir o programa de saúde escolar, a fim de garantir a imunização de todos os estudantes, em relação ao tétano.

Este mesmo programa contempla ainda o rastreio estomatológico de crianças que frequentam o ensino primário.

Devido à escassez de meios, tal rastreio tem vindo a ser feito rotativamente junto dos principais estabelecimentos de ensino.

Na área da educação foi criada a acção escolar, que tem por objectivo fornecer gratuitamente livros e material escolar às crianças de famílias que não possuem condições económicas para os poderem adquirir.

Na área do atendimento à criança em idade pré-escolar, o número de centros criados após a independência não acompanhou o crescimento populacional verificado.

Por esta razão, o Estado tem vindo a incentivar e a apoiar iniciativas de criação de escolas e jardins de infância, quer por parte da comunidade, a nível de local de residência ou de trabalho, quer por parte de organizações humanitárias e religiosas.

No tocante à criança órfã ou abandonada, o Estado tem seguido a política de, sempre que possível, proporcionar à criança um ambiente familiar, só recorrendo ao seu internamento em instituição quando, de todo, se ache esgotada a possibilidade de integração familiar.

Deste modo, o Serviço de Acção Social, em coordenação com a comunidade local e as organizações humanitárias e não-governamentais, tem procurado recolher em centros de acomodação as crianças abandonadas e órfãs, levando, de seguida, a cabo acções tendentes à identificação das suas famílias naturais, com vista à sua reunificação.

Esgotadas estas possibilidades, tem-se procurado integrá-las em famílias substitutas, favorecendo a adopção e tutela posteriores de tais crianças.

Para este efeito, simplificaram-se as regras processuais, de modo a tornar mais fácil e rápido o uso do mecanismo de adopção e de tutela.

Ao mesmo tempo, mau grado as enormes dificuldades económico-financeiras, o Serviço de Acção Social criou, pelo menos em cada província do país, um centro-orfanato, destinado ao atendimento de crianças órfãs e desamparadas, que não se tenha tornado possível integrar em famílias.

Para obviar a que a criança fique isolada da comunidade, esta tem sido encorajada a participar nos programas daquelas instituições.

Paralelamente, organizações humanitárias e não-governamentais têm-se vindo a envolver neste tipo de acção, criando centros destinados ao atendimento de crianças órfãs ou abandonadas, maioritariamente em zonas rurais, procurando sempre inserir tais centros na vida da comunidade local.

Porém, em virtude do programa de Acção Social abranger tão-só a criança em idade pré-escolar, quando esta atinge os 6 anos de idade é entregue à responsabilidade do Ministério da Educação, sendo, por isso, encaminhada para centros-internatos, nos quais não se dá a devida continuidade aos programas realizados anteriormente.

Desta brusca transição surgem problemas de ambientação e integração com efeitos nefastos para a própria criança que, muitas vezes, se automarginaliza, procurando encontrar fora do estabelecimento educacional a solu-

ção para os seus problemas, chegando mesmo a abandonar tais estabelecimentos.

Tal situação, porque contende com o contido no texto constitucional e com os princípios definidos na Declaração dos Direitos da Criança e no diploma orgânico da Secretaria de Estado da Acção Social, obriga a que se repense quais devam ser os mecanismos para garantir um atendimento contínuo, correcto e harmonioso da criança órfã e abandonada, até que atinja uma idade em que, por si, possa integrar-se em qualquer actividade produtiva.

Relativamente à criança da rua, assiste-se ao seu crescimento incontroado, com a agravante do Estado não possuir meios para uma solução global, a curto ou a médio prazo, deste problema.

É, nesta medida, que o Governo tem vindo a incentivar todo o tipo de acções visando minorar a situação de desamparo em que estas crianças se encontram. Acções levadas a cabo, quer por organizações de massas, como a Continuadores e a O.M.M., como por organizações humanitárias, religiosas e não-governamentais, que sem se traduzirem em recolha das crianças a instituições, compreendem, essencialmente, ajuda alimentar, fornecimento de roupa, abrigo e ocupação de tempos livres.

Quanto à criança instrumentalizada, o Estado tem vindo a fazer um esforço adicional no sentido de as recuperar através de acompanhamento médico e psicológico.

No campo do ensino estas crianças beneficiam de um atendimento pedagógico particular, com o envolvimento gradual dos seus familiares e da comunidade local.

Pela importância e seriedade, de que se tem revestido esta acção do Estado, ela tem vindo a merecer apoio da comunidade internacional, nomeadamente das organizações humanitárias e não-governamentais.

ESFORÇOS PARA A ELIMINAÇÃO DO CONFLITO ARMADO

O Governo, consciente de que só a paz permitirá ao cidadão moçambicano poder usufruir dos direitos consagrados na Constituição e beneficiar de melhores condições de vida, há muito que tem vindo a desenvolver esforços

tendentes a pôr termo às causas que determinaram a existência de um tal conflito.

É assim que já em 1984 se veio a tornar possível a celebração do Acordo de Nkomati.

Entretanto, como não se tivesse obtido os resultados pretendidos com tal iniciativa, o Governo prosseguiu esforços no sentido de encontrar outras alternativas que conduzissem à paz e estabilidade no país.

Deste modo, com a participação de vários países iniciaram-se contactos preliminares, com vista ao diálogo directo.

Tais esforços têm merecido, aliás, o apoio e a compreensão de inúmeros países, incluindo do continente africano.

A necessidade de salvaguardar a população civil nos conflitos armados existentes no continente, em particular a criança, determinou por parte do Conselho de Ministros da O.U.A. a adopção, em Julho de 1990, de uma resolução em que se preconizava a premência do estabelecimento de corredores de paz, como forma de permitir a concretização de acções de assistência aos grupos populacionais mais vulneráveis.

Este princípio veio a ser reafirmado pelos Chefes de Estado e de Governo na Cimeira Mundial em Favor da Criança, que teve lugar em Nova Iorque, em Setembro de 1990.

O Governo de Moçambique, persistindo nos esforços conducentes à eliminação das causas do conflito armado, logrou recentemente, em diálogo directo, que fossem estabelecidos corredores de paz até que seja alcançado um cessar-fogo definitivo.

O Acordo de Roma constituirá, assim, um mecanismo que poderá garantir, transitoriamente, a assistência à população civil afectada em zonas de guerra, através dos bons ofícios da Cruz Vermelha Internacional.

Estas são acções importantes e que interessa não só salvaguardar, como também desenvolver, por se mostrarem fundamentais para a defesa dos interesses da criança moçambicana.

O P.R.E. E A COMPONENTE SOCIAL

A introdução no país do Programa de Reabilitação Económica em 1987, com o objectivo de viabilizar a recuperação da economia provocou, em

contrapartida, um agravamento da situação económica de milhares de agregados nos centros urbanos, pois com a introdução deste programa foram retirados os subsídios à grande maioria dos produtos alimentares e aos serviços sociais, entre os quais a saúde.

Como consequência, neste último sector as consultas, as taxas de internamento e os medicamentos conheceram uma substancial subida de preço.

Entretanto, como meio de minorar de certo modo estes efeitos, entre outras medidas estabeleceu-se que os menores de 18 anos, os doentes crónicos, os idosos, os desempregados, os dadores de sangue, os empregados domésticos e todos os grupos mais vulneráveis continuarão a dispor de assistência gratuita.

Paralelamente, fixou-se a obrigação das entidades patronais, quer singulares, quer colectivas, participarem nas despesas decorrentes da assistência médica e medicamentosa, em relação aos seus trabalhadores.

Como forma de apoiar os agregados familiares economicamente mais vulneráveis, o Estado introduziu através do Decreto n.º 6/90, de 27 de Abril, o vencimento suplementar.

Esta medida abrange os trabalhadores do aparelho de Estado do escalão inferior, com agregado familiar composto por mais de 5 pessoas e cujo vencimento não exceda 52 200,00 MTs., valor este equivalente a dois ordenados mínimos.

Nos termos da lei, cada um dos membros do agregado, para além de 5 pessoas, receberá mensalmente 3 000,00 MTs., não podendo o total exceder mais de 15 000,00 MTs.. Tais importâncias são reajustáveis de acordo com a taxa inflacionária e as possibilidades orçamentais.

Adicionalmente ao mecanismo previsto pelo Decreto n.º 6/90, a que sumariamente se fez referência, o Estado, através do Ministério das Finanças, introduziu também o subsídio de alimentação.

Este subsídio, contrariamente ao suplemento de vencimento, não se destina especificamente aos trabalhadores do aparelho de Estado, mas a qualquer agregado familiar em situação económica francamente precária.

Nos termos do diploma emanado daquele Ministério, o subsídio de alimentos é devido a indivíduos ou a agregados familiares urbanos, com rendimento inferior a metade do salário mínimo nacional, ou seja, em situação de indigência.

Entre outros são beneficiários do subsídio de alimentos aqueles núcleos familiares em que haja crianças ou mulheres grávidas com problemas nutricionais.

Este subsídio oscila entre 7 500,00 e 15 000,00 MTs., consoante o número de elementos que compõem o agregado familiar. Montantes estes reajustáveis, sempre que se verifique alteração do vencimento mínimo nacional.

Para suportar os encargos com a introdução deste subsídio, o Estado concedeu um crédito especial. Nos anos subsequentes prevê-se a inscrição de verba própria a nível orçamental.

Estas medidas não tiveram ainda o impacto desejado junto dos seus destinatários, em consequência de só recentemente terem sido introduzidas.

Por outro lado, a continuidade da sua aplicação, bem como a sua generalização, exigirão um elevado esforço por parte do Estado que, só por si, dificilmente poderá suportar. Entende-se, por isso, ser de relevante importância que a comunidade doadora e as instituições financeiras internacionais não descurem a componente social nos programas de apoio ao reajustamento da economia em Moçambique.

A COMISSÃO PARA A CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Esta Comissão veio a ser criada pelo Governo em 1988, com o objectivo de se ocupar de tudo o que tenha a ver com o envolvimento da República de Moçambique nos trabalhos preparatórios da Convenção dos Direitos da Criança.

A Comissão, após a análise e discussão do projecto então existente, partindo da realidade do país e dos interesses da criança moçambicana, envolveu-se nos trabalhos preparatórios, apresentando as contribuições nacionais nos vários encontros internacionais que para o efeito tiveram lugar.

Antes mesmo da aprovação da Convenção, dinamizou acções de divulgação do projecto definitivo e iniciou, paralelamente, o processo que garantiu, a nível dos sete países de expressão portuguesa, a existência de uma versão comum.

Uma vez aprovada a Convenção pelas Nações Unidas, aquela Comissão, a nível interno, logo que terminou a tradução daquela, fez sentir ao Governo a importância e a oportunidade de se proceder à sua ratificação, o que já se concretizou.

Igualmente, a Comissão procedeu à elaboração de um programa destinado à divulgação da Convenção, a nível nacional, com o envolvimento e participação da própria criança, de artistas e de organizações de massas, humanitárias e não-governamentais.

A nível dos sete países de expressão portuguesa, esta Comissão tem vindo a dinamizar o processo que conduzirá à existência de uma versão oficial, em língua portuguesa, do texto da Convenção.

III. PAPEL DA COMUNIDADE NACIONAL, DO ESTADO E DA COMUNIDADE INTERNACIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Comunidade nacional

Como se salientou ao longo deste trabalho, o envolvimento da comunidade em todas as acções relacionadas com a sobrevivência, a protecção e o desenvolvimento da criança, no caso de Moçambique, tem assumido um papel relevante, quer complementando as acções do Estado, quer tomando a iniciativa, ela própria, de levar a cabo medidas que, transitoriamente, o Estado se vê impossibilitado de realizar.

Relativamente à implementação do direito à família e do direito a protecção especial, em caso de abandono e conflito armado, a comunidade tem vindo a desempenhar um papel altamente relevante nas acções tendentes à reunificação e à integração familiar e social da criança órfã, abandonada, traumatizada e instrumentalizada.

Em relação aos milhares de crianças desamparadas ou órfãs nas zonas rurais, a comunidade começa por as acolher, acarinhando-as e cuidando delas no dia-a-dia, para depois participar, em colaboração com os Serviços de Acção Social e outras organizações, na identificação e localização das suas famílias naturais, a fim de permitir a reunificação das famílias.

Nos casos em que a reunificação não seja possível, a comunidade procura enquadrar a criança em famílias substitutas, dispensando-lhes o Estado um apoio mínimo através da Acção Social, quer em bens materiais, quer acompanhando a inserção de tais crianças na nova família.

Para além disso, a comunidade participa ainda no atendimento à criança órfã ou abandonada, quando internada em instituição.

A comunidade empenha-se igualmente, quer na criação de instituições de atendimento a este grupo de crianças, quer ajudando a edificar infra-estruturas destinadas a albergá-las, o que faz em colaboração estreita com organismos estatais e organizações humanitárias, religiosas e não-governamentais.

Na concretização do direito à saúde, instrução e educação, a comunidade tem vindo igualmente a desempenhar papel de destaque.

Ela tem contribuído para a reabilitação de infra-estruturas de unidades sanitárias e escolares e, em alguns casos mesmo, tem construído unidades daquele tipo, ainda que com materiais locais e seguindo técnicas tradicionais.

A comunidade, por outro lado, tem mostrado a sua adesão às campanhas de vacinação e programas de saúde materno-infantil, cooperando com as instituições de saúde nas acções de esclarecimento e no encaminhamento das mulheres e das crianças para os locais de atendimento.

No campo da instrução e da educação, para além do que acima se disse, a comunidade tem-se vindo a organizar para criar escolas, destinadas às crianças que, por falta de vagas, deixaram de ter lugar nos estabelecimentos de ensino oficial.

Por outro lado, tem desenvolvido ainda acções de alfabetização entre os seus próprios membros.

Por considerar que o desenvolvimento integral e harmonioso da criança não se restringe apenas à sua instrução, de forma institucionalizada, a comunidade tem posto em funcionamento escolinhas (jardins infantis) para crianças de idade pré-escolar, ocupando-as com actividades recreativas e formativas, em alguns casos com a participação de artistas conceituados, como é o caso de Malangatana Valente Ngwenha.

Quanto à criança de mais idade, a ocupação dos seus tempos livres tem merecido também sentida preocupação por parte da comunidade, sendo mais difícil a concretização de acções em relação a este grupo etário.

No entanto, de alguns anos a esta parte, partindo da prática desportiva mais popular no país – o futebol –, iniciou-se a realização de torneios.

Inicialmente, estes abrangeram só crianças dos vários bairros da cidade de Maputo. Este ano, tal prática abrange já crianças de todas as capitais de província, tornando-se assim em verdadeiro campeonato de futebol infantil.

Neste torneio têm participado também equipas constituídas por crianças de rua.

Relativamente ao atendimento a dispensar a este último grupo de crianças, verifica-se um crescente despertar para uma solução mais global do problema.

Organizações humanitárias, religiosas e não-governamentais iniciaram, nos últimos anos, a criação de condições para que a criança de rua possa vir a beneficiar de um atendimento mínimo, que passa por medidas de protecção, instrução, formação e recreação em centros abertos.

Todavia, porque tais acções abrangem ainda uma pequena parte destas crianças (25% em Maputo), impõe-se uma maior participação das organizações atrás mencionadas e um mais amplo envolvimento da própria comunidade, para além da sua participação e apoio à edificação de infra-estruturas.

É neste sentido que esta optou por formas de organização, especificamente dirigidas à defesa dos direitos da criança, em particular da criança de rua, como é o caso da Associação dos Amigos da Criança que se encontra em fase de formação.

Existe já, por outro lado, a Associação para o Desenvolvimento da Família, organização não-governamental de âmbito nacional que, entre outros objectivos, se propõe atingir a estabilidade da família, através do planeamento familiar, com vista a uma paternidade e maternidade responsáveis.

Por outro lado, participando em acções que conduzam ao espaçamento dos nascimentos, esta organização pretende ver garantida uma maternidade mais saudável e o direito da criança à saúde, desde o seu nascimento.

No que diz respeito à concretização do direito a protecção especial quando física ou mentalmente deficiente, surgiu no país um primeiro esforço organizativo da comunidade, concretizado já através da constituição da Associação Moçambicana de Deficientes.

Esta organização de carácter não-governamental propõe-se levar a cabo, a nível nacional, um conjunto de acções que possibilitem a formação e a inserção do deficiente na sociedade, como elemento activo.

Embora a sua actividade não se destine exclusivamente ao atendimento da criança deficiente, a acção desta organização também a abrange, sendo disso exemplo o trabalho que tem vindo a realizar no Centro de Deficientes Visuais, na cidade da Beira.

A experiência moçambicana, que em traços gerais se procurou transmitir, evidencia, não só a importância que a comunidade dá à protecção e à sobrevivência da criança, como também a capacidade que possui de, por um lado, participar em todo o tipo de acções, cooperando com entidades estatais

e privadas e, por outro lado, de evoluir para formas mais organizativas de actuação, no concernente a medidas de apoio à criança.

Estado

A linha programática do Governo sempre teve por base o princípio de que a resolução do problema da pobreza, em Moçambique, passa pela implementação de uma política correcta de desenvolvimento integral, com duas vertentes necessariamente complementares, que são a económica e a social.

Com vista a garantir a mais rápida concretização de uma política de desenvolvimento integral, na fase actual que o país atravessa, o Estado criou o Instituto Nacional de Desenvolvimento Rural, designado abreviadamente por I.N.D.E.R.

O INDER tem por objectivo principal a coordenação dos programas, projectos e apoios existentes nos diferentes sectores do Estado, da sociedade e de outros agentes nacionais e internacionais, de modo a que a comunidade se envolva neste processo e passe a ser agente do seu próprio desenvolvimento.

Nesta perspectiva, o INDER visa promover o aumento da produção e da produtividade no campo, como meio de fazer face às necessidades básicas das populações, combatendo o desemprego e contribuindo para a refixação da população nas zonas rurais.

O desenvolvimento rural integrado contribuirá, assim, para uma melhoria das condições de vida da população em geral e da criança em particular, como grupo mais vulnerável da sociedade.

O Estado, assumindo a criança como garantia da continuidade e desenvolvimento da própria sociedade e consciente da situação crítica que o país atravessa, não se tem limitado a buscar soluções que contribuam para melhorar as condições de vida da população, como se tem empenhado em adoptar medidas que permitam elevar o grau de atendimento à criança.

Na verdade, desde sempre, o Estado definiu os princípios gerais de uma política global de protecção e apoio à criança.

Porém, esta perspectiva global de atendimento dificilmente poderia ser materializada, de forma sistemática, por estar sob a responsabilidade de um dos departamentos do Ministério da Saúde, originando, por isso, uma visão compartimentada das respectivas linhas programáticas.

Por esta razão, o Estado criou, recentemente, a Secretaria de Estado da Acção Social.

Nos termos do Decreto Presidencial n.º 28/90, de 10 de Setembro, que criou a referida Secretaria de Estado, no domínio específico da protecção e apoio à infância compete-lhe, além do mais:

- Organizar, dirigir e controlar a execução dos programas de apoio à criança;
- dirigir, planificar e promover a criação de unidades sociais de protecção e apoio à infância, bem como elaborar normas para a organização pedagógica e administrativa dos estabelecimentos infantis, de acordo com as orientações definidas pelo Ministério da Educação;
- apoiar os órfãos, abandonados e carentes de apoio familiar;
- apoiar as mulheres grávidas e os recém-nascidos economicamente débeis;
- programar e apoiar em acções de carácter educativo junto da comunidade, sobre alternativas de atendimento à criança e o papel dos adultos no desenvolvimento e formação integral da criança;
- promover a concretização das medidas legais de adopção e tutela, em colaboração com outras estruturas;
- organizar, dirigir, impulsionar e controlar um sistema que garanta a protecção, apoio, educação e recuperação da criança física e mentalmente deficiente;
- apoiar e impulsionar a prevenção e o combate às toxicomanias, bem como a reintegração social dos toxicómanos, em colaboração com outras estruturas.

Na perspectiva global de atendimento da criança, o Decreto Presidencial n.º 28/90 determina que o âmbito de actuação da Acção Social abrange a criança até aos 17 anos de idade.

Desde modo, deixa assim de se verificar uma ruptura no desenvolvimento harmonioso da criança, especialmente da que estava entregue aos cuidados das instituições dirigidas pela Acção Social, uma vez que, como atrás se referiu, a criança quando atingia a idade escolar transitava para instituições tuteladas pelo Ministério da Educação, sem que houvesse continuidade no acompanhamento que antes lhe tinha sido dispensado.

Em simultâneo, o Estado tem procurado incentivar todas as iniciativas que contribuam para a melhoria da criança.

Como reflexo desta abertura, várias organizações religiosas, humanitárias e não-governamentais, em íntima ligação com a comunidade local, têm vindo a pôr em prática acções visando, designadamente, o amparo da criança de rua, órfã e desamparada, como mais detalhadamente se fez referência atrás.

Por outro lado, no prosseguimento da sua política de reajustamento económico e social, o Estado propõe-se dar continuidade e, dentro do possível, desenvolver as medidas de âmbito social já introduzidas, como sejam: o vencimento suplementar, o subsídio de alimentos, as medidas de segurança social e a caixa de acção social escolar.

Para além disso, procurará manter o preço subsidiado de alguns géneros de alimentação básica da população, como é o caso do milho, e prosseguir o apoio a pequenos projectos agrícolas.

No âmbito da reabilitação de infra-estruturas sociais (escolas e hospitais) a acção do Estado desenvolve-se a vários níveis.

Por um lado, dentro do Programa de Reabilitação Económica o Estado garantiu a inscrição de verbas destinadas à edificação de novas unidades e, fundamentalmente, à recuperação das já existentes.

Esta acção está dirigida, essencialmente, para os maiores centros urbanos do país.

Conseguir, por parte das instituições financeiras internacionais, como o Banco Mundial, a atribuição de montantes destinados a esta componente social constitui, de *per si*, um passo importante, mal-grado a sua manifesta insuficiência para ocorrer às actuais necessidades.

Entretanto, para possibilitar a recuperação das unidades situadas nas zonas rurais, o Estado introduziu no Programa de Emergência esta mesma componente, dada a importância de que se reveste para a melhoria das condições de vida da população em geral e da criança em particular.

Paralelamente, o Estado tem incentivado a participação individual (instituições humanitárias, religiosas e não-governamentais) na acção de recuperação ou reabilitação destas infra-estruturas sociais, especialmente nas zonas rurais.

Em 1989, num anterior trabalho intitulado "A LEI PENAL E OS DIREITOS DA CRIANÇA – PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA", ao abordarem-se as perspectivas de prevenção e tratamento, já se fazia referência à tendência para um agravamento da situação social da criança e à necessidade de, a nível do Estado, se criar um organismo institucional que garantisse a articulação entre os vários sectores do Estado e aglutinasse os esforços de

outras instituições e organizações (humanitárias, religiosas e não-governamentais) no respeitante à implementação de programas e à obtenção dos indispensáveis meios, para a resolução global do problema da criança em Moçambique, com o imprescindível envolvimento da comunidade nacional.

Como se pode inferir dos princípios normativos estabelecidos pelo Decreto Presidencial n.º 28/90, que criou a Secretaria de Estado da Acção Social, tudo indica existir já o organismo capacitado e vocacionado para levar a bom termo uma política global de atendimento à criança.

Estabelecendo-se naquele diploma legal que à Secretaria de Estado da Acção Social compete a materialização do princípio de protecção e assistência à infância, quer definindo, perspectivando e organizando programas de acção multifacetados, quer controlando, aglutinando e complementando programas sectoriais, em articulação directa com os vários organismos do Estado e instituições privadas, estarão assim criadas condições para a concretização de uma política global de atendimento à criança, bem como instituídos os mecanismos de coordenação de esforços que, até hoje, eram realizados de forma dispersa e pontual.

Do exposto se pode concluir estarem reunidos os mecanismos institucionais.

Porém, a Secretaria de Estado da Acção Social debater-se-á à partida com uma enorme carência de meios humanos e materiais, para poder levar a bom termo a implementação dos objectivos para que foi criada.

Por tal razão, impõe-se que se definam prioridades na concretização de acções e se determinem as várias fases de materialização de cada programa, seguindo-se a metodologia e os princípios estabelecidos no Programa de Acção acordado na recente Cimeira Mundial em Favor da Criança.

A priorização e o faseamento dos programas não exclui a necessidade de se capacitarem e formarem novos quadros e de se angariarem meios financeiros, sob pena de se não tornar viável a concretização daqueles mesmos programas, ainda que de longo prazo, e isto independentemente da vontade política que possa existir.

O facto de haver já um organismo institucional vocacionado para a definição e implementação de uma política global de atendimento à criança, não significa que deixe de ter razão de ser a existência de uma Comissão, que seja responsável pelo tratamento e acompanhamento dos problemas que se coloquem com a implementação dos Direitos da Criança e estabeleça a ligação entre o Estado Moçambicano e a Organização das Nações Unidas.

Entende-se por tal razão que a Comissão já existente deverá continuar a funcionar, mas agora na dependência da Secretaria de Estado da Acção Social, e ser integrada por elementos dos vários sectores sociais do Estado e individualidades nacionais, de reconhecida competência profissional, que tenham revelado manifesto interesse pela salvaguarda dos direitos da criança.

Finalmente, a existência de um organismo do Estado vocacionado para a protecção e apoio à criança não impede ou inviabiliza que possa surgir qualquer associação cívica que, de uma ou outra forma, se proponha realizar acções com vista à defesa dos direitos da criança, o que a própria Constituição da República admite.

Comunidade internacional

Nos termos da Convenção dos Direitos da Criança, recentemente aprovada pelas Nações Unidas, o papel da Comunidade Internacional na implementação dos direitos nela consignados está limitado ao de simples fiscal e de mero observador supranacional.

Abre-se apenas a possibilidade à comunidade internacional de intervir num processo concreto, através da cooperação bilateral ou multilateral, mas só quando um Estado, em situação de carência, opte por essa via.

Todavia, no domínio da cooperação vigora, como regra de direito internacional universalmente aceite, o princípio da vantagem mútua.

Assim sendo, para o caso concreto dos países em vias de desenvolvimento, a celebração de acordos tendentes a contribuir para a melhoria da situação da criança estará sempre bastante limitada, tendo presente que tal grupo de países pouco ou nada poderá dar em contrapartida.

Deste modo, em nosso entender parece que a comunidade internacional, enquanto representada pelos respectivos Estados, se poderá continuar a alhear da gravidade do problema da criança no mundo, em especial da dos países em vias de desenvolvimento.

A perspectiva que temos sobre o papel que deve estar reservado à comunidade internacional na implementação dos direitos da criança é outra, tendo por base a experiência moçambicana.

Em Moçambique, a comunidade internacional tem vindo a desenvolver todo o tipo de acções que possam contribuir para a melhoria da situação da criança. Inicialmente, esta intervenção surgiu de forma espontânea e individualizada, para ocorrer a meros casos pontuais.

Contudo, nos últimos tempos assiste-se a um nível de participação e organização mais elevado, sendo disso exemplo, quer o envolvimento em planos de âmbito nacional e global, como é o caso do Programa de Emergência, quer a sua actuação em programas e projectos conjuntamente definidos com o Estado, mas tendo a participação da comunidade local.

Em muitos casos, é a participação da comunidade internacional que assegura a concretização de planos e programas definidos pelo Estado para o sector social, quando este não dispõe de capacidade para os levar a efeito.

A comunidade internacional tem actuado, assim, como complemento indispensável da acção do Estado, particularmente no que respeita à sobrevivência, à protecção e ao desenvolvimento da criança afectada pela guerra.

É esta acção, altamente relevante, que tem permitido a milhares de crianças afectadas sobreviver, e isto graças ao auxílio em alimentos, roupa e cuidados médicos.

Por outro lado, tal acção tem permitido ainda que um número considerável de crianças veja minimamente satisfeitas as suas necessidades básicas, designadamente no que diz respeito a órfãs, abandonadas e crianças de rua.

Do que se acaba de descrever, pode concluir-se que à comunidade internacional está reservado um importante e fundamental papel na implementação dos princípios consagrados na Convenção dos Direitos da Criança.

A ela cabe uma boa parte da responsabilidade pelo sucesso do processo de concretização dos direitos da criança, sem que, no entanto, aquela signifique um minimizar de responsabilidade, que cabe em primeira linha a cada Estado e à respectiva comunidade nacional.

O envolvimento directo da comunidade internacional na implementação dos programas nacionais, nos moldes referidos, constitui uma das formas de participação responsável daquela na concretização dos direitos da criança.

Porém, esta forma de participação não esgota a responsabilidade que cabe à comunidade internacional.

Com efeito, entende-se que a comunidade internacional deveria actuar igualmente, de forma decisiva, junto das instituições financeiras no sentido destas humanizarem as suas políticas de reajustamento estrutural da economia, dando a devida ênfase à componente social.

Ao mesmo tempo, ela deve actuar junto das agências doadoras para que os donativos deixem de ter carácter eminentemente caritativo para passarem a assumir um papel dinamizador do autodesenvolvimento das comunidades.

Só assim será possível, de forma segura e decisiva, garantir na prática a implementação da Convenção dos Direitos da Criança em boa parte dos países do mundo e, concretamente, em Moçambique.

Setembro de 1990

LUÍS FILIPE SACRAMENTO

Juiz do Tribunal Supremo

ANA PESSOA PINTO

Juíza do Tribunal da Cidade

**LEI PENAL
E OS DIREITOS DA CRIANÇA**

**PREVENÇÃO
DA DELINQUÊNCIA**

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO
- II. REALIDADE SOCIOECONÓMICA
- III. O MENOR E O ORDENAMENTO JURÍDICO
 - 1. A Lei Nacional e as medidas de prevenção criminal
 - 2. A Lei Nacional e a Convenção
 - 3. A Lei Nacional e as medidas penais
 - 4. A Lei Penal e a Convenção
- IV. POLÍTICA E PERSPECTIVAS DE TRATAMENTO E PREVENÇÃO
 - 1. Criança em situação difícil
 - a) *Medidas de carácter geral*
 - b) *Medidas de carácter específico*
 - 2. Criança em situação de risco
 - 3. Criança instrumentalizada
 - 4. Criança marginal e delinquente
 - a) *Menor imputável*
 - b) *Menor inimputável*
- V. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

I. INTRODUÇÃO

A aprovação, pela Assembleia das Nações Unidas, da Convenção sobre os Direitos da Criança, assume a máxima importância por constituir um instrumento de Direito Internacional, destinado a garantir à criança o pleno gozo dos direitos que lhe são próprios, protegendo-a de uma realidade que demasiadas vezes se lhe apresenta adversa.

No presente trabalho procura-se analisar o que dispõe a lei nacional no tocante à justiça de menores e aos princípios do Direito Penal, à luz do que se preceitua na Convenção sobre a matéria, sem perder de vista a realidade do país, ou seja, o desenvolvimento socioeconómico de Moçambique, no contexto geopolítico em que está inserido.

Mas, mais do que o mero exercício jurídico de comparar a legislação nacional e eventualmente propor a adequação de algumas das suas normas aos preceitos da Convenção, propomo-nos neste trabalho, com base no que tem sido feito em prol da criança em Moçambique, perspectivar o que deva ser a política de prevenção e tratamento do menor desadaptado, em risco, delincente e instrumentalizado.

Assim, importaria antes de mais fazer uma breve análise sobre a situação do país, das suas bases económicas e sociais, sabido que a problemática da criança em geral e do menor delincente em particular não pode ser apreciada em abstracto.

II. REALIDADE SOCIOECONÓMICA

Ao alcançar a independência em 1975, Moçambique herdou uma economia dependente e deficitária, assente sobretudo no sector terciário, com prestação de serviços de transportes de e para os países do interior. A exportação de mão-de-obra tinha também uma grande importância.

Cerca de 93% da população era analfabeta e essencialmente rural, praticando uma agricultura de subsistência.

A rede comercial instalada e assegurada pelos colonos captava os excedentes de produção. À data da independência estavam instalados no território 250 000 colonos, constituídos sobretudo por população urbana, razão por que as principais infra-estruturas sociais e de serviços, como escolas, hospitais e bancos, entre outros, se localizavam nas cidades.

Só na década de 60 a população moçambicana inicia um forte movimento migratório para as cidades, em consequência do rápido crescimento dos centros urbanos, que se prende com a chegada massiva de colonos e sua fixação urbana, devido em parte à guerra colonial. A esmagadora maioria dos trabalhadores qualificados, quer dos serviços públicos, quer dos diferentes sectores produtivos, provinha da população colona.

Com a assinatura dos Acordos de Lusaka e a criação do Governo de Transição, em 1974, inicia-se o êxodo dos colonos, que se acentuou depois da independência com as nacionalizações.

Do total de colonos estima-se que permaneceram em Moçambique apenas 10%.

A saída abrupta e massiva de técnicos e pessoal qualificado criou sérias dificuldades. No sector da Justiça, por exemplo, ficaram 7 magistrados de carreira, nos três primeiros anos após a independência e, entretanto, 6 deles abandonaram o país.

A economia atrasada e deficitária, a elevada taxa de analfabetismo aliados ao boicote económico imposto pela África do Sul, às calamidades naturais, às acções de sabotagem e à guerra de destruição, não só impediram o progresso e o desenvolvimento como determinaram a grave crise económica que o país atravessa. Esta situação francamente desfavorável retira à partida a possibilidade de garantir à criança o pleno gozo de todos os seus direitos. No entanto, será possível garantir-lhe o usufruto de um mínimo de direitos.

No âmbito da política do Estado, o programa de acções a realizar não pode ser levado a cabo de forma desfasada do ordenamento jurídico interno, antes devendo estabelecer-se a necessária interligação.

III. O MENOR E O ORDENAMENTO JURÍDICO

No essencial, mantêm-se inalteráveis as normas jurídicas aplicáveis a menores, que vigoravam no fim do período colonial, designadamente o Estatuto de Assistência Jurisdicional a menores e o Código Penal.

A existência de dois diplomas legais tem a sua razão de ser no facto da lei nacional estabelecer, como princípio imperativo, a irresponsabilidade criminal dos menores com menos de 16 anos. Estes são exclusivamente passíveis de medidas de prevenção, nos termos previstos no Estatuto Jurisdicional de Assistência a Menores, aprovado pelo Decreto n.º 417/71.

Os menores com mais de 16 anos, por serem imputáveis, estão sujeitos às normas estabelecidas no Código Penal e na demais legislação penal avulsa.

Daí que se tenha de analisar, em separado, a situação legal dos menores, consoante estejam ou não sujeitos a medidas penais.

1. A Lei Nacional e as medidas de prevenção criminal

As medidas de prevenção criminal aplicam-se a crianças com menos de 16 anos de idade, que tenham revelado desadaptação ao meio familiar, social, ou tenham manifestado conduta anti-social.

O Estatuto (Decreto n.º 417/71) define, como principais objectivos da prevenção criminal, a protecção, assistência e educação do menor, marginal ou delincente – artigos 15.º e 16.º

As medidas consignadas na lei são as seguintes:

- a) Admoestação;
- b) Entrega aos pais, tutor ou pessoa encarregada da sua guarda;
- c) Liberdade assistida;
- d) Caução de boa conduta;
- e) Desconto nos rendimentos, salários ou ordenado;
- f) Colocação em família idónea ou em estabelecimento oficial ou particular de educação;
- h) Recolha em centro de observação em regime de semi-internato;
- i) Assistência em instituto médico-psicológico;
- j) Internamento em instituto educacional.

Estabelece ainda a lei que:

- 1 – As medidas de prevenção acima referidas são exequíveis, até que o menor atinja a maioridade civil, que está fixada nos 21 anos;
- 2 – Em função do comportamento social e da readaptação evidenciados pelo menor, as medidas inicialmente aplicadas poderão vir a ser alteradas, suspensas ou, inclusivamente, cessarem;
- 3 – As medidas de recolha em centro de observação, em regime de semi-internato e de internamento em instituto educacional são obrigatoriamente revistas de três em três anos;
- 4 – A colocação de menores em instituto educacional só pode ser decidida em relação a menores com mais de 9 anos de idade e desde que manifestem tendência criminosa ou acentuada propensão para a mendicidade, vadiagem ou prostituição;
- 5 – A execução de qualquer medida de prevenção não contende com o exercício do poder paternal e só o limita, na medida do que for estritamente necessário.

O menor até aos 16 anos de idade não responde criminalmente, estando apenas sujeito a medidas de prevenção.

As medidas consignadas e os princípios estabelecidos por lei só podem ser aplicáveis por sentença transitada em julgado, proferida por tribunal de menores, onde exista, ou pelos tribunais de jurisdição comum.

A jurisdição de menores está cometida aos tribunais comuns de escalão distrital e provincial e é exercida por juizes profissionais, coadjuvados por juizes eleitos.

Os tribunais de bases, a nível rural ou urbano, não aplicam medidas de prevenção criminal a menores.

É nos tribunais de Maputo e Beira onde se regista um maior número de casos de prevenção. Em 1986, no Tribunal da Cidade de Maputo, o de maior movimento processual do país, registaram-se 133 participações. Naquele mesmo tribunal, em 1973, autuaram-se 188 casos. Assim, pode concluir-se que houve um decréscimo de participações na ordem dos 42%. Em 1990 foram registados 85 casos.

As medidas habitualmente aplicadas nos tribunais têm-se restringido à admoestação e entrega do menor aos pais ou responsáveis, quando possível, por razões que mais adiante se explicitarão.

2. A Lei Nacional e a Convenção

Analizando os princípios e as medidas previstas na ordem jurídica interna e confrontando-os com o que na Convenção se estatui a este respeito, pode-se concluir que a lei nacional contempla os objectivos e as regras de tratamento, que estão hoje consagradas a nível do Direito Internacional.

A idade mínima de imputabilidade criminal está fixada na lei e, bem assim, o tratamento especial a dar ao menor inimputável que evidencie desvio de comportamento ou comportamento anti-social, no sentido de se conseguir a sua reintegração social sem recurso à acção penal. Igualmente se prevêem na lei medidas alternativas, como a liberdade vigiada, a colocação em família idónea, onde através de programas de acompanhamento, ensino e de formação profissional, se criem as condições para a reintegração do menor na sociedade.

Assim, no que respeita à definição de medidas jurídicas especiais, verifica-se não haver necessidade de proceder à sua reformulação, por estarem em consonância com os princípios da Convenção.

Mas, se é certo que, do ponto de vista estritamente jurídico, não existem grandes obstáculos à implementação das regras estabelecidas pela Convenção, já o mesmo não se poderá dizer quanto à sua execução prática. O desajuste existente entre o que a lei prevê e o que na prática se verifica tem razões históricas, que passamos a referir resumidamente.

O Estatuto remonta a uma altura em que o regime colonial português estava a ser posto em causa pela comunidade internacional e em que as lutas de libertação atingiam o seu auge nas colónias. O decreto surge como forma de dar ao sistema uma face mais humanizante e democrática. E porque o objectivo principal fosse o de iludir a opinião pública internacional, tais medidas legislativas não foram acompanhadas da criação de condições que permitissem a sua concretização. Por um lado, não se criaram estabelecimentos destinados ao tratamento e educação do menor delinquente e, por outro lado, nunca funcionaram efectivamente as medidas de liberdade assistida ou de caução de boa conduta, por estas pressuporem a existência de quadros especialmente preparados para realizarem o acompanhamento da evolução da criança delinquente, quadros esses que aliás nunca existiram em Moçambique.

Paralelamente, o poder colonial tão-pouco facultou a criação de meios materiais adequados à execução das medidas preconizadas, não disponibilizando verbas para o efeito.

Por outro lado, há que ter em conta ainda que a maioria esmagadora dos delinquentes juvenis, nesse período, era constituída essencialmente por população indígena. Por essa razão, o Estado colonial via no fenómeno da delinquência juvenil algo que lhe era estranho. E muito embora no diploma legal se consagassem as mais modernas correntes de tratamento da delinquência, na prática o Estado continuava a ver no delinquente um caso patológico.

Tal perspectiva, aliada ao facto do Estado Português se vincular constitucionalmente à Igreja Católica, conduziu a que o poder colonial transferisse para esta a responsabilidade do tratamento de menores delinquentes. É assim que, a partir dos anos 60, tais crianças passam a ser recolhidas pelas instituições católicas em regime de internato.

Após a independência, são ensaiadas algumas experiências, partindo do princípio que a recuperação do homem deve ser efectuada através do trabalho útil. Os menores foram colocados em centros onde se ministrava o ensino geral obrigatório e se realizavam actividades produtivas. No entanto, esses centros tinham subjacente o modelo estabelecido para os centros de reeducação de adultos. As medidas de segurança montadas, o corpo de protecção e, em alguns casos mesmo, a própria direcção, estavam entregues a forças policiais. As medidas ensaiadas não deram pois os resultados pretendidos, por não se ter viabilizado os mecanismos já existentes, por não se ter definido uma política adequada de atendimento e tratamento ao menor delinquente e, finalmente, por não se ter tomado em conta as especificidades do delinquente juvenil.

Entretanto, como resultado da guerra e do agravamento da situação socioeconómica do país, assiste-se ao alastrar rápido, a nível dos grandes centros urbanos, da existência de crianças de rua.

Este é o fenómeno essencialmente urbano. Em condições normais, o tipo de organização familiar (família alargada) não permitiria o surgimento de crianças desamparadas, pelo forte vínculo de responsabilidade e solidariedade familiar que liga os vários membros e que só as graves consequências da guerra e da crise económica vieram debilitar. Na cidade de Maputo, por exemplo, este problema começou a surgir no ano de 1981, onde então a questão se punha em relação a cerca de 50 crianças. Actualmente, estendeu-se aos restantes centros urbanos e, em Maputo, o número ultrapassa já 2000.

A existência de um tão grande número de crianças de rua determinou o surgimento de medidas pontuais e espontâneas.

A Organização dos Continuadores chamou a si a iniciativa de proteger estas crianças. Abrigou na sua sede um primeiro grupo de 30 crianças a quem dispensou a devida atenção, desenvolvendo-lhes a responsabilidade individual e inspirando-lhes autoconfiança através de actividades recreativas e educativas, como sejam o teatro e o desporto. Este núcleo (grupo) de crianças, por sua vez, esteve empenhado na explicação e mobilização da opinião pública para o problema da criança de rua, através de representações teatrais. Em resultado desta acção, tais crianças retomaram os estudos e as ligações familiares. Porém, apesar do bom êxito desta primeira iniciativa, não foi possível desenvolvê-la de forma sistemática e alargada, por falta de apoio financeiro do Estado e de outras organizações. Posteriormente, várias instituições, entre as quais se conta o Conselho Cristão de Moçambique, organização religiosa que integra 17 igrejas protestantes, levaram a cabo acções idênticas. No entanto, porque tais acções ocorrem de forma isolada, não têm a virtualidade de resolverem globalmente o problema da criança de rua a nível nacional.

Entretanto, um novo fenómeno surgiu – o da CRIANÇA INSTRUMENTALIZADA. Por criança instrumentalizada entende-se aquela violentamente raptada pelas forças rebeldes, submetida a um baptismo de sangue, que normalmente se concretiza pela coacção destas crianças a matar os seus entes mais queridos (pais, irmãos de tenra idade, avós) como forma de a comprometer com a causa do banditismo e de rapidamente lhe provocar um acentuado desvio de personalidade, de tal maneira que assuma como normal a prática da violência e do sadismo contra a pessoa humana. As entrevistas com estas crianças revelam-nos ainda que são forçadas a consumir drogas alucinogéneas antes da realização de qualquer ataque contra a população indefesa. Tais crianças recebem treino militar e a sua idade oscila entre os 10 e os 14 anos (v.g. "Vozes de Sangue" – 1988).

Relativamente à criança instrumentalizada, impunha-se encontrar mecanismos que conduzissem à sua recuperação e reintegração social, sem recurso a medidas penais.

É assim que os Ministérios da Educação e da Saúde conceberam e puseram em prática um programa específico de atendimento, com o envolvimento da Organização da Mulher Moçambicana (O.M.M.) e com o apoio de organizações não-governamentais actuando no país. As medidas de atendimento a tais menores passaram pela sua recolha e colocação em centro em regime de semi-internato, especificamente criado para o efeito; pela introdu-

ção de um programa educacional de características particulares, por forma a corresponder às necessidades de readaptação destas crianças, programa seguido de perto por um psicólogo. Simultaneamente, através de actividades recreativas com a participação da comunidade, procurou-se que aquelas crianças readquirissem a sua própria personalidade e se pudessem situar no meio social de onde tinham sido brutalmente retiradas e aonde pertencem. O papel da comunidade tem-se traduzido também na localização dos familiares daquelas crianças, possibilitando a sua reinserção, seguida de um período de observação e acompanhamento pelo Serviço de Acção Social.

3. A Lei Nacional e as medidas penais

Nos termos do artigo 109.º do Código Penal, só é criminalmente responsável quem tenha mais de 16 anos à data da consumação do facto.

A legislação penal em Moçambique não se limita apenas a fixar a idade mínima de imputabilidade, antes estabelece uma série de outros comandos normativos que, por se traduzirem em benefício do menor e reflectirem princípios universalmente reconhecidos, importa descrever.

O Código Penal em vigor subordina-se aos princípios *nullum crimen sine lege* e *nulla pena sine lege*, conforme se alcança dos artigos 1.º, 5.º e 6.º do Código.

Os princípios da legalidade e da não retroactividade da lei penal estão consagrados nos artigos 98.º e 99.º da nova Constituição da República.

O Código Penal prevê também, como norma de carácter geral, que a pena máxima aplicável a menor imputável com menos de 18 anos é a de prisão maior até 8 anos – artigo 108.º. Esta norma, por ser de carácter geral, aplica-se a todo o tipo de infracção criminal.

A pena de morte foi abolida em Moçambique, nos termos do artigo 70.º da Constituição. Aliás, a pena de morte, enquanto vigorou, não se aplicava aos crimes de delito comum e *em nenhum caso a menores de 18 anos*.

Relativamente ao princípio consagrado no artigo 37.º da Convenção sobre a pena de prisão perpétua – a questão não se coloca em relação ao ordenamento jurídico moçambicano, pela simples razão dela não existir na escala das penas estabelecida pela lei.

Podemos concluir, portanto, que a legislação nacional não se detém apenas na fixação do limite de imputabilidade criminal, previsto na Convenção, mas vai mais além, estabelecendo, em absoluto, o máximo de pena aplicável a um menor de 18 anos – qual seja, a de 8 anos.

No tocante à execução das penas, o Código Penal consagra regras, tendo em vista a recuperação e reintegração do delincente na sociedade. Efectivamente, no entender do legislador, com a pena pretende-se, por um lado, reprimir a conduta anti-social, por outro, garantir o efeito dissuasor e finalmente permitir a recuperação e reintegração social do infractor.

É nesta ordem de ideias, que o artigo 88.º do Código Penal prevê a possibilidade da suspensão da pena sempre que ao crime cometido corresponda a pena de prisão até dois anos, com ou sem multa, desde que as circunstâncias do crime e o comportamento moral do seu agente, sendo primário, o justifiquem. Estabelece ainda o artigo 86.º do mesmo Código a possibilidade da pena de prisão até 6 meses ser substituída por igual período de multa, desde que se verifique o condicionalismo antes referido. Por último, consagra-se no artigo 120.º do Código Penal o *instituto da liberdade condicional*, de acordo com o qual todo o condenado em pena superior a 6 meses de prisão poderá beneficiar de liberdade sempre que, cumulativamente, reúna os seguintes requisitos:

- 1 – Ter bom comportamento prisional;
- 2 – Ter cumprido metade da pena;
- 3 – Mostrar capacidade e vontade de se reintegrar na sociedade.

As medidas penais em geral e, nomeadamente, as agora mencionadas, são aplicadas exclusivamente por decisão do tribunal.

Estas são algumas das mais importantes regras de Direito Criminal que interessava referenciar, tendo em conta os princípios ora introduzidos pela Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Porém, a breve análise do direito substantivo resultaria incompleta e deficiente se não fosse complementada com o que se contém no Direito Processual sobre esta matéria. O Código de Processo Penal (C.P.P.) assenta em dois princípios basilares, do inquisitório e do contraditório.

Do princípio do inquisitório emerge, de entre outras, a regra de que "*a confissão desacompanhada de outros elementos de prova não serve como corpo de delito*" – artigo 174.º do C.P.P.

Com este dispositivo legal, pretende-se assegurar que ninguém seja obrigado a confessar os factos. E quer-se que a entidade instrutória se empenhe na recolha de todos os elementos de prova que fundamentem a existência do ilícito criminal e identifiquem a responsabilidade penal do seu autor.

Do princípio do contraditório emanam duas regras que estão subjacentes em vários dispositivos do C.P.P. A primeira é a de que, até prova em contrário, o arguido em processo-crime se presume inocente. A segunda é a de que, havendo dúvida sobre a participação criminosa, a dúvida decide-se a favor do réu. O princípio da presunção de inocência tem hoje consagração constitucional no artigo 98.º

Por outro lado, o artigo 645.º do C.P.P. estabelece o direito ao recurso, direito este que veio a ser reafirmado pela Lei da Organização Judiciária – Lei n.º 12/78 no seu artigo 50.º e na demais legislação penal avulsa, posteriormente publicada.

A propósito do direito ao recurso, na perspectiva da salvaguarda de um dos direitos fundamentais do cidadão – a liberdade – prevê o C.P.P. a proibição da "*Reformatio in pejus*" (artigo 667.º). O parágrafo 3.º do artigo 647.º estabelece ainda que o réu não pode recorrer de uma sentença absolutória.

Retomando a afirmação de que no C.P.P. os princípios do inquisitório e do contraditório se interligam e coexistem harmonicamente, é de referir o comando normativo do parágrafo 1.º do artigo 425.º, que reconhece ao réu o direito de não responder às perguntas que lhe forem feitas pela instância instrutória ou pelo tribunal.

Não menos importante que as normas atrás referidas é a consagração do direito que o cidadão tem de ser defendido e assistido juridicamente, para melhor acautelar e fazer valer os seus direitos e interesses individuais. O direito à defesa, como direito fundamental, está consagrado no artigo 100.º da Constituição da República e acha-se expresso entre outras disposições nos artigos 22.º, parágrafo 1.º e 98.º, n.º 4, ambos do C.P.P.

O artigo 260.º do C.P.P. estabelece a obrigatoriedade de a título gracioso se nomear intérprete, sempre que o arguido não fale a língua oficial ou sofra de surdez-mudez. O intérprete faz parte do quadro de funcionários do tribunal.

Conforme resulta do artigo 104.º da Constituição e dos artigos 203.º e 204.º do C.P.P., mostra-se garantido, no plano legal, o direito à inviolabilidade do domicílio e o direito à privacidade.

A lei processual em vigor atribui ao arguido e ao defensor o direito de poder requerer instrução contraditória, de sugerir diligências, oferecer provas e alegar o que se mostrar mais conveniente em prol da defesa – artigo 352.º, parágrafo 1.º, do C.P.P. Finalmente a *providência do "Habeas Corpus"*, já

prevista nos artigos 321.º e seguintes do C.P.P. mereceu consagração expressa do artigo 102.º da nova Constituição.

Do exposto resulta que os menores imputáveis têm um tratamento mais favorável que o delinquente adulto no Código Penal, que lhes é aplicável em processo comum. As regras de processo são as mesmas, quer se trate de delinquente adulto ou de menor imputável. Estes menores são, regra geral, ouvidos nos tribunais comuns e não nos tribunais de menores de competência especializada, salvo se estiverem cumprindo uma medida de prevenção criminal decretada por estes tribunais, que nesse caso podem ser os competentes, para decidir sobre a medida a tomar (artigo 18.º do Decreto n.º 417/71).

4. A Lei Penal e a Convenção

A legislação penal, à semelhança do Estatuto da Assistência Jurisdicional a Menores, não só não entra em choque com os princípios consagrados pela Convenção, como contém regras mais favoráveis à defesa dos interesses fundamentais do menor.

Do ponto de vista de técnica jurídica não se levantam problemas de adequação. Todavia, como antes se referiu, já no domínio da concretização prática, sérios problemas se colocam, decorrentes da grave crise económica e insegurança social, que o país atravessa. A falta de quadros, a inexistência de infra-estruturas e a ruptura na rede dos órgãos institucionais tornam extremamente difícil garantir a aplicação, de forma generalizada e uniforme daquelas regras, em todo o território nacional.

IV. POLÍTICA E PERSPECTIVAS DE TRATAMENTO E PREVENÇÃO

Os centros de reeducação de menores e marginais criados pelo Estado, com medida ensaiada para fazer face ao problema da delinquência juvenil, não resultaram.

O fracasso das medidas ensaiadas prendeu-se com a falta de definição sistemática de uma política global de atendimento do menor delincente.

A falta de uma tal política, a inexistência de clareza na orientação a dar pelo Estado nesta área, impediu a formação de quadros especializados para dirigir e orientar a actividade de recuperação e reintegração do menor e a criação de infra-estruturas de apoio, necessárias à concretização deste tipo de acção.

Estudos realizados recentemente apontam que grande parte dos jovens delinquentes provêm de famílias desagregadas, ou onde existem graves conflitos entre os seus membros, situação esta agravada, em muitos casos, pela precária situação económica do casal.

Este grupo de crianças não se torna delincente, de um momento para o outro, antes é o resultado de um processo evolutivo, que passa primeiramente por uma fase de desadaptação seguida de marginalização em relação ao ambiente familiar. Desadaptação esta provocada pela forma de relacionamento, que genericamente, pode ser caracterizada pela falta de atenção, afecto e de cuidados mínimos, que lhe são dispensados.

Tal situação conduz à ruptura da criança com o seu meio familiar, levando-a a procurar a solução para os seus problemas. Em ambiente estranho, que lhe é completamente adverso, tenta sobreviver por si própria. A necessidade de sobrevivência impõe-lhe o uso dos mais diversos expedientes, que normalmente descambam na delinquência.

A tendência nos próximos anos será para um agravamento das condições objectivas que contribuem para o processo de marginalização familiar e social da criança, com o conseqüente aumento de menores em situação de risco, marginais e delinquentes.

A seriedade do problema impunha que o Estado definisse uma política social global e programas integrados neste domínio, contrapondo-os às medidas pontuais e espontâneas até então surgidas, para poder responder à necessidade evolutiva de apoio e protecção a dispensar a estas crianças.

É neste contexto que surge a Secretaria de Estado de Acção Social (S.E.A.S.), criada pelo Decreto Presidencial n.º 28/90. À S.E.A.S. cabe definir

e conceber as linhas mestras a que devem obedecer os programas sociais nesta área específica. Compete-lhe ainda garantir a articulação entre os vários organismos sociais na implementação da política de atendimento e tratamento da criança em situação de risco, marginal ou delincente. Com o Ministério da Justiça, no domínio do atendimento e tratamento da criança marginal e delincente, competir-lhe-á delinear e implementar conjuntamente programas e acções específicas.

1. Criança em situação difícil

a) Medidas de carácter geral

A concretização de uma política global de atendimento à criança passa necessariamente pela eliminação ou minimização dos factores exógenos, que colocam a criança em situação difícil ou que a levam a marginalizar-se em relação à família.

A destruição sistemática de bens e haveres da população, o assassinato indiscriminado de cidadãos indefesos, a destruição em grande escala de escolas, hospitais, postos de saúde, *machambas*, fábricas e outros locais de produção, para além de outro tipo de infra-estruturas económicas, provocam a desagregação e o desmoronamento das famílias.

É o êxodo precipitado de centenas de milhar de cidadãos, que conduz a que vivam como refugiados na sua própria pátria, em condições sub-humanas, num contínuo atentado contra os tradicionais e salutareis princípios de unidade e solidariedade familiar.

A guerra destrói material e moralmente a família moçambicana. Só com a paz em definitivo se poderá concretizar plena e integralmente uma política coerente e global de atendimento e tratamento da criança. Mas, apesar de tudo, é ainda possível intensificar a realização de alguns programas, já definidos pelo Estado, no que diz respeito, entre outros, aos cuidados materno-infantis, ao planeamento familiar, educação sanitária e, de uma forma geral, os pertinentes à medicina preventiva.

Ao mesmo tempo, será possível também intensificar as acções de apoio à comunidade na construção de escolinhas e estabelecimentos de ensino

comunitário, destinados a ocupar as crianças que deixaram de poder ter acesso à educação.

Paralelamente, importa que as normas legais recentemente aprovadas que prevêm, entre outras medidas, a atribuição de pensões por doença, velhice, invalidez e morte, bem como a redução significativa nos preços dos medicamentos, designadamente para doentes crónicos e para os grupos sociais economicamente débeis, tenham aplicação generalizada.

Torna-se igualmente necessário estabelecer uma política de crédito que incentive a realização de pequenas actividades agrícolas, artesanais e industriais. Uma outra medida passa pela intensificação de acções de recolocação de famílias, acompanhada de distribuição de terras férteis e de programas de apoio à produção.

Com uma melhor concretização deste tipo de medidas e uma acção mais concertada, poder-se-á minimizar a situação de um elevado número de famílias, o que permitirá uma maior estabilidade, com reflexos naturalmente positivos para o enquadramento familiar da criança.

b) Medidas de carácter específico

A destruição de 40% da rede escolar, com maior incidência nas zonas rurais, determinou de imediato que mais de 500 000 crianças não tivessem acesso à educação (Relatório do Conselho de Ministros – 1990). Simultaneamente, a deslocação forçada da população para os centros urbanos, em virtude da guerra, provocou, não só a superlotação das escolas existentes, mas também que um número crescente de crianças deixasse de ter vagas nesses estabelecimentos de ensino. A título de exemplo: em 1991, só na cidade de Maputo, 15 000 crianças não tiveram lugar nas escolas (Relatório da Direcção Provincial de Educação). A esmagadora maioria destas crianças é oriunda de famílias deslocadas e de famílias urbanas com fracos recursos económicos.

À primeira vista poderíamos ser levados a pensar que este problema se resolveria com a privatização do ensino.

O Decreto n.º 11/90 de 1 de Junho veio autorizar o exercício da actividade do ensino privado, a todos os níveis, por pessoas singulares ou colectivas.

Porém, a abertura de escolas privadas pressupõe como condição prévia e essencial a existência de professores capacitados e de infra-estruturas adequadas. Ainda que tais condições estivessem reunidas, a abertura destas instituições de ensino privado não resolverá a médio prazo, o problema do acesso à educação da larga maioria das crianças.

Com efeito, existe neste momento a funcionar, na cidade de Maputo, uma escola privada, leccionando a 10 e a 11 classes do ensino geral, em que a frequência está condicionada ao pagamento de uma propina mensal de 10 000,00 MT. Ora, se tivermos em conta que o vencimento mínimo nacional é de 30 000,00 MT e que o vencimento médio em Maputo é de 50 000,00 MT, torna-se por demais evidente que só uma camada demasiado restrita poderá ver assegurado, por esta via, o acesso à educação. Mesmo que surgissem mais escolas privadas, leccionando todas as classes do ensino geral, o número de vagas que se abriria no ensino oficial estaria longe de poder assegurar o direito à educação da maioria das crianças, pois só um reduzido grupo poderia optar pelo ensino privado.

A não se tomarem medidas urgentes, estar-se-á a negar o direito à educação e, simultaneamente, a criar uma multidão de crianças desocupadas, que muito facilmente serão colocadas em situação de risco. Assim, cabe ao Estado, junto da comunidade local e das organizações internacionais, encontrar alternativas viáveis que possibilitem a abertura de escolas, cujo acesso seja compatível com os meios económicos daquele grupo populacional, e permita à criança ter um ofício de forma a que facilmente seja integrada no mercado de trabalho, concluídos os seus estudos.

Por outro lado, é responsabilidade do Estado desencadear as acções necessárias, junto da comunidade internacional, conducentes à recuperação e expansão da rede escolar. Particular enfoque deveria ser dado ao ensino técnico-profissional, não só pela carência e manifesta necessidade de quadros médios, mas também porque as instituições de ensino superior, a médio prazo, não terão possibilidades de absorver os candidatos existentes.

Especial atenção terá de ser dada também à educação cívica da criança e da família em geral. Nesta conformidade, interessará introduzir, no plano curricular do sistema nacional de educação, uma disciplina onde se abordem regras de procedimento ético e social, em geral, e de relacionamento entre os vários membros da família e da comunidade, em particular.

Mostra-se também importante apoiar os pais no acompanhamento do desenvolvimento da criança, para que eles possam assumir plenamente o seu

papel de educadores. No domínio da família tradicional, este papel estava reservado aos tios, avós e anciãos e não directamente aos progenitores.

À S.E.A.S. caberia, em colaboração com as organizações comunitárias e associações cívicas, traçar programas de educação básica dirigida aos pais, no seio da comunidade. O carácter permanente destes programas garantiria que os pais e a comunidade assumissem uma perspectiva mais actuante na educação da criança.

Dentro das medidas de apoio e protecção à infância, caberá à S.E.A.S. promover o acompanhamento das famílias numerosas, ou em situação económica precária e, bem assim, das famílias substitutas, de forma a proporcionar uma mais correcta inserção da criança no meio familiar. No mesmo âmbito lhe cabe perspectivar e propor a adopção de medidas conducentes à melhoria e bem-estar da criança pertencente a famílias economicamente mais desfavorecidas.

Finalmente, para evitar o desfasamento familiar e social da criança, resultante da falta de acompanhamento do menor nos períodos a seguir às aulas, torna-se necessário impulsionar as iniciativas comunitárias que existem, destinadas à ocupação dos tempos livres em actividades do seu agrado, como sejam as artísticas, culturais e desportivas, abrindo-se perspectivas para o seu envolvimento em actividades produtivas de carácter formativo e consentâneas com a sua idade.

2. Criança em situação de risco

Toda a criança que, enfrentando problemas de grave carência afectiva e económica, apresenta uma forte desadaptação ao meio familiar, iniciando um processo de automarginalização, considera-se em situação de risco. É também considerada em situação de risco aquela que, em resultado da guerra, se vê em posição de completo desamparo.

Estas crianças podem ser agrupadas nos seguintes tipos:

- Criança abandonada;
- Criança hostilizada;
- Criança maltratada;
- Criança de rua.

O primeiro tipo de crianças é em parte oriundo de zonas rurais. São crianças que procuram apoio e segurança nos centros urbanos, em consequência de terem ficado órfãs ou de se terem perdido dos seus familiares, nas zonas de conflito armado. Uma outra parte é constituída por crianças de famílias radicadas na cidade, mas que por morte dos familiares directos ou por atitude irresponsável dos pais acabam por se ver colocadas em situação de abandono.

No segundo tipo contam-se crianças que, provindo de famílias desagregadas, são sistematicamente consideradas como indesejáveis.

No terceiro englobam-se crianças que provêm de famílias numerosas, de lares sem estabilidade, ou que, sendo fruto de gravidez não desejada, vivem num ambiente que lhes é totalmente adverso, sendo continuamente submetidas a maus tratos físicos ou psíquicos.

O último tipo é constituído por crianças que atingiram o ponto de ruptura com a família e por aquelas que se encontram em estado de abandono.

Deste tipo de crianças, o que exige um maior esforço de atendimento, pela complexidade e delicadeza que reveste é, sem dúvida, o da criança de rua, face ao grau de desadaptação social que revela e carga de traumas que comporta.

Em relação à criança hostilizada e maltratada, para além das acções que devem ser realizadas para garantir o equilíbrio familiar, há que agir também junto dos progenitores. É fundamental que se criem os mecanismos de responsabilização social dos pais em relação aos filhos.

A primeira acção a desenvolver prende-se com a educação dos próprios pais. A educação dos pais de forma massiva e sistemática só resultará mediante coordenação da S.E.A.S e o envolvimento de associações cívicas, organizações religiosas e outras instituições, como sejam o Ministério da Justiça e os órgãos de informação e comunicação social.

Paralelamente, importa utilizar os tribunais de base para levar os pais, que hostilizam e maltratam os filhos, a adoptar uma nova postura em relação a elas, sem recurso a medidas criminais. Nos casos mais graves, importa sensibilizar a comunidade para que os denuncie às autoridades competentes, nomeadamente a Procuradoria da República, a fim de permitir que sejam adoptadas medidas penais contra todo aquele que for responsável por maus tratos físicos ou psíquicos infligidos contra crianças.

Relativamente à criança de rua, a responsabilidade terá de ser integralmente assumida pelo Estado, através da S.E.A.S., pela magnitude do pro-

blema a nível nacional. Tal responsabilização não poderá, porém, significar o coarctar das iniciativas individuais, de organizações cívicas ou afins, tendentes a, de uma ou de outra forma, alcançar a protecção e o bem-estar destas crianças.

Às S.E.A.S. caberá conjugar todos os esforços existentes num mesmo grande objectivo.

Por outro lado, deve prosseguir o esforço para integrar a criança desamparada no seio de uma família e, ao mesmo tempo, encontrar outros meios que conduzam a uma correcta reinserção da criança, em situação de risco, na sociedade.

O processo de reintegração em famílias substitutas é moroso, para além de não atingir a maioria das crianças, dado o seu elevado número e o baixo rendimento económico da família moçambicana em geral. Uma das medidas eventualmente possível de ser tomada seria a da criação de centros abertos, do tipo aldeia S.O.S. Estes centros têm infra-estruturas mínimas, destinadas a albergar, recrear, instruir e formar profissionalmente a criança, com a participação directa da comunidade. A comunidade, através de voluntários, assume o cuidado de um pequeno grupo de crianças, reveesando-se de modo a que estas tenham a sua companhia permanente. Cada um destes grupos de crianças habita numa casa. Não se trata propriamente de constituir famílias substitutas, mas será talvez uma alternativa viável, dada a disponibilidade já manifestada pela comunidade nacional nos centros de acomodação de deslocados, embora não existam infra-estruturas mínimas. Nas províncias de Tete e Inhambane foram criados centros deste tipo, com apoio de organizações internacionais. Esta experiência poderia alargar-se a outros pontos do país, inserida nos programas de desenvolvimento integrado, como seja o da extensão rural. Com vista a garantir a futura inserção social destas crianças, seria conveniente que nos programas de formação profissional se tivessem em conta as necessidades do mercado de trabalho e as perspectivas de desenvolvimento da área.

3. Criança instrumentalizada

Importa agora fazer uma referência à problemática da criança instrumentalizada.

Estas crianças, violentamente arrancadas do seio familiar e do ambiente social a que pertencem, foram num quotidiano de indescritível horror reduzidas ao estado de monstros sanguinários, que de humano têm apenas a figura incerta de criança. Constituem um grupo que não se integra no estrito âmbito da prevenção criminal, cuja existência era, até hoje, legalmente imprevisível. A sua criação representa a mais maquiavélica negação dos valores humanos de que há memória na História da Humanidade. Mas, porque o humanismo do povo moçambicano sobrevive ao inimaginável, a estas crianças se tem vindo a dar atenção e cuidados muito particulares, num processo moroso e difícil, mas gratificante, de fazer renascer a criança nestes seres que o banditismo gerou.

As medidas tomadas incluem o internamento em centros, que nada têm a ver com prisão, prisão-escola ou reformatório, e que permitem o diálogo da criança com os seus familiares e com a comunidade. Acompanhados de perto por pessoal especializado, reassumem a sua verdadeira personalidade e integram-se gradualmente no meio familiar e social.

A experiência tem-se revelado positiva. Não se estendeu a todo o país por falta de meios humanos e materiais. Ela constitui, no entanto, um indicador do que poderão ser os futuros centros de observação e os institutos médico-psicológicos, previstos no Decreto n.º 417/71 e até hoje inexistentes. Igualmente poderá constituir um ponto de partida para a concepção dos futuros centros em regime de internato ou semi-internato, para o atendimento e tratamento do menor marginal e delincente inimputável.

Este centro de crianças instrumentalizadas, surgido em circunstâncias tão dramáticas, é o grito mais alto de amor e esperança de um Povo e de uma Nação pela preservação do seu mais valioso tesouro — a CRIANÇA.

4. Criança marginal e delincente

a) *Menor imputável*

No âmbito específico de tratamento e reintegração social da criança marginal e delincente imputável, poderão ser adoptadas medidas a curto, médio e longo prazos.

A curto prazo poderão tomar-se as seguintes medidas:

- 1 – Separação física dos delinquentes adultos;
- 2 – Separação entre si, por grupos etários, consoante o comportamento e a gravidade da infracção;
- 3 – Passagem gradual da situação de reclusão convencional para a de reclusão aberta.

Tais medidas coadunam-se com as regras contidas no projecto de lei sobre o sistema prisional e vão ao encontro dos princípios proclamados na Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Nas acções a realizar a médio e a longo prazos, inscrever-se-iam a criação de infra-estruturas e a formação de pessoal, permitindo a abertura de centros prisionais destinados, exclusivamente, a menores marginais e delinquentes imputáveis.

Estes centros, sendo orientados por quadros qualificados, como assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, mestres oficinais e outros, tornariam viável a sua posterior readaptação e reinserção social.

A introdução de programas de formação profissional durante o período de permanência no centro, facilitaria, mais tarde, a integração do menor no mercado de trabalho.

A contratação do recluso para executar trabalho fora do centro, durante a parte final do cumprimento da pena, é outra medida legal a pôr em prática. Devidamente acompanhada, esta medida alcançaria os objectivos para que foi criada, quais sejam, possibilitar o reassumir da confiança, da responsabilidade, do brio e do amor próprio no trabalho e nas relações sociais.

b) *Menor inimputável*

Do ponto de vista técnico-jurídico, não existe desfasamento entre o que se prevê no Decreto n.º 417/71 e os princípios consagrados na Convenção. Importará, contudo, criar condições para que as medidas preconizadas na lei sejam levadas à prática.

É prioritária a formação de pessoal especializado, designadamente assistentes sociais, psicólogos, a fim de permitir a reactivação dos serviços de assistência social nos tribunais e nos centros destinados ao atendimento e tratamento do menor inimputável. Actualmente, a nível nacional existem três assistentes sociais diplomadas.

A médio prazo, esta acção abrangeria apenas os tribunais de escalão provincial, uma vez que o maior número de casos ocorre nos centros urbanos. A longo prazo, na medida das possibilidades, poderia pensar-se na sua extensão aos tribunais de nível distrital.

Importará igualmente, a médio prazo, criar centros de recuperação de menores marginais e delinquentes, construindo infra-estruturas e dotando-os de pessoal especializado no atendimento destas crianças. Tais centros poderiam funcionar em regime de internato ou de semi-internato, nos termos previstos na lei.

O plano de recuperação dos menores obedeceria a programas multifacetados, englobando a instrução obrigatória, o ensino de profissões básicas, actividades desportivas e recreativas. Ao mesmo tempo, utilizando recursos nacionais disponíveis e o apoio internacional, interessaria criar gradualmente centros de observação. Estes centros destinam-se a estudar o comportamento do menor, o carácter, as tendências e as suas aptidões, de forma a possibilitar ao tribunal a definição da medida mais adequada à sua recuperação social.

A longo prazo devem ser criadas condições que permitam a entrada em funcionamento de institutos médico-psicológicos, destinados à observação e assistência de menores que evidenciem deficiência ou perturbação mental, determinativos do seu comportamento anti-social.

A curto prazo, tendo em atenção a realidade actual, deverão continuar a adoptar-se as medidas de admoestação, entrega aos pais ou encarregados da guarda da criança e a liberdade assistida. Este tipo de medidas pode ter resultados mais eficazes com o envolvimento activo das organizações de base, associações cívicas, religiosas e da comunidade em geral. No entanto, só com o acompanhamento de um assistente social estas medidas alcançarão integralmente os objectivos para que foram criadas.

V. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Do que ficou descrito podemos concluir que o número crescente de crianças de rua, o fenómeno da criança instrumentalizada, a multidão de crianças traumatizadas pela guerra e o dever de proteger e salvaguardar o futuro da Nação, impõem que se tenha de repensar sobre as formas de tratamento e atendimento a dispensar à criança em situação difícil, em situação de risco e instrumentalizada, tendo em conta não só a natureza específica da questão, mas também a realidade objectiva do país.

Em relação à criança marginal e delinvente, importa reflectir sobre a política de atendimento e assistência que se pretende concretizar, tendo por base os mecanismos legalmente consagrados, que poderão constituir as grandes vertentes de uma política nacional nesta área.

A experiência dos últimos anos é esclarecedora da capacidade de resposta da comunidade nacional, na concretização de acções visando a melhoria das condições no atendimento à criança, não só complementando a acção do Estado, quando este, só por si, não esteja em condições de o fazer, como também apoiando-o na implementação de programas de protecção e assistência à infância.

Por outro lado, é de ressaltar, pela sua importância, o papel que a comunidade internacional, através de várias organizações actuando no país, tem vindo a desempenhar no apoio à materialização de diversos programas de atendimento à criança, potenciando a capacidade de resposta do Estado e da comunidade local.

No contexto da problemática da criança em Moçambique e do que dela se pode extrair, importará:

- 1 – Estimular a participação comunitária;
- 2 – Dar especial atenção à educação da criança e da família em geral;
- 3 – Sensibilizar a comunidade para proteger a criança dos maus tratos infligidos por familiares ou terceiros, denunciando-os;
- 4 – Incentivar a participação da comunidade em acções de mobilização e esclarecimento sobre os Direitos da Criança;
- 5 – Angariar, através da S.E.A.S., os apoios e os meios indispensáveis à concretização de programas, incentivando o envolvimento da comunidade internacional;
- 6 – Incentivar a reintegração de crianças em famílias substitutas;

- 7 – Intensificar os programas de assistência social às famílias substitutas e aos agregados familiares numerosos ou em situação económica precária;
- 8 – Formar pessoal qualificado na área dos serviços sociais, nomeadamente assistentes sociais, psicólogos, educadores de infância e pedagogos;
- 9 – Reactivar os serviços de assistência social nos tribunais;
- 10 – Criar centros abertos, em regime de semi-internato ou internato, destinados à educação e assistência dos menores inimputáveis, de acordo com o seu grau de desadaptação, carácter, personalidade e comportamento;
- 11 – Introduzir programas de formação profissional destinados a menores marginais e delinquentes, de acordo com as suas aptidões e as necessidades do mercado de trabalho;
- 12 – Criar centros de observação e dotá-los de meios humanos e materiais;
- 13 – Criar institutos médico-psicológicos.

Maputo, Dezembro de 1990



CONSELHO DA EUROPA

DIREITOS DO HOMEM



IRENEU CABRAL BARRETO
Procurador-Geral Adjunto

**O ACESSO DO INDIVÍDUO
AO TRIBUNAL EUROPEU DOS
DIREITOS DO HOMEM(*)**

(*) Este trabalho recolhe muito da investigação feita para um comentário ao artigo 48.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a inserir numa obra colectiva a publicar em língua francesa.



1. A possibilidade de um indivíduo solicitar a intervenção de uma instância internacional para apreciar os actos dos órgãos de um Estado eventualmente atentatórios dos seus direitos constitui uma conquista recente do direito internacional.

Apesar de ser considerado o mais perfeito sistema de protecção dos Direitos do Homem, o mecanismo previsto na Convenção⁽¹⁾ não concede ao indivíduo o livre acesso ao Tribunal europeu dos Direitos do Homem (que se passa a designar por Tribunal), reservando-o apenas para a Comissão europeia dos Direitos do Homem (que se passa a designar Comissão) e para os Estados partes.

Recentemente, com o Protocolo n.º 9, franqueou-se essa porta, colocando o indivíduo no mesmo plano dos Estados e da Comissão.

O Protocolo n.º 9 ainda não está em vigor, necessitando para tanto da ratificação de dez Estados membros; representa, contudo, o corolário de uma luta que se pode dizer iniciada logo que se pensou na criação do Conselho da Europa.

2. Efectivamente, um Tribunal capaz de aplicar as sanções necessárias para fazer respeitar a «Carta dos Direitos do Homem» foi invocado no

(1) Sempre que se referir «Convenção» sem outra indicação, leia-se Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ou mais exactamente «Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais» (CEDH).

Portugal assinou a Convenção em Estrasburgo a 22 de Novembro de 1977; contudo, o instrumento de ratificação foi depositado no dia 9 de Novembro de 1978, pelo que só a partir desta data a Convenção passou a estar em vigor para Portugal.

Congresso da Europa, reunido em Haia de 8 a 10 de Maio de 1948, sob iniciativa do Comité internacional do Movimento para a Unidade europeia.

A Resolução elaborada pela Comissão política deste Congresso propunha a criação de um Tribunal capaz de aplicar as sanções necessárias para fazer respeitar a Carta (dos Direitos do Homem), permitindo assim a cada cidadão dos países associados introduzir perante o Tribunal um recurso contra a violação dos seus direitos.

O projecto de Convenção enviado, em 12 de Julho de 1949, pelo Movimento europeu ao Comité de Ministros, previa a instituição de um Tribunal – para além de uma Comissão –, que poderia ser solicitado a intervir, quer pela Comissão e pelo Estado parte, quer por toda a pessoa interessada, mediante autorização da Comissão – artigo 12.º

Aquele projecto foi estudado numa Assembleia Consultiva, reunida em Estrasburgo, de 16 de Agosto a 18 de Setembro de 1949, onde inicialmente se sustentou a mesma ideia⁽²⁾.

Esta ideia foi porém rejeitada pela Comissão das questões jurídicas e administrativas, na sua reunião de 1 de Setembro de 1949, por doze votos contra, nove a favor e uma abstenção⁽³⁾, e passou-se então a defender que só a Comissão e o Estado parte poderiam fazer intervir o Tribunal.

Aliás a própria ideia da criação de um Tribunal conheceria também um período de crise⁽⁴⁾.

O Comité de Peritos, no seu relatório ao Comité de Ministros, propunha a criação de um Tribunal que, no que respeitava à sua intervenção, diferia do projecto da Assembleia Consultiva, sendo mais restritivo que esta: a Assembleia atribuía aos Estados o pleno direito de requerer a intervenção do Tribunal, enquanto na proposta do Comité este direito só era concedido nalguns casos prevenidos nas alíneas *b)*, *c)*, e *d)*, do artigo 37.º do seu Projecto.

Enfim, na Conferência de Altos Funcionários, reunida em Estrasburgo, de 5 a 17 de Julho de 1950, os Delegados continuavam divididos entre os que

(2) Cfr. a intervenção de Teitgen, in *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. I, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, pag. 49.

(3) *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. I, (...), pag. 187.

(4) *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. II, (...), pag. 171, e vol. III (...), págs. 19 e segs.

sustentavam que um Tribunal não correspondia a uma necessidade real dos Estados membros e os que consideravam essencial a criação de um Tribunal; os artigos 46.º e 48.º da Convenção representam um compromisso que consistiu na criação desse órgão, porém com competência facultativa⁽⁵⁾.

3. Para que um caso possa ser examinado pelo Tribunal é preciso antes de mais que a queixa tenha sido declarada admitida pela Comissão e que nesta instância se não consiga obter um acordo amigável – cfr. artigos 28.º e 30.º da Convenção.

Fracassado o acordo amigável entre o queixoso e o Estado, a Comissão redige um relatório no qual estabelece os factos e formula um parecer sobre a existência ou ausência de violação; este relatório é transmitido ao Comité de Ministros e comunicado aos Estados interessados, que o não poderão publicar – artigo 31.º, n.º 2, da Convenção.

No prazo de três meses a contar da data da transmissão ao Comité de Ministros do relatório da Comissão, o Tribunal pode ser solicitado a conhecer do caso pela Comissão, por uma Alta Parte Contratante quando a vítima for um cidadão seu, pela Alta Parte Contratante que apresentou o caso perante a Comissão ou pela Alta Parte Contratante que tenha sido demandada – artigo 48.º da Convenção –, na condição de que a Alta Parte Contratante em questão tenha reconhecido a jurisdição do Tribunal ou aceite *ad hoc* essa jurisdição; com efeito, como se referiu acima, a jurisdição do Tribunal é facultativa.

3.1. O Tribunal pode ser solicitado pela Comissão – alínea a) do referido artigo 48.º

Representa-se uma situação na qual um órgão judiciário internacional (a Comissão) recorre a um outro órgão internacional (o Tribunal). Isto resulta da lógica de um sistema que recusa a qualidade de parte ao indivíduo nos

(5) *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. IV, (...), págs. 115 e segs., pág. 179, págs. 211 e segs., págs. 249 e segs., pág. 267; ver também «La fusion de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'Homme: questions soulevées, solutions possibles», pela Direction des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, in *La fusion de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'Homme*, Olivier Jacot-Guillarmod (éd), Engel, Kehl am Rhein, 1987, págs. 96 e 97.

casos apresentados ao Tribunal e pretende substituir-se assim ao direito de recurso individual com que se sonhava no início⁽⁶⁾.

Sublinhe-se desde logo que o papel da Comissão na sua relação com o Tribunal não pode ser limitado à representação do queixoso, representação que perderia sentido uma vez que este adquirisse o direito de acesso ao Tribunal⁽⁷⁾.

Aliás, mesmo se na concepção original ainda se tivesse imaginado uma Comissão subordinada ao Tribunal, como uma espécie de anexo deste, a Convenção acabou por consagrar dois órgãos absolutamente independentes um do outro, sem qualquer carácter hierárquico nas suas relações.

A Comissão, ao solicitar a intervenção do Tribunal, não se apresenta na qualidade de parte, no sentido de que ela não se limita a defender interesses subjectivos.

O seu papel tem sido aproximado ao de um Ministério Público, de um Comissário de governo, dos Advogados gerais do Tribunal de Justiça das Comunidades europeias ou ainda de um *amicus curiae*.

Penso que a definição mais adequada ao papel da Comissão na sua relação com o Tribunal é a que foi dada pelo seu Presidente Waldock no caso *Lawless*: «Acontece que a Comissão age em nome dos Governos e dos Povos de todos os países membros do Conselho da Europa. Ao solicitar a intervenção do Tribunal, a Comissão pensa ser seu dever submeter-lhe, com toda a objectividade e imparcialidade, todos os pontos de facto e de direito apresentando um interesse para o exame do caso»; «a Comissão não defende o seu próprio interesse, mas o interesse público de todos os países membros do Conselho da Europa na manutenção dos direitos do homem e das liberdades humanas»⁽⁸⁾.

À Comissão, no seu papel de assistência ao Tribunal na pesquisa da verdade⁽⁹⁾, incumbe ajudá-lo e esclarecê-lo, apresentando-lhe, na mais estrita objectividade – o que não pode ser considerado como uma abdica-

(6) Cfr. *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. IV, (...), pág. 48.

(7) Como se verá, o Protocolo n.º 9, ao consagrar o direito do indivíduo de se dirigir ao Tribunal, guardou intacto o papel da Comissão.

(8) *Affaire Lawless*, série B, págs. 207 e 245.

(9) Ver o artigo 63, n.º 1, do Regulamento interno da Comissão, actualizado em 1 de Outubro de 1990.

ção⁽¹⁰⁾ – as ideias que ela formulou no seu relatório final; não apenas o parecer da maioria, mais ainda as opiniões emitidas por todos os seus membros, sem prejuízo da função que a Comissão desempenhou até 1 de Janeiro de 1983 e que, apesar de tudo, ela pode continuar a desempenhar na representação dos interesses do indivíduo.

Mesmo se as razões profundas que a levam a fazer intervir o Tribunal não são conhecidas⁽¹¹⁾, importa sublinhar que, quando decide apresentar um caso ao Tribunal, a Comissão fá-lo fundamentalmente porque lhe parece que o Tribunal está melhor colocado que o Comité de Ministros para conhecer da questão⁽¹²⁾.

Da prática da Comissão retiram-se, no entanto, algumas tendências: a Comissão inclinar-se-á a solicitar a intervenção do Tribunal quando o caso suscita uma questão importante de interpretação ou de aplicação da Convenção ou quando os membros da Comissão se encontram divididos sobre se há ou não uma violação da Convenção⁽¹³⁾.

Agindo em nome dos Governos e dos Povos de todos os países membros do Conselho da Europa⁽¹⁴⁾, a Comissão exerce um poder autónomo que

(10) «A Comissão, colocando o acento sobre o seu direito de objectividade e imparcialidade, concebeu o seu papel de assistência como uma espécie de informação destinada a esclarecer o Tribunal sobre o caso que lhe é apresentado. Ela poderá, no entanto, tomar uma posição mais nítida sobre o fundo do problema em causa, e querer dar assim ao Tribunal uma verdadeira indicação sobre a solução» – François Monconduit, *La Commission européenne des Droits de l'Homme*, A. W. Sijthof-Leyde, 1956, pág. 266.

(11) W. J. Ganshof van der Meersch, in *La fusion de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'Homme*, Olivier Jacot-Guillarmod (éd.), ..., pág. 185.

(12) Waldock, in *Affaire Lawless*, B.1, pág. 266.

(13) Um certo sector da doutrina refere também, como elemento de decisão, as implicações políticas do caso onde o Comité de Ministros se poderia encontrar em melhores condições para tomar a decisão. No passado, quando o Comité de Ministros não abordava a questão da «satisfação razoável», este factor podia influenciar a posição da Comissão.

A Comissão solicitou até agora a intervenção do Tribunal em seis casos em que o Estado português figurou como demandado; em cinco desses casos o Estado português requereu, por seu turno, também a intervenção do Tribunal, nos termos da alínea *d*) do artigo 48.º da Convenção – ver *infra* n.º 3. 3.

(14) Como a própria Comissão lembrou no seu «Mémoire» no caso *Lawless*.

lhe é conferido pela Convenção e que não está submetido a nenhuma espécie de apreciação crítica, o que aliás foi já sublinhado pelo Tribunal⁽¹⁵⁾.

Quando a Comissão decide fazer intervir o Tribunal, ela deve indicar no seu pedido, nomeadamente, as partes no processo que correu termos perante ela própria, a data em que o seu relatório foi transmitido ao Comité de Ministros, o objecto da queixa e os nomes e direcção dos seus delegados.

O secretário da Comissão deposita junto do «Greffé» do Tribunal o original e quarenta cópias do seu pedido⁽¹⁶⁾.

3.2. O Tribunal pode intervir a solicitação de uma Alta Parte Contratante de que a vítima seja nacional; com efeito, a alínea *b*) do artigo 48.º abre a possibilidade de solicitar a intervenção do Tribunal ao Estado que não participou no processo perante a Comissão e no qual um seu nacional foi considerado como tendo sido vítima de uma violação da Convenção.

Este Estado torna-se então parte na causa e tem a possibilidade de apresentar os seus argumentos ao Tribunal, tanto por escrito como oralmente, de suscitar uma excepção preliminar, ou ainda a interpretação do *Arrêt* do Tribunal ou a sua revisão.

Esta hipótese é um vestígio da tradicional protecção diplomática ou judiciária, permitindo aos Estados vir em socorro dos seus nacionais, na defesa dos seus direitos eventualmente violados por um outro Estado⁽¹⁷⁾.

Ainda que este tipo de situação se pudesse ter desenhado em casos anteriores⁽¹⁸⁾, apenas no caso *Soering*⁽¹⁹⁾, pela primeira vez, o Tribunal foi solicitado, não apenas pela Comissão e pelo Estado requerido – (o Reino

(15) *Arrêt Axen*, de 8 de Dezembro de 1986, Série A, n.º 72, pág. 11, parágrafo 24.

(16) Artigos 64.º do Regulamento interno da Comissão e 32.º do Regulamento do Tribunal.

(17) Mais do que suprir a impossibilidade de um particular solicitar a intervenção do Tribunal – ver *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. IV, pág. 45.; o Protocolo n.º 9 respeitou integralmente este direito.

(18) Não em relação a Portugal: todos os casos examinados pelo Tribunal que nos diziam respeito tinham como eventual vítima um cidadão português.

(19) *Arrêt* de 7 de Julho de 1989, Série A, n.º 161: pedido de extradição formulado ao Reino Unido pelos Estados Unidos da América do Norte de um cidadão alemão, a fim de ser julgado por um crime passível de pena de morte.

Unido) —, mas ainda pelo Estado da nacionalidade do requerente, a República Federal da Alemanha⁽²⁰⁾.

3.3. Um caso pode ainda ser confiado à decisão do Tribunal pela Alta Parte Contratante que requereu a intervenção inicial da Comissão — alínea *c*) — ou pela Alta Parte Contratante posta em causa — alínea *d*) —, ambas do artigo 48.º da Convenção.

A primeira situação pressupõe que o Estado desempenhou um papel activo, que iniciou o processo perante a Comissão com uma queixa contra um outro Estado — cfr. artigo 24.º da Convenção.

De todas as queixas entre Estados, somente uma foi levada ao Tribunal, nos termos da alínea *c*) do citado artigo 48.º; trata-se do caso *Irlanda* contra o Reino Unido, relativo a medidas de excepção e maus tratamentos na Irlanda do Norte⁽²¹⁾.

A utilização desta faculdade deve ser aproximada do direito de queixa previsto no artigo 24.º acima referido.

A solicitação do Tribunal por um Estado, nos termos da alínea *c*) do artigo 48.º, decorre de um direito objectivo, o de exigir o respeito de todo o Estado das normas que constituem uma verdadeira ordem pública europeia. No quadro desta garantia colectiva de liberdades, o Estado não tem necessidade de invocar um interesse pessoal ou directo a agir. Haverá um interesse jurídico a agir cada vez que existe uma ofensa à Convenção. Ao introduzir uma queixa, um Estado não faz mais do que exercer uma competência que lhe confere a Convenção para propor uma acção pública internacional por uma violação imputável a um outro Estado Contratante⁽²²⁾.

No quadro da intervenção do Tribunal a solicitação dos Estados, a situação mais frequente é a do Estado requerido perante a Comissão, no âmbito das queixas individuais; ainda que normalmente os Estados preferis-

(20) De acordo com o «Mémoire» do Governo alemão, dois motivos principais ditaram a sua atitude: considerações humanitárias e a preocupação de proteger o seu nacional, uma vez que o seu próprio pedido de extradição lhe tinha sido recusado.

(21) *Arrêt*, de 18 de Janeiro de 1978, Série A, n.º 25.

(22) Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Economica, Paris, 1989, págs. 54 e 55.

sem que o seu caso fosse apreciado pelo Comité de Ministros, no seio do qual é necessária uma maioria de dois terços para decidir da existência de uma violação⁽²³⁾, decisão que, por vezes, não deixará de ser influenciada por motivos políticos⁽²⁴⁾, os Estados são levados a solicitar a intervenção do Tribunal para ali poderem debater o caso em toda a sua amplitude.

Sublinhe-se que «o Estado Contratante requerido perante a Comissão não se torna em Autor quando ele se dirige ao Tribunal: ele continuará a ser o verdadeiro requerido»⁽²⁵⁾.

3.4. O Estado que entende apresentar um caso perante o Tribunal deposita junto do «Greffé», em quarenta exemplares, uma petição, onde indica as partes no processo que esteve pendente diante da Comissão, as datas da adopção do relatório pela Comissão e da sua transmissão ao Comité de Ministros, o objecto da petição e o nome e direcção da pessoa designada como Agente – n.º 1 do artigo 32.º do Regulamento do Tribunal.

3.5. Note-se que, «em caso de dúvida ou contestação sobre a questão de saber se uma Parte é qualificada, nos termos do artigo 48.º da Convenção, para solicitar a intervenção do Tribunal, o seu presidente submete-a para decisão ao plenário do Tribunal» – artigo 34.º do Regulamento deste órgão.

(23) O futuro Protocolo n.º10 prevê que a decisão venha a ser tomada pela maioria de votos dos membros do Comité de Ministros.

Num caso relativo a Portugal, *Dores e Silveira*, no Comité de Ministros não foi conseguida a maioria de dois terços, apesar do Parecer unânime da Comissão no sentido da existência de violação.

(24) Assim, Garcia de Enterría, E. Linde, L. F. Ortega e M. Sanchez Moron, *El sistema europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2.ª edição, 1983, pág. 149.

(25) Marc-André Eissen, *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, Revue de Droit Publique, n.º 6 – 1986, págs. 1539 e segs.

A solicitação do Tribunal pelo Estado português verificou-se até agora em cinco casos – cfr. nota 14.

3.6. O artigo 48.º da Convenção subordina a solicitação do Tribunal pela Comissão ou por um Estado ao consentimento ou acordo do Estado requerido.

Um caso pode ser levado ao Tribunal quando o Estado requerido declarou reconhecer como obrigatória a jurisdição do Tribunal nos termos do artigo 48.º da Convenção⁽²⁶⁾, ou quando dê o seu consentimento ou acordo *ad hoc*.

Segundo uma certa doutrina,⁽²⁷⁾ poder-se-ia encontrar um exemplo desta última situação no caso *Tyrer*⁽²⁸⁾: aquando da apresentação da queixa perante a Comissão, o Reino Unido, por uma declaração de 21 de Abril de 1972, reconhecia a jurisdição obrigatória do Tribunal sobre a ilha de Man; esta declaração, no entanto, expirou no dia 13 de Janeiro de 1976, enquanto que a Comissão apenas solicitou a intervenção do Tribunal em 11 de Março de 1977.

No seu pedido, a Comissão invocava a declaração em vigor no momento da apresentação da queixa pelo indivíduo; o Governo do Reino Unido precisou na audiência que aceitava a competência do Tribunal nos termos do artigo 48.º da Convenção, sem que tal significasse que aprovava necessariamente os fundamentos da Comissão.

Tendo constatado que a sua competência estava sempre estabelecida, o Tribunal não tomou posição sobre as duas teses em conflito.

Tanto o artigo 48.º da Convenção, como o Regulamento do Tribunal não indicam o modo como o consentimento *ad hoc* do Estado deve ser dado; neste contexto, deve admitir-se que o consentimento pode ser deduzido do comportamento do Estado parte, nomeadamente quando ele se apresenta a defender a sua causa sem suscitar uma excepção fundada no facto de que ele não prestou o seu consentimento. Este comportamento pressupõe o reconhe-

(26) A Lei n.º 65/78, de 11 de Outubro, no seu artigo 7.º, autorizou o Governo português «a declarar o reconhecimento da jurisdição obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, do Tribunal europeu dos Direitos do Homem (...). Esta declaração será feita sob condição de reciprocidade e válida pelo prazo de dois anos, renovável automaticamente, salvo notificação de denúncia deste reconhecimento». Esta declaração foi feita no momento do depósito do instrumento de ratificação da Convenção.

(27) P. Van Dijk e G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, 2.ª edição, Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1991, pág. 141.

(28) *Arrêt Tyrer*, de 25 de Abril de 1978, Série A, n.º 26, pág. 12, parágrafo 23.

cimento tácito da jurisdição: o princípio do *foro prorogatio*, também assim reconhecido pelo Tribunal Internacional de Justiça⁽²⁹⁾.

4. No processo perante o Tribunal, para além das intervenções do queixoso, da Comissão e dos Estados (o Estado que requereu a intervenção da Comissão e/ou o Estado posto em causa), a intervenção de um «terceiro» é igualmente admitida, segundo certas condições.

4.1. Mesmo sem consagrar um verdadeiro processo de intervenção de terceiros, o novo Regulamento do Tribunal dispõe que o Presidente pode convidar ou autorizar qualquer Estado contratante não-parte e toda a pessoa interessada, que não seja o requerente, a apresentar observações escritas no interesse de uma boa administração da justiça⁽³⁰⁾.

A solução adoptada pelo Regulamento do Tribunal parece ter por origem o caso *Winterwrap* contra a Holanda⁽³¹⁾; no decurso do exame deste caso, o Governo do Reino Unido pediu para ser ouvido na audiência sobre uma questão de interpretação do artigo 5.º, n.º 4, da Convenção⁽³²⁾.

Este pedido foi rejeitado, mas os Delegados da Comissão foram autorizados a submeter ao Tribunal uma declaração do Governo do Reino Unido sobre a interpretação do artigo 5.º, n.º 4, acima referido; contudo, no caso

(29) P. Van Dijk e G. J. H. Van Hoof, *op.cit.*, pág. 141.

(30) Artigo 37.º, n.º 2, do Regulamento do Tribunal, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1983; ver ainda o artigo 40.º deste Regulamento: «1-A Câmara pode, seja a pedido de uma Parte, dos Delegados da Comissão, do requerente ou de um terceiro convidado a apresentar observações escritas nos termos do artigo 370.º, n.º 2, ou oficiosamente, procurar todos os elementos de prova que ela estima adequados a esclarecer os factos da causa. Ela pode nomeadamente decidir ouvir como testemunha ou perito, ou a outro título, qualquer pessoa, cujo depoimento ou declaração se lhe afigure útil ao cumprimento da sua tarefa ...». Cfr. Anthony Lester, «*Amici curiae: Third-party interventions before the European Court of Human Rights*», Mélanges Wiarda, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1988, págs. 341 e segs.

(31) *Arrêt* de 24 de Outubro de 1979, Série A, n.º 33.

(32) O pedido fundava-se no artigo 38.º do antigo Regulamento do Tribunal: «A Câmara pode, seja a pedido de uma Parte ou dos Delegados da Comissão, seja oficiosamente, deliberar ouvir como testemunha ou perito, seja a outro título, qualquer pessoa cujo depoimento ou declaração se lhe afigure útil para o cumprimento da sua tarefa».

Young, James e Webster (closed shop) contra o Reino Unido⁽³³⁾, o Tribunal ouviu um representante do «Trade Union Congress», ao abrigo do referido artigo 38.º, n.º 1.

4.2. O novo Regulamento do Tribunal não concede um verdadeiro direito de intervenção aos Estados contratantes ou a terceiros⁽³⁴⁾; no quadro deste Regulamento, houve até agora o pedido de intervenção de terceiro em doze casos⁽³⁵⁾, mas o Presidente do Tribunal apenas admitiu sete intervenções de Organizações não-governamentais⁽³⁶⁾.

O Tribunal tem utilizado com prudência e moderação o seu poder de autorizar a intervenção de terceiros⁽³⁷⁾, e se não existem exemplos de pedidos de intervenção de uma terceira Parte Contratante, hipótese onde o Tribunal se poderia mostrar menos reservado, compreende-se que será para melhor esclarecer a sua missão, graças a uma visão completa das coisas, que o Tribunal recolherá – sobre questões por si determinadas – observações escritas e, se necessário, orais de terceiros⁽³⁸⁾.

5. A posição do indivíduo requerente no processo perante o Tribunal foi objecto de uma profunda evolução no sentido do seu reforço. Esta evolução

(33) *Arrêt* de 13 de Agosto de 1981, Série A, n.º 44.

(34) Os Estados gozam desse direito perante o Tribunal de Justiça das Comunidades e do Tribunal Internacional de Justiça.

(35) Cfr. casos *Godi*, *Arrêt* de 9 de Abril de 1984, Série A, n.º 76; *Malone*, *Arrêt* de 2 de Agosto de 1984, Série A, n.º 82; *Ashingdane*, *Arrêt* de 28 de Maio de 1985, Série A, n.º 93; *Lingens*, *Arrêt* de 28 de Agosto de 1986, Série A, n.º 103; *Glasesnapp e Kosiek*, *Arrêt* de 28 de Agosto de 1986, Série A, n.º 104; *Monell e Morris*, *Arrêt* de 2 de Março de 1987, Série A, n.º 115; *Leander*, *Arrêt* de 26 de Março de 1987, Série A, n.º 117; *Capuano*, *Arrêt* de 25 de Junho de 1987, Série A, n.º 119; *Brogan*, *Arrêt* de 29 de Novembro de 1988, Série A, n.º 145-B; *Soering*, *Arrêt* de 7 de Julho de 1989, Série A, n.º 161; *Caleffi*, *Arrêt* de 24 de Maio de 1991, Série A, n.º 206-B, e *Vocaturu*, *Arrêt* de 24 de Maio de 1991, Série A, n.º 206-C.

(36) Cfr. casos *Malone*, *Ashingdane*, *Lingens*, *Monell e Morris*, *Capuano*, *Brogan* e *Soering*.

(37) Frédéric Sudre, *loc. cit.*, pág. 107, afirma que o Tribunal atenuou sensivelmente a sua posição no caso *Soering*.

(38) Marc-André Eissen, *loc. cit.*, pág. 1556.

culmina, com o Protocolo n.º 9, com a consagração da situação do indivíduo como parte de pleno direito, numa igualdade efectiva com a Comissão e com os Estados partes⁽³⁹⁾.

Podem distinguir-se três grandes etapas nesta evolução: a primeira, até à entrada em vigor do novo Regulamento do Tribunal, a 1 de Janeiro de 1983; a segunda, depois desta data; a terceira, que será consagrada com a entrada em vigor do Protocolo n.º 9.

5.1. Se a possibilidade de um indivíduo solicitar a intervenção do Tribunal foi invocada em Maio de 1948, durante o Congresso europeu, e figurava no Projecto de Convenção elaborado em Julho desse ano pelo Movimento europeu, ela foi rejeitada durante os debates sobre o Projecto da Convenção, fundamentalmente porque se entendia que os interesses dos particulares sempre seriam defendidos, ou pela Comissão ou por um Estado⁽⁴⁰⁾.

Mas, quando o processo perante o Tribunal reveste um carácter contraditório, e uma vez que a Comissão não se apresenta na qualidade de parte litigiosa, fácil será constatar que o adversário real do Estado, o indivíduo, não poderá estar ausente⁽⁴¹⁾ se se pretender assegurar os princípios contraditórios, inerentes a toda a instância perante um órgão judiciário e não colocar em causa o próprio princípio de uma boa administração da justiça⁽⁴²⁾.

Quando apresentou o seu primeiro caso perante o Tribunal, a Comissão considerou que lhe cabia de certa maneira um papel de intermediário entre o requerente e o Tribunal, tudo isto com a finalidade de permitir ao Tribunal

(39) Hesita-se em falar de uma perfeita igualdade: a solicitação da intervenção do Tribunal pelo indivíduo está sujeita ao filtro de um Comité composto por três membros do Tribunal, enquanto os casos enviados ao Tribunal pela Comissão ou por um Estado serão sempre examinados pelo Tribunal. Cfr. o artigo 48.º, n.º 2, da Convenção, na redacção introduzida pelo Protocolo n.º 9.

(40) *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. IV, pág. 45.

(41) Mesmo se o processo perante o Tribunal conserva como objecto essencial o exame do seu caso, e mesmo se o artigo 50.º da Convenção o designa como a parte lesada a quem deve ser atribuída, em certas circunstâncias, uma reparação razoável.

(42) François Monconduit, *op. cit.*, pág. 512.

examinar o caso em condições conformes a uma boa administração da justiça e tendo em vista preservar o princípio do equilíbrio⁽⁴³⁾.

Na audiência no caso *Lawless* o Presidente Waldock afirmou: «la Commission est tout à fait disposée à reconnaître avec le Gouvernement que l'intention générale et l'effet de l'article 44 sont de dénier à un particulier tout droit de comparaître devant la Cour en tant que partie en cause», tendo no entanto acrescentado que o artigo 44.º não podia ser interpretado «comme refusant au particulier tout rôle dans l'instance devant la Cour ou tout contact avec celle-ci, appelée à trancher définitivement le cas que le concerne»⁽⁴⁴⁾.

O Tribunal aceitou que a Comissão tem o direito de lhe apresentar as considerações do requerente enquanto elementos adequados a esclarecê-lo; mais: «... la Cour peut encore entendre le requérant en vertu de l'article 38 de son Règlement, et qu'elle a encore le droit, à titre de mesure d'instruction, soit d'inviter d'office la Commission, soit d'autoriser celle-ci, sur sa demande, à lui soumettre les observations du requérant concernant le rapport ou toute autre question déterminée ayant surgi au cours des débats»⁽⁴⁵⁾.

A Comissão, nos termos do seu Regulamento interno de 1960 (artigo 76.º, de 1970 e de 1977 (artigo 61.º), uma vez apresentado o caso ao Tribunal, comunicava o seu relatório ao requerente que, se para tanto fosse convidado, podia apresentar-lhe as suas observações sobre o caso; em seguida, os Delegados da Comissão decidiam o destino a dar a estas observações⁽⁴⁶⁾.

Por outro lado, o artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento do Tribunal adoptado em 1950, previa que os Delegados da Comissão podiam, se assim o desejassem, fazer-se assistir por qualquer pessoa da sua escolha, nomeadamente o requerente ou um representante deste⁽⁴⁷⁾.

(43) François Monconduit, *op. cit.*, pág. 512.

(44) Caso *Lawless*, Série B, pág. 512.

(45) Série A, n.º 1, pág. 16. A importância do indivíduo no processo perante o Tribunal torna-se ainda mais evidente nas hipóteses relativas à sua desistência ou ao acordo amigável.

(46) O que foi alterado a partir do Regulamento de 1983.

(47) Cfr. também o artigo 63.º do Regulamento interno da Comissão: «Les délégués peuvent se faire assister de toute personne désignée par la Commission».

A Comissão utilizou pela primeira vez esta faculdade no caso *De Wilde, Ooms e Versy*⁽⁴⁸⁾; os Delegados da Comissão apresentaram-se na audiência com um advogado para os assistir; apesar da oposição do Governo belga, o Tribunal admitiu a intervenção do advogado.

Em seguida, esta prática tornou-se rotina, e mesmo os Governos vieram a aceitá-la pacificamente.

5.2. Contudo, este sistema de assistência aos Delegados da Comissão pelos representantes do requerente continuava a não responder às exigências que o carácter contraditório do processo perante o Tribunal postula, como o Tribunal e a Comissão sublinharam nos seus pareceres de 1974 sobre o Projecto de Programa a curto e médio prazos do Conselho da Europa no domínio geral dos Direitos do Homem.

Nos referidos pareceres, aqueles órgãos recomendavam a consagração do direito do requerente poder solicitar a intervenção do Tribunal e, devidamente assistido, de participar no processo como parte.

Na verdade, o requerente ou seu advogado apresentavam-se diante o Tribunal sob a tutela da Comissão, não podendo desenvolver com total autonomia a defesa das suas posições sobre o fundo do caso; por outro lado, a Comissão experimentava ela própria dificuldades, ao menos aparentes, quando pretendia conciliar o seu papel de assistência ao Tribunal, em toda a sua objectividade e imparcialidade, com a posição de intermediária entre o requerente e o Tribunal.

A partir de 1 de Janeiro de 1983, com a entrada em vigor do novo Regulamento do Tribunal, o requerente ganha um espaço de acção autónomo no processo, apresentando-se em relação directa com o Tribunal, sem necessidade da mediação da Comissão.

O carácter contraditório do processo reforça-se; é certo que a solicitação da intervenção do Tribunal continua confiada apenas à Comissão e aos Estados; mas desde a recepção do acto introdutivo, o *Greffier* do Tribunal envia um exemplar desta peça, não apenas aos Juízes, à Comissão e às Partes designadas no artigo 48.º da Convenção, mas ainda à pessoa física, à Organização não-governamental ou ao grupo de particulares que se tenham dirigido à Comissão nos termos do artigo 25.º da Convenção, acompanhado de uma cópia do relatório da Comissão, convidando-o a indicar, no prazo de

(48) *Arrêt* de 18 de Novembro de 1970, Série A, n.º 12, págs. 6 e segs.

duas semanas, se deseja participar no processo pendente no Tribunal e, na afirmativa, o nome e a direcção do seu representante⁽⁴⁹⁾.

O Presidente pode autorizar o requerente a assumir ele próprio a defesa dos seus interesses, se necessário, com assistência de um advogado ou de uma outra pessoa aceite pelo Presidente⁽⁵⁰⁾.

Se o indivíduo aceita participar directamente no processo, ele passa a estar associado à sua marcha e, por conseguinte:

- É notificado da composição da Câmara do Tribunal – artigo 35.º;
- Pode pedir medidas provisórias – artigo 36.º;
- Uma vez consultado pelo Presidente sobre a organização do processo, pode formular observações escritas, e receber do *Greffier* uma cópia de todas as peças apresentadas pelo Estado parte ou pela Comissão – artigo 37.º;
- É consultado sobre a data da abertura da fase oral – artigo 38.º; deve comparecer na audiência a fim de usar da palavra⁽⁵¹⁾ – artigos 39.º, e 46.º, n.ºs 1 e 2; responde às questões do Presidente e dos Juizes – artigo 44.º, n.º 1; e interroga as testemunhas, os peritos e outras pessoas ouvidas pelo Tribunal no âmbito da instrução do processo – artigo 44.º, n.º 2;
- Pode sugerir diligências de instrução – artigo 40.º;
- É consultado sobre a desistência ou arquivamento do processo – artigo 48.º, n.ºs 1 e 2;
- Pode reclamar a atribuição de uma «reparação razoável» – artigo 49.º;
- É informado da data e da hora da leitura do *Arrêt*, recebendo do *Greffier* uma cópia da decisão autenticada – artigo 54.º, n.ºs 1 e 4, este e aqueles do novo Regulamento do Tribunal⁽⁵²⁾.

(49) Cfr. o artigo 33.º do Regulamento do Tribunal.

(50) Artigo 30.º do Regulamento do Tribunal.

(51) O Presidente do Tribunal pode autorizar o requerente a utilizar uma língua não-oficial, ficando os custos da interpretação a cargo do Conselho da Europa – artigo 37.º, n.º 4, do Regulamento do Tribunal.

(52) Ver Marc-André Eissen, *loc. cit.*, pág. 1553, e Gérard Cohen-Jonathan, *op. cit.*, pág. 173.

5.3. Esquecendo pequenos privilégios⁽⁵³⁾, o indivíduo adquiriu um estatuto que confere à instância um carácter verdadeiramente contraditório.

Contudo, para que o princípio da igualdade de armas, tão claramente proclamado na Convenção, seja verdadeiramente respeitado, impunha-se fazer reviver a ideia inicial do Movimento europeu, reafirmada pelo Tribunal e pela Comissão em 1974: conferir ao indivíduo o direito de requerer a intervenção do Tribunal, com toda a autonomia, sem reservas ou condições e no mesmo plano de igualdade com a Comissão e os Estados⁽⁵⁴⁾.

A questão do reconhecimento do direito dos requerentes individuais de solicitarem a intervenção do Tribunal para os casos declarados admissíveis pela Comissão foi invocada em diversas circunstâncias, nomeadamente na Conferência ministerial sobre os Direitos do Homem que teve lugar em Viena, nos dias 19 e 20 de Março de 1985; por fim, no Terceiro Plano a médio prazo (1987-1991) do Conselho da Europa, este direito era mencionado entre as reformas que deviam ser estudadas.

Desta tarefa foi encarregado um Comité de peritos (o DH-PR) que, em Setembro de 1990, apresentou ao Comité Director para os Direitos do Homem um texto final; este texto, afinado por este Comité Director, foi em seguida apresentado ao Comité de Ministros que o veio a adoptar, tornando-se no Protocolo n.º 9, aberto à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa a 6 de Novembro de 1990, em Roma, durante a 87.ª sessão do Comité de Ministros, no quadro das celebrações do 40.º aniversário da assinatura da Convenção⁽⁵⁵⁾.

O Protocolo n.º 9 é um protocolo facultativo que entrará em vigor após a ratificação por dez Estados membros do Conselho da Europa⁽⁵⁶⁾.

(53) O requerente não pode suscitar uma excepção preliminar – artigo 47.º, n.º 1 –, como não pode solicitar a interpretação ou a revisão do acórdão – artigos 56.º e 57.º –, todos do Regulamento do Tribunal.

(54) O que acontece já no quadro do Tribunal europeu para imunidade dos Estados, criado pelo Protocolo adicional à Convenção europeia sobre a imunidade dos Estados. Ao instalar, em 28 de Maio de 1986, este Tribunal, o Presidente do Tribunal europeu dos Direitos do Homem, Wiarda, sublinhou a possibilidade, ali existente, duma solicitação directa dos particulares e o contraste entre os processos perante os dois Tribunais.

(55) Relatório explicativo do Protocolo n.º 9.

(56) Um ano após a abertura à assinatura, momento desta nota, ainda nenhum Estado tinha ratificado o Protocolo; sem pretender fazer futurologia, espera-se que o impulso que a

Consagrando o direito de o indivíduo solicitar a intervenção do Tribunal, o Protocolo n.º 9 emendou os artigos 31º, n.º 2, 44º e 45º, visando harmonizá-los com a nova redacção do artigo 48º da Convenção⁽⁵⁷⁾: um caso declarado admitido poderá agora ser enviado ao Tribunal também pela pessoa física, pela organização não-governamental ou pelo grupo de particulares que se tiver queixado à Comissão.

O requerente individual dispõe de um direito incondicional de solicitar a intervenção do Tribunal, mas um Comité de três membros, agindo em nome do Tribunal, poderá decidir que este não venha a examinar o caso⁽⁵⁸⁾.

Se o caso não suscita alguma questão grave relativa a interpretação ou aplicação da Convenção, ou se o caso não justifica, por outras razões⁽⁵⁹⁾, um exame pelo Tribunal, o Comité pode decidir, por unanimidade, que o caso não seja levado a Tribunal.

Se o caso não é levado a Tribunal, será examinado pelo Comité de Ministros, no quadro do artigo 32º da Convenção.

O requerente individual, desde que solicitou a intervenção do Tribunal, será colocado num plano de igualdade com o Estado em causa, no que diz respeito ao processo⁽⁶⁰⁾; parece-nos por outro lado que em caso de solicitação da intervenção do Tribunal por um Estado ou pela Comissão, o requerente que tenha exprimido o desejo de participar no processo deve gozar, no quadro deste, da mesma situação que o Estado e a Comissão⁽⁶¹⁾.

(continuação da nota 56)

adesão de novos Estados ao Conselho da Europa veio dar a este organismo, fazendo-o sair de uma certa letargia, possa em certa medida acelerar a entrada em vigor deste Protocolo, sobretudo se os novos Estados membros se apressarem a ratificá-lo.

(57) Cfr. as duas redacções do artigo 48.º da Convenção transcritas em anexo.

(58) Passa-se a seguir de perto o Relatório explicativo do Protocolo n.º 9. A instituição deste Comité, como órgão de filtragem, visa evitar um excesso de processos, com o consequente volume de trabalho para o qual o Tribunal não conseguiria responder adequadamente, o que seria contrário aos interesses da justiça.

(59) O facto de o Estado em causa indicar que aceita as conclusões a que chegou a Comissão no seu relatório, o facto de a reparação razoável poder ser regulada por uma Resolução do Comité de Ministros.

(60) Poderá, entre outros, suscitar uma excepção preliminar ou solicitar a interpretação do *Arrêt* — cfr. a nota n.º 54.

(61) Ainda que certas circunstâncias o possam impedir de assistir em pessoa ao processo (pensa-se nomeadamente na prisão), o requerente sempre poderá fazer-se representar.

Finalmente, importará recordar que o Protocolo n.º 9, ao reconhecer o direito de um indivíduo de solicitar a intervenção do Tribunal, não modificou o papel da Comissão; com efeito, a Comissão continuou com a sua função de assistência ao Tribunal, para além do direito de requerer a intervenção deste.

CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM

Artigo 48.º

Na condição de a Alta Parte interessada, se não houver mais do que uma, ou as Altas Partes Contratantes interessadas, se houver mais do que uma, estarem sujeitas à jurisdição do Tribunal, ou, no caso contrário, com o consentimento da Alta Parte Contratante interessada, se não houver mais do que uma, ou das Altas Partes Contratantes interessadas, se houver mais do que uma, o Tribunal pode ser solicitado:

- a) Pela Comissão;
- b) Por uma Alta Parte Contratante, quando a vítima for um seu cidadão;
- c) Por uma Alta Parte Contratante que tenha apresentado o caso perante a Comissão;
- d) Por uma Alta Parte Contratante que tenha sido demandada.

Artigo 48.º da Convenção na redacção do artigo 5.º do Protocolo n.º 9.

1. Na condição de a Alta Parte interessada, se não houver mais do que uma, ou as Altas Partes Contratantes interessadas, se houver mais do que uma, estarem sujeitas à jurisdição do Tribunal, ou, no caso contrário, com o consentimento da Alta Parte Contratante interessada, se não houver mais do que uma, ou das Altas Partes Contratantes interessadas, se houver mais do que uma, o Tribunal pode ser solicitado:

a) Pela Comissão;

b) Por uma Alta Parte Contratante, quando a vítima for um seu cidadão;

c) Por uma Alta Parte Contratante que tenha apresentado o caso perante a Comissão;

d) Por uma Alta Parte Contratante que tenha sido demandada;

e) Pela pessoa física, organização não-governamental ou grupo de particulares que apresentaram o caso perante a Comissão.

2. Se um caso foi enviado ao Tribunal apenas com base na alínea e) do número precedente, o caso é antes de mais submetido a um Comité composto por três membros do Tribunal. Fará parte do Comité, por inerência, o Juiz eleito em nome da Alta Parte Contratante ou, na sua falta, uma pessoa escolhida pela Alta Parte Contratante para actuar na qualidade de Juiz. Se a queixa foi introduzida contra mais do que uma Alta Parte Contratante, o número de Juizes será aumentado em consequência.

Se o caso não suscita nenhuma questão grave relativa à interpretação ou à aplicação da Convenção, e se ele não justifica, por outras razões, um exame pelo Tribunal, o Comité pode decidir, por unanimidade, que ele não será examinado pelo Tribunal. Nesta hipótese, o Comité de Ministros decide, nas condições previstas no artigo 32.º, se há ou não violação da Convenção.

(Tradução de nossa responsabilidade)

ESTUDOS

MARGARIDA ALMEIDA ROCHA

Jurista da Presidência do Conselho de Ministros

TELEVISÃO EUROPEIA SEM FRONTEIRAS

UMA PERSPECTIVA CULTURAL

INTRODUÇÃO

O decénio que agora termina assistiu a uma profunda alteração na paisagem audiovisual da Europa. Paralelamente ao limitado número de canais de televisão existentes surgiram novos serviços – a televisão por satélite, a distribuição por cabo, a televisão paga ou por assinatura.

Preocupação dos responsáveis pelos *media* e pelas indústrias de programas, a questão da alimentação destes novos canais passa naturalmente pelo substancial aumento da produção de programas nos países europeus e pelo estímulo ao desenvolvimento da actividade criadora e das artes⁽¹⁾, de modo a possibilitar resposta eficaz às solicitações da sociedade actual, estimulada pelos meios de comunicação de massas e pelo rápido desenvolvimento da tecnologia posta ao serviço desses meios.

1. A iniciativa da Comissão das Comunidades Europeias

Com o objectivo essencial de permitir a livre recepção e retransmissão, em todos os Estados membros, de emissões de radiodifusão, em particular de emissões de televisão, a Comissão das Comunidades Europeias submeteu ao Conselho de Ministros, em Abril de 1986, uma proposta de Directiva visando

(1) Cfr. Resoluções tomadas na 4.ª Conferência de Ministros Europeus da Cultura, realizada em Berlim em 1984.

a coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros relativas ao exercício da actividade de radiodifusão⁽²⁾.

Na perspectiva da realização, em 1 de Janeiro de 1993, de um “espaço sem fronteiras internas no qual seja assegurada a livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais”, a Directiva pretende promover, na Comunidade, a difusão de emissões de cada Estado membro, assegurar a liberdade de expressão, bem como a livre prestação de serviços de radiodifusão e a distribuição de programas produzidos na Comunidade e, bem assim, a criação de mercados de amplitude suficiente para incentivar e rentabilizar as produções de televisão nacionais e comunitárias.

Este instrumento constitui peça importante da política global da Comunidade quanto ao audiovisual, nele se articulando as políticas culturais, de informação e de promoção e integração europeia.

Nos *considerandos* que antecedem a proposta da Directiva, refere-se expressamente: “Ao permitir a um nacional de um Estado membro receber intactos, directamente ou por cabo, emissões provenientes de outros países, realiza-se uma interpenetração cultural base da autêntica Comunidade”.

Assim, suportar, política e financeiramente, a produção e distribuição por satélite de programas europeus, designadamente as respectivas coproduções, encorajar a produção de programas nacionais e respectivas indústrias audiovisuais, assegurando-lhes um lugar apropriado na distribuição de programas no interior da Comunidade e permitir aí a livre circulação de emissões, são aspectos que assumem importância fundamental para atingir os objectivos que a comunidade se propõe.

A Directiva prevê harmonização das legislações dos Estados membros nos seguintes domínios: produção de programas de televisão; sua distribuição pelos organismos de radiodifusão televisiva; publicidade radiodifundida e patrocínio; protecção da infância e juventude; lei aplicável às emissões de radiodifusão.

(2) A harmonização das legislações constitui uma das missões essenciais confiada à Comunidade. O artigo 100.º-A do Tratado estabelece:

“O Conselho, decidindo por maioria qualificada, sob proposta da Comissão em cooperação com o Parlamento Europeu e após consulta do Comité Económico e Social, estabelece as medidas relativas à harmonização de disposições legislativas, regulamentares e administrativas, dos Estados membros que tenham por objectivo o estabelecimento e funcionamento do mercado interno”.

1.1. *Enquadramento e delimitação do presente estudo*

O Direito de Autor, no caso de retransmissão de emissões por cabo, era também objecto de harmonização (cap. V), mas depois de quase três anos de viva polémica foi retirado da Directiva.

É objectivo do presente estudo evidenciar a incorrecção das posições da Comissão quanto a esta matéria, designadamente:

- Questão da qualificação do direito de autor como entrave à livre circulação de obras;
- Desajustamento das soluções propostas para ultrapassar eventuais (e nunca provados) entraves, reduzindo o direito de autor a simples direito a perceber uma remuneração;
- Contradição intrínseca da Directiva ao pretender promover a produção nacional, rentabilizá-la, defender os titulares de direitos de autor e de direitos conexos, remunerá-los de modo a incentivar a actividade criadora e ao mesmo tempo introduzir, no conjunto de regras que são o instrumento positivo desses incentivos, sistemas (licenças legais) que os podem inviabilizar.

Antes, porém, de examinar as questões que essencialmente me ocupam, importa referir brevemente os problemas suscitados pelo estabelecimento de uma televisão europeia, quer na sua vertente técnica (de que não tratarei) dominada pela necessidade de adoptar especificações técnicas comuns que facilitem a difusão de programas televisivos no conjunto do espaço comunitário, quer na sua vertente económica e política, isto é, a do mercado comum aplicado à difusão de imagens, a qual basicamente se reconduz à questão da competência comunitária em matéria de radiodifusão.

2. Competência comunitária em matéria de radiodifusão

Resultado das reflexões desenvolvidas a partir do *Livro Verde - Televisão sem Fronteiras* da Comissão, de Junho de 1984, a Directiva baseia-se no reconhecimento de que os meios oferecidos pelo Tratado que institui a CEE

para o estabelecimento do mercado comum da radiodifusão são, para além da coordenação das legislações nacionais, a aplicação directa das disposições do próprio Tratado, ainda que este não seja muito explícito em matéria audiovisual.

Algumas dúvidas se colocaram sobre se os organismos de radiodifusão⁽³⁾ estavam ou não sujeitos às regras do Tratado de Roma, atendendo a que são empresas de interesse público de carácter cultural relevando assim de um domínio que normalmente escapa àquelas regras.

O Tribunal de Justiça das Comunidades⁽⁴⁾ veio, todavia, a considerar que, sendo empresas económicas, os organismos encarregados da difusão de emissões sonoras e televisivas (organismos de radiodifusão no sentido do *Livro Verde*) estão sujeitos às disposições do Tratado sobre o direito de concorrência, pouco importando o estatuto público ou privado desses organismos.

A questão da natureza jurídica das emissões de televisão foi também debatida tendo o Tribunal⁽⁵⁾ decidido claramente que “na ausência de disposições expressas contrárias do Tratado, a mensagem televisiva deve ser considerada, pela sua natureza, como uma prestação de serviços”.

Restava, todavia, a questão de saber se as emissões de televisão, enquanto tais, constituem um serviço do género daqueles a que o Tratado se aplica⁽⁶⁾. O elemento decisivo consistiu em considerar que as emissões de televisão são normalmente pagas, pouco importando qual a fonte de financiamento.

Assim, e continuando a citar as conclusões do Tribunal no caso *Sacchi*, “a emissão de mensagens televisivas releva, enquanto tal, das regras do Tratado relativas à prestação de serviços. Todavia, as trocas relativas a quaisquer materiais, suportes de som, filmes, aparelhos e outros produtos

(3) A Directiva não define esta noção. Na Convenção Europeia sobre Televisão Transfronteiras, do Conselho da Europa, entende-se por radiodifusor a pessoa física ou moral que compõe serviços de programas de Televisão destinados a ser recebidos pelo público em geral e os transmite ou faz transmitir por terceiros na íntegra e sem nenhuma modificação.

(4) No caso *Sacchi* - Abril de 1974.

(5) Igualmente no caso *Sacchi*.

(6) O artigo 60.º do Tratado estabelece:

“São consideradas como serviços as prestações fornecidas normalmente contra remuneração”.

utilizados para a difusão de mensagens televisivas são submetidas às regras relativas à livre circulação de mercadorias”.

Por consequência, são aplicáveis aos materiais audiovisuais e às emissões de televisão as regras do Tratado que garantem a livre circulação de produtos e a livre prestação de serviços.

Sendo embora um “serviço” no sentido do Tratado de Roma, a radiodifusão possui uma outra dimensão inerente à sua função cultural e política: ela é, antes de tudo, o meio mais eficaz de encorajar e desenvolver a cultura nacional, instrumento privilegiado da identidade nacional. Por esta razão torna-se necessário verificar, em cada caso concreto, se é o elemento “serviço” que predomina ou se é o elemento cultural como factor de coesão nacional. Na verdade, se as emissões de televisão se incluem entre as prestações de serviços, certo é que, incluindo obras protegidas pelo direito de autor, relevam do domínio cultural, o qual impõe limites às consequências da aplicação do Tratado de Roma.

Esta visão do problema transparece claramente na apreciação do caso *Coditel-Cine Vog*, amplamente citado no *Livro Verde*, quando o Tribunal das Comunidades Europeias considerou que “se o artigo 59.º do Tratado proíbe restrições à livre prestação de serviços, não visa por esse meio limitar o exercício de certas actividades económicas que decorrem da aplicação das legislações nacionais sobre a protecção da propriedade intelectual”.

Por outro lado, em matéria de direito de autor, como de qualquer outro direito de propriedade, há que respeitar o prescrito no artigo 222.º do Tratado, que dispõe:

“O Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados membros”.

Todavia, a jurisprudência do Tribunal veio esclarecer que “a distinção subjacente ao artigo 36.º, entre a existência de um direito reconhecido pela legislação de um Estado membro em matéria de protecção de propriedade artística e intelectual, que não pode ser afectada pelas disposições do Tratado, e o seu exercício quando este possa constituir uma restrição⁽⁷⁾ ao comércio

(7) O artigo 36.º visa a eliminação das restrições quantitativas entre os Estados membros. O termo “restrição”, quando empregue no quadro da circulação de serviços, deve ser substituído por “entrave”.

entre os Estados membros, vale igualmente quando esse direito se exerce no quadro da circulação de serviços”.

Esta asserção do Tribunal não resiste a uma análise aprofundada da própria natureza do sistema de protecção conferido pelo direito de autor, construído como o nosso e como o de quase todos os países europeus, sobre o conceito de direito exclusivo.

3. O conceito de direito exclusivo. Seu acolhimento na lei portuguesa sobre direito de autor

O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos ao determinar no seu artigo 9.º o conteúdo do direito de autor, estabelece no n.º 1 que ele “abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais”, precisando no n.º 2 que “no exercício dos direitos de carácter patrimonial o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente”. Segundo o artigo 67.º, esse direito exclusivo compreende as faculdades de divulgar, publicar e explorar economicamente a obra, garantindo-se as vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração.

Os interesses patrimoniais do autor são preservados reservando-lhe a exploração da sua obra de qualquer maneira e sob qualquer forma, “pertencendo em exclusivo ao titular do direito de autor a faculdade de escolher livremente os processos e as condições de utilização e exploração da obra (artigo 68.º, n.º 3).

Em consequência, o conteúdo da vertente patrimonial do direito de autor é, essencialmente, o direito exclusivo de autorizar ou proibir a utilização das obras por terceiros, autorização essa submetida a remuneração.

A lei do direito de autor, construída como a nossa sobre o conceito de direito exclusivo, protege fundamentalmente o acto de disponibilidade da actividade criadora. Está em causa que o autor se disponha a utilizar ou a permitir a utilização de algo que lhe é próprio; está em causa, no fundo, a sua capacidade de criar e a vontade de pôr à disposição o produto da criação. A remuneração é uma decorrência, é a consequência lógica da entrada da obra em circulação. A remuneração só tem lugar porque antes se exerceu o direito de autorizar a utilização do produto da criação.

O direito exclusivo é o próprio coração do direito de autor; aquilo que essencialmente se protege é algo de profundamente humano, é a ligação da pessoa à sua obra, é a dignidade dessa ligação.

Quando se limita o exercício do direito de autor na parte que constitui a sua própria substância – direito de autorizar ou proibir a utilização da obra, reduzindo-o ao direito de perceber uma remuneração equitativa pela utilização (não autorizada), suprime-se aquilo que do direito é essencial.

Existência e exercício do direito de autor são indissociáveis, de tal modo que, limitado o exercício, é a própria existência do direito que fica em causa.

Assim, a asserção do Tribunal de Justiça das Comunidades, relativa à distinção subjacente ao artigo 36.º do Tratado, não faz sentido porque em matéria de direito de autor não é possível continuar a afirmar a existência do direito se, através da limitação do exercício, se puser em causa o seu próprio cerne – direito exclusivo – dele restando apenas o que é acessório – a remuneração, a qual, afinal, pressupõe o pleno exercício do direito.

O esquema da lei interna é grandemente determinado pelas regras genéricas impostas pelos instrumentos internacionais sobre direito de autor.

As duas grandes Convenções sobre a matéria são a Convenção de Berna para a protecção de obras literárias e artísticas, assinada em 1886, à qual Portugal aderiu pelo Decreto com força de lei de 18 de Março de 1911, e a Convenção Universal sobre Direito de Autor, concluída e assinada em Genebra em 1952, da qual Portugal foi um dos países signatários, tendo-a ratificado por resolução da Assembleia Nacional de 11 de Maio de 1956.

Importa agora analisar o quadro legal resultante dos dispositivos convencionais, designadamente no que se refere à radiodifusão.

4. A questão das licenças obrigatórias e o artigo 11.º-bis da Convenção de Berna

O sistema de protecção conferido pelo direito de autor assente no princípio do direito exclusivo tem sofrido nesta última década algumas perturbações decorrentes dos avanços tecnológicos no domínio da comunicação.

A vaga tecnológica criou oportunidades a uma escala sem precedentes nos domínios da difusão e da reprodução das obras e das prestações e confrontou os autores e os intérpretes com novas ameaças. A possibilidade de

comunicar a obra ao público simultaneamente em áreas geográficas cada vez mais largas, faz intervir interesses nacionais que dificilmente se compatibilizam com os do autor.

A multiplicação de canais de difusão determina a necessidade de os alimentar recorrendo à utilização massiva de obras protegidas e impõe a sua criação constante.

Surge assim, naturalmente, o conflito entre os utilizadores dos novos canais que pretendem um acesso amplo e barato às obras e às prestações e os titulares dos direitos, que pretendem controlar o uso que se faz das suas criações e daí tirar proveito.

Em consequência deste conflito, temos vindo a assistir ao desenvolvimento de uma certa tendência para, em nome do interesse público, legitimar a utilização das obras independentemente do consentimento do autor, desde que a este seja assegurada uma remuneração equitativa.

Somos assim conduzidos à grande questão subjacente às discussões no seio das organizações internacionais que destes assuntos se têm ocupado – a questão da introdução, nas legislações nacionais, de um sistema de licenças legais, questão essa que foi o “pomo da discórdia” dos debates, em Bruxelas, sobre a Directiva.

Vejamos como o problema se coloca, no que se refere especialmente à radiodifusão.

O artigo 11.º-*bis*, alínea 1), da Convenção de Berna, reconhece aos autores de obras literárias e artísticas o direito exclusivo de autorizar, além da radiodifusão e actividades análogas, “toda a comunicação ao público por cabo ou por retransmissão de uma difusão da obra, quando é realizada por entidade diferente da inicial”.

Todavia, o artigo 11.º-*bis*, alínea 2), estabelece que compete às legislações dos países da União de Berna regular as condições de exercício dos direitos referidos supra, mas essas condições terão um efeito estritamente limitado ao país que as tiver estabelecido. Elas não poderão, em nenhum caso, atingir o direito moral do autor, nem o direito que lhe pertence de obter uma remuneração equitativa fixada, na falta de acordo amigável, pela autoridade competente.

Esta disposição implica que o direito exclusivo conferido ao autor, em matéria de radiodifusão das suas obras, possa ser limitado ou anulado se as legislações nacionais previrem um sistema de licenças não-voluntárias.

Segundo este sistema, as obras protegidas podem ser livremente utilizadas, desde que o utilizador pague uma quantia fixada por acordo ou pela

autoridade competente, a qual é destinada a um organismo designado por essa autoridade, e é repartida segundo regras fixadas por ela. Na prática, este mecanismo substitui a faculdade que o titular tem de se opor à radiodifusão além-fronteiras, por um direito a uma justa remuneração, a qual, em certos casos; assume a qualidade de mera indemnização.

Não é pacífica a questão da compatibilidade entre o artigo 11.º-*bis* e as licenças não-voluntárias, a qual se reconduz, *prima facie*, à avaliação do grau de liberdade dada aos legisladores nacionais neste domínio pela citada disposição. E aqui dois entendimentos são possíveis:

Há quem entenda, correctamente, adiantando já, que a legislação nacional só pode regular as condições de exercício de um direito exclusivo sem o negar. Apenas se permite velar para que as actividades de radiodifusão ou de distribuição por cabo não sejam comprometidas por desacordo entre titulares de direitos e utilizadores. O legislador pode contribuir para que as partes cheguem a acordo quanto à autorização para a retransmissão e, em caso afirmativo, seguir-se-á um processo negociado de fixação do preço.

Outros há que entendem ser a liberdade concedida às legislações nacionais muito ampla; o sistema nacional é compatível com a Convenção desde que os autores não sejam privados nem dos seus direitos morais nem do direito a receber uma remuneração justa. O legislador nacional pode, desde logo, privar os autores dos seus direitos exclusivos.

O alcance a dar à possibilidade deixada aos legisladores nacionais de determinar as condições de exercício dos direitos exclusivos, previstos no artigo 11.º -*bis*, pressupõe a opção entre as licenças voluntárias e o sistema de licenças não-voluntárias.

No quadro do exercício normal do direito de autor, as autorizações necessárias para qualquer retransmissão – que efectuada por organismo diverso do de origem, constitui uma segunda utilização para a qual o autor não deu autorização – são dadas sob a forma de contrato livremente negociado. Não se vê razão para abandonar este sistema, só porque aumentou o número de titulares de direito envolvidos. Aliás, é sempre possível a estes negociar com os organismos de origem as condições de exibição das suas obras e, simultaneamente, os termos em que aqueles organismos se devem considerar mandatados para autorizar ulteriores utilizações pelos distribuidores por cabo.

As instâncias internacionais que se têm ocupado das questões de direito de autor ligadas à radiodifusão, designadamente a OMPI, a UNESCO e o Conselho da Europa, através do Comité de Peritos Jurídicos em matéria de *media*, são unânimes em considerar que o recurso às licenças não-voluntárias só é legítimo no limite da verdadeira e provada impossibilidade de funcionamento do sistema voluntário. A introdução daquelas licenças, por privar o autor do exercício do direito exclusivo de autorizar ou proibir a utilização da obra, constitui um atentado à substância do direito de autor, de tal modo que é a própria existência deste que fica em causa.

Instituído um tal sistema, poder-se-á continuar a falar em direito de autor?

Toda esta polémica não é meramente académica. Tem, ao contrário, relevantes efeitos práticos. Se a Directiva viesse a ser aprovada tal como a Comissão a propôs, a recepção dos seus dispositivos no nosso direito interno geraria graves problemas por colidirem em geral com o nosso sistema de protecção assente no direito exclusivo e, em particular, com os artigos 149.º, n.º 1, e 153.º, n.º 3, do Código, que estabelecem: “Depende de autorização do autor a radiodifusão sonora ou visual da obra, tanto directa como por retransmissão, por qualquer modo obtida”.

“A transmissão efectuada por entidade diversa da que obteve a autorização para radiodifundir, quando se faça por cabo ou por satélite, e não esteja expressamente prevista naquela autorização, depende do consentimento do autor e confere-lhe o direito a remuneração”.

5. Proposta inicial da Comissão quanto ao direito de autor

Estabelecido o quadro legal interno e convencional, é tempo de fazer uma rápida apresentação da proposta de Directiva sobre radiodifusão além-fronteiras dentro do espaço comunitário.

Tendo dado como adquirido, embora sem nunca ter conseguido provar, que o direito de autor constitui entrave à livre circulação de emissões radiodifundidas, a Comissão das Comunidades Europeias pretende instituir o recurso a licenças legais, sempre que, decorrido um prazo razoável, o distribuidor ou cabo não obtenha do titular de direito a autorização necessária para retransmitir.

Os fundamentos desta imposição constam dos considerandos que antecedem o articulado da Directiva, nos quais se pode ler: “Ao mesmo tempo que assegura a livre circulação das emissões, a Comunidade deve assegurar o respeito dos direitos de autor e dos direitos conexos, sendo geralmente admitido que este resultado deve de preferência ser obtido através de acordos livremente concluídos entre as diferentes partes interessadas, isto é, pela via contratual”. Acrescenta-se que “na ausência de qualquer acordo, se o distribuidor por cabo tiver manifestado o desejo de retransmitir um programa proveniente de outro Estado membro, deve ser assegurado o equilíbrio entre os interesses em presença através de um sistema de licenças legais que ofereça uma justa remuneração a estabelecer pelo Estado membro em causa”.

Daqui se conclui que, entendendo a Comissão que o sistema meramente voluntário é “uma das vias” capazes de assegurar o respeito dos direitos de autor e dos direitos conexos, encara o sistema não-voluntário como meio idóneo de garantir aquele objectivo. Por outro lado, a alegada preferência por aquele sistema voluntário é desmentida na prática quando se admite que, em caso de desacordo, a salvaguarda do equilíbrio de interesses se traduz na satisfação da pretensão do distribuidor com completa preterição do direito exclusivo, isto é, basta que este pretenda retransmitir para que, decorrido certo prazo, o possa fazer à custa da redução do direito de autor ao direito a perceber uma remuneração justa.

A filosofia que subjaz a esta proposta de Directiva está em completa contradição com o espírito que presidiu à Conferência de Roma a qual, em 1928, reviu a Convenção de Berna e lhe acrescentou as disposições do artigo 11.º-*bis* acima analisadas, assentando no pressuposto de que nenhum país pudesse introduzir restrições ao direito exclusivo de radiodifusão “sem que previamente tivessem surgido dificuldades inultrapassáveis ao exercício desse direito”. A licença não-voluntária só poderia aplicar-se em último caso, quando a distribuição simultânea das emissões não pudesse ser assegurada por um sistema de licenças contratuais fundado no direito exclusivo.

Recentemente, o Comité de peritos governamentais sobre obras audiovisuais, reunido em 1988, admitiu que o regime de licenças não-voluntárias não deveria, em nenhum caso, ser autorizado quanto às obras audiovisuais, dado que poderia causar grave prejuízo aos interesses legítimos dos titulares de direitos que pretendam outras utilizações das mesmas obras.

No que respeita aos direitos conexos dos radiodifusores sobre as suas emissões, o Acordo Europeu de Protecção de Emissões Televisivas de 1960 concede aos organismos de televisão europeus (o Acordo é um instrumento

regional) uma protecção que vem juntar-se àquela que já é assegurada pela Convenção de Roma – Convenção Internacional para protecção dos artistas intérpretes e executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, uma vez que esta, ao contrário daquele, não cobre as transmissões por cabo.

De acordo com o protocolo adicional de 1983, nenhum Estado poderá, a partir de 1 de Janeiro de 1990⁽⁸⁾, continuar ou tornar-se parte do Acordo sem ser igualmente parte da Convenção de Roma.

Segundo este Acordo, os organismos de televisão podem fazer valer os seus direitos contra terceiros, designadamente os distribuidores por cabo, isto é, podem negociar as diferentes utilizações das suas emissões, podem por isso rentabilizar as produções e contribuem para desenvolver as indústrias de programas.

Na proposta de Directiva, a Comissão não hesitou em pedir a denúncia deste Acordo de que fazem parte todos os Estados membros, à excepção de Portugal, por ser incompatível com o sistema generalizado de licenças não-voluntárias (que o Acordo não comporta) preconizado como solução no domínio da distribuição por cabo de emissões provenientes de outros países do Mercado Comum, debilitando deste modo a posição dos radiodifusores pelo abandono de um tão importante quadro de protecção.

Esta imposição da denúncia do Acordo de 1960 é tão chocante como desnecessária. De facto, o artigo 3.º deste instrumento prevê a designação de um órgão que se poderá pronunciar nos casos em que o direito de distribuição tiver sido recusado arbitrariamente pelos radiodifusores ou concedido em condições excessivas, isto é, evita-se o uso abusivo do direito exclusivo que poderia pôr em causa as negociações tendentes a obter autorização.

6. Análise dos problemas técnico-jurídicos suscitados

Durante os quase três anos de discussão da proposta de Directiva foram abordadas inúmeras questões de ordem técnico-jurídica das quais relevam as seguintes:

(8) Se o novo protocolo adicional for assinado até 31 de Dezembro de 1989, este prazo será prorrogado até 1995.

a) *Distinção entre “retransmissão por cabo” e “Programas próprios distribuídos por cabo”*

“Programas próprios distribuídos por cabo” são aqueles que não provêm de uma emissão de radiodifusão, ou se provêm de uma emissão, a distribuição por cabo não lhes é simultânea.

A distribuição destes programas deve ser considerada como uma comunicação por fio ao público, exige a autorização do autor e quanto a ela rege o artigo 11.º da Convenção de Berna, não sendo assim possível instaurar, neste caso, licenças não-voluntárias.

A “retransmissão por cabo” circunscreve-se à distribuição por cabo de um programa radiodifundido simultaneamente à emissão desse programa e sem sofrer nenhuma modificação, efectuada por um organismo diferente⁽⁹⁾ do organismo de origem.

b) *Condições em que a “retransmissão por cabo” pode ser relevante para aplicação do artigo 11.º-bis, alínea 1), da Convenção de Berna.*

Segundo o artigo 11.º-bis, alínea 1), da Convenção de Berna, “os autores (...) gozam do direito exclusivo de autorizar (...) toda a comunicação pública quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem”.

Importa determinar as condições em que a retransmissão por cabo é relevante para aplicação desta disposição da Convenção de Berna. Para tanto, é necessário saber quais os critérios que permitem distinguir uma operação de comunicação pública (artigo 11.º-bis), de uma simples operação de recepção não submetida ao regime do direito exclusivo. É já pacífico na doutrina⁽¹⁰⁾ que “é a transmissão que é submetida ao direito de autor e não a sua recepção”.

(9) A distribuição por cabo de programas radiodifundidos retransmitidos pelo organismo de radiodifusão de origem não faz intervir o direito exclusivo de comunicação pública do autor e não requer uma nova autorização deste.

(10) Cfr., entre outros, o Prof. M. Dittrich em *Le Droit d'Auteur*, Outubro de 1982. Esta matéria foi retomada aquando da elaboração do Protocolo Adicional à Convenção Europeia sobre Televisão Transfronteiras, do Conselho da Europa, a que nos referiremos adiante.

A partir do artigo 11.º-*bis* haverá que determinar a origem do direito que os autores podem extrair desse dispositivo, quando da utilização das suas obras incluírem em programas radiodifundidos e distribuídos por cabo.

As divergências quanto a esta questão centram-se nos conceitos de “comunicação pública” e de “outro organismo”, sobre os quais o artigo 11.º-*bis* se apoia. Entendem alguns que toda a distribuição por cabo passiva e simultânea é uma “comunicação pública” de uma emissão radiodifundida. Para que o direito de autor nasça é necessário e suficiente que a distribuição seja feita por “outro organismo” distinto, que se interpõe entre o radiodifusor e o público que recebe por cabo, não havendo assim que indagar se aquela distribuição serve ou não um “novo público”, o qual se somaria àquele que normalmente é servido por receptores domésticos que captam as ondas hertzianas emitidas pelo organismo de radiodifusão de origem – a chamada “zona de recepção directa”.

Os peritos desta matéria têm chegado à conclusão que “a distribuição por cabo de programas de rádio ou de televisão é efectuada para um público diferente (ainda que possa ser, em parte, o mesmo) daquele que a emissão pode alcançar”. Por esta “diferença” de público, e sendo certo que radiodifusão e distribuição por cabo são dois actos de comunicação distintos, esta última é uma comunicação ao público, no sentido que este termo tem segundo a legislação do direito de autor.

Entendem outros que não há comunicação pública na situação em análise, pelo menos quando o sistema por cabo serve a “zona de recepção directa” (zona na qual a recepção é possível, de modo satisfatório, com uma antena individual), caso em que se verifica apenas um auxílio à recepção. E porque apenas se facilita a recepção pelos utentes de programas de televisão já autorizados para o radiodifusor que solicitou e obteve, mediante remuneração, a permissão do autor para radiodifundir a sua obra, o cabo distribuidor não realiza nenhuma operação sujeita ao direito de autor. Por outro lado, não parece razoável que aquele receba uma dupla remuneração por um mesmo serviço.

Estes, os dados do problema. Resta tomar decisões quanto a saber:

- 1) É ou não possível o aparecimento, para os autores, de um direito distinto do de autorizar ou controlar a radiodifusão das obras, o qual é oponível aos distribuidores por cabo quando estes efectuem uma distribuição passiva e simultânea de programas televisivos?

Tem sido a opinião dominante que, dentro de certos limites e condições, a distribuição mesmo passiva e simultânea é uma comunicação distinta da radiodifusão e passível, enquanto tal, de um direito específico, pelo menos em relação aos titulares de direitos de autor a título originário, e aos direitos dos organismos de radiodifusão baseados no Acordo Europeu de 1960.

- 2) Se este direito distinto for admitido, poder-se-á traçar uma fronteira entre o seu campo de aplicação e o direito de radiodifusão, por um lado, e a recepção de programas, por outro?

A determinação da fronteira, isto é, das condições exigíveis para criar um direito de autor, “produzido” sobre a distribuição por cabo, distinto do de autorizar a radiodifusão de origem, pressupõe a distinção entre radiodifusão e distribuição por cabo e a possibilidade de dissociar esta da recepção.

Quer isto dizer que se a intervenção de um terceiro organismo é condição para gerar um direito específico de autor em relação à distribuição por cabo, não deixa contudo de ser necessário traçar a referida fronteira tendo em atenção o número de assinantes, a distância destes da antena central e a importância das instalações técnicas dessa antena.

Quando se constata que o cabo distribuidor deve ser considerado como “outro organismo” diferente do radiodifusor original e atendendo à distinção entre emissão (comunicação) e recepção, essencial para a interpretação do artigo 11.º-*bis*, determinar-se-á se o acto realizado por aquele deve ser qualificado como comunicação por cabo, ou como simples operação de recepção, caso em que nada impedirá os Estados de se referirem à zona de recepção “como critério de demarcação entre as duas noções”.

c) Conteúdo da noção “consentimento do autor”

O conceito “consentimento do autor” gerou, durante os trabalhos de Bruxelas, alguma confusão, por o seu alcance não se encontrar, de início, perfeitamente definido. Tal facto possibilitou o seu uso para referir realidades completamente distintas escondendo, sob a aparência de acordo, reais divergências.

A sua importância justifica uma referência mais detalhada.

Para aplicação do artigo 11.º-*bis* da Convenção de Berna, está em causa que uma emissão já permitida quanto ao organismo de origem seja de novo

submetida ao regime do direito de autor, quando um intermediário se interpõe ao nível da sua distribuição, desde que esta deva ser considerada como comunicação pública (e não operação de simples recepção). E porque o distribuidor, nestes casos, faz da obra uma segunda utilização, actuando de modo semelhante ao organismo de origem, não há lugar a uma dupla remuneração, mas tão-só a duas remunerações por duas utilizações.

Este entendimento é explicado com muita clareza no artigo de Victor Hazan publicado na revista *Le Droit d'Auteur*, de Maio de 1984: – “A transmissão por cabo é um direito de usufruir o programa, o qual não foi conferido ao cabo distribuidor. Este último pode usufruí-lo se pagar uma remuneração correspondente exclusivamente à possibilidade real de utilizar a obra. É apenas a partir do momento em que o distribuidor por cabo se arroga o direito de utilizar a obra de outra maneira, isto é, de a retransmitir, que se faz dela um uso para o qual o autor não deu o seu consentimento”.

É importante sublinhar que o “consentimento do autor” não se resume apenas à componente económica de fixação do preço. Deve-se atender a outras componentes que apenas ao autor cabe definir, invocáveis para justificar a recusa de autorização para determinada retransmissão por cabo.

d) “Regime voluntário” consistindo na aquisição de direitos por contrato

A ausência de clareza na definição do conteúdo dos conceitos gerou também divergências de fundo quanto à questão do “regime voluntário”.

Como já referi, a proposta de Directiva dá preferência, num primeiro momento, a este regime entendendo-o, todavia, como “meio de adquirir direitos por contrato”. Tal entendimento é uma contradição nos seus termos.

Em matéria de direito de autor não se pode chamar voluntário àquele regime que, utilizando embora a via contratual, tenha como objectivo a aquisição de direitos. Dizer que o autor é livre de negociar a obrigação de autorizar a retransmissão, não faz sentido. Introduzem-se no regime dito voluntário medidas vinculativas que o põem em causa. Confunde-se, talvez não inocentemente, o “regime voluntário” com a “utilização da via contratual”. O primeiro pressupõe a segunda, mas esta não esgota aquele.

O essencial daquele regime voluntário consiste em conceder ao autor a possibilidade de autorizar ou proibir a retransmissão (2.ª utilização), entendendo-se que, quando autoriza, se segue um processo livremente negociado de fixação de preço. Em caso algum se poderá entender que o autor

é obrigado a autorizar sempre a retransmissão, cabendo-lhe apenas a fixação contratual do preço nos casos em que esta é possível.

Resumindo:

Apenas o sistema voluntário permite assegurar o respeito pelo direito de autor; ou este é configurado como direito de autorizar ou proibir, ou não se está já a falar em direito de autor.

7. Em síntese

O quadro descrito nos números precedentes é bem elucidativo do modo redutor como a Comissão das Comunidades Europeias encarava⁽¹¹⁾ esta matéria.

A pretexto de conseguir o objectivo livre circulação de emissões televisivas, faz tábua rasa do direito exclusivo, descaracteriza o direito de autor a ponto de o negar, sem curar de saber se aquele objectivo poderá ser conseguido (tem-no sido) dentro do quadro normal de protecção. Dir-se-ia que a Comissão estava mais interessada na instituição a todo o custo de licenças não-voluntárias, do que em ultrapassar os alegados entraves que, supostamente, a invocação do direito de autor provoca à livre circulação.

Questão fulcral subjacente a todo o capítulo V da Directiva, a tentativa de instituir licenças não-voluntárias⁽¹²⁾ foi repudiada por todos os Estados membros com os seguintes argumentos:

- 1.º Não está provado que o exercício do direito de autor represente um entrave à livre circulação de programas radiodifundidos;
- 2.º O normal exercício dos direitos de propriedade intelectual não restringe o livre intercâmbio estabelecido pelo artigo 59.º do Tratado de Roma mais do que o normal exercício de qualquer outro direito de propriedade;

(11) A evolução posterior evidencia já uma visão mais consentânea com a verdadeira dimensão da radiodifusão.

(12) A Comissão Jurídica do Parlamento Europeu chegou a propor a substituição das licenças obrigatórias pela arbitragem obrigatória. Não sendo esta senão um disfarce daquelas, foi igualmente repudiada.

- 3.º A negação do exercício do direito de autorizar ou proibir a utilização das obras, cerne do direito de autor, significa uma séria ofensa à substância do direito de tal modo que a sua existência fica em causa;
- 4.º A redução do direito de autor a simples direito a perceber uma remuneração equitativa representa a sua própria negação;
- 5.º É mecanismo desconhecido pela quase totalidade das legislações nacionais dos Estados membros, assentes na concepção do direito de autor como direito exclusivo;
- 6.º Introduce nas leis internas dos Estados membros um elemento perturbador porque incompatível com os respectivos sistemas de protecção;
- 7.º É incompatível com o artigo 11.º-*bis* da Convenção de Berna a que pertencem todos os Estados membros;
- 8.º Cria, dentro da Europa, indesejáveis fronteiras entre os Estados membros da CEE, obrigados ao acatamento da Directiva, e os restantes países europeus não vinculados à aceitação das suas teses redutoras.

Finalmente, ainda que alguma necessidade houvesse de utilizar um sistema não-voluntário para ultrapassar reais obstáculos, sempre seria imprescindível ponderar sobre se o objectivo “livre circulação” justificaria a negação do direito.

E não é dispicienda uma reflexão sobre a contradição que consiste em proclamar o objectivo de promover a produção audiovisual europeia, e ao mesmo tempo reduzir a ponto de negar os direitos dos que alimentam e desenvolvem essa produção. Os fins propostos pela Comissão só serão conseguidos através da defesa intransigente dos autores, fonte de criação que importa preservar.

O direito de autor, entendido como direito exclusivo, é o instrumento privilegiado da política cultural que se pretende levar a cabo no espaço comunitário.

8. A iniciativa do Conselho da Europa

A viva controvérsia sobre o futuro da televisão na Europa acentuou o importante papel que o Conselho da Europa já vinha desempenhando como pólo aglutinador da reflexão sobre a política de comunicação social.

O aparecimento do *Livro Verde* da Comissão sobre a criação de um Mercado Comum da Televisão alertou alguns Estados membros para os inconvenientes da adopção, restrita ao espaço comunitário, de regras relativas a domínios cuja especificidade e implicações culturais as exigiam de aplicação tão abrangente quanto possível.

Por iniciativa do Conselho da Europa, realizaram-se duas conferências ministeriais europeias sobre a política de comunicação de massas – Dezembro de 1986, em Viena, e Novembro de 1988, em Estocolmo.

Os ministros participantes decidiram, na primeira dessas conferências, “conceder a maior prioridade e no mais curto prazo possível, à elaboração, no quadro do Conselho da Europa, de instrumentos jurídicos com força obrigatória sobre certos aspectos essenciais da radiodifusão além-fronteiras.

Assim, no seguimento da Conferência de Viena os peritos governamentais dos Estados membros começaram a elaborar uma Convenção Europeia sobre televisão além-fronteiras cujos dispositivos, em parte comuns aos da Directiva da CEE, visam assegurar o desenvolvimento harmonioso de serviços de programas de televisão transfronteiras.

O desenvolvimento técnico em matéria de radiodifusão por satélite de que resultou a diluição da diferença entre satélites de radiodifusão directa (RDS) e satélites de serviço fixo (SFS) evidenciou a necessidade de uma nova reflexão sobre o tratamento jurídico da radiodifusão por satélite, no que respeita ao direito de autor e aos direitos vizinhos.

Entendeu-se, assim, regular esta matéria por um conjunto de princípios, corporizados em Protocolo Adicional à Convenção Europeia, através dos quais se pretende assegurar o respeito pelo direito de autor e direitos vizinhos aquando da transmissão por satélite de obras e prestações protegidas.

9. Protocolo Adicional sobre direito de autor e direitos vizinhos no quadro da radiodifusão transfronteira por satélite⁽¹³⁾

Com o intuito de adequar as funções jurídicas à realidade tecnológica e, ao mesmo tempo, tomar posição quanto a certos pontos controvertidos, formularam-se alguns princípios dos quais resulta essencialmente que:

(13) Desenha-se já a tendência para autonomizar este Protocolo Adicional, transformando-o em Convenção Europeia com o mesmo objecto.

- Em certas condições a transmissão por SFS é assimilada à transmissão por RDS;
- Se considera radiodifusão por satélite, o acto único de emissão com vista à recepção directa pelo público em geral;
- É aplicável a lei do Estado no território do qual se situa a origem da transmissão;
- Os direitos relativos às obras são adquiridos por via contratual;
- Os titulares de direitos vizinhos são protegidos em conformidade com as disposições pertinentes da Convenção de Roma;
- A retransmissão simultânea, integral e sem modificação, quer por satélite, quer por cabo, das emissões por satélite não é abrangida pelo Protocolo Adicional.

Importa agora examinar as questões que concretamente se colocam neste domínio, bem como o fundamento das soluções preconizadas.

a) Noção de radiodifusão

Sendo uma comunicação pública (difusão para fins de recepção pelo público) efectuada por meio de um sistema sem fio, a RDS configura um tipo de radiodifusão coberto por esta noção tal como é entendida nas Convenções relativas ao direito de autor e aos direitos vizinhos. Em consequência, os titulares de direitos sobre as obras radiodifundidas por estes satélites gozam dos mesmos direitos que nos casos de uma radiodifusão tradicional (por estações terrestres).

Por definição, os sinais transmitidos por SFS não são destinados a ser recebidos directamente pelo público (ao contrário do que sucede com a RDS).

É necessário que uma estação terrestre ou um sistema de cabo os receba e os transforme de modo a torná-los directamente acessíveis ao público.

Os avanços tecnológicos alteraram a situação, de modo que é possível ter acesso a esses sinais com o auxílio de equipamentos de recepção de uso corrente pelo público. Nestes casos convém, para fins de protecção do direito de autor e dos direitos conexos, considerar a difusão desses sinais não como uma transmissão por satélite de serviço fixo mas como uma transmissão por satélite de radiodifusão directa.

As dúvidas sobre se o direito da radiodifusão abrange a transmissão de obras audiovisuais por SFS estão hoje já ultrapassadas⁽¹⁴⁾. Embora segundo o Regulamento das Radiocomunicações da UIT, só as emissões destinadas a ser recebidas “directamente” pelo público em geral constituam uma radiodifusão, certo é que, para fins de direito de propriedade intelectual são aplicáveis as definições contidas nas Convenções pertinentes, as quais não incluem na definição de radiodifusão a recepção “directa”. Para estes fins, há radiodifusão desde o início de um processo único (composto por várias fases sucessivas: emissão, ligação ascendente, ligação descendente, transmissão da estação terrestre) de difusão de sinais transmitidos por SFS, destinados à partida a serem recebidos pelo público⁽¹⁵⁾.

Nestas circunstâncias propôs-se que a emissão de programas de televisão por satélite de comunicações (SFS) seja considerada como radiodifusão quando há recepção do público em geral em condições comparáveis às que se verificam no caso da RDS, quer essa recepção se efectue por meio de antenas parabólicas, individuais ou colectivas, ou por distribuição por cabo.

Este princípio é aplicável também às emissões codificadas quando os decodificadores tiverem sido postos à disposição do público pelo radiodifusor ou com o seu consentimento.

Deste princípio decorre que:

- A transmissão por RDS de obras e outras contribuições é uma radiodifusão;
- A transmissão por SFS de obras e outras contribuições em condições que permitam a recepção directa pelo público em geral, constitui uma radiodifusão;

(14) A União Europeia de Radiodifusão (UER) adoptou, durante a reunião da Assembleia Geral de 9 de Fevereiro de 1988, uma definição de “Serviço de Radiodifusão” como sendo um “serviço de programas de rádio ou de televisão destinado à recepção individual ou comunitária, quaisquer que sejam os meios técnicos de emissão utilizados (por exemplo: emissores terrestres, sistemas de distribuição por cabo, satélite de radiodifusão directa, satélite a cabo)”.

(15) Já não se poderá falar em radiodifusão se os sinais se destinarem a ser armazenados e ulteriormente utilizados pelo distribuidor.

- Se se tratar de um simples transporte de sinais entre estações terrestres por meio de satélite, e não for efectivamente⁽¹⁶⁾ possível ao público em geral recebê-los, não se colocam questões de direito de autor;
- Há radiodifusão por SFS como se de RDS se tratasse, quando os sinais são destinados a ser recebidos directamente pelo público em geral, e o são de facto, mesmo que também sejam distribuídos por cabo;
- No caso precedente, os direitos relativos às obras utilizadas devem ser adquiridos pelo radiodifusor que injecta o programa em direcção ao satélite (radiodifusor de origem);
- Se o radiodifusor de origem envia um programa codificado via satélite, a radiodifusão só começa com a descodificação, quer ela seja feita individualmente, quer seja feita pelo distribuidor por cabo ao qual o programa codificado tiver sido dirigido;
- Ainda que, na segunda hipótese do caso precedente, a “radiodifusão” seja feita pelo operador por cabo, há a considerar, por razões práticas, que incumbe ao radiodifusor de origem a aquisição dos direitos pertinentes.

b) Acto de radiodifusão

Ao estabelecer que “o acto de radiodifusão compreende tanto a ligação ascendente como a ligação descendente”, pretende-se submeter o conjunto da operação ao direito de autor. O acto de radiodifusão começa na estação terrestre que emite os programas para o satélite⁽¹⁷⁾ sendo este apenas um elo do equipamento técnico de transmissão.

O nosso Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) reflecte este entendimento⁽¹⁸⁾. Em anotação esclarece-se que “este direito

(16) Deixará de haver simples transporte (ainda que seja essa a intenção) e passará a haver radiodifusão, se os sinais não destinados à recepção pelo público em geral forem efectivamente recebidos por este.

(17) Foi já abandonada a teoria da ligação ascendente, segundo a qual o acto de radiodifusão só começava no satélite a partir do qual os programas são dirigidos para o público em geral.

(18) Cfr. artigo 149.º, n.º 1, do Código, atrás transcrito (pág. 12).

nasce com o simples facto da injeção no espaço dos sinais, sons ou imagens mediante os quais se corporiza a obra radiodifundida, e existe independentemente da sua recepção, audição ou visionamento, embora se pressuponha que a respectiva emissão se destina ao público em geral⁽¹⁹⁾.

c) Direito aplicável

Apenas uma lei é aplicável ao acto de radiodifusão por satélite: – a lei do Estado membro onde o acto de radiodifusão tem lugar, isto é, onde ele tem a sua origem.

Além de desejável por questões de segurança jurídica no comércio de serviços, esta solução constitui-se consequência lógica da adopção dos dois princípios anteriores. Na verdade, segundo a lei do direito de autor, este pode autorizar ou proibir certos actos de utilização das suas obras – a representação, a reprodução, a radiodifusão –, que desencadeiam mecanismos de protecção conferida pelas disposições pertinentes do direito nacional.

Se, em termos puramente técnicos, o acto de radiodifusão (comunicação ao público) por satélite tem lugar no próprio satélite, no espaço portanto, haverá que procurar o critério de conexão que ligue aquele acto a um país determinado, permitindo ao autor o efectivo controlo sobre ele.

O acto de emissão, pelo organismo responsável por esta, do sinal para o satélite, parece ser o critério apropriado. O ponto donde o sinal é encaminhado, em cadeia ininterrupta, para o satélite – o ponto de origem da transmissão – é, ao mesmo tempo, o ponto que determina a legislação aplicável, isto é, a legislação do país onde a transmissão tem a sua origem, onde se considera que, para fins de direito de autor, começa o acto pertinente de radiodifusão por satélite. Trata-se normalmente da sede operacional do radiodifusor, onde este tem os seus estúdios e onde os programas são produzidos, bem como o lugar onde a emissão técnica tem a sua origem⁽²⁰⁾.

À teoria da emissão, aceite no projecto de Protocolo, opõe-se a chamada teoria Bogisch ou teoria da comunicação, segundo a qual toda a difusão por

(19) *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, anotado pelo Dr. Luís Francisco Rebelo.

(20) Para efeito da determinação da lei aplicável, o texto desta disposição deveria ser completado com elementos que permitissem identificar, sem ambiguidade, o Estado no território do qual se situa a origem da transmissão.

RDS, quando o foco do satélite cobre mais de um país, deverá respeitar as leis sobre direito de autor de cada país coberto pelo foco, uma vez que, segundo esta teoria, a radiodifusão inclui tanto a emissão como a recepção. O critério de conexão para ligar o acto de radiodifusão por satélite a um dado país determinar-se-ia por referência à possibilidade de receber a emissão, o que nos conduziria ao conjunto de países onde os sinais são postos à disposição do público (comunicados).

Sendo certo que, segundo a lei do direito de autor, estes podem controlar certos actos mas não as realidades deles resultantes, não se vê que acto poderia o autor controlar, no quadro desta teoria, uma vez que a possibilidade de receber os sinais difundidos é o resultado de um acto prévio de autorização e não o próprio acto.

Para além de outros argumentos contra esta teoria – como seria, por exemplo, a dificuldade de precisar os países cobertos pelo foco para uma emissão particular, ou a determinação, em certo país, do número mínimo de habitações tecnicamente equipadas para receber a emissão por satélite, de modo a fazer aplicar a lei sobre direito de autor –, releva decisivamente o facto de não existir, no que respeita ao radiodifusor, senão um único acto de radiodifusão, pelo que será absurdo aplicar simultaneamente a esse acto único diversas legislações nacionais diferentes sobre direito de autor. Seria, além do mais, totalmente impraticável.

Princípio base em matéria de propriedade intelectual, incumbe a quem utiliza a obra de uma maneira protegida pelo direito de autor a obrigação de adquirir direitos e pagar por eles. Aquilo que justifica a aquisição de direitos é a utilização efectiva da obra pelo radiodifusor, é o facto de ele ter decidido comunicá-la ao público, destinatário último, ao qual se proporciona a respectiva fruição. Mas o simples gozo não justifica a aquisição de direitos. O radiodifusor que injecta o programa em direcção ao satélite (radiodifusor de origem) é manifestamente o utilizador das obras audiovisuais. Em consequência, é ele o responsável perante os titulares de direitos sobre as obras difundidas.

A lei aplicável é, assim, a do Estado de emissão entendido como Estado onde, para fins de aplicação da legislação sobre direito de autor, se pratica o acto pertinente de radiodifusão por satélite.

d) Obtenção de direitos

No que respeita à aquisição de direitos, entende-se que o princípio de aplicação de uma só legislação ao acto de radiodifusão por satélite significa,

em primeiro lugar, que o direito exclusivo do autor de autorizar a radiodifusão transfronteira por satélite não deve ser limitado por licenças não-voluntárias e que é necessário garantir a possibilidade de conceder esses direitos contratualmente.

De facto, e quanto à segunda, tendo-se renunciado, por via da recusa da teoria Bogsch, à aplicação das leis dos países cobertos pelo foco, entre as quais poderia haver alguma mais protectora do que a do país de emissão (critério aceite), torna-se imprescindível que a aquisição de direitos se faça numa base contratual a fim de que a parte que concede os direitos por satélite seja livre de exigir uma remuneração que tenha em conta toda a realidade económica do conjunto das explorações por satélite.

Quanto à primeira, parece oportuno explicitar que, devendo limitar-se ao país que as autorizou (§ 2.º do artigo 11.º-*bis* da Convenção de Berna), as licenças legais são expressamente proibidas por aquela disposição convencional sempre que a radiodifusão por satélite comporte uma difusão transfronteira.

A não proibição formal da instituição de licenças não-voluntárias no que respeita a um modo de comunicação dirigido a um público alargado, repartido por vários países e cuja área de recepção extravaza muito o território do país de emissão, tornaria necessária a existência de um princípio que incluísse a “dimensão do público a que se destina” entre os critérios legais para determinação da remuneração.

Um tal princípio seria, com toda a certeza, vivamente contestado visto que a determinação da remuneração releva da negociação contratual e não de uma regra de direito positivo.

Para um modo de comunicação como a televisão por satélite só é admissível a via contratual para determinar a remuneração dos titulares de direitos, o que implica o pleno respeito do direito exclusivo.

Essencial é, ainda, separar claramente as questões relativas ao direito aplicável e à obtenção de direitos. Estes são adquiridos para o conjunto dos países cobertos pelo foco do satélite – direitos territorialmente pertinentes –, segundo o nível de protecção concedido pela lei do Estado onde se situa a origem da transmissão.

CONCLUSÃO

Fundo da questão quanto ao direito de autor na Directiva “Televisão sem Fronteiras” da Comissão das Comunidades Europeias, a tentativa de

introduzir disposições que permitiam submeter a distribuição por cabo de emissões radiodifundidas a um regime de licenças não-voluntárias, suscitou a unânime oposição dos Estados membros que reafirmaram o seu apego ao princípio do direito exclusivo e da livre negociação.

A não consagração explícita, no Protocolo Adicional à Convenção do Conselho da Europa, do princípio do direito exclusivo quanto à retransmissão por satélite seria, além do mais, incompatível com o respectivo preâmbulo que declara a “necessidade de salvaguardar os direitos e os interesses dos autores aquando da transmissão por satélite de obras protegidas”, e constituiria atitude de extrema inoportunidade que o Conselho da Europa não deixará, seguramente, de evitar.

Lisboa, Dezembro de 1989.

DOCUMENTAÇÃO

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

**PACTE INTERNATIONAL
RELATIF
AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES**

(Article 40)

Deuxième Rapport Périodique

PORTUGAL(*)

(*) Le rapport initial soumis par le Gouvernement portugais porte la cote CCPR/6/Add.6; les comptes rendus analytiques de l'examen de ce rapport par le Comité portent les cotes CCPR/C/SR.293, SR.294 et SR.298; voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément N° 40 (A/36/40)*, par. 291 à 336.

INTRODUCTION

1. Le présent rapport concerne l'application en droit interne du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976.

2. Le Pacte a été approuvé par l'Assemblée de la République portugaise par la loi 29/78, du 12 juin, et est entré en vigueur pour le Portugal le 15 septembre 1978.

3. Il s'agit du deuxième rapport portugais présenté selon l'article 40 du Pacte. Pour son élaboration, le Portugal a tenu compte des observations générales faites par le Comité des droits de l'homme conformément au paragraphe 4 de l'article 40, en essayant de contribuer à l'éclaircissement des observations soulevées par les membres du Comité lors de la présentation du premier rapport.

4. Le rapport est divisé en deux parties: – la première partie concernant les principes généraux, et la deuxième incluant les renseignements concernant l'application des articles 1 à 27 du Pacte.

PREMIERE PARTIE:

PRINCIPES GENERAUX

5. Le présent rapport concerne les mesures adoptées par le Portugal, donnant effet aux droits reconnus dans le Pacte et révélant les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits, depuis la présentation du premier rapport, en juillet 1981. Depuis lors, quelques modifications importantes ont eu lieu, surtout au niveau de la législation. Dans cette première partie, un aperçu sera donné des traits essentiels de cette évolution. A la deuxième partie, une mention détaillée sera faite des mesures survenues à propos de chacun des articles analysés.

6. Il faudra mentionner avant tout que la loi 13/82, du 15 juin, a approuvé pour adhésion le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. De ce fait, le Portugal a reconnu la compétence du Comité des droits de l'homme pour examiner des communications émanant de particuliers qui se prétendent victimes d'une violation de l'un des droits énoncés par le Pacte.

7. En 1982, l'Assemblée de la République a voté et fait publier la loi 1/82, du 30 septembre, qui a approuvé la première révision constitutionnelle.

8. Suite à son texte, le Conseil de la révolution a été éteint, ce qui a déterminé quelques modifications importantes surtout dans le statut du président de la République (selon l'ancien art. 145, le Conseil de la révolution était son Conseil) et dans le système de fiscalisation de la constitutionnalité.

9. La loi de révision a créé, parmi les organes politiques, le Conseil d'Etat⁽¹⁾ (voir la Constitution, art. 144 à 149), organe politique consultatif du président de la République.

10. Selon l'article 148, il lui incombe nommément de se prononcer sur la dissolution de l'Assemblée de la République et des organes des régions

(1) Le statut de ses membres a été approuvé par la loi 31/84, du 6 septembre.

autonomes, sur la démission du gouvernement, sur la déclaration de la guerre et la signature de la paix, et en général, de conseiller le président de la République dans l'exercice de ses fonctions sur demande de celui-ci.

11. Une Cour constitutionnelle a été créée (art. 212), lui incombant fondamentalement d'apprécier l'inconstitutionnalité et l'illégalité selon les termes des articles 277 et suivants de la Constitution (loi 28/82, du 15 novembre). Ce contrôle de la constitutionnalité, qui sera analysé à propos de l'article 1^{er}, pourra être préventif (art. 278), abstrait (art. 281) et concret (art. 280).

12. Des modifications importantes à l'égard des droits, garanties et libertés fondamentales ont été introduites. Nous soulignons ci-après les traits mentaux de ces innovations.

I. PRINCIPES FONDAMENTAUX

13. Les principes fondamentaux énoncés aux premiers articles de la loi fondamentale ont subi quelques modifications, déjà prévisibles, du fait de la nature postrévolutionnaire de la Constitution de 1976.

14. La loi de révision a modifié d'une façon substantielle cette situation, en supprimant quelques dispositions qui en étaient une manifestation. D'une part, le Conseil de la révolution, organe qui avait la qualité de représentant du "mouvement des forces armées" et participait à l'exercice de la souveraineté⁽²⁾ a été éteint⁽³⁾. D'autre part, les références au "processus révolutionnaire", consacré de façon tellement expressive aux anciens articles 10 et 55, paragraphe 1, de la Constitution, ont été supprimées.

(2) Le paragraphe 2 de l'article 3 qui prévoit cette participation, comme un principe fondamental de la Constitution, a été supprimé par la loi de révision.

(3) Le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle ont remplacé le Conseil de la révolution dans l'exercice de ses principales fonctions.

15. La loi de révision a, en outre, inséré dans ce chapitre, quelques dispositions qui révèlent les intentions et préoccupations dominantes du législateur constitutionnel. Et celles-ci se traduisent par quatre idées essentielles:

- a) Protection des droits de l'homme;
- b) Promotion des droits économiques, sociaux et culturels;
- c) Consécration du principe du suffrage universel, égal, direct, secret et périodique;
- d) Intégration européenne.

16. En ce qui concerne la protection des droits de l'homme, la loi de révision l'a reconnue comme un principe qui devrait inspirer le Portugal dans ses relations internationales. Elle l'a inséré parmi les principes généraux de droit international commun consignés à l'article 7, paragraphe 1, tels que le principe de l'indépendance nationale et du droit des peuples à l'autodétermination et à l'indépendance:

"1. Le Portugal obéit, en matière de relations internationales, aux principes de l'indépendance nationale, du respect des droits de l'homme, du droit des peuples à l'autodétermination, de l'égalité entre les Etats, du règlement pacifique des différends internationaux, de la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres Etats et de la coopération avec tous les autres peuples pour l'émancipation et le progrès de l'humanité."

17. La loi de révision a reconnu la promotion des droits économiques, sociaux et culturels comme l'une des tâches fondamentales de l'Etat:

Article 9

- "a) ...
- b) Garantir les libertés et les droits fondamentaux et le respect des principes de l'Etat de droit démocratique;
 - c) Défendre la démocratie politique et assurer la participation organisée du peuple à la solution des problèmes nationaux;
- ..."

18. Parmi ces tâches, une autre a encore été *ex novo* la protection et valorisation du patrimoine culturel du peuple portugais, la protection de la

nature et de l'environnement et la préservation des ressources naturelles, qui avait été prévue à l'article 78.

19. Le principe du suffrage universel, égal, direct, secret et périodique a été inséré parmi les principes fondamentaux de la Constitution. L'ancien article 10, qui institutionnalisait le processus révolutionnaire, a donc été remplacé par la consécration de ce principe du suffrage:

- "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 parties 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."

20. La loi de révision a créé les conditions constitutionnelles nécessaires à l'application directe des normes juridiques communautaires dans l'ordre juridique portugais. C'est bien par cela que le législateur a ajouté à l'article 8 une nouvelle disposition:

- "3. Les normes approuvées par les organes compétents des organisations internationales, dont le Portugal est membre, s'appliquent directement dans l'ordre juridique interne, dès que cette condition ait été expressément prévue par les traités constitutifs mêmes."

II. DROITS ET DEVOIRS FONDAMENTAUX:

PRINCIPES GENERAUX

21. Dans le titre premier relatif aux principes généraux, la loi de révision a, d'une part, renforcé les limitations aux restrictions et à la suspension des droits fondamentaux et, d'autre part, consacré un nouveau principe sur le droit à l'information et la protection juridique.

A. Renforcement des limitations aux restrictions des droits fondamentaux

22. Si l'article 18, paragraphe 2, prévoyait que "la loi ne peut restreindre les droits, libertés et garanties que dans les cas expressément prévus par la Constitution", la loi de révision l'a renforcé en ajoutant que ces restrictions devraient, cependant, "se limiter au nécessaire pour sauvegarder les autres droits ou intérêts prévus par la Constitution". En outre, il a été jugé également important de consacrer le caractère obligatoirement non rétroactif des lois restrictives de ces droits:

Article 18

- "2. La loi ne peut restreindre les droits, libertés et garanties que dans les cas expressément prévus par la Constitution, et les restrictions devront se limiter au nécessaire pour sauvegarder d'autres droits ou intérêts protégés par la Constitution.
3. Les lois restrictives des droits, libertés et garanties doivent se revêtir d'un caractère général et abstrait et ne peuvent avoir d'effets rétroactifs, ni restreindre l'étendue et la portée du contenu essentiel des principes constitutionnels."

B. Renforcement des limitations à la suspension des droits fondamentaux

23. La suspension de l'exercice des droits, libertés et garanties est prévue à l'article 19:

(Suspension de l'exercice des droits)

- "1. Les organes de souveraineté ne peuvent, conjointement ou séparément, suspendre l'exercice des droits, libertés et garanties, sauf en cas 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 de forces étrangères, de perturbation ou de grave menace contre l'ordre constitutionnel démocratique ou de calamité publique.

3. La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'exception est dûment fondée et contient la spécification des droits, libertés et garanties dont l'exercice est suspendu. La proclamation ne doit pas concerner une période supérieure à quinze jours, sans préjudice d'éventuels renouvellements pour une ou plusieurs périodes de même durée.
4. La déclaration de l'état de siège 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 accusées à la défense et la liberté de conscience et de religion.
5. La proclamation de l'état d'urgence ne peut que décréter la suspension partielle des droits, libertés et garanties.
6. La proclamation de l'état d'urgence habilite les autorités à prendre les mesures nécessaires au rétablissement rapide de la normalité constitutionnelle."

24. Cet article, nous pouvons le constater, a été modifié par la loi de révision⁽⁴⁾. La première modification concerne l'établissement des limites à la durée de la proclamation de l'état de siège et de l'état d'urgence (voir la Constitution, art. 141). Une fois dépassée la période de 15 jours, la proclamation doit être renouvelée⁽⁵⁾. La deuxième modification concerne les droits auxquels la proclamation d'état de siège ne peut porter atteinte. Elle s'inspire à des dispositions semblables du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 4) et de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 15, par. 2). Le législateur a, ainsi, jugé nécessaire d'ajouter aux droits, initialement prévus et qui ne pouvaient pas être suspendus, les suivants: droits à l'identité de la personne, droit à la capacité civile et à la citoyenneté, droit à la non-rétroactivité de la loi pénale, droit de défense des accusés et droit à la liberté de conscience et de religion.

(4) La loi de révision a modifié la rédaction des paragraphes 2 et 3 de l'ancien article 19 et a ajouté une nouvelle disposition (par. 2) qui correspond à une partie de l'alinéa c) de l'ancien article 137.

(5) Avant la révision, l'état de siège ou l'état d'urgence ne pouvait pas dépasser les 30 jours, sauf suite à la ratification de l'Assemblée de la république (art. 137, par. 3 et 165 b)).

C. Droit à l'information et à la protection juridique

25. Il faut encore mentionner une nouvelle disposition que la loi de révision a inséré parmi les principes généraux des droits et devoirs fondamentaux: le droit à l'information et à la protection juridique:

Article 20

(Accès au droit et aux tribunaux)

- " 1. Tous les citoyens ont droit à l'information et à la protection juridique, dans les termes prévus par la loi.
2. A tous est assuré l'accès aux tribunaux pour défendre leurs droits et la justice ne peut être déniée à personne pour défaut des moyens financiers."

En étant une manifestation du principe de l'accès au droit, l'information et la protection juridique constituent des garanties fondamentales de l'égalité des citoyens et, surtout, du concept de l'Etat de droit. Ils passent, ainsi, à avoir une dignité constitutionnelle.

III. LA LOI DE REVISION ET LE CHAPITRE I:

DROITS, LIBERTES ET GARANTIES DE LA PERSONNE

A. La consécration de nouveaux droits

26. A l'article 26, intitulé "Autres droits de la personne", la loi de révision a consacré quatre nouveaux droits: le droit à la capacité civile, à la citoyenneté, à la bonne réputation et à l'image:

- " 1. A chacun est reconnu le droit à l'identité personnelle, à la capacité civile, à la citoyenneté, au bon nom et à la réputation personnelle, à l'image et à la protection de l'intimité et de la vie privée et familiale.

2. La loi établira des garanties effectives contre l'utilisation abusive, ou contraire à la dignité humaine, de toute information relative aux personnes et aux familles."

27. En ce qui concerne le droit à la citoyenneté et à la capacité civile, il faut remarquer la protection spéciale qui lui est accordée par le paragraphe 3 de l'article 26. En effet, les restrictions à ces droits ne peuvent s'effectuer que dans les cas et selon les termes prévus par la loi, ne pouvant pas se justifier pour des motifs politiques:

- "3. 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."

Une manifestation de ce principe général peut être trouvée à l'article 30, paragraphe 4, au sujet des limites des peines.

B. Le renforcement du droit à la liberté et à la sécurité

28. L'article 27 a subi aussi quelques modifications:

- "1. Chacun a droit à la liberté et à la sécurité.
2. Nul ne peut être totalement ou partiellement privé de liberté si ce n'est à la suite d'une condamnation prononcée par un tribunal en raison d'un acte puni par la loi d'une peine de prison, ou à la suite de l'application judiciaire d'une mesure de sûreté.
3. Fait exception à ce principe la privation de liberté, pour la période et dans les conditions définies par la loi, dans les cas suivants:
 - a) Détention préventive en cas de flagrant délit ou s'il y a de fortes présomptions que la personne aurait commis un crime intentionnel puni d'une peine majeure;
 - b) Prison ou détention d'une personne qui a pénétré ou qui séjourne irrégulièrement sur le territoire national ou contre laquelle une procédure d'extradition ou d'expulsion est en cours;
 - c) Arrêt disciplinaire appliqué à des militaires, avec garantie de recours devant le tribunal compétent;

- d) Placement d'un mineur dans un établissement adéquat, pour y être soumis aux mesures de protection, assistance ou éducation décrétées par le tribunal judiciaire compétent;
 - e) Détention d'une personne sur mandat judiciaire en vertu de désobéissance à une décision prise par un tribunal ou en vue d'assurer sa comparution devant l'autorité judiciaire compétente.
4. Toute personne privée de liberté doit être informée immédiatement des motifs de son arrestation ou emprisonnement.
 5. Toute privation de liberté contraire aux dispositions de la Constitution et de la loi oblige l'Etat à indemniser la personne lésée dans les termes établis par la loi."

29. Il faut relever, premièrement, la disposition selon laquelle les personnes, privées de leur liberté dans les conditions contraires aux dispositions constitutionnelles ou de la loi, doivent être réparées par l'Etat dans les termes prévus par la loi. Ce droit était déjà susceptible d'être exercé, en vertu des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 5, par. 5) et du pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 9, par. 5), en vigueur au Portugal. Mais le législateur a voulu que ce droit ait une dignité constitutionnelle.

30. D'un côté, il a jugé nécessaire de prévoir encore trois exceptions au principe selon lequel "nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est à la suite d'une condamnation prononcée par les tribunaux, en raison d'un acte puni par la loi, d'une peine de prison ou à la suite de l'application judiciaire d'une mesure de sûreté" .

31. Ainsi, il a prévu, comme exception à ce principe, la situation de détention des militaires pour des motifs disciplinaires, qui n'était pas admissible selon l'ancien texte constitutionnel.

32. De toute façon, la garantie d'un recours judiciaire devant le tribunal compétent a été sauvegardée. Les deux autres exceptions concernent l'application à des mineurs des mesures de protection, assistance ou éducation, prononcées par le tribunal compétent et accomplies dans les établissements appropriés, ainsi que la détention en vertu de la désobéissance envers une décision d'un tribunal ou pour assurer la comparution devant l'autorité judi-

ciaire compétente. Cette détention doit être, cependant, ordonnée par une décision judiciaire.

33. Finalement, on peut remarquer quelques autres modifications à la rédaction de cet article. C'est le cas, par exemple, du paragraphe 2 où, outre les situations de privation totale de liberté, des situations de privation partielle de liberté sont aussi prévues. C'est aussi le cas du paragraphe 4, qui prévoit que toute personne privée de sa liberté doit être informée des raisons de son arrestation, où l'expression "dans le plus bref délai" a été remplacée par le mot "immédiatement".

C. Interdiction de l'effet nécessaire de certains types de peines

34. A l'article 30, qui concerne les milites des peines et les mesures de sécurité, l'on doit mentionner la modification de son paragraphe 4: "Aucune peine n'implique, comme effet nécessaire, la perte de droits civils, professionnels ou politiques" Par cette modification, le législateur vise les situations où l'application de certains types de peines entraînent nécessairement la privation de certains droits civils, professionnels ou politiques. Les situations de ce genre, extrêmement sévères, ne sont plus admissibles selon cette nouvelle disposition constitutionnelle.

35. Le nouveau Code pénal, qui est entré en vigueur au 1^{er} janvier 1983, a prévu une disposition pareille dans son article 65 qui se lit: "Nulle peine n'entraîne, comme effet nécessaire, la perte des droits civils, professionnels ou politiques".

D. Renforcement des garanties accordées par la procédure pénale

36. En ce qui concerne les garanties de procédure pénale, la loi de révision a introduit des modifications qui portent sur la situation des personnes accusées. Elle prévoit, ainsi, que l'accusé soit jugé dans le plus bref délai possible et qu'il puisse choisir son défenseur.

Article 32

(Garanties de procédure pénale)

" 1. ...

2. Tout accusé est présumé innocent, jusqu'à ce que la sentence le condamnant ait acquis force de chose jugée, et le jugement doit avoir lieu dans les plus brefs délais compatibles avec les garanties de la défense.

3. ...

4. Toute l'instruction est de la compétence d'un juge, qui peut, dans les circonstances prévues par la loi, déléguer à d'autres entités l'exécution de certains actes de l'instruction qui ne sont pas directement relatifs aux droits fondamentaux.

..."

37. Quoique pas prévues par l'ancien texte constitutionnel, ces dispositions étaient déjà applicables *ex vi* l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (par. 1 et 3 c)).

38. Finalement, il faut faire une observation à propos de la nouvelle rédaction du paragraphe 4 de l'article 32. Il permet au juge de déléguer à d'autres entités sa compétence pour pratiquer des actes d'instruction qui ne portent pas directement sur les droits fondamentaux. Cette pratique, qui avant n'était pas admissible, bien qu'elle puisse traduire un affaiblissement de la position de l'accusé, vise à porter une solution aux problèmes posés par le nombre insuffisant de magistrats, qui a entraîné des retards indésirables dans les procédures d'instruction.

E. La protection des données à caractère personnel

39. La loi de révision a ajouté une importante disposition à l'article 35 – l'utilisation de l'informatique (art. 35, par. 2 et 4).

40. En tenant compte de l'évolution de ce problème dans différents pays européens et même des projets de loi présentés sur la matière à l'Assemblée

de la République portugaise, le législateur constitutionnel a jugé convenable de ne pas négliger le danger que l'utilisation de l'informatique peut représenter du point de vue de la vie privée des personnes. Il a estimé, donc, en plus de l'interdiction de l'accès des tiers à des fichiers contenant des données à caractère personnelle, qu'il fallait créer les mécanismes nécessaires pour contrôler rigide-ment l'utilisation de certaines techniques, telles que l'interconnexion de fichiers et le flux transfrontalier de données. On doit remarquer, cependant, que l'interdiction de flux transfrontalier de données ne concerne pas uniquement les données à caractère personnel. La notion est ici utilisée dans un sens plus large. Elle comprend les données de différente nature.

41. Vue l'importance de cette matière, l'on n'a pas hésité à la consacrer dans ce chapitre de la Constitution:

Article 35

(Utilisation de l'informatique)

- "1. Tous les citoyens ont le droit de connaître les renseignements les concernant figurant dans les archives informatiques et l'usage auquel ils sont destinés; ils peuvent en exiger la rectification ou la mise à jour.
2. L'accès de tiers aux fichiers contenant des informations personnelles, l'interconnexion correspondante et la transmission de flux transfrontalier de données sont interdits sauf dans des cas exceptionnels prévus par la loi.
3. L'informatique ne doit pas être utilisée pour le traitement de données relatives aux convictions philosophiques ou politiques à l'appartenance politique ou syndicale, à la foi religieuse ou à la vie privée des citoyens, sauf s'il s'agit du traitement, à des fins statistiques, de données non identifiables.
4. La loi définit le concept de "données personnelles" aux fins d'enregistrement informatique.
5. L'attribution à chaque citoyen d'un numéro national unique est interdite."

*F. Reconnaissance d'autres expressions de la liberté d'information:
les droits d'informer et d'être informé*

42. L'ancien article 37 de la Constitution prévoyait le droit de s'informer, qui comprenait nommément la liberté de rechercher des informations et de choisir les sources d'information.

43. Il ne prévoyait pourtant pas le droit d'être informé, sauf en ce qui concerne la matière de gestion des affaires publiques⁽⁶⁾.

44. Ce droit d'être informé présume, d'une part, l'existence du droit d'informer et, d'autre part, l'existence de conditions d'information. Le législateur constitutionnel a, de ce fait, en tenant compte des dispositions pareilles de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 10) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 19, par. 2), consacré ces deux nouvelles réalités – le droit d'informer et d'être informé.

45. Si, d'une part, le droit à la liberté d'information a été renforcé, d'autre part, la loi de révision n'a pas négligé les situations où cette liberté peut porter atteinte à d'autres droits individuels. Elle a reconnu, ainsi, outre le droit de réponse qui était prévu, le droit de rectification et le droit à une réparation du fait des dommages subis:

Article 37

(Liberté d'expression et d'information)

- " 1. Chacun a le droit d'exprimer et de faire connaître librement sa pensée par la parole, par l'image ou par tout autre moyen, et le droit d'informer, de s'informer et d'être informé sans entraves ni discriminations.
2. L'exercice de ces droits ne peut être empêché ou restreint par une force quelconque de censure.
3. Les infractions commises dans l'exercice de ces droits sont soumises aux principes généraux du droit pénal, et leur appréciation relève de la compétence des tribunaux judiciaires.

(6) C'est le cas prévu par l'ancien art. 48, par. 3 repris par l'actuel texte constitutionnel à l'art. 48, par. 2 – le droit d'être objectivement renseigné sur les actes de l'Etat et d'être informé par le gouvernement sur la gestion des affaires publiques.

4. A toute personne physique ou morale est garanti, dans des conditions d'égalité et d'efficacité, le droit de réponse et de rectification, et le droit à une indemnisation pour les dommages subis."

G. La liberté de presse et les garanties de pluralisme idéologique

46. La liberté de presse, profondément liée à la matière du droit à l'information, a fait, aussi, l'objet de certaines modifications. Cette liberté soulève deux questions: l'une relative à son indépendance à l'égard des pouvoirs politiques et économiques et l'autre qui porte sur la liberté interne de la presse, c'est-à-dire, la liberté d'expression et de création des journalistes au sein de l'entreprise.

47. La Constitution s'y réfère expressément à l'article 38 et la loi de révision a renforcé cette idée en y insérant certaines dispositions. En ce qui concerne le premier aspect, on doit, en particulier, relever la nouvelle disposition, selon laquelle l'Etat doit assurer cette liberté et indépendance, empêcher la concentration des entreprises journalistiques et promouvoir des mesures d'appui non discriminatoire à la presse:

Article 38

(Liberté de la presse et moyens de communication sociale)

" ...

6. Aucun régime administratif ou fiscal, aucune politique de crédit ou de commerce extérieur ne doit affecter directement ou indirectement la liberté de la presse et l'indépendance des organes d'information vis-à-vis du pouvoir, politique ou économique, l'Etat devant assurer cette liberté et cette indépendance, empêcher la concentration d'entreprises éditrices de journaux, notamment au moyen de participations multiples ou croisées, et promouvoir des mesures d'appui non discriminatoire à la presse."

48. L'indépendance des moyens de communication de masse appartenant à l'Etat a, elle aussi, été renforcée. La nouvelle rédaction de la Constitution prévoit qu'ils devront être utilisés de façon à assurer la possibilité d'expression et le pluralisme idéologique:

Article 39

(Organes de communication sociale appartenant ou dépendant d'entités publiques)

"1. Les organes de communication sociale appartenant à l'Etat et à d'autres entités publiques, ou à des entités directement ou indirectement soumises à son contrôle économique, sont utilisés de manière à préserver leur indépendance à l'égard du Gouvernement, de l'Administration et d'autres pouvoirs publics, et à assurer la possibilité d'expression et la confrontation de divers courants d'opinion."

49. Ceci a amené le législateur à consacrer constitutionnellement une disposition conférant aux partis de l'opposition, représentés à l'Assemblée de la République, le droit à des espaces dans les journaux appartenant à des entités publiques et à des temps d'antenne à la radio et à la télévision, égaux, sur tous les aspects, à ceux qui sont attribués au gouvernement. En outre, il a consacré le droit de réponse de ces partis aux déclarations politiques du gouvernement:

Article 40

(Droit d'antenne)

"2. Les partis politiques représentés à l'Assemblée de la République et qui ne prennent pas partie au gouvernement ont droit, aux termes de la loi, à des espaces dans les journaux appartenant à des entités publiques, ou d'elles dépendant, et à des temps d'antenne à la radio et à la télévision, distribués conformément à leur représentativité, et égaux, d'après leur dimension, durée, et toute autre caractéristique à ceux qui sont attribués au gouvernement. Ces partis disposent, en outre, du droit de réponse, dans ces mêmes organes, aux déclarations politiques du gouvernement."

H. *La nature privée des convictions et pratiques religieuses*

50. La liberté de conscience, de religion et de culte détermine, d'après une nouvelle disposition constitutionnelle (art. 41) que les autorités publiques ne pourront interroger personne au sujet de ses convictions ou pratique

religieuse, sauf s'il s'agit d'obtenir des renseignements statistiques non individuellement identifiable. Et dans ce cas, le refus de répondre ne doit porter aucun préjudice au citoyen.

IV. DROITS ET DEVOIRS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

51. L'application des droits économiques, sociaux et culturels constitue, après la révision de la Constitution, une des tâches fondamentales de l'Etat, expressément prévue par l'article 9, alinéa d). Cette préoccupation, bien démontrée par l'insertion d'une telle disposition, vient renforcer une intention, déjà manifestée par le Portugal, de promouvoir ces droits spéciaux. En effet, après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1976, où ces droits ont été largement consacrés, le Portugal a ratifié le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁽⁷⁾ et a signé la Charte sociale européenne, ce qui démontre une volonté politique décidée de renforcer ces droits.

52. Les modifications introduites par la loi de révision ont surtout visé à étendre la portée de certains droits comme le droit des travailleurs, le droit de protection de la famille, le droit à l'enseignement et le droit de jouissance et création culturelle.

A. La protection des travailleurs migrants

53. Le législateur constitutionnel a consacré quelques nouvelles dispositions visant les travailleurs portugais émigrés:

(7) Par la loi 45/78 du 11 juillet 1978, en vigueur depuis le 31 octobre 1978.

Article 60

(Droit des travailleurs)

"2. Il incombe à l'Etat d'assurer les conditions de travail, la rémunération et le repos auxquels les travailleurs ont droit, notamment:

...

e) Par la protection des conditions de travail et la garantie des avantages sociaux des travailleurs émigrants."

Article 74

(Enseignement)

"3. Il incombe à l'Etat, dans la réalisation de la politique d'enseignement:

...

h) D'assurer aux enfants des émigrants portugais à l'étranger l'enseignement de la langue portugaise et la connaissance de la culture portugaise."

54. Les conditions de travail des émigrants et leurs avantages sociaux constituent des problèmes que le Portugal ne doit pas négliger.

55. D'un autre côté, il faut créer les conditions nécessaires pour que les enfants de ces travailleurs puissent avoir accès à la culture portugaise, moyennant l'apprentissage de la langue portugaise. Il échoit maintenant, à l'Etat, d'après le nouveau texte constitutionnel, d'assurer que ces conditions soient accomplies et que les travailleurs et leurs familles puissent jouir des bénéfices consacrés dans la Constitution.

B. Protection de la famille

56. La Constitution envisage la famille comme une institution fondamentale qui doit être protégée, non seulement par l'Etat mais aussi par la société. Avant la révision, le paragraphe 1 de l'article 67 ne prévoyait que la protection de la famille par l'Etat. Le législateur constitutionnel a essayé de rendre la rédaction de ce paragraphe plus proche de celle des dispositions sur

la protection de la famille prévues par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 16, par. 3), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 23, par. 1) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 10, par. 1).

57. Il échoit à l'Etat de créer certaines conditions nécessaires à la protection de cette institution. L'article 67 prévoit au paragraphe 2 les attributions de l'Etat dans cette matière. Cependant, la loi de révision a ajouté quelques dispositions qui visent à assurer, d'une part, la définition d'une politique globale de la famille et d'autre part la création d'un réseau national de crèches, et d'autres infrastructures d'appui à la famille. Ces dispositions constituent de nouvelles obligations constitutionnelles que l'Etat doit accomplir pour assurer et protéger l'institution familiale, consacrée par cet article comme une réalité sociale:

Article 67

(Famille)

" 1. La famille, comme élément fondamental de la société, a droit à la protection de la société et de l'Etat, et à la concrétisation de toutes les conditions qui permettent la réalisation personnelle de ses membres.

2. Il incombe à l'Etat, au titre de la protection de la famille, et expressément:

...

b) De promouvoir la création d'un réseau national d'assistance materno-infantile, d'un réseau de crèches et d'infrastructures d'appui aux familles ainsi qu'une politique d'aide au troisième âge.

...

f) De défenir, après audition des associations représentatives des familles, et exécuter une politique globale et intégrée de la famille."

58. La Constitution prévoit aussi le droit de fonder une famille, mais il s'agit là d'un droit fondamental (art. 36).

59. Il faut relever aussi la modification introduite à l'article 68, en ce qui concerne la reconnaissance de la paternité, comme une réalité qui doit être

protégée. L'ancienne rédaction ne prévoyait que la protection de la mère dans son importante fonction sociale.

60. La modification opérée vient mettre fin à une situation qui pourrait être considérée comme une exception au principe de l'égalité des époux (ou, d'une façon plus précise de l'égalité des parents) consacrée par le paragraphe 3 de l'article 36 de la Constitution.

61. La maternité et la paternité sont, ainsi, également reconnues comme "d'éminentes valeurs sociales":

Article 68

(Paternité et maternité)

- " 1. Les pères et les mères ont droit à la protection de la société et de l'Etat pour réaliser leur action irremplaçable auprès de leurs enfants, notamment en matière d'éducation, et pour leur garantir de se réaliser professionnellement et de participer à la vie civique du pays.
2. La maternité et la paternité constituent des valeurs sociales éminentes."

C. L'enseignement spécial pour les handicapés.

62. La situation des personnes physiquement ou mentalement diminuées justifie aussi une protection spéciale au sein de la Constitution.

63. S'inspirant des principes consacrés par la Déclaration des Nations Unies des droits du déficient mental et par la Charte sociale européenne (art. 15), la loi fondamentale réaffirme à l'égard de ces personnes le principe de l'égalité de droits et devoirs et impose à l'Etat la réalisation d'une politique nationale de prévention, traitement, réhabilitation et intégration (voir Constitution, art. 71).

64. Dans ce sens, il échoit à l'Etat, d'après une nouvelle disposition ajoutée par la loi de révision, de promouvoir et appuyer l'enseignement spécial pour les handicapés:

Article 74

(Enseignement)

" 3. Il incombe à l'Etat, dans la réalisation de la politique d'enseignement:

...

g) D'encourager et d'appuyer l'enseignement spécial pour les handicapés."

D. Le droit de jouissance et création culturelle

65. Les droits de jouissance et de création culturelle sont garantis par la Constitution, par les articles 73 et 78.

66. Cette importante norme constitutionnelle a été considérablement renforcée par la loi de révision, moyennant l'imposition à l'Etat de certaines actions visant à garantir leur exercice:

Article 78

(Jouissance et création culturelle)

" 1. Chacun a droit à la jouissance et à la création culturelle ainsi que le devoir de préserver, défendre, et mettre en valeur le patrimoine culturel.

2. Il incombe à l'Etat, en collaboration avec tous les agents culturels:

a) D'encourager et d'assurer l'accès de tous les citoyens, et en particulier des travailleurs, aux moyens et aux instruments de l'action culturelle, et de corriger les déséquilibres en ce domaine qui existent dans le pays;

b) D'appuyer les initiatives tendant à stimuler la création individuelle et collective, dans ses diverses formes et expressions, et à diffuser les oeuvres et les biens culturels de qualité;

c) De promouvoir la sauvegarde et la mise en valeur du patrimoine culturel, en le rendant un élément d'éveil de l'identité culturelle commune;

- d) De développer les relations culturelles avec tous les peuples, en particulier avec ceux de langue portugaise, et d'assurer la défense et le rayonnement de la culture portugaise à l'étranger;
- e) D'harmoniser la politique culturelle avec les autres politiques sectorielles."

67. D'un autre côté, et d'après la nouvelle rédaction de cet article, chacun est tenu de préserver, de défendre et mettre en valeur le patrimoine culturel portugais, ayant le droit de prévenir ou mettre fin, selon les termes de la loi, aux facteurs responsables de sa dégradation (par. 3).

V. INNOVATIONS FONDAMENTALES AU NIVEAU DE LA LEGISLATION PENALE ET DE PROCEDURE PENALE

68. Depuis la présentation du rapport initial du Portugal un ensemble de législation pénale et de procédure pénale a vu le jour, étant donné que quelques-unes des dispositions légales constituent l'adaptation des principes et des règles de la loi fondamentale issus de la première révision constitutionnelle, réalisée par la loi constitutionnelle 1/82, du 30 septembre 1982.

69. Le nouveau Code pénal approuvé par le décret-loi 400/82, du 23 septembre, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983.

70. Parmi les traits ressortissant du nouveau Code figurent, en ce qui concerne la partie générale, le principe selon lequel toute peine se fonde, au point de vue axiologique et normatif, sur une culpabilité concrète et la consécration d'un système punitif, dans lequel l'exécution des peines s'est inspirée d'une philosophie pédagogique et de réinsertion. L'on souligne encore l'abolition de la distinction entre les différentes modalités d'emprisonnement, l'exécution des peines privatives de liberté ne différant qu'en raison de leur durée, le principe selon lequel aucun effet d'ordre civil, professionnel ou politique ne peut résulter nécessairement de l'application d'une peine, et le régime des mesures non privatives de liberté.

71. Dans la partie spéciale, nous pouvons parler des deux lignes de force mentionnées dans l'avant-propos: l'orientation vers la décriminalisation et une option de "néocriminalisation" en ce qui concerne particulièrement les crimes de péril commun.

72. La protection des valeurs et des intérêts issus de la position de la victime ont aussi mérité l'attention du législateur. L'équilibre est cherché en articulant d'un côté, l'orientation vers la décriminalisation, et d'un autre côté, l'augmentation du nombre de crimes à l'égard desquels la poursuite est dépendante de la déposition d'une plainte de la victime.

73. Les dispositions concernant les contraventions dans le Code pénal de 1886 restent en vigueur du chef de l'article 6 du décret-loi 400/82, du 23 septembre.

74. Le décret-loi 433/82, du 27 octobre, contient des dispositions d'ordre substantif et procédural concernant le régime légal des infractions administratives.

75. D'après son avant-propos:

"L'introduction des infractions administratives est due aux tendances interventionnistes croissantes de l'Etat contemporain, lequel élargit progressivement son action dans les domaines de l'économie, de la santé, de l'enseignement, de la culture, des équilibres écologiques, etc."

"Une telle caractéristique, commune à la généralité des Etats, des sociétés techniques modernes, acquiert un accent tout particulier en raison des transformations profondes et connues des dernières années, qui ont trouvé un écho dans la Loi fondamentale de 1976."

76. Suite à ce texte, d'autres en ont réglé des secteurs importants de la vie publique tels que le décret-loi 28/84 du 20 janvier, lequel a établi le nouveau régime juridique des infractions anti-économiques et contre la santé publique, tout en prévoyant et en punissant des faits constitutifs de crimes et d'infractions administratives.

77. La protection du consommateur a été envisagée, en plus, à travers le règlement de l'exercice de l'activité publicitaire, par le décret-loi 303/83 du 28 juin.

78. Avec le Code pénal sont aussi entrés en vigueur le régime pénal spécial à l'égard des jeunes – établi dans le décret-loi 401/82 du 23 septembre et le décret-loi 402/82 du 23 septembre, lequel introduit des altérations dans le code de procédure pénale et à l'égard du régime d'exécution des peines et mesures de sûreté rendues nécessaires du fait de nouvelles dispositions de droit substantif.

79. Une commission a été chargée d'élaborer un nouveau Code de procédure pénale, lequel vient d'être approuvé par le décret-loi 78/87 du 17 février et devra entrer en vigueur le 1^{er} juin 1987, tout en s'appliquant aux procédures futures (art. 2, par. 1). Sont toutefois entrées immédiatement en vigueur (par. 2) la disposition concernant l'abolition du régime de la caution à l'égard de certains crimes plus graves et l'article 209 du Code (ci-dessous).

80. Les formalités nécessaires à l'appobation d'un nouveau Code de procédure pénale ont été engagées avec l'envoi au parlement du texte de la proposition de loi d'autorisation, ayant en annexe l'exposition des motifs et le projet de code. Cette proposition de loi est devenue la loi 43/86 du 26 septembre, publiée dans le *Diário da República* (n.º 222, I série) du même jour. Ses lignes d'orientation générale sont les suivantes:

- a) Simplification, débureaucratization et accélération de la procédure compatible avec l'administration de la justice et la sauvegarde des droits fondamentaux des personnes et de la paix sociale;
- b) Parité des positions juridiques de l'accusation et de la défense à l'égard de tous les actes de procédure et l'application de l'égalité matérielle concernant la disponibilité des "armes" dans le procès;
- c) Equilibre entre le caractère accusatoire de la procédure et le principe de l'investigation judiciaire;
- d) Définition rigoureuse du moment et des moyens d'acquisition du statut d'inculpé dans le procès. On établit, à cet effet, des devoirs précis des autorités judiciaires et de la police criminelle et l'on définit le statut du défenseur;
- e) Etablissement à l'égard de l'Etat d'une obligation de supporter les frais relatifs au défenseur d'office, (hormis les cas où il y aura lieu au remboursement) dans le cadre d'une politique d'accès à la justice;
- f) Subordination stricte de l'intervention procédurale de l'accusateur privé (*assistente*) à l'intervention principale du ministère public, sauf

dans les cas où l'action publique est mise en mouvement sur plainte ou sur plainte et accusation privée. L'accusateur privé a le droit de recours, indépendamment du ministère public, à l'égard des décisions qui le concernent;

- g) Maintien de la connaissance obligatoire de la demande civile découlant des faits-objet de la poursuite devant la juridiction pénale (*adesão obrigatória da acção civil ao processo penal*) mais en étendant les situations dans lesquelles l'action civile peut être exercée en séparé. Devant la juridiction pénale le ministère public, interviendra en tant que défenseur public des parties lésées dépourvues de moyens économiques et, en général, il interviendra à titre subsidiaire en ce qui concerne la demande civile déposée;
- h) Placement des organes de la police judiciaire sous l'orientation et la dépendance fonctionnelle du ministère public et du juge, relativement aux actes de sa compétence;
- i) Réglementation des présupposés, modalités et procédure relatives à la réparation qui incombe à l'Etat du chef des dommages concernant l'arrestation ou la détention préventive illégales ou injustifiées et la réglementation de la réparation de l'erreur judiciaire;
- j) Adaptation du système d'exécution des peines aux principes de politique criminelle consacrés dans le Code pénal, notamment à l'égard de l'intervention des services liés à la réinsertion sociale, de la libération conditionnelle, de la mise à l'épreuve et d'autres modalités d'exécution pénale concernant la privation partielle de liberté.

81. Les institutions judiciaires et liées à l'administration de la justice ont aussi fait l'objet de l'attention du législateur.

82. Des modifications ont été prévues dans la loi d'autorisation en matière de procédure pénale (art. 6) à l'égard du statut des magistrats du siège et du ministère public. Ces dernières rendront compte des compétences et du rôle statutaire du ministère public à l'égard de la nouvelle procédure pénale. Ledit article prévoit aussi l'approbation d'une nouvelle loi organique de la police judiciaire.

83. Les institutions policières ont fait l'objet de l'initiative légiférante de l'exécutif, dans le but de les doter d'une plus grande efficacité à l'égard de leur

rôle dans la prévention et dans le combat contre le terrorisme et la criminalité organisée.

84. Les textes les plus significatifs les concernant sont les suivants:

- a) Le décret-loi 458/82 du 24 novembre établit des dispositions d'ordre organique et statutaire à l'égard de la police judiciaire. Il fait l'objet de références à propos de l'appréciation des articles du Pacte, notamment en ce qui concerne les devoirs statutaires et les règles sur l'utilisation des armés à feu;
- b) Le décret-loi 217/83, du 25 mai, autorise l'accès direct de la police judiciaire à l'information concernant l'enregistrement des voitures, au moyen de ses terminales d'ordinateur. Cette mesure législative est attachée aux besoins d'investigation des crimes d'enlèvement et de trafic des voitures et leur utilisation pour la réalisation de crimes graves.

85. En ce qui concerne la police de sécurité publique, le décret-loi 82/84, du 14 mars, introduit le service d'informatique de cette police. Le personnel y affecté est assujéti au devoir de secret professionnel. Les données des fichiers sont de nature confidentielle.

86. Le statut de la police de sécurité publique (PSP) a été introduit par le décret-loi 151/85, du 9 mai.

87. Parmi les compétences légales commises à cette police, nous pourrions mentionner celles concernant la prévention et la répression de la criminalité, des diligences de procédure en matière pénale et d'infractions administratives et le développement d'activités de formation civique, en particulier dans les domaines de la prévention de la délinquance et des règles essentielles du trafic routier. Elle a aussi des compétences en matière de contrôle d'armes, munitions et substances explosives en général et des fonctions de sécurité personnelle.

88. Les dispositions légales concernant l'emploi des moyens de coercition, les devoirs statutaires et le régime de l'utilisation des armes à feu feront l'objet de référence à propos des articles du Pacte concernés.

89. Les services pénitentiaires ont été restructurés selon les dispositions du décret-loi 268/81, du 16 septembre. Cette réforme a eu essentiellement pour but de rendre possible l'exécution intégrale de la nouvelle réforme pénitentiaire (décret-loi 265/79 du 1^{er} août et 49/80, du 22 mars), de renforcer la prise d'orientation envers la réinsertion sociale des délinquants et leur encadrement laboral, d'opérer la restructuration des services et d'améliorer la coordination entre les établissements pénitentiaires.

90. Pour permettre l'exécution de quelques mesures prévues par le nouveau Code pénal, un département a été créé par le décret-loi 319/82, du 11 août: l'Institut de réinsertion sociale.

91. Selon le décret-loi 204/83, du 20 mai – texte qui a défini le statut organique de l'Institut – son objectif fondamental est de promouvoir la prévention du crime moyennant la réinsertion sociale des délinquants, imputables ou non imputables, et l'appui aux mineurs en situation de danger ou d'inadaptation sociale. En coopération avec toutes les entités du système de l'administration de la justice, l'Institut participe à l'élaboration des textes législatifs et intervient à l'exécution des mesures institutionnelles – notamment dans les établissements pénitentiers et institutions psychiatriques – et appuie les délinquants libérés conditionnellement ou définitivement, de façon à faciliter leur réinsertion sociale.

VI. DEFENSE NATIONALE

A. Les traits fondamentaux

92. La loi 29/82, du 11 décembre, a approuvé la loi de la défense nationale et des forces armées.

93. Selon l'article 1^{er}, la défense nationale est l'activité développée par l'Etat et les citoyens de façon à assurer, dans le respect des institutions démocratiques, l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la liberté et la sécurité des populations contre toute agression ou menace extérieures.

94. D'après l'article 2, l'Etat portugais préconise la solution des problèmes et des conflits internationaux par la voie de la négociation et de l'arbitrage, en jugeant que c'est son devoir de contribuer à la préservation de la paix et de la sécurité internationales. Dans l'exercice de la légitime défense, reconnue par la Charte des Nations Unies, le Portugal réserve le recours à la guerre dans les cas d'agression militaire effective ou imminente.

95. Les principales orientations et mesures de la politique de défense nationale seront nécessairement incluses dans le programme du gouvernement (art. 41, par. 2), approuvé par le Conseil des ministres et présenté à l'Assemblée de la République (arts. 4 et 40).

96. Les objectifs permanents de la défense nationale sont énumérés par l'article 5:

- a) garantir l'indépendance nationale;
- b) assurer l'intégrité du territoire;
- c) sauvegarder la liberté et la sécurité des populations et la protection de leurs biens et du patrimoine nationale;
- d) garantir la liberté d'action des organes de souveraineté, le "fonctionnement régulier" des institutions démocratiques et la possibilité de réalisation des tâches fondamentales de l'Etat;
- e) contribuer au développement des capacités morales et matérielles de la communauté nationale, de façon à prévenir ou à réagir par les moyens adéquats à toute agression ou menace extérieures;
- f) assurer le maintien ou le rétablissement de la paix dans des conditions qui correspondent aux intérêts nationaux.

97. Selon l'article 6, la politique de défense nationale est permanente et globale (couvrant des domaines militaires et non militaires). Il incombe à tous les organes et départements de l'Etat de promouvoir les conditions indispensables à son exécution, les devoirs et lignes générales devant faire l'objet d'information publique, constante et actualisée.

98. Les partis de l'opposition seront consultés par le gouvernement sur les matières concernant la politique de défense nationale.

B. Responsabilité pour la défense nationale et devoirs en découlant

99. La défense de la patrie est un devoir fondamental de tous les portugais, qui incombe à la communauté nationale en général et à chaque citoyen en particulier; la défense militaire de la république incombe aux forces armées.

100. Le service militaire est obligatoire selon les termes et pendant la période prescrite par la loi. Les citoyens jugés inaptes au service militaire armé assureront un service militaire non armé ou un service civique adéquat à leur situation. Le service civique peut remplacer ou être un complément du service militaire à l'égard des citoyens non assujettis aux devoirs militaires.

101. Aucun citoyen ne pourra maintenir ou obtenir un emploi de l'Etat ou d'autre entité publique, s'il n'accomplit pas ses devoirs militaires ou de service civique, dans le cas où celui-ci est obligatoire. D'un autre côté, aucun citoyen ne pourra être nuit dans son placement, avantages sociaux ou emploi permanent en vertu de la réalisation du service militaire ou du service civique obligatoire.

102. Les objecteurs de conscience sont les citoyens qui, en raison d'une conviction d'ordre religieux, moral ou philosophique ne croient pas légitime l'utilisation de moyens violents contre leurs prochains, quoique ceux-là visent la défense nationale, collective ou personnelle⁽⁸⁾. Ils accompliront un service civique aussi long et astreignant que le service militaire armé.

C. Organisation, fonctionnement et discipline des forces armées

103. Les forces armées assurent, en conformité avec la Constitution et les lois en vigueur, la défense nationale.

(8) Le statut des objecteurs de conscience, approuvé par la loi 6/85, du 4 mai, sera analysé à propos de l'article 18 du Pacte.

104. Au paragraphe 4 de l'article 46 de la Constitution, l'on stipule que sont interdites les associations armées ou de type militaire, militarisées ou paramilitaires.

105. La définition des bases générales du statut de la condition militaire, y inclut nommément les droits et devoirs des militaires et les principes orientateurs de leurs carrières, est de la compétence de l'Assemblée de la république (arts. 27 et 40).

106. Les forces armées sont au service du peuple portugais et sont rigoureusement apolitiques. Leurs éléments ne pourront profiter de leur arme, grade ou fonction pour intervenir politiquement.

1. Restrictions à l'exercice des droits par les militaires (art. 31)

107. L'exercice des droits d'expression, réunion, manifestation, association et pétition collective et la capacité électorale passive des militaires et agents militarisés fera l'objet des restrictions suivantes:

- a) Les militaires et agents militarisés ne peuvent pas faire de déclarations publiques de nature politique ou qui mettent en risque la cohésion et la discipline des forces armées ou ne respectent pas le devoir d'exemption politique et d'apolitisme de leurs éléments;
- b) Sans autorisation supérieure, ils sont interdits de faire des déclarations politiques concernant des affaires des forces armées, sauf s'il s'agit d'articles de nature exclusivement technique inclus dans des publications éditées par les forces armées dont la rédaction ou direction appartiennent à des militaires;
- c) Il leur est interdit de convoquer ou participer aux manifestations de nature politique, partisane ou syndicale, à des réunions de la même nature, sauf dans ce dernier cas, s'il sont habillés en civil, n'y exerçant aucune autre activité;
- d) Il leur est interdit de s'affilier à des associations de nature politique partisane ou syndicale, participer aux activités déployées par celles-là, exception faite aux associations de compétence déontologique;
- e) Il leur est interdit de promouvoir ou présenter des pétitions collectives adressées aux organes de souveraineté et à leurs supérieurs

- hiérarchiques respectifs à l'égard des matières de nature politiques ou concernant les forces armées;
- f) Ils ne peuvent pas être élus pour la présidence de la République, l'Assemblée de la république, les assemblées régionales d'Azores et de Madère, l'Assemblée législative de Macao et les assemblées et organes exécutifs des pouvoirs locaux et les organisations populaires de base territoriale;
 - g) Ils ne leur sont pas applicables les dispositions constitutionnelles concernant les droits des travailleurs;
 - h) Les citoyens qui assurent le service militaire obligatoire sont assujettis au devoir de s'abstenir de participer à toute activité politique, partisane et syndicale.

2. *Le rôle du Provedor de Justiça (médiateur)*

108. En raison d'action ou omission des pouvoirs publics responsables des forces armées ayant violé les droits, libertés et garanties ou provoqué des dommages, pourront s'adresser au *Provedor de Justiça*: les citoyens, en conformité avec la loi; les éléments des forces armées une épuisées les voies hiérarchiques établies par la loi, sauf en matière opérationnelle ou classifiée.

D. *Haute hiérarchie de la défense nationale et des forces armées*

109. Les organes de l'Etat directement responsables pour la défense nationale et les forces armées sont les suivants:

- a) Le Président de la république, Commandant suprême des forces armées (art. 38);
- b) L'Assemblée de la république (art. 40), à laquelle il incombe de légiférer et surveiller l'action du gouvernement;
- c) Le gouvernement (arts. 41 à 45) auquel il incombe de conduire la politique de défense nationale;
- d) Le Conseil supérieur de défense nationale (arts. 46 et 47), organe de nature consultative;

e) Le Conseil supérieur militaire (arts. 48 et 49), – organe consultatif militaire.

110. Il incombe nommément au gouvernement d'assurer le libre exercice de la souveraineté et le fonctionnement de ses organes en cas de guerre ou en situation de crise. Les ministres sont responsables de la politique de défense nationale, devant contribuer à l'étude et l'adaptation de leurs services à l'état de guerre ou aux situations de crise, en dirigeant la participation de leurs services à la mobilisation et la protection civile.

111. Le Conseil supérieur de défense nationale formulera des avis sur plusieurs thèmes, parmi lesquels il faudra souligner:

- a) La législation relative à l'organisation de la défense nationale et la définition des devoirs en découlant et aux conditions d'emploi des forces armées en cas d'état de siège ou d'urgence;
- b) L'organisation de la protection civile, assistance aux populations et sauvegarde des biens publics et particuliers en cas de guerre;
- c) L'exercice, en temps de guerre, des fonctions d'assistance au président de la république, au premier ministre et ministre de la défense en tout ce qui concerne la direction supérieure de la guerre (voir art. 64).

112. Pendant l'état de guerre – qui découle entre la déclaration de guerre et le rétablissement de la paix – seront adoptées par les organes compétentes et en conformité avec la Constitution et la loi, toutes les mesures de nature politique, législative et financière jugées adéquates à la conduite de la guerre et au rétablissement de la paix (arts. 60 à 64).

113. Les dommages découlant de la guerre sont de la responsabilité de l'agresseur, l'indemnité respective devant être revendiquée dans le traité de paix ou la convention d'armistice (art. 66).

VII. LA PROTECTION CIVILE

114. Le décret-loi 78/75, du 22 février, avait créé le Service national de protection civile, département de l'Etat chargé de donner exécution aux

directives destinées à prévenir des désastres ou catastrophes ou à minimiser leurs effets, et à réaliser des actions de secours et assistance au moment où ceux-là auraient lieu. Le décret-loi 510/80, du 25 octobre, a approuvé le statut organique du service national de protection civile.

115. Selon son article 1^{er}, la protection civile couvre l'ensemble des mesures destinées à protéger le citoyen et la population de tout ce qui représente un danger pour leur vie, santé, ressources, biens culturels et matériaux, en limitant les risques et en minimisant les dommages lorsque des sinistres, catastrophes, calamités ou bien des guerres, ont lieu.

116. Les objectifs de la protection civile sont, d'après l'article 2, l'exécution de mesures:

- a) De prévention:
- b) Conduisant au maintien du contrôle de la situation, en cas d'urgence, par les organes compétents de souveraineté;
- c) Destinées à la sauvegarde des biens matériels et culturels, publics ou privés;
- d) Destinées à sauvegarder les ressources naturelles;
- e) De défense passive, en coopération avec les forces armées.

117. Le Service nationale de protection civile, ayant un statut consultatif auprès du gouvernement, surveillera les études, plans et programmes à élaborer et les actions à exécuter par les différents départements, en assurant l'établissement des liens avec les organismes étrangers et internationaux.

118. Le décret-loi 279/84, du 13 août, a créé sous la dépendance du premier ministre, le Conseil national de planification civile d'urgence.

119. Au niveau national, il lui incombe de définir et actualiser en permanence les politiques de planification civile d'urgence, de façon à articuler, en situation de crise ou en temps de guerre, la gestion des ressources disponibles avec les activités de protection civile, assurer le fonctionnement de l'appareil de l'Etat, l'appui aux forces armées, la survie et la capacité de résistance de la nation, la protection des populations et la sauvegarde du patrimoine national.

VIII. LA COMMISSION DU LIVRE NOIR SUR LE REGIME FASCISTE

120. Le décret-loi 110/78, du 26 mai, avait créé la Commission du livre noir sur le régime fasciste, chargée de promouvoir et centraliser la recherche, le recueil et l'analyse des documents et d'autres éléments capables de contribuer à l'éclaircissement et élucidation de ce qu'a été le régime fasciste au Portugal.

121. Par le décret-loi 77/81, du 18 avril, les archives "Salazar" et "Marcelo Caetano" ont été déposés dans les installations de la Bibliothèque nationale visant leur conservation, mise en ordre, inventaire et description. Ce texte détermine que l'accès du public à ces archives ne serait admis que suite aux travaux de conservation, et jamais avant 25 ans après la mort de leurs anciens titulaires.

122. Le décret-loi 33/85, du 31 janvier, a établi que, compte tenu du premier texte mentionné, les membres de la Commission du livre noir auront librement accès, dans l'exercice de leurs fonctions, à ces archives.

DEUXIEME PARTIE

Article premier

123. 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 de la non-discrimination. Il n'est donc pas surprenant de lire, parmi les principes fondamentaux de la Constitution, que "la République portugaise est un Etat de droit démocratique, fondé sur la souveraineté populaire, sur le respect et la garantie des droits et libertés fondamentaux ..." (art. 1^{er}); "le Portugal obéit, en matière de relations internationales, aux principes ... du respect des droits de l'homme ..." (art. 7, par. 1); et que "les tâches fondamentales de l'Etat sont ...: b) garantir les droits et les libertés fondamentaux et le respect des principes de l'Etat de droit démocratique ..." (art. 9).

124. Dans la partie de la Constitution concernant les droits et les devoirs fondamentaux, le paragraphe 1 de l'article 12 établit que "tous les citoyens jouissent des droits et sont assujettis aux devoirs énoncés par la Constitution ...".

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".

125. 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 de la Constitution détermine:

- "1. Les étrangers et les apatrides séjournant ou 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.
..."

126. Interprétées et appliquées en accord avec la Déclaration universelle des droits de l'homme (Constitution, art. 16), les dispositions constitutionnelles et légales interdisent donc tout texte contrevenant. En effet, la validité des lois et des actes de l'Etat dépend de leur conformité à la Constitution (art. 3, par. 3), et les auteurs des violations à ces principes fondamentaux seront soumis au régime légal prévu pour la protection des droits fondamentaux: recours aux tribunaux, responsabilité des auteurs, etc. ...

127. La plupart des juristes portugais estiment que l'article 8 de la Constitution de la République portugaise a consacré un système d'acceptation pleine du droit international:

- "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'Etat 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".

128. Selon ces juristes, les règles et principes prévus par l'article 8 de la Constitution ont une valeur infraconstitutionnelle et supralégale. De ce fait, les droits prévus par les conventions et accords internationaux – et, naturellement aussi par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – après leur ratification par le Portugal et leur publication au journal officiel (*Diário da República*) sont d'application directe et engagent directement toutes les entités publiques ou privées (Constitution, art. 18). Ceci veut dire que, dans le cas où une violation de ces principes serait constatée, la victime pourrait s'adresser à un tribunal pour faire valoir ses droits, la justice ne

pouvant lui être déniée pour défaut de moyens financiers (Constitution, art. 20). Dans le cas où la situation économique empêche quelqu'un de payer les frais de justice, l'assistance judiciaire lui permettra d'ester en justice sans qu'il soit nécessaire de payer les frais d'avance ou les honoraires d'un avocat.

129. 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).

130. Selon l'article 207 de la Constitution, les tribunaux "ne pourront pas appliquer de normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou violent les principes qui y sont consacrés".

131. 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). Il est à remarquer que, d'après le paragraphe 2 de cette disposition, dans le cas où la norme dont l'application a été refusée figure dans une convention internationale, le recours de cette décision devant la Cour constitutionnelle est obligatoire pour le ministère public.

132. Il ne faut pas oublier, en outre, que la Constitution reconnaît au *Provedor de Justiça* (médiateur) – entité qui, en appréciant les réclamations lui 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.

133. 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.

134. Sur le plan international, et étant donné la ratification de plusieurs 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.

135. 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.

Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

136. La Constitution portugaise établit différents principes qui permettent de conclure, d'une façon inéquivoque, que le peuple portugais peut choisir librement son statut politique et assurer son développement économique, social et culturel. En effet, l'article 1^{er} reconnaît que "le Portugal est une république souveraine, fondée sur la dignité humaine et sur la volonté populaire et engagée dans sa transformation en une société sans classes". Et l'article 2 détermine, à son tour, que:

"La République portugaise est un Etat de droit démocratique, fondé sur la souveraineté populaire, sur le respect et la garantie des droits et libertés fondamentaux, et sur le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique démocratique, dont le but est d'assurer la transition vers le socialisme par la réalisation de la démocratie économique, sociale et culturelle et par l'approfondissement de la démocratie participative."

137. Or, en utilisant l'expression "république souveraine", on a voulu traduire les principes de la souveraineté nationale, de l'autodétermination et de l'indépendance. C'est-à-dire, l'Etat portugais élabore la Constitution, organise son pouvoir, constitue de nouvelles entités publiques, reformule sa position devant la société civile et projette son action sur les relations internationales.

Il a la capacité de décider de façon autonome des destins de la collectivité nationale. Et il le fera d'après la volonté populaire, formée dans la concurrence et le pluralisme des partis et associations politiques et manifestée "au moyen du suffrage égalitaire directe, secret et périodique et des autres formes prévues dans la Constitution" (Constitution, art. 10).

138. En effet, l'une des tâches fondamentales de l'Etat est de "défendre la démocratie politique et d'assurer la participation organisée du peuple à la solution des problèmes nationaux" (art. 9 c)).

139. La constitution de partis politiques est ainsi prévue en tant que forme d'assurer la liberté d'association. Celle-ci implique, en outre, la possibilité "d'en faire partie et, à travers eux, de concourir à la formation de la volonté populaire et à l'organisation du pouvoir politique" (art. 51, par. 1). Les partis sont donc une forme d'organisation et d'expression de la volonté populaire, quoiqu'il ne leur soit pas permis de susciter la violence ou se réclamer de l'idéologie fasciste (art. 46, par. 1 et 4).

140. Les citoyens ont ainsi le droit de participer à la vie politique et à la direction des affaires publiques du pays (art. 48), soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement élus. Leur participation directe et active est jugée "la condition et l'instrument fondamental de la consolidation du système démocratique" (art. 112).

141. Désignant, par le vote, leurs représentants, les citoyens se voient accorder la possibilité d'intervenir à la définition de la politique à adopter et d'assurer le contrôle de l'exécution de cette politique. En effet, il incombe à l'Assemblée de la république "assemblée représentative de tous les citoyens portugais" (art. 150): de légiférer sur toutes les matières, sauf celles qui sont réservées au gouvernement; d'approuver la loi du plan et le budget de l'Etat et d'examiner les rapports annuels et finaux d'exécution du plan; et de veiller au respect de la Constitution et des lois et d'apprécier le programme et les actes du gouvernement et de l'administration.

142. Le gouvernement est à son tour l'organe qui conduit la politique générale du pays (art. 185). Le premier ministre est nommé par le président de la république après consultation des partis représentés à l'Assemblée de la république et compte tenu des résultats électoraux (art. 190). Le gouverne-

ment est responsable devant le président de la république et l'Assemblée de la république (art. 193).

143. Le programme du gouvernement contient les principales orientations politiques et les mesures à adopter ou à proposer dans les différents domaines de l'activité gouvernementale (art. 191). Ce programme est soumis à l'examen de l'Assemblée de la république (art. 195) qui pourra le rejeter (art. 195, par. 3 et 4), ce qui entraînera la démission du gouvernement (art. 198 d)).

144. Le gouvernement pourra lui-même demander à l'Assemblée de la république un vote de confiance sur une déclaration de politique générale ou sur n'importe quel sujet d'intérêt national (art. 196). Dans le cas où celui-ci n'est pas approuvé, le gouvernement sera démis (art. 198 e)).

145. Les députés pourront, à leur tour, voter des motions de censure au gouvernement sur l'exécution du programme ou sur un sujet d'intérêt national. Leur approbation entraînera aussi la démission du gouvernement.

146. De cette analyse succincte, il sera possible de conclure que la Constitution a prévu différentes formes d'assurer la participation du peuple à la définition de la politique et au contrôle de celle-ci.

147. Or, le développement économique, social et culturel du peuple portugais sera assuré d'une part par les organes de souveraineté et, d'autre part, par les citoyens eux-mêmes.

148. D'un côté, l'Assemblée de la république, par voie essentiellement législative, et le gouvernement, compte tenu de son programme d'action et vue sa fonction administrative, sont chargés "de faire les règlements nécessaires à la bonne exécution des lois" (art. 202 c)), "de défendre la légalité démocratique" (art. 202 f)) et "de prendre toutes les mesures nécessaires pour promouvoir le développement économique et social et satisfaire les besoins collectifs" (art. 202 g)). Par ailleurs, les citoyens sont titulaires des droits, libertés et garanties énoncés par la Constitution (art. 12) qui doivent être respectés par les entités publiques et privées (art. 18). Toute violation de leurs droits, libertés et garanties entraînera le droit d'accès des citoyens aux tribunaux (art. 20) et le droit de résistance (art. 21).

149. La Constitution énumère donc, dans sa partie I, les droits et devoirs fondamentaux, au titre II, les droits, libertés et garanties, au titre III les différents droits économiques (chap. I), sociaux (chap. II) et culturels (chap. III), en établissant les devoirs incombant à l'Etat pour la réalisation de ces droits. Ces devoirs devront se traduire par l'établissement de certaines mesures, prises en considération par l'Assemblée de la république, prévues naturellement par les programmes du gouvernement.

150. Ces principes de la souveraineté nationale, de l'autodétermination et de l'indépendance orientent aussi l'établissement des relations internationales avec les autres Etats. En effet, l'article 7 de la Constitution prévoit que le Portugal obéit "aux principes de l'indépendance nationale, du respect des droits de l'homme, du droit des peuples à l'autodétermination et à l'indépendance, de l'égalité entre les Etats ... et de la coopération avec tous les autres peuples pour l'émancipation et le progrès de l'humanité".

Article 2

Paragraphes 1 et 2: le droit à la non-discrimination

151. La Constitution portugaise prévoit un principe qui s'avère de la plus grande importance – celui de l'égalité, prévu par l'article 13. Du fait de cette norme, tous les citoyens sont égaux devant la loi et:

"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".

152. Et c'est bien pour cela que, parmi les tâches fondamentales de l'Etat, l'on mentionne le besoin de "promouvoir le bien-être et la qualité de la vie du peuple, l'égalité réelle entre les portugais et la concrétisation des droits économiques sociaux et culturels" (art. 9 d)).

153. Or, cet article 13 établit trois orientations essentielles, dont l'Etat devra tenir compte: l'interdiction du libre arbitre, de façon à ce que des

situations égales puissent avoir un traitement égal; l'interdiction de la discrimination fondée sur des considérations subjectives, telles que celles mentionnées par le paragraphe 2; et le besoin de différencier si l'inégalité d'opportunités justifie une compensation.

154. Le principe de l'égalité a donc une fonction sociale qui justifie le devoir d'éliminer ou atténuer les inégalités de façon à ce qu'une égalité juridique puisse être assurée. C'est bien pour cela que la Constitution prévoit quelques cas de "discrimination positive".

155. Quelques exemples pourraient être donnés à ce propos:

- a) L'article 69, paragraphe 2, relatif à l'enfance, où l'on mentionne la protection particulière qu'il faudra accorder aux "orphelins et enfants abandonnés ... contre toute forme de discrimination et d'oppression et contre les abus d'autorité dans la famille et dans les institutions".
- b) L'article 76, paragraphe 1, qui, se penchant sur le régime d'accès à l'université, établit que l'Etat devra encourager et faciliter l'accès des travailleurs et de leurs enfants.

156. Outre ce principe général prévu par l'article 13 de la Constitution, nous pourrions mentionner quelques autres dispositions qui consolident cette préoccupation d'assurer l'égalité et d'écarter toute forme de discrimination.

157. L'article 60 s'occupe des droits des travailleurs et réaffirme le principe de l'égalité en affirmant:

" 1. Tous les travailleurs ont droit, sans distinction d'âge, de sexe, de race, de citoyenneté, de lieu d'origine, de religion ou de convictions politiques ou idéologiques ..."

158. Et si c'est vrai que ces orientations font l'objet d'autres dispositions constitutionnelles, il faudra remarquer que l'on a cru qu'il faudrait le souligner en vers quelques situations. Nous pourrions mentionner à ce propos la citoyenneté, manifestant l'inadmissibilité du traitement inégal entre portugais et étrangers; ou le lieu d'origine qui interdit la discrimination concernant l'accès à un travail ou la réserve de son exercice à une région d'origine (principe qui est réaffirmé à propos des régions autonomes, art. 230 c)).

159. L'on trouve un reflet de cette préoccupation dans d'autres textes législatifs. Tel est le cas, à titre d'exemple, de la loi 4/84, du 5 avril, concernant la protection de la maternité et de la paternité laquelle, dans son article 2 prévoit l'égalité des parents, en affirmant que:

- " 1. Sont garanties aux père et mère, en conditions d'égalité, la réalisation professionnelle et la participation à la vie civique du pays.
2. Les père et mère sont égaux en droits et devoirs quant à l'entretien et l'éducation des enfants."

160. Le régime des absences accordées en raison de cette loi et du décret-loi 136/85, du 3 mai, reflètent naturellement aussi cette préoccupation. Les situations suivantes peuvent être mentionnées:

- a) Les articles 15 de la loi 4/84 et 17 du décret-loi 136/85, relatifs au travail à temps partiel, qui pourra être accordé "aux travailleurs avec des enfants ayant moins de 12 ans";
- b) Les articles 13 de la loi 4/84 et 8 du décret-loi 136/85, relatifs aux absences pour assistance aux mineurs malades et à la famille:

"Les travailleurs ont droit à être absents ... en cas de maladie ou accident des enfants adoptés ... ayant moins de 10 ans."

161. Mais quelques décisions judiciaires pourront encore être mentionnées à ce propos.

162. L'avis de la Commission constitutionnelle 1/76 (formulé avant la première révision constitutionnelle, qui a eu lieu par la loi 1/82) s'est prononcé pour l'inconstitutionnalité du décret régional 2/76, de l'Assemblée régional de Madère, étant donné que l'on y établissait un critère de préférence dans le placement de professeurs originaires de cette région ou y résidant. Ce critère de préférence se révélait contraire à l'article 13, paragraphes 1 et 2, sur le principe de l'égalité, et à l'article 48, paragraphe 4, concernant le droit d'accès, en conditions d'égalité et de liberté, aux fonctions publiques. Se fondant sur cet avis, le Conseil de la révolution avait déclaré ce décret inconstitutionnel.

163. L'avis de la Commission constitutionnelle 2/81 s'est prononcé sur l'inconstitutionnalité de l'article 52 de la loi du service militaire (loi 2135, du

11 juillet 1968), qui établissait un critère de préférence, dans l'accès à la fonction publique, pour les individus qui avaient accompli le service militaire, en prévoyant une certaine hiérarchie de priorités d'après le mérite manifesté dans l'accomplissement de cet exercice. Cette norme se révélait, en effet, contraire à l'article 13, paragraphe 1, de la Constitution étant donné que l'on y établissait un traitement différent envers des citoyens qui exerçaient un même droit – le droit d'accès à la fonction publique. Elle était, en outre, contraire au paragraphe 2 de ce même article 13, étant donné que le service militaire est, en règle générale, seulement réalisé par les citoyens appartenant au sexe masculin et n'est que facultatif pour les femmes.

164. Il faudra tenir compte aussi de l'article 52 c) de la loi fondamentale (par. 3 b) de l'art. 59 après la révision constitutionnelle) violé par cette disposition, qui prévoit l'égalité de chances dans le choix de la profession ou de l'emploi et des conditions telles du droit au travail que l'accès à une catégorie professionnelle ne soit pas interdit ou limité en raison du sexe.

165. Le Conseil de la révolution, compte tenu de cet avis, a déclaré cet article inconstitutionnel par sa résolution 21/81.

166. L'Assemblée de la république examine à ce moment-ci un nouveau projet de loi sur le service militaire, projet de loi 14/IV. Et il est intéressant de souligner que dans son texte, l'on y prévoit que:

"Aucun citoyen ne peut être défavorisé dans son placement, dans ses avantages sociaux ou dans son emploi permanent en raison de l'accomplissement des obligations militaires établies par la loi (art. 46, par. 1)."

L'article 55 du projet, concernant les obligations militaires des citoyens du sexe féminin, prévoit que celles-ci "seront exemptées des obligations militaires, pouvant pourtant réaliser un service militaire effectif en régime de volontariat".

167. Le traitement égal des étrangers et des nationaux est une règle traditionnelle du droit constitutionnel portugais, qui est renforcée par la perspective universaliste que la Constitution actuelle consacre à l'interprétation des droits fondamentaux.

168. C'est en effet à la lumière de la Déclaration universelle des droits de l'homme que les dispositions constitutionnelles et légales relatives à ce type de droits doivent être interprétées et appliquées (art. 16, par. 2).

169. Le principe de traitement égal est consacré par l'article 15, paragraphe 1, du texte fondamental:

"Les étrangers et les apatrides séjournant ou résidant au Portugal jouissent des droits et sont assujettis aux devoirs des citoyens portugais."

170. Ce principe, prévu naturellement pour les droits et libertés classiques, est aussi applicable aux droits positifs. Il y a cependant des limitations à ce principe, en ce qui concerne les droits politiques, l'exercice de fonctions publiques n'ayant pas un caractère essentiellement technique, et les droits et devoirs que la Constitution et la loi réservent exclusivement aux citoyens portugais (art. 15, par. 2). Mais l'on peut affirmer que, outre les droits civils, les droits économiques et sociaux sont, en règle générale, reconnus, dans les mêmes conditions, aux non-ressortissants et aux citoyens nationaux, seule la Constitution et la loi formelle pouvant déroger à ce principe.

Paragraphe 3: droit à un recours utile

171. Selon l'article 18 de la Constitution, les dispositions constitutionnelles relatives aux droits, libertés et garanties "sont directement applicables et engagent toutes les entités, publiques ou privées".

172. D'un autre côté, et selon l'article 22, l'Etat et les autres pouvoirs publics sont civilement responsables pour toutes les actions ou omissions pratiquées dans l'exercice de leurs fonctions et à cause de leur exercice dont il résulte violation des droits, libertés et garanties des citoyens.

173. L'article 20 établit, à son tour, que tous les citoyens ont droit à la protection juridique, l'accès aux tribunaux leur étant assuré pour la défense de leurs droits, sans aucun obstacle de nature économique. Il incombe en effet aux tribunaux 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'intérêts (Constitution, art. 206).

174. Mais les citoyens peuvent aussi adresser des réclamations au *Provedor de Justiça* (médiateur), en cas d'actions ou omissions des pouvoirs publics, qui les examinera sans pouvoir de décision, en adressant par la suite aux organes compétents les recommandations nécessaires pour prévenir et réparer les injustices (art. 23). Et il leur est encore possible de soumettre individuellement ou collectivement aux organes de souveraineté et à toute autorité des pétitions, représentations, réclamations ou des plaintes pour défendre leurs droits (art. 52).

175. L'article 21 prévoit, enfin, le droit de résister à tout commandement qui porte atteinte aux droits, libertés et garanties et de repousser par la force toute agression quand il ne s'avère pas possible de recourir à l'autorité publique.

176. Le Portugal a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit dans son article 13, le "droit à octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles".

177. Comme le Portugal a reconnu la compétence de la Commission et de la Cour européennes, il est donc possible de s'adresser à ces instances internationales dans le cas de violation de cette disposition.

178. Ayant ratifié le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Portugal a naturellement aussi reconnu la compétence du Comité des droits de l'homme pour recevoir des communications concernant la violation de l'un des droits prévus par le Pacte, nommément de cet article 2.

Les droits et garanties des administrés

179. Ce problème a fait l'objet d'une étude assez détaillée dans le rapport initial présenté par le Portugal (CCPR/C/6/Add. 6, voir surtout p. 15 et suiv.).

180. Quelques mesures ont entretemps été prises au niveau législatif. Un aperçu de ces mesures est donné par la suite.

La responsabilité des titulaires des charges politiques

181. La Constitution mentionne, dans son article 120, le statut des titulaires de fonctions publiques et détermine leur responsabilité politique, civile et criminelle des actes et omissions commis dans l'exercice de leurs fonctions (part. 1).

182. Le paragraphe 2 de cet article (introduit au moment de la révision constitutionnelle) prévoit que la loi définira les devoirs, responsabilités et incompatibilités impartis aux titulaires de fonctions publiques, ainsi que leurs droits, privilèges et immunités.

183. Selon l'article 133, le président de la république répond devant la Cour suprême des crimes et délits commis dans l'exercice de ses fonctions, l'initiative du procès incombant à l'Assemblée de la république et la condamnation entraînant la destitution ainsi que l'interdiction de réélection. Après la fin de son mandat, le président répond devant les tribunaux ordinaires des crimes et délits commis en dehors de l'exercice de ses fonctions.

184. Les députés n'ont pas à répondre aux plans civil, pénal ou disciplinaire des votes et opinions émis dans l'exercice de leurs fonctions et ne peuvent pas être détenus ou arrêtés sans l'autorisation de l'Assemblée, sauf pour un crime puni d'une peine majeure et en cas de flagrant délit (art. 160, par. 1 et 2). Dans le cas où une procédure pénale est engagée contre un député et que celui-ci fasse l'objet d'une mise en accusation ou mesure équivalente, l'Assemblée décide si oui ou non son mandat doit être suspendu pour permettre à la procédure de suivre son cours (par. 3).

185. Lorsqu'une poursuite judiciaire est ouverte contre un membre du gouvernement (art. 199) et celui-ci est inculqué, sauf en cas de crime grave, l'Assemblée de la république décide s'il doit être suspendu de ses fonctions afin que la procédure suive son cours.

186. Les juges ne peuvent pas être responsables de leurs décisions, sauf exception consignée dans la loi (art. 221). Le statut des juges fera l'objet d'une analyse plus détaillée à propos de l'article 14.

187. Il faudra à ce propos mentionner que la loi 4/83, du 2 avril, a déterminé le contrôle public des biens des titulaires des charges publiques, en déterminant le besoin de présenter une déclaration du patrimoine et des revenus (voir aussi le décret réglementaire 74/83, du 6 octobre), la loi 4/85, du 9 avril, ayant prévu leur statut rémunérateur.

La responsabilité des agents administratifs

188. L'article 266 de la Constitution détermine que:

- " 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".

189. Les fonctionnaires et agents de l'Etat sont responsables civilement, pénalement et disciplinairement de leurs actes et omissions portant atteinte aux droits ou intérêts individuels protégés par la loi (art. 271).

190. Un nouveau statut disciplinaire a entretemps été publié par le décret-loi 24/84, du 16 janvier. L'on y prévoit, comme dans l'ancien texte, la peine d'inactivité pour le fonctionnaire ou agent qui viole le devoir d'impartialité dans l'exercice de ses fonctions (art. 25, par. 2 c)); la peine de mise à la retraite et démission pour celui qui pratique des actes manifestement nuisibles aux institutions et principes consacrés par la Constitution.

Les garanties du citoyen à l'égard de l'administration

191. Selon l'article 268 de la Constitution:

- " 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 entâché d'illégalité, indépendamment de sa forme, ainsi que pour obtenir la reconnaissance d'un droit ou d'un intérêt légalement protégé".

192. Cet article prévoit donc: le droit à l'information sur la suite donnée aux affaires qui les concernent et sur les décisions dont ils ont fait l'objet; le droit de connaître ces décisions, par notification ou publication officielle, et leurs fondements dans le cas où ceux-ci affectent les droits ou intérêts légalement protégés; et le droit d'introduire un recours contentieux contre un acte administratif illégal ou pour qu'un droit ou un intérêt légalement protégés soient reconnus.

193. Le décret-loi 256-A/77, du 17 juin, mentionné dans le rapport initial et encore en vigueur, se révèle à ce propos d'un profond intérêt. L'on y impose la motivation, moyennant l'exposition succincte des fondements de fait et de droit de la décision, de tout acte administratif qui:

- a) Nie, éteint, restreint ou, d'une manière quelconque, affecte des droits, impose ou aggrave des devoirs, des charges ou des sanctions;
- b) Affecte de même et en raison de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, des intérêts légalement protégés;
- c) Statue sur une réclamation ou un recours;
- d) Statue, à l'opposé, sur une prétention ou une opposition formulé par l'intéressé, ou bien sur un avis, une information ou une proposition officielle;
- e) Statue à l'encontre de la pratique habituellement suivie dans la solution de cas semblables, ou dans l'interprétation et l'application des mêmes règles de droit;
- f) Implique révocation, modification ou suspension d'un acte administratif antérieur.

194. Bien récemment par la résolution 6/87, publiée le 29 janvier, le gouvernement a approuvé un ensemble de normes relatives à l'accueil du

public et à la communication administrative écrite, de nature externe, à adopter par les services. D'après son avant-propos, l'on y a essayé de personnaliser l'administration publique et humaniser ses rapports avec ses utilisateurs et les administrés en général.

L'accueil du public

195. Les fonctionnaires placés à ces services d'accueil devront être dûment identifiés et devront connaître bien la structure et les attributions du service, de façon à pouvoir donner des renseignements et à acheminer les intéressés vers les sections compétentes. Ces services d'accueil devront assurer la divulgation de feuilles d'information concernant les matières dont les services s'occupent et la forme à suivre par les particuliers à l'égard des procédures qui les concernent. Sur demande de ceux-ci, ils pourront même les informer de la suite donnée à leurs procès.

196. Dans le cas de questions complexes, les services d'accueil pourront déplacer des fonctionnaires spécialement chargés d'aider les intéressés à élaborer des pétitions et les requêtes ou à remplir des formulaires.

Communication administrative écrite

197. Les communications administratives écrites devront mentionner le nom, l'adresse et le téléphone du service, en identifiant les fonctionnaires, agents ou titulaires des organes qui les souscrivent et leur qualité. Les communications adressées aux particuliers devront être rédigées sous une forme claire, concise et objective, en essayant de ne jamais utiliser de langage technique.

198. Si une référence est faite à des dispositions de caractère normatif ou à des circulaires de l'administration, il faudra, si possible, transcrire la partie importante pour la suite ou la résolution de l'affaire ou bien en annexer une photocopie.

199. Lorsqu'il s'avère nécessaire de convoquer quelqu'un, il faudra le renseigner de l'objet de cette convocation, la priorité leur devant être assurée au moment de sa présentation.

200. Au niveau des rapports établis entre l'administration et les particuliers, la lutte contre la corruption au sein des services publics a justifié une attention toute particulière de la part du gouvernement.

201. Une haute autorité a été créée, par le décret-loi 369/93, du 6 octobre, chargée de la prévention des actes de corruption et, en général, frauduleux. La loi 45/86, du 1^{er} octobre, a ultérieurement établi son niveau régime légal, visant à adapter son statut aux objectifs poursuivis.

202. Les traits ressortissant de ce régime sont les suivants:

- a) Placement de la Haute autorité sous la dépendance directe de l'Assemblée de la République (art. 1); élection de l'entité titulaire à la majorité des deux tiers des députés en fonctions (arts. 1 et 2);
- b) Totale indépendance dans l'exercice de ses fonctions et respect rigoureux de la Constitution et de la loi, en défendant l'intérêt public et la dignité nationale (art. 4);
- c) Nouvelle configuration du devoir de collaboration des entités publiques officielles, notamment celles ayant des pouvoirs d'investigation judiciaire ou policière d'enquête, d'inspection ou d'investigation (arts. 5 et 6). Ce devoir spécial de collaboration entraîne, à l'égard de la Haute autorité, le droit d'accès à des documents et d'autres éléments d'information, la mise à l'écart du principe du secret bancaire et le devoir de collaborer avec la Haute autorité pour tous les citoyens et toutes les entités n'ayant pas de protection expresse prévue par la Constitution ou la loi. Une exception est faite aux renseignements qui constituent un secret d'Etat;
- d) Assujettissement des actes et diligences concernant les procédures engagées par la Haute autorité:
 - i) Aux limites découlant de la protection des droits fondamentaux des citoyens en matière de recueil des preuves;
 - ii) A l'audition obligatoire des personnes concernées sauf dans les cas où elles peuvent être inculpées en vertu d'une procédure pénale

et dans les cas de classement de l'affaire, si la personne concernée n'a pas demandé à être entendue.

203. Le décret-loi 370/83, du 6 Octobre, a, de son côté, établi quelques mesures visant la concrétisation du principe de l'impartialité dans l'action de l'administration publique, suite au libellé constitutionnel du paragraphe 2 de l'article 266:

"2. Les organes et agents administratifs sont subordonnés à la Constitution et à la loi et doivent exercer leurs fonctions avec équité et impartialité".

204. L'on y prévoit les cas d'empêchement à l'égard de certains actes administratifs ou contrats de droit public, en particulier dans le cas où la personne chargée d'un département de l'administration centrale, régionale ou locale ou d'instituts ou entreprises publiques a un intérêt personnel à l'acte ou au contrat. Ces principes s'appliqueront encore lorsque l'intéressé est le conjoint, un familial de ladite personne ou quelqu'un qui habite avec elle en *economia comum* (économie commune).

205. Les actes ou contrats pratiqués en violation de ces principes seront soumis aux termes de la loi concernant la nullité.

206. Le décret-loi 371/83, du 6 octobre, a étendu, à son tour, la tutelle pénale au-delà de la définition des crimes prévus dans le Code pénal, d'un côté, à l'exercice de fonctions assimilables (du point de vue de la politique criminelle) à celles des fonctionnaires publics, et de l'autre côté, aux catégories prévues par la loi pour ce qui concerne des valeurs d'ordre personnel ou non patrimonial.

207. La définition légale de fonctionnaire pour des effets pénaux est celle de l'article 437 du Code pénal, auquel de décret-loi 371/83 est venu ajouter celle de son article 4, paragraphe 2, à l'égard des effets découlant de ce texte et des articles du Code concernant les crimes de corruption (art. 420 et suiv.) péculat (art. 421 et suiv.), abus d'autorité (art. 428 et suiv.), violation de secret (art. 433 et suiv.) et abandon des fonctions (art. 436).

208. La violation grave et manifeste des devoirs peut entraîner la peine de démission en conformité avec l'article 66 do Code (art. 7 du décret-loi 371/83). La tentative sera toujours punie indépendamment de la mesure de la peine à l'égard des crimes prévus par le décret-loi 371/83 (art. 6).

Les tribunaux administratifs

209. La loi sur la procédure des tribunaux administratifs a été récemment approuvée par le décret-loi 267/85, du 16 juillet. Ce texte a donné suite aux principes constitutionnels applicables, notamment l'article 268 concernant les droits et garanties des administrés.

210. Selon son avant propos, ce texte a cherché à définir un système équilibré de moyens contentieux qui, sans mettre en cause les intérêts publics poursuivis par l'administration, accorde aux administrés une protection efficace de leurs droits et intérêts légalement protégés.

211. Ce texte a réglementé 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. 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.

212. Il faudra rappeler qu'il appartient notamment au ministère public, selon l'article 224 de la Constitution, de défendre la légalité démocratique et les intérêts fixés par la loi:

- " 1. Il appartient au ministère public de représenter l'Etat, 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."

213. Il est aussi possible aux personnes qui invoquent la qualité de titulaire d'un droit ou d'un intérêt légalement protégé d'introduire des actions pour les faire reconnaître (art. 69 et suiv.) Elles seront introduites lorsque d'autres moyens contentieux n'assureront pas le respect effectif de l'arrêt, du droit ou de l'intérêt.

214. Selon l'article 83, de façon à permettre le recours à des moyens administratifs ou contentieux, les autorités publiques doivent faciliter l'analyse de documents ou procédures et l'émission de traits, sur demande de l'intéressé ou du ministère public, sauf en matière confidentielle ou secrète, c'est-à-dire, où une réserve s'impose pour la réalisation de l'intérêt public, – notamment en questions de défense nationale, sécurité interne et politique extérieure ou pour la protection des droits fondamentaux des citoyens, en particulier le respect de la vie privée et familiale. Découlé le délai de 10 jours, le requérant pourra demander au tribunal administratif du ressort d'intimer l'autorité à faire droit à sa demande.

215. Dans le cas de violation, ou de crainte de violation, des normes de droit administratif, le ministère public, ou ceux à qui la violation provoque une offense digne de tutelle judiciaire, peuvent demander au tribunal administratif d'intimer à l'adoption ou l'abstention d'une certaine conduite, de façon à assurer l'application de ces normes (art. 86).

216. La loi de procédure prévoit même des procédures urgentes, qui courent leurs termes pendant les vacances. Parmi celles-ci sont justement mentionnées l'intimation pour l'accès à des documents ou l'émission d'extraits et l'intimation pour l'adoption d'une certaine conduite.

Article 3

Le droit égal des hommes et des femmes

217. Comme il a été mentionné à plusieurs reprises, la Constitution portugaise établit le principe de l'égalité selon lequel tous les citoyens ont la même dignité et sont égaux devant la loi, aucune discrimination ne pouvant être établie notamment en raison du sexe. Et le texte constitutionnel donne plusieurs exemples de ce souci, en parlant du "droit de constituer une famille et de contracter mariage dans des conditions de pleine égalité" (art. 36, par. 1); de "l'égalité des chances dans le choix de la profession ou de l'emploi et des conditions telles que l'accès à une fonction, à un emploi ou une catégorie professionnelle" qui n'est pas "interdit ou limité en raison du sexe" (art. 59,

par. 3-b)); des droits des travailleurs sans distinction de sexe, la rémunération étant assurée selon le principe "à travail égal, salaire égal" (art. 60, par. 1).

218. En outre, le Portugal a ratifié, le 30 juillet 1980, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Le Portugal a présenté les rapports prévus par l'article 18 de la Convention (voir CESAW /C/5/Add. 21 and Corr. 1 and Amend 1).

219. La législation ordinaire a essayé de donner suite aux principes constitutionnels mentionnés:

- a) En effet, le décret-loi 392/79, du 20 septembre, a défini l'encadrement légal pour l'application du principe de la non-discrimination dans l'accès à l'emploi, la formation professionnelle et les conditions de travail (voir E/1984/6/Add. 16), concernant l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 6 à 9, art. 6 "Choix de l'emploi.").⁽⁹⁾ Du fait de ce texte, la commission pour l'égalité dans le travail et dans l'emploi (CITE) a été créée. Composée de représentants du gouvernement, des associations syndicales et patronales, il lui incombe notamment de recommander l'adoption de mesures législatives, réglementaires ou administratives, promouvoir l'élaboration d'études, et divulguer les objectifs du décret-loi 392/79 et rendre public les cas de violation de ses normes;
- b) La loi de la nationalité 37/81, du 3 octobre, a établi des droits égaux pour l'homme et la femme (analysée à propos de l'art. 24);
- c) Le décret-loi 303/83, du 28 juin, concernant l'exercice de l'activité publicitaire, a stipulé quelques principes à observer, parmi lesquels celui de l'égalité, en interdisant toute sorte de discrimination en raison du sexe;
- d) La loi 4/84, du 11 mai, relative à la protection de la maternité et de la paternité, et les décrets-lois d'application 135/85 et 136/85 constituent actuellement le cadre légal de la protection de la maternité et unifient la législation sur la maternité qui était dispersée dans plusieurs textes. Cette loi met en application les principes énoncés

(9) Note: le document n'est pas encore disponible.

dans l'article 68 de la Constitution, tel qu'il a été remanié le 30 septembre 1982, à la suite de la révision de la Constitution votée le 12 août 1982;

- e) Le décret-loi 491/85, du 26 novembre, dans son article 8, s'occupe de la non-discrimination fondée sur le sexe, en établissant que sera puni d'une *coima* (sanction pécuniaire administrative) celui qui publie ou annonce des offres d'emploi mentionnant des restrictions, spécifications ou préférences discriminatoires en raison du sexe;
- f) Le nouveau code de 1982, en établissant un traitement égal envers l'homme et la femme a, lui aussi, manifesté un profond souci pour la nécessaire protection à accorder à celle-ci. Nous pourrions mentionner, à titre d'exemple: l'article 153, concernant les mauvais traitements envers une femme enceinte (par. 2); l'article 197, paragraphe 2, concernant le versement de pension alimentaire à la femme enceinte; l'article 198, concernant l'appui matériel à accorder à la femme que l'on a rendue enceinte; la section concernant les crimes sexuels (art. 201 et suiv.).

220. Récemment, l'assemblée de la république a dédié une session à la situation actuelle de la femme au Portugal, en commémorant la Journée internationale de la femme. Ayant analysé ses problèmes au niveau de l'accès au travail, à la formation, à l'enseignement, au niveau de la violence dans la famille, l'on a insisté sur le besoin de contribuer à la modification des mentalités, de façon à ce que, non seulement sous le plan législatif, mais aussi dans la pratique, l'égalité soit une réalité.

221. Quelques-unes des conclusions du rapport présenté à cette session par la Commission parlementaire de la condition de la femme sont mentionnées ci-après:

- a) La femme portugaise est encore la victime de profondes discriminations dans de différents secteurs de la vie politique, notamment à la direction des organes des partis et institutions politiques;
- b) Il s'avère nécessaire de prêter attention aux problèmes de l'égalité, visant la réalisation du principe constitutionnel de l'égalité de droits et opportunités entre homme et femme;
- c) Il faut que la Commission pour l'égalité dans le travail et dans l'emploi (CITE) et la Commission gouvernementale de la Commis-

sion féminine développent des actions efficaces pour combattre la discrimination, défendre et assurer l'exécution des lois et leur divulgation;

- d) Il faut assurer d'amples campagnes de diffusion des droits de la femme, surtout à la radio et à la télévision.

Article 4

Dérogation aux obligations prévues par le Pacte.

222. Selon l'article 19 de la Constitution portugaise:

- "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 de forces étrangères, de perturbation ou de grave menace contre l'ordre constitutionnel démocratique ou de calamité publique.
3. 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. La proclamation ne doit pas concerner une période supérieure à quinze jours, sans préjudice d'éventuelles prorogations pour une ou plusieurs périodes de même durée.
4. La déclaration de l'état de siège 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 la liberté de conscience et de religion.
5. La proclamation de l'état d'urgence ne peut que décréter la suspension partielle des droits, libertés et garanties.
6. 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".

223. Les situations "d'exception" prévues par la Constitution se caractérisent par la vérification de danger grave pour l'existence de l'Etat, pour la

sécurité et pour l'organisation de la collectivité, danger qui ne pourra être éliminé que par des mesures exceptionnelles."

224. L'état de siège et l'état d'urgence sont motivés par les mêmes Constitutions (arts. 137, par. 1 c) et 141); les limites temporelles et matérielles sont semblables (art. 19, par. 3).

225. La déclaration de l'état d'exception est soigneusement formulée dans la Constitution afin de limiter toute possibilité de recours injustifié ou abusif à ces mesures. Ainsi, il incombe au président de la République de décréter l'État de siège ou d'urgence (Constitution, art. 137, par. 1 c)), après "audition du gouvernement et autorisation de l'Assemblée de la république" (Constitution, art. 141), qui appréciera l'application de la déclaration (art. 165).

226. En outre, le président de la république ne peut pas dissoudre l'Assemblée quand l'état de siège ou d'urgence sont en vigueur (art. 175), et aucune révision constitutionnelle ne peut avoir lieu (art. 291).

227. La suspension de l'exercice des droits fondamentaux déterminée par la déclaration de l'état de siège et de l'état d'urgence, ne porte pas atteinte au "principe de l'interdiction de l'excès"; c'est-à-dire que l'état d'exception sera déclaré seulement dans le cas où il s'avère nécessaire et adéquat pour surmonter les situations de danger prévues par la Constitution, que l'état de siège ne sera décrété que quand l'état d'urgence sera insuffisant, que la suspension s'appliquera seulement aux droits, libertés et garanties dont l'exercice met en danger les objectifs de l'état d'exception et que l'état d'exception ne durera que pendant les situations de danger prévues par la Constitution.

228. Certains droits ne pourront faire l'objet de suspension (art. 19, par. 4). Ce sont les droits qui concernent les valeurs fondamentales de la personne – la vie, le statut personnel, la sécurité et la liberté de conscience – et les droits relatifs à la défense des accusés.

229. La Constitution a prévu plusieurs aspects de l'état d'exception. Elle prévoit que la loi complétera sa réglementation sous certaines conditions. Seule l'Assemblée de la république pourra légiférer en la matière (réserve absolue de compétence législative) selon l'article 167 c) de la Constitution.

La loi 44/86, du 30 septembre

230. Tout récemment, l'Assemblée de la république a approuvé la loi 44/86, publiée le 30 septembre, établissant le régime de l'état de siège et de l'état d'urgence. Suivant la rédaction constitutionnelle, ils pourront être déclarés seulement en cas d'agression effective ou imminente de la part de forces étrangères, de grave menace ou perturbation de l'ordre constitutionnel démocratique ou de calamité publique (art. 1^{er}).

231. 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 personnelle, 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 (art. 2, par. 1).

232. La suspension de l'exercice des droits, libertés et garanties devra toujours respecter le principe de l'égalité et de la non-discrimination et obéira aux principes suivants:

- a) La fixation de résidence ou la détention des 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 d'*habeas corpus* y étant nommément assuré;
- b) La réalisation de perquisitions 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;
- c) 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 l'entretien des citoyens affectés;
- d) L'on pourra déterminer la suspension de tout type de publications, émissions de radio ou télévision et spectacles de cinéma ou de théâtre et ordonner la saisie de publications;
- e) Les réunions des organes statutaires des parties politiques, syndicats et associations professionnelles ne seront en aucun cas interdites, dissoutes ou soumises à une autorisation préalable.

233. Il est important de souligner que, selon le paragraphe 3 de cet article 2, dans le cas où les droits, libertés et garanties d'un citoyen aient été violés par la déclaration de l'état de siège ou d'urgence, ou par action inconstitutionnelle ou illégale adoptée pendant qu'elle est en vigueur, il y aura droit à une indemnité.

234. La suspension ou la restriction de droits, libertés et garanties devront se limiter, en ce qui concerne leur extension, durée et les moyens utilisés, au strictement nécessaire au rétablissement rapide de la normalité constitutionnelle. Ils ne pourront pas dépasser les quinze jours, quoiqu'une prorogation puisse avoir lieu, pendant une ou deux périodes ayant la même limitation temporelle dans le cas où les causes déterminantes subsistent.

235. La déclaration ne pourra en aucun cas affecter l'application des règles constitutionnelles relatives à la compétence et au fonctionnement des organes de souveraineté.

236. L'état de siège ou d'urgence pourra être déclaré sur tout ou une partie du territoire national, selon la portée géographique de ses fondements.

237. Pendant l'état de siège ou d'urgence, les citoyens maintiennent intégralement leur droit d'accès aux tribunaux pour la défense de leurs droits, libertés et garanties lésés ou menacés de l'être par toute mesure inconstitutionnelle ou illégale (art. 6).

238. L'état de siège est déclaré dans le cas où se vérifient ou sont imminents des actes de force ou insurrection qui mettent en cause la souveraineté, l'indépendance, l'intégrité territoriale ou l'ordre constitutionnelle démocratique et qui ne peuvent pas être éliminés par les moyens normaux prévus par la Constitution et la loi. La déclaration de l'état de siège déterminera la subordination des autorités civiles aux autorités militaires ou leur remplacement par celles-ci (art. 8).

239. L'état d'urgence est déclaré dans des situations de moindre gravité nommément dans le cas où la vérification ou la menace de cas de calamité publique ont lieu. Seule la suspension partielle de l'exercice des droits, l'on pourra prévoir le renforcement des pouvoirs des autorités administratives civiles et l'appui assuré à celles-ci par les forces armées (art. 9).

240. La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence sera prononcée par le président de la république et dépendra de l'autorisation de l'Assemblée de la république (art. 10).

241. Une fois terminée les circonstances qui ont conduit à la déclaration de l'état de siège ou d'urgence, elle sera tout de suite abrogée par un décret du président de la république, contresigné par le gouvernement.

242. La déclaration comportera les éléments suivants, clairement et expressément définis:

- 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 du 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 assujettis à la juridiction des tribunaux militaires.

243. Le gouvernement assurera l'exécution de la déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence et informera le président de la république et l'Assemblée de la république des actes respectifs (art. 17).

244. Pendant l'état de siège ou l'état d'urgence qui couvre tout le territoire national, le Conseil supérieur de la défense nationale sera en session permanente.

245. L'Office du Procureur général de la république et le Service du *Provedor de Justiça* (médiateur) seront aussi en session permanente, vu leur compétence dans le champ de la défense de la légalité démocratique et des droits des citoyens (art. 18).

246. Les tribunaux militaires devront assurer l'instruction et le jugement des infractions à la déclaration, ainsi que des crimes pratiqués avec dol

directement liés aux causes qui caractérisent et sont à la base de l'état de siège et pratiqués pendant qu'il est en vigueur contre la vie, l'intégrité physique et la liberté des personnes, le droit d'information, la sécurité des communications, le patrimoine, l'ordre et la tranquillité publiques. Ces crimes sont à cet effet traités essentiellement comme des crimes militaires (art. 22).

247. Pendant ces états d'exception, les tribunaux civils exercent pleinement leurs attributions et fonctions, compte tenu du libellé de l'article 22. Ils doivent en particulier veiller à l'observance des normes constitutionnelles et légales qui règlent l'état de siège et l'état d'urgence (art. 23).

248. Toute cette procédure se revêt d'un caractère d'urgence. Dans un délai de 15 jours comptés à partir de la cessation de l'état de siège ou de l'état d'urgence – ou, dans le cas où la déclaration ait été renouvelée, jusqu'à 15 jours après la fin de chaque période – le gouvernement enverra à l'Assemblée de la république un rapport détaillé et le plus documenté possible des diligences et mesures adoptées pendant que la déclaration a été en vigueur.

249. L'Assemblée de la république examinera l'application de la déclaration respective et mentionnera les diligences nécessaires et adéquates à la mise en oeuvre de la responsabilité civile et criminelle par violation des dispositions de la déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence (art. 29).

Article 5

Droit de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés

250. Selon l'article 16 de la Constitution:

- "1. Les droits fondamentaux énoncés par la Constitution n'excluent pas les autres droits découlant des lois et des règles applicables de droit international.
2. 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."

251. D'ailleurs, le régime des droits, libertés et garanties s'applique à ceux qui sont énoncés au titre II, relatif aux droits, libertés et garanties, et aux autres droits fondamentaux de nature analogue (art. 17).

252. Le Portugal a, en outre, ratifié la Convention européenne des droits de l'homme et, d'après son article 17, aucune de ses dispositions ne pourra être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés y reconnus ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues par la Convention.

253. Comme il a déjà été dit, selon l'article 8 de la Constitution de la république, les dispositions prévues par des conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées sont en vigueur dès que publiées au journal officiel. Et les dispositions constitutionnelles relatives aux droits, libertés et garanties sont directement applicables et engagent toutes les entités, publiques ou privées (Constitution, art. 18).

Article 6

Le droit à la vie

254. Le droit à la vie est reconnu de façon précise par la Constitution de la république (art. 24).

255. Dans son rapport initial, le Portugal avait déjà mentionné l'abolition de la peine de mort. Il faudra pourtant souligner l'évolution de l'abolitionnisme.

256. Par les décrets du 12 décembre 1801 et du 11 janvier 1802, la peine de mort a été abolie pour les crimes de vol et homicide.

257. L'acte additionnel à la Charte constitutionnelle de 1852 a établi l'abolition pour les crimes politiques.

258. Le Code pénal de 1852 prévoyait la peine de mort seulement pour les crimes civils de trahison à la patrie.

259. En 1867 (le 1^{er} juillet) l'abolition de la peine de mort a été décrétée pour tous les crimes civils.

260. Par le décret du 16 mars 1911, l'on a aboli la peine de mort à l'égard des crimes militaires, ce qui a été confirmé par la Constitution de 1911 (art. 3, par. 22).

261. En 1916, la peine de mort a été réintroduite seulement pour quelques crimes de guerre ayant lieu au théâtre des opérations, ce qui a été confirmé par le Code de justice militaire et la Constitution de 1933.

262. C'était avec la Constitution de 1976, adoptée après la Révolution du 25 avril 1974, que l'abolition a été totale.

263. Il est pourtant intéressant de mentionner que la dernière exécution pour un crime politique a eu lieu en 1834, pour des crimes civils en 1772, pour un crime militaire, elle a eu lieu une seule fois après la réintroduction de la peine de mort en 1916, pour un crime d'espionnage en faveur de l'ennemi.

264. La dernière exécution d'une femme a eu lieu en 1772.

La protection de la vie

265. La protection absolue accordée à ce droit détermine que personne ne peut en être privée même dans le cas de proclamation de l'état de siège ou de l'état d'urgence (Constitution, art. 19 *maxime*, par. 4).

266. La loi 44/86, du 30 septembre, a justement établi le régime juridique de l'état de siège et de l'état d'urgence, tout en interdisant la limitation du droit à la vie dans tous les cas (art. 1).

267. En outre, la Constitution interdit l'extradition pour des crimes punissables de la peine de mort selon le droit de l'Etat réquérant.

268. La loi sur l'extradition, le décret-loi 437/75, du 16 août, détermine aussi que l'on peut ne pas extradier si le crime est punissable d'une peine de

prison à perpétuité et que la substitution de cette peine n'est pas prévisible (art. 4).

269. Le Portugal a ratifié la Convention européenne pour la répression du terrorisme, approuvée par la loi 19/81, du 18 août, sous réserve de ne pas extraditer dans les cas où l'infraction sera punie de la peine de mort ou d'une peine ou mesure de sûreté privative de liberté, de durée perpétuelle selon la loi de l'Etat requérant (art. 2).

270. En conformité avec cette orientation de principe, le parlement portugais a approuvé pour ratification le Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme, concernant l'abolition de la peine de mort (résolution 12/86, du 6 juin, publiée dans le *Diário da República* n° 129, série I, du 6 juin 1986). Le Protocole a été ratifié le 2 octobre 1986.

La protection de la vie intra-utérine

271. L'avortement est puni génériquement du chef de l'article 139 du Code pénal.

272. La loi 6/84, du 11 mai, a toutefois modifié la rédaction des articles 139 à 141 du Code pénal, de façon à exclure la nature illicite de l'interruption volontaire de la grossesse, dans les cas prévus par l'article 140, dès que soient observées les conditions y indiquées et les formalités prévues par l'article 141 pour obtenir le consentement ou régler les cas dans lesquels on peut s'en dispenser.

273. Cette exclusion de l'illégalité se vérifie pour des raisons d'ordre thérapeutique – être le seul moyen d'écarter un péril de mort ou de lésion irréversible et grave pour le corps ou la santé physique et psychique de la femme – reconnue à tout moment (art. 140, par 1 a)), prophylactique – pour éviter le péril de mort ou la lésion grave et durable pour le corps ou la santé physique et psychique de la femme – possible dans les 12 premières semaines de la gestation (art. 140, par 1b)), eugénique – péril de malformation ou maladie grave que l'enfant à naître pourra subir plus tard de façon incurable –

possible dans les 16 premières semaines de la gestation (art. 140, par. 1c)), et criminologique, aussi dit sentimental – grossesse résultant d'un viol, possible dans les 12 premières semaines de la gestation (art. 140, par. 1d)).

274. La Cour constitutionnelle, ayant tranché la question de la conformité des articles 140 et 141, tels que rédigés par la loi 6/84, au texte constitutionnel a conclu par l'affirmative, et n'a pas décrété l'inconstitutionnalité de ces dispositions (Arrêt 85/85, du 25 juin, publié dans le *Diário da República*, n.º 143, série II).

275. Tout récemment le cabinet du Ministre de la justice a créé une commission pour l'encadrement législatif de nouvelles technologies médicales et l'a chargée d'analyser des problèmes soulevés par les techniques modernes de l'insémination artificielle, et de réanimation (life-support systems) en tenant compte des valeurs de l'éthique et de la personne.

Génocide

276. Le titre II du Code pénal introduit les crimes contre l'humanité (chap. II) tout en y incluant les crimes de génocide et de discrimination raciale (art. 189).

"1. Celui qui, dans le but d'anéantir, en tout ou en partie, une communauté ou un groupe national, ethnique, racial, religieux ou social, commet un ou plusieurs des actes suivants:

- a) Homicide des membres de la communauté ou du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique des membres de la communauté ou du groupe;
- c) Soumission de la communauté ou du groupe à des conditions de vie ou à des traitements inhumains, qui sont de nature à provoquer l'anéantissement de la communauté ou du groupe;
- d) Transfert forcé d'enfants à une autre communauté ou un autre groupe;

sera puni d'une peine de prison de dix à vingt-cinq ans.

2. Est puni d'une peine de prison d'un à cinq ans celui qui, dans une réunion publique, par diffusion d'écrits ou par tout moyen de communication de masse:

- a) Diffame ou injurie une personne ou un groupe de personnes ou les expose au mépris public en raison de leur race, de leur couleur ou origine ethnique;
- b) Provoque des actes de violence contre une personne ou groupe de personnes d'une autre race, d'une autre couleur ou origine ethnique.

3. Est puni d'une peine de prison de deux à huit ans celui qui:

- a) Fonde ou constitue des organisations ou mène des activités de propagande organisée incitant à la discrimination, à la haine ou à la violence raciales, ou les encourageant;
- b) Participe aux organisations ou activités visées par l'alinéa précédent ou donne assistance à des activités racistes, y compris leur financement.

L'aide au suicide

277. L'aide au suicide est puni sous la double modalité de prestation d'aide ou d'instigation au suicide (Code pénal, art. 135). L'article 134 dispose sur l'homicide sur demande de la victime.

278. L'article 135 prévoit spécifiquement les cas où l'aidé est âgé de moins de seize ans, où il s'agit de personne non imputable ou de quiconque se trouve privé de résistance morale.

279. Les articles 137 e 138 font référence, respectivement, aux cas d'infanticide privilégié et d'abandon ou exposition d'une personne dans un lieu où elle est en situation de danger pour sa vie.

La répression du terrorisme

280. Comme nous l'avons déjà vu, le Portugal a ratifié la Convention européenne pour la répression du terrorisme qui est donc en vigueur dans l'ordre juridique portugais (Constitution, art. 8, par. 2).

281. Le Code pénal s'occupe de cette réalité et prévoit un régime de sanctions assez lourdes pour les crimes commis à travers des actes de terrorisme (art. 289) ou commis par des organisations terroristes (art. 288).

282. La question de l'indemnisation de victimes d'actes terroristes a été envisagée par les pouvoirs publics en raison de l'accroissement des actes de terrorisme qui portent atteinte aux serviteurs publics.

283. Le décret-loi 324/85, du 6 août, s'occupe de l'attribution, cas par cas, par résolution du Conseil de ministres aux serviteurs de l'Etat, civils ou militaires, d'une indemnité lorsqu'ils ont été victimes d'un acte de terrorisme dans l'exercice de leurs fonctions publiques ou à cause d'elles, étant donné que cette action a porté atteinte à leur vie ou intégrité, à leur liberté ou à des biens patrimoniaux de grande valeur (art. 1, par. 1). L'indemnité peut aussi être accordée aux familiers ou personnes à charge du serviteur quand ils ont été victimes de l'acte criminel (art. 1, par. 2).

284. Les faits qui donnent cause à la prétention feront toujours l'objet d'une enquête ordonnée par le membre du gouvernement duquel dépend le serviteur de l'Etat (art. 2).

Autres dispositions du Code pénal portugais

285. Les crimes liés aux produits mortels et aux matières hautement dangereuses font l'objet du titre III du Code pénal (des crimes contre les valeurs et les intérêts de la vie en société). Le chapitre III se dédie aux crimes de péril commun, dont, par exemple, les incendies, les explosions ou l'exposition des personnes aux radiations (art. 253 et suiv.). L'article 260 concerne les armes, munitions et explosifs.

286. Le chapitre III est aussi dédié aux crimes contre la santé (art. 269 et suiv.), dont la contamination et l'empoisonnement de l'eau.

287. Le chapitre IV est dédié aux crimes contre la sûreté des communications (art. 277 et suiv.).

288. Finalement, le chapitre V regarde les crimes contre l'ordre et la paix publiques (art. 285 et suiv.), dont les articles 288 et 289 concernent les crimes perpétrés par des organisations terroristes ou les actes de terrorisme.

Les drogues

289. Le Portugal a ratifié en 1971 la Convention unique de 1961 sur les stupéfiants et a adhéré à la Convention sur les substances psychotropes de 1971. Il s'imposait de légiférer sur ce sujet de façon systématique, cet objectif ayant été achevé avec le décret-loi 430/83, du 13 décembre, dont les traits essentiels sont les suivants:

- a) Le Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, organisme attaché au combat mené contre la drogue, est chargé de donner suite aux obligations découlant des conventions (arts. 5 et 22, par. 1);
- b) Le contrôle sur le marché illicite des stupéfiants est renforcé et, en particulier, celui sur les substances psychotropes;
- c) La punition du trafic illicite a été révisée et l'on a renforcé les moyens de procédure pour aboutir à une investigation plus approfondie, étant accordé à la police judiciaire la compétence exclusive d'investigation criminelle sur le trafic de stupéfiants;
- d) L'on a légiféré à l'égard des toxicomanes, dans le but de leur traitement, de leur guérison et de leur réadaptation. La soumission volontaire du toxicomane à un traitement sera dûment prise en compte au moment du choix de la peine. L'action pénale peut ne pas être exercée, dans le cas de consommation occasionnelle, à l'égard de délinquants primaires qui n'ont pas encore vingt et un ans révolus et qui se sont engagés devant le parquet à ne pas récidiver;
- e) L'on a sauvegardé le régime pénal spécial pour les jeunes de seize à vingt-et-un ans;
- f) L'on a entrepris la coordination de l'activité des institutions déjà créées et poursuivant des objectifs semblables, telles que le Gabinete

de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga (décret-loi 365/82, du 8 septembre), le Centro de Estudos de Profilaxia da Droga (décret-loi 791/76, du 5 novembre) et l'Instituto de Reinserção Social (décret-loi 204/83, du 20 mai);

- g) Le décret réglementaire 71/84, du 7 septembre, a réglementé les mesures systématiques contre le trafic et la consommation de stupéfiants et de substances psychotropes. Il prévoit les cas où, quoique assujetties à des mesures de fiscalisation, la culture, la fabrication, l'importation, la distribution, l'exportation et la détention de stupéfiants et substances psychotropes pourront être autorisées (art. 4). Cette autorisation sera accordée par la Direcção-Geral dos Assuntos Farmacêuticos pourvu que l'usage de stupéfiants et substances psychotropes soit limité à des fins médicales, scientifiques ou didactiques. Le décret prévoit, en outre, la prohibition de publicité sur les stupéfiants et substances psychotropes (art. 39) et la possibilité de réalisation, à tout moment, d'actions de fiscalisation dans les entreprises qui ont des stupéfiants ou substances psychotropes en leur possession.

La peine relativement indéterminée, introduite par le code pénal de 1982, est applicable aux délinquants qui s'adonnent de façon abusive à l'usage de stupéfiants (Code pénal, art. 86 et suiv.).

La prévention du tabagisme

290. La législation sur le tabagisme se trouve dans la loi 22/82, du 17 août, complétée par le décret-loi 226/83, du 27 mai, qui interdit la publicité sur le tabac (art. 2) et établit l'interdiction de fumer dans certains lieux, en général, des établissements de santé, de mineurs, d'enseignement et les milieux couverts (art. 3).

L'alcoolisme

291. Le droit pénal général prévoit la peine relativement indéterminée sous certaines conditions à l'égard des alcooliques habitués ou ayant tendance à abuser de l'alcool (Code pénal, art. 86 et suiv.).

292. Dans la partie spéciale, l'article 278 incrimine la conduite de tout moyen de transport (par voie aérienne, routière ou par eau) si l'auteur n'est pas en condition de le faire de façon sûre et d'où résulte un danger pour la vie, l'intégrité corporelle ou des biens de grande valeur d'une autre personne. La loi 3/82, du 29 mars, défend de conduire sous l'effet de l'alcool et détermine la déchéance du droit de conduire et l'impossibilité de remplacer la peine d'emprisonnement par une peine d'amende ou par le sursis de la peine, si la mort d'autrui ou des blessures graves ont résulté de l'accident (art. 13).

293. Des dispositions réglementaires concernant l'exercice de l'activité publicitaire sont établies par le décret-loi 303/83, du 28 juin. L'article 23, paragraphe 5, interdit la participation des enfants et des jeunes à toute publicité concernant le tabac et l'alcool. Le non-respect de ces dispositions est puni d'une peine d'amende.

La réglementation de l'utilisation d'armes à feu

L'utilisation d'armes à feu par la police

294. Le régime est celui des articles 88 et suivants du décret-loi 458/82, du 24 novembre, statut organique de la police judiciaire, analysé aussi à propos de l'article 7 du Pacte. On peut aussi mentionner le décret-loi 364/83, du 28 septembre, concernant la réglementation d'armes à feu par la police de sécurité publique et le décret-loi 465/83, du 31 décembre (art. 5, par. 18) concernant la garde nationale républicaine (GNR).

295. L'utilisation d'armes à feu par la police est subordonnée aux principes et règles suivants:

- a) Le recours à cette mesure extrême de contrainte ne doit être fait qu'en dernier ressort (art. 88, par. 1);
- b) L'adéquabilité aux circonstances (art. 88, par. 1);
- c) L'exigence d'avertissement préalable des personnes concernées d'une manière sans équivoque, dès que possible (art. 89);

- d) L'obligation de porter du secours aux blessés dès que possible (art. 90, par. 1);
- e) L'obligation de rapporter le fait par écrit au supérieur hiérarchique; même si aucun dommage n'en a résulté (art. 90, par. 2);
- f) L'interdiction de leur utilisation en cas de danger pour autrui, autre que l'agent de police et les visés, sauf dans le cas de légitime défense ou d'état de nécessité (art. 88, par. 2).

296. La loi énonce, à titre d'exemple, les cas où l'on peut faire usage de ces armes.

L'utilisation d'armes à feu par des particuliers

297. Le décret du gouvernement 56/84, du 28 septembre, a approuvé pour ratification la Convention européenne sur le contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes à feu par des particuliers.

298. Sur le plan interne le décret-loi 7-A/75, du 17 avril, reste partiellement en vigueur (voir art. 1^{er} et, sur les armes interdites, arts. 2 et 3). L'importation, la fabrication, la garde, l'achat, la vente ou la cession à n'importe quel titre, aussi bien que le transport, la détention, l'usage et le port de ces armes sont punis du chef de l'article 260 du Code pénal.

Article 7

La torture, les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁽¹⁰⁾

La Constitution

299. L'article 25 de la Constitution reconnaît ce droit dans son paragraphe 2. En ce qui concerne les garanties de la procédure criminelle, l'article 32,

(10) Le Portugal a signé le 4 février 1985 la Convention des Nations Unies, du 10 décembre 1984, contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

paragraphe 6, de la Constitution, dispose dans le même sens et établit à son tour la nullité des preuves obtenues par la torture, la coercition, l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne, parmi d'autres. L'article 30 établit en outre que l'on ne peut pas imposer des peines ou des mesures de sûreté privatives ou restrictives de la liberté à caractère perpétuel ou de durée illimitée ou indéfinie.

La loi pénale

300. L'article 412 du Code pénal punit le fonctionnaire qui, dans une procédure criminelle, disciplinaire ou ayant trait à une infraction administrative, fait recours à la violence, à de graves menaces ou à tout autre moyen de contrainte illégitime, afin d'obtenir de l'inculpé, du déclarant, d'un témoin ou expert, une déposition écrite ou orale, ou afin de les empêcher de la produire.

301. Dans le Code, le principe constitutionnel est aussi observé à propos des "crimes contre l'intégrité physique des personnes" (art. 142 et suiv.) et "des crimes contre la liberté des personnes", par exemple, des menaces (art. 155), la coercition (art. 156), la séquestration (art. 160) et l'enlèvement des mineurs (art. 167) ou d'autrui (art. 162).

302. Le principe apparaît aussi dans la réglementation des crimes sexuels. L'article 209 du même Code incrimine, par exemple, les cas de relations sexuelles ou d'attentat à la pudeur contre des personnes détenues ou assimilées.

303. Il est présent enfin dans le cadre des crimes contre la famille dont, par exemple, l'abandon du conjoint et des enfants en danger moral (art. 199).

La loi de procédure pénale

304. Au-delà de l'article 306 du Code de procédure pénale concernant l'interdiction de mauvais traitements à l'égard des prisonniers, déjà citée dans

le rapport initial du Portugal, le décret-loi 402/82, du 23 septembre, statue en général, sous la partie II, sur l'exécution des peines et les mesures de sûreté:

"(...) on accordera aux condamnés des traitements nécessaires à la sauvegarde de leur santé physique et psychique aussi bien qu'à leur réintégration dans la société" (art. 6).

305. L'article 261 du Code de procédure pénale dispose sur les moyens défendus pendant l'interrogatoire de l'inculpé, tout en interdisant l'emploi de moyens violents, mauvais traitements, blessures corporelles ou l'emploi des moyens cruels, frauduleux, hypnotiques ou autres, capables de troubler la volonté ou la faculté de jugement de l'inculpé.

306. Quant aux témoins comparus devant le tribunal, l'article 437 du Code de procédure pénale commet au président de tribunal le pouvoir d'interdire les questions revêtant un caractère suggestif, captieux, importun ou vexatoire.

307. Les deux textes susmentionnés demeurent applicables jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale.

308. Le nouveau Code de procédure pénale prévoit un régime d'interdiction de preuves qui aient été obtenues au moyen de l'emploi de la torture, de la coercition ou, en général, d'offense portée à l'intégrité physique ou psychique des personnes, quoique avec leur consentement (art. 126, par. 1 et 2).

309. L'interdiction de preuves concerne aussi les cas d'immixtion non autorisée dans la vie privée, le domicile ou les cas de violation de la correspondance ou des télécommunications (art. 126, par. 3).

310. Les preuves obtenues par ces moyens sont frappées de nullité et ne peuvent être utilisées que dans le but exclusif de la poursuite pénale de leurs auteurs.

La loi pénitentiaire

311. L'article 6 du décret-loi 265/79, du 1^{er} août, prévoit que l'entrée du détenu dans l'établissement pénitentiaire soit faite loin de la présence des autres détenus si cela se montre nécessaire pour sauvegarder son intimité (par. 1).

312. La fouille du détenu est réglée par l'article 116. A titre d'exemple, elle doit respecter en absolu sa personnalité et sa pudeur (par. 2) et ne peut être effectuée qu'en cas d'échec des instruments détecteurs (par. 4).

313. L'article 125 exige l'avertissement, visant l'intimidation, préalable aux cas d'emploi de la force physique (rédaction nouvelle du décret-loi 49/80, du 22 mars).

314. L'article 126 établit les règles générales sur l'utilisation des armes à feu par le personnel des établissements pénitentiers ou y travaillant. (L'usage des armes est interdit dans les centres de détention pour des jeunes - art. 20 du décret-loi 90/83, du 16 février, auquel l'on fera référence plus tard).

315. La proportionnalité est de règle (art. 124) en tout ce qui concerne l'emploi des moyens de coercition, lesquels doivent être limités au strictement nécessaire, en vue des exigences de la sûreté et de l'ordre (art. 122 et suiv.). Le recours à la contrainte mène toujours à la réalisation d'une enquête écrite sur les circonstances qui ont déterminé son application.

316. L'emploi de mesures coercitives est encore prévu en ce qui concerne les soins de la santé. Selon l'article 127, il n'est pas possible d'imposer à un détenu des examens médicaux, des traitements ou de l'alimentation sauf en cas de danger pour sa vie ou sa santé. Ces moyens ne pourront être prescrits et appliqués que sous la direction d'un médecin.

317. Sont autorisées les mesures spéciales de sécurité suivantes: interdiction de l'utilisation de certains objets ou leur saisie; observation du détenu pendant la période nocturne; séparation du détenu de la population pénitentiaire; privation ou restriction à la permanence à ciel ouvert; utilisation de menottes, si cela s'avère vraiment nécessaire ou sous vigilance médicale; internement dans une cellule spéciale de sécurité (art. 111). Ces mesures seront autorisées s'il n'est pas possible d'empêcher ou d'écarter le danger de la fuite ou s'il y a une perturbation grave de l'ordre et de la sécurité de l'établissement.

318. Il incombe au directeur de l'établissement de déterminer l'application des mesures spéciales de sécurité mentionnées. Dans le cas de danger imminent, ces mesures pourront être ordonnées. Dans le cas de danger imminent, ces mesures pourront être ordonnées par celui qui le remplace, mais leur confirmation devra être demandée le plus tôt possible.

Les mesures de police

319. A cet égard, l'article 272 de la Constitution prévoit que la police ne peut agir que dans les cas et selon les modalités prévues par la loi et toujours dans la mesure strictement nécessaire (par. 2). Cette règle a été suivie en ce qui concerne le recours à la coercition par la police de sécurité publique (décret-loi 151/85, du 9 mai, art. 3).

320. Le décret-loi 458/82, du 24 novembre, commet à la police judiciaire le devoir de ne pas exercer la torture, des traitements inhumains, cruels ou dégradants, et celui de ne pas exécuter ou d'ignorer, si nécessaire, les ordres ou instructions en vue de les imposer (art. 87, par. 1b)). Une telle conduite de l'agent de police ne fera pas l'objet de poursuite disciplinaire (art. 87, par. 2).

321. On retrouve un écho de ce principe dans les lois organiques ou statutaires concernant d'autres polices.

Les expériences médicales ou scientifiques

322. La loi pénale statue maintenant le régime pénal des interventions et traitements médico-chirurgicaux (Code pénal, arts. 143, 148 à 150, 158 et 159).

323. Ces actes sont valables dans le respect de la loi, c'est-à-dire:

- a) Si l'intervention a été pratiquée selon les *leges artis* et conformément à l'état de la connaissance et de l'expérience de la médecine (art. 150, par. 1);
- b) Si l'on poursuit un but guérissant, préventif ou palliatif (art. 150, par. 1);
- c) Si le consentement a été obtenu préalablement de forme valide et efficace (arts. 38, 149, 159 et, quand au consentement présumé, l'art. 39);
- d) Si les lésions qui en résultent ne portent pas atteinte aux bonnes moeurs (art. 149, par. 1 et 2).

La violation des règles des *leges artis* peut être attaquée du chef de l'article 150, paragraphe 2, du Code pénal. Les interventions et

traitements médico-chirurgicaux arbitraires font l'objet de prévision autonome dans l'article 158.

324. Au-delà de ces dispositions, le Code pénal prévoit encore spécifiquement:

- a) Les atteintes corporelles graves, dans l'article 143, consistant soit à des lésions graves soit à des lésions contre la santé;
- b) L'insémination artificielle de la femme pratiquée sans le consentement de celle-ci (art. 214).

325. Ce sujet peut être aussi envisagé du point de vue des crimes contre la santé, lequel fait l'objet des articles 269 et suivants du Code pénal. C'est notamment le cas des articles 274 à 276, lesquels punissent, respectivement, le médecin-analyste ou son employé, le pharmacien ou son employé et le médecin qui cause intentionnellement ou par négligence un danger à la vie, à la santé ou à l'intégrité physique d'autrui, moyennant l'altération d'analyses, des prescriptions médicales ou en cas de refus ou d'omission d'assistance médicale.

326. Le prélèvement des organes ou de tissus de personnes décédées, notamment dans le but de leur transplantation ou tout autre but thérapeutique important, est toujours réglé par le décret-loi 533/76, du 13 juillet, auquel une référence a déjà été faite dans le rapport initial du Portugal.

327. Des problèmes ont été issus à propos de la définition accueillie dans ce décret-loi d'un critère de mort de compatibilité problématique – voire comportant responsabilité d'ordre criminel – avec les nécessités découlant des prélèvements de certains organes et tissus.

328. La question a été abordée de façon approfondie dans l'Avis de l'Office du procureur général de la République publié dans le *Diário da República*, n° 272, II série, du 26 novembre 1985, selon lequel la notion de mort prévue par le décret-loi 533/76, du 13 juillet, a le sens de mort cérébrale. Dans la vérification du décès aux fins de ce texte, des règles adéquates de sémiologie médico-légale devront être suivies. Vérifié le décès, pourront être maintenues ou appliquées au cadavre des techniques de réanimation visant le prélèvement d'organes ou de tissus en bonnes conditions.

329. Tout en reconnaissant le développement d'un domaine de problème issu des techniques modernes de réanimation, le ministre de la Justice a récemment institué une Commission chargée de soulever les problèmes et de proposer des solutions juridiques qui leur soient applicables (arrêté du ministre de la Justice 37/86 publié dans le *Diário da República*, II série, du 6 mai 1986).

330. Le décret-loi 553/76, du 13 juillet, pose aussi un autre type de question relative au consentement pour réaliser le prélèvement des organes. La loi prévoit seulement l'opposition de la personne décédée comme empêchement au prélèvement fait par des médecins. D'après un avis de l'Office du procureur général de la république de 1952, l'on doit accorder la priorité à l'utilisation des organes et tissus à des buts thérapeutiques sur les droits des familiers et des amis sur le corps.

331. Au chapitre II concernant la vie et la mort, sont abordés des problèmes tels que la thérapeutique impliquant un risque d'interruption de la grossesse, le devoir d'abstention de la thérapeutique sans espoir, la décision de mettre fin à l'emploi de moyens extraordinaires de survie artificielle, le prélèvement des organes de personnes décédées et vivants, et l'insémination artificielle et la stérilisation.

332. Au chapitre IV sont envisagés les problèmes issus de l'expérimentation humaine, des garanties et des limites éthiques à l'expérimentation y étant expressément référées.

333. Au chapitre I, l'article 44 établit que le médecin ayant traité un enfant, une personne âgée, un handicapé ou un incapable ayant constaté qu'ils ont subi des sévices, mauvais traitements ou d'autres épreuves, doit prendre des mesures adéquates à leur protection, notamment au moyen d'alerter les autorités de police ou les autorités sociales compétentes.

334. Le chapitre III est d'ailleurs dédié aux mauvais traitements, en ce qui concerne les malades privés de liberté. Les principe général affirmé dans l'article 56, paragraphe 2 signale le devoir du médecin de toujours respecter l'intérêt du malade et l'intégrité de sa personne en conformité avec les règles déontologiques. D'après ce dernier:

" 1. Le médecin ne doit, en aucune circonstance, pratiquer, collaborer ou accepter la réalisation d'actes de violence, de torture ou d'autres actions cruelles, inhumaines ou dégradantes, quel que soit le crime commis ou imputé à la personne emprisonnée ou détenue et notamment pendant l'état de siège, de guerre ou pendant une situation de conflit civil."

Ces dispositions incluent le refus de céder des installations, des instruments ou des médicaments et le refus de transmettre leurs connaissances scientifiques de façon à permettre la pratique de la torture.

Article 8

L'esclavage, la servitude et le travail forcé

335. Le Portugal a ratifié, le 4 octobre 1927, la Convention du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage; et le 10 août 1959, il a ratifié la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclavages et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, adoptée à Genève le 7 septembre 1956. Elles constituent donc, et depuis longtemps, du droit interne.

336. Le Portugal a, enfin, ratifié le 9 novembre 1978 la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit, par son article 4, que "nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude". Ayant souscrit la déclaration prévue par l'article 25 de cette Convention, le Portugal accepte donc que, dans le cas où quelqu'un se croit victime de la violation de ce droit, une entité supranationale en apprécie sa valeur et ses effets, face aux principes de la Convention même.

337. Ceci nous montre que plusieurs instruments juridiques internationaux ont été adoptés par le Portugal, étant vrai que, selon l'article 8 de la Constitution portugaise, ils constituent du droit interne. Cette tendance reflète d'ailleurs l'orientation internement adoptée à ce propos. Par un décret du 10 décembre 1836, le Portugal avait interdit la traite des esclaves dans son territoire. Plus tard, en 1858, l'abolition de l'esclavage était, elle aussi, déterminée.

338. La Constitution de la république ne mentionne pas expressément les situations d'esclavage ou de servitude. Et cette omission traduit sans doute que ces situations ont, depuis longtemps, été socialement abolies. Le texte constitutionnel même prévoit un cadre de droits et garanties qui écartent les situations susmentionnées. En effet, on mentionne l'inviolabilité de l'intégrité physique et morale des citoyens, le droit à l'identité personnelle à la capacité civile, à la citoyenneté, à la liberté et à la sécurité (voir arts. 25 à 27).

339. L'ancien Code pénal portugais de 1886 ne prévoyait pas cette figure parmi les crimes énumérés. C'est seulement le Code pénal de 1982, publié par le décret-loi 400/82, du 23 septembre, qui a prévu la punition de 8 à 15 ans de prison pour "quiconque réduit une personne à l'état ou à la condition d'esclave". Une peine semblable sera appliquée à celui qui aura aliéné, cédé ou acquis un être humain ou qui s'en est emparé dans le but de la maintenir dans cette situation (art. 161). La loi pénale incrimine aussi la séquestration (art. 160), l'enlèvement des mineurs (art. 163) ou d'autrui (art. 162) et le trafic de personnes (art. 217).

340. L'article 60 du Code pénal introduit le travail au profit de la communauté en substitution de la peine de prison de courte durée (par. 1). Ceci consiste à la prestation de services gratuits estimés d'intérêt général par le tribunal, en dehors de la période normale de travail pour le compte de l'Etat ou pour d'autres entités prévues par la loi (par. 2). Cette sanction ne doit être appliquée qu'en cas d'assentiment de l'accusé déclaré coupable.

341. Si le condamné est dans l'impossibilité de travailler pour motif survenant qui ne lui est pas imputable, le tribunal pourra lui imposer une peine d'amende, ou même l'exempter de la peine. Est puni le condamné qui se place intentionnellement en condition de ne pas pouvoir travailler ou qui refuse de le faire sans motif.

342. En ce qui concerne la peine d'amende, le Code pénal prévoit le remplacement de l'amende dont le paiement n'a pas été volontairement ou coercitivement fait par des journées de travail. La loi punit l'auteur qui s'est placé intentionnellement en condition de ne pas pouvoir payer l'amende, en tout ou en partie, ou de ne pas pouvoir remplacer ce paiement par des journées de travail.

343. Le droit pénal des jeunes prévoit le placement dans des centres de détention en tant que mesure de correction (voir à ce propos le rapport initial présenté par le Portugal sur l'application des articles 10 à 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (E/1980/6/Add. 35/Rev. 1 et E/1985/WG1/SR. 2). Ce régime, réglementé par le décret-loi 90/83, du 16 février, prévoit l'occupation intensive des jeunes au moyen du travail, de l'éducation physique, de la pratique sportive et des occupations d'ordre socioculturel.

344. La loi 6/85, du 4 mai, établit le statut de l'objecteur de conscience à l'égard du service militaire, en imposant pourtant le devoir d'accomplir des services civils (voir ce qui est dit à propos de l'art. 18).

Article 9

Droit à la liberté et à la sécurité

Paragraphe 1

345. La rédaction de l'article 27 de la Constitution, issue de la première révision constitutionnelle, rend compte des exceptions au principe général réaffirmé selon lequel "nul ne peut être totalement ou partiellement privé de liberté si ce n'est à la suite d'une condamnation prononcée par un tribunal en raison d'un acte puni par la loi d'une peine de prison ou à la suite de l'application judiciaire d'une mesure de sûreté" (art. 27, par. 2).

346. Font exception à ce principe, pour la période et dans les conditions définies par la loi:

- a) La détention préventive en cas de flagrant délit ou s'il y a de fortes présomptions que la personne aurait commis un crime intentionnel puni d'une peine majeure;
- b) La prison ou la détention d'une personne qui a pénétré ou qui séjourne irrégulièrement sur le territoire national ou contre laquelle une procédure d'extradition ou d'expulsion est en cours;
- c) L'arrêt disciplinaire appliqué à des militaires, avec garantie de recours devant le tribunal compétent;

- d) Le placement d'un mineur dans un établissement adéquat, pour y être soumis aux mesures de protection, assistance ou éducation décrétées par le tribunal compétent;
- e) La détention d'une personne sur mandat judiciaire en vertu de désobéissance à une décision prise par un tribunal ou en vue d'assurer sa comparution devant l'autorité judiciaire compétente.

347. L'article 28 de la Constitution libelle:

- "1. S'il n'y a pas inculpation, la détention fait l'objet dans les quarante-huit heures d'une ordonnance de validation ou de maintien, le juge devant connaître les causes de la détention et les communiquer au détenu, l'interroger et lui permettre de se défendre.
- 2. La détention préventive ne peut être maintenue s'il est possible de lui substituer une caution ou une mesure de liberté provisoire prévue par la loi.
- 3. L'ordonnance du juge décrétant ou maintenant une mesure de privation de liberté immédiatement communiquée à un parent ou à une personne de la confiance du détenu, indiquée par celui-ci.
- 4. La détention préventive est assujettie, avant et après l'inculpation, aux délais fixés par la loi". "

La détention

348. Les dispositions de la loi constitutionnelle ont été suivies de près, dans ce domaine, par la loi ordinaire.

Le Code de procédure pénale en vigueur

349. Dans le texte procédural encore en vigueur, ce sujet est traité essentiellement sous les articles 286 à 311, avec les modifications introduites par la loi 25/81, du 21 août, et par le décret-loi 402/82, du 23 septembre. Ces

dispositions concernent, dans leur ensemble, la détention pour comparaître devant le juge et la situation de détention préventive dans laquelle le détenu peut être placé.

350. Selon l'article 286, la détention préventive ne peut être autorisée que dans les cas de flagrant délit ou dans les cas de crime dolosif auquel correspond une peine majeure. Les autres articles concernant le régime de la détention en flagrant et hors flagrant délit, le régime de la détention préventive, y compris l'indication des autorités compétentes pour l'ordonner, les conditions de forme et de fond dans lesquelles elle pourra avoir lieu, le traitement des détenus, les délais à observer avant et après l'inculpation, la comparution devant le juge et l'incommunicabilité.

351. L'inculpé sera mis en liberté provisoire dès qu'il s'avère possible de remplacer la détention préventive par d'autres mesures. La réappréciation périodique des conditions qui ont déterminé le placement en détention préventive est prévue.

352. Finalement, l'article 91, paragraphe 3, prévoit la comparution *sob custódia* (escorté) du défaillant: le juge peut l'y contraindre par la force publique, s'il a été absent, sans motif, à l'acte pour lequel il a été régulièrement notifié.

Le nouveau Code de procédure pénale

353. Dans le nouveau Code, le traitement de la matière a subi des altérations d'ordre systématique, terminologique et de fond.

La détention pour comparution devant le juge ou le tribunal

354. La loi s'occupe de façon différente de la détention préventive, en tant que mesure de coercition de dernier ressort (arts. 191 à 218) et de la détention, dont les finalités sont indiquées dans l'article 254:

- a) Traduire le détenu devant l'audience de jugement dans les quarante huit heures suivantes à la détention ou le traduire, dans le même délai,

devant le juge d'instruction compétent pour le premier interrogatoire judiciaire ou pour lui imposer une mesure de coercition ou de garantie patrimoniale;

- b) Assurer la comparution immédiate du détenu devant le juge pour la réalisation d'un acte de procédure.

355. En cas de flagrant délit punissable d'une peine de prison, la détention peut être effectuée par une autorité judiciaire ou par une entité de police (art. 255, par. 1 a)), aussi bien que par toute autre personne, si celles-là ne sont pas présentes et il n'est pas possible de les appeler en temps utile (art. 255, par. 1 b)). Si le crime est poursuivi moyennant accusation privée, on fera seulement l'identification de l'infracteur (art. 255, par. 4).

356. Hors flagrant délit, la détention est toujours faite sur mandat délivré par le juge. Toutefois, le ministère public pourra l'ordonner, si la détention préventive est applicable au cas (art. 257, par. 1); les autorités de police criminelle ⁽¹¹⁾ pourront aussi l'ordonner si toutes les conditions suivantes sont observées:

- a) Admissibilité de la détention préventive dans le cas d'espèce;
- b) Existence d'éléments fondant la crainte de fuite;
- c) Impossibilité, en raison de l'urgence et du danger d'un retard, d'attendre l'intervention de l'autorité judiciaire.

Le devoir de communication immédiate au juge ou au ministère public, selon les cas, est établi à l'égard des entités de police qui ont effectué la détention.

(11) D'après l'article 1 d) du Code sont des autorités de police criminelle, les directeurs, officiers, inspecteurs et sous-inspecteurs de police et tous les fonctionnaires de police auxquels les lois respectives reconnaîtront cette qualité.

La détention préventive dans le cadre des mesures de coercition et les principes généraux de leur application

357. L'application des mesures de coercition est subordonnée aux principes de la légalité, de l'adéquabilité et de la proportionnalité. Elles ne doivent pas porter atteinte à l'exercice des droits fondamentaux qui ne sont pas incompatibles avec les exigences de prévention dans le cas d'espèce.

358. L'application de ces mesures dépendra aussi toujours de la qualification au préalable de la personne comme inculpée (art. 192, par. 1). Ces mesures ne pourront être appliquées s'il y a des raisons fondées pour croire à l'existence de causes entraînant l'exemption de la responsabilité ou l'extinction de la poursuite pénale (art. 192, par. 2). Ces mesures seront toujours appliquées par décision du juge, sur demande du ministère public, au cours de l'enquête et même d'office, suite à l'enquête, après audition du ministère public (art. 194, par. 1).

359. Il s'avère intéressant de faire une brève référence à la mesure nouvelle de l'obligation de rester à la maison ou de ne pas la quitter sans autorisation préalable, qui est introduite par le nouveau Code de procédure pénale. Cette mesure ne sera appliquée que s'il y a de fortes présomptions de la pratique d'un crime dolosif punissable d'une peine d'emprisonnement supérieure, dans sa limite maximum, à trois ans (art. 201).

Traits généraux du régime légal de la détention préventive

360. Premièrement, le caractère nettement subsidiaire de la détention préventive, consacrée comme mesure de dernier ressort. Ce trait est encore plus fort dans le nouveau Code de procédure pénale.

361. La détention préventive peut être appliquée seulement lorsque les autres mesures se montrent inadéquates ou insuffisantes (art. 193, par. 2). Dans ce cas-là, la détention préventive peut être appliquée s'il y a de fortes présomptions de la pratique d'un crime dolosif punissable d'une peine d'emprisonnement supérieure, dans sa limite maximum, à trois ans (art. 202, par. 1 a)),

ou s'il s'agit d'une personne qui a pénétré ou qui séjourne irrégulièrement sur le territoire national ou contre laquelle une procédure d'extradition ou d'expulsion est en cours (art. 202, par. 1 b)).

362. Si l'inculpé semble souffrir d'anomalie psychique, le juge pourra imposer l'internement préventif dans un établissement psychiatrique ou semblable pendant que l'anomalie subsiste, après audition du défenseur et, dès que possible, d'un familial. L'on prendra les précautions nécessaires pour prévenir des périls de fuite et la pratique de nouveaux crimes (art. 202, par. 2).

363. L'application de la détention préventive est, enfin, encadrée par les conditions générales d'application des mesures de coercition, établies dans l'article 204 et concernant la fuite ou le péril de fuite, le danger de perturbation de l'enquête ou d'endommagement de la preuve et le maintien de l'ordre et de la paix publics.

364. Deuxièmement, en conformité avec ces orientations, le législateur vient d'abolir le régime établi à l'égard de certains crimes estimés plus graves et selon lequel le cautionnement n'était pas admis. A cette fin, la situation de ces détenus fera l'objet d'une réappréciation par le juge en vue de décider du maintien ou du remplacement de cette mesure.

365. Troisièmement, la réglementation minutieuse des conditions de révocation, de modification et d'extinction de la détention préventive, aussi bien que des mesures de coercition, étant possible de les remettre en application pour des raisons survenant qui les justifient (arts. 212 à 214). Cette mesure sera suspendue en cas de maladie grave, de grossesse ou de maternité (art. 211).

366. Quatrièmement, la réglementation stricte des délais de la détention préventive. Les délais maxima sont établis dans l'article 215 et concernent la durée de la détention jusqu'à la mise en accusation, la décision de mise en accusation, la décision de condamnation en première instance et la décision finale de condamnation, passée en force de chose jugée. On prévoit aussi les cas où ces délais pourront être élargis, notamment le cas de l'introduction d'un recours devant la Cour constitutionnelle (art. 215). La suspension du délai peut avoir lieu en raison de la réalisation d'une expertise, sous certaines conditions, ou en raison de maladie de l'inculpé qui détermine l'internement hospitalier (art. 216).

Le droit des infractions administratives

367. En ce qui concerne les infractions administratives, la loi interdit la détention préventive (décret-loi 433/82, du 27 octobre, art. 42).

Etrangers: le séjour irrégulier sur le territoire national

368. La loi d'extradition, adoptée en 1975, prévoit des dispositions sur la détention de personnes à des fins d'extradition. L'application de ces dispositions devra naturellement tenir compte des principes constitutionnels, surtout en ce qui concerne la privation de liberté (arts. 27 et 28) et l'extradition, expulsion et droit d'asile (art. 33). Le décret-loi 264-C/81, du 3 septembre, s'applique en cas d'expulsion (voir ce qui est dit à propos des arts. 12 et 13).

Militaires: l'arrêt disciplinaire appliqué à des militaires

369. Il s'agit ici, exceptionnellement, d'une mesure de nature disciplinaire et non pénale, prévue dans le Règlement de discipline militaire. En ce qui concerne la détention, la détention préventive et les mesures substitutives de la détention préventive, leur régime est celui des dispositions de la loi générale de procédure pénale, sauf pour ce qui est établi dans les dispositions du Code de justice militaire à cet égard (arts. 363 à 375).

Mineurs: placement dans un établissement adéquat

370. A ce sujet, s'est déjà penché le rapport initial du Portugal, présenté sur l'application des articles 10 à 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (E/1980/6/Add. 35/Rev. 1).

Paragraphe 2

371. L'article 417, paragraphe 2, du Code pénal punit le fonctionnaire qui refuse de donner connaissance à une personne privée de sa liberté, sous ses ordres, des motifs de sa détention, lorsqu'il en a été requis.

372. Dans le Code de procédure encore en vigueur, l'on prévoit l'information du détenu et de ses familiers ou d'une personne de confiance et aussi l'audition du détenu avant que le juge ne décide de le placer en détention préventive.

373. Dans le nouveau Code de procédure pénale, il faut le consentement de l'inculpé, âgé de plus de 18 ans, pour communiquer à des tiers l'ordonnance de mise en détention préventive ou autre mesure de coercition ou de garantie patrimoniale (art. 194, par. 3). Cette communication sera faite à un familier, personne de confiance ou au défenseur indiqués par l'inculpé (par. 3). Le consentement est toutefois dispensé, lorsqu'il s'agit d'un mineur de 18 ans (par. 4).

374. Le Code prévoit, de façon détaillée, la communication faite au détenu, par une autorité judiciaire ou un organe de police criminelle des motifs de sa détention. Ces autorités doivent l'informer de sa qualité d'inculpé, en lui communiquant et, si nécessaire, en lui expliquant, le contenu de ses droits et devoirs (art. 58). L'omission ou la violation des formalités prévues dans la loi entraîne l'impossibilité d'utilisation des déclarations obtenues comme moyen de preuve à charge (art. 58, par. 3).

375. La détention préventive sera précédée, dès que possible et convenable, de l'audition de l'inculpé (art. 194, par. 2).

Paragraphe 3

376. Selon l'article 32, paragraphe 2, de la Constitution:

"Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que la sentence le condamnant ait acquis force de chose jugée, et le jugement doit avoir

lieu dans les plus brefs délais compatibles avec les garanties de la défense."

On s'occupera par la suite de l'interrogatoire du détenu, sans préjudice des observations issues au moment de l'analyse de l'article 14, paragraphes 2 et 3, du Pacte.

L'interrogatoire du détenu

Le Code de procédure pénale encore en vigueur

377. L'interrogatoire du détenu est prévu dans les articles 250 à 268. On y inclut, la désignation d'un interprète, les moyens interdits au cours de l'interrogatoire et la nullité de l'interrogatoire dans le cas où le défenseur n'y a pas été présent, conformément à la loi.

Le nouveau Code de procédure pénale

378. La matière est analysée dans les articles 141 à 144.

379. Le détenu sera traduit devant le juge compétent dans les 48 heures suivant la détention. Si cela ne s'avère pas possible, il sera traduit devant le juge du ressort du lieu de la détention. Le détenu pourra en tout cas être traduit, tout de suite après la détention, devant le ministère public du ressort du lieu de la détention. Celui-ci, une fois entendu l'inculpé, pourra ordonner sa libération ou déterminer qu'il soit présenté au juge, en observant la procédure établie pour les situations précédentes.

380. La libération immédiate du détenu est aussi envisagée du chef de l'article 261. Elle pourra être décidée par l'entité qui aura ordonné ou effectué la détention ou devant laquelle le détenu sera traduit, en cas d'erreur sur l'identité du détenu ou dans le cas où la mesure est devenue inutile.

381. L'obligation de dresser un rapport de l'occurrence est établie si l'entité concernée n'est pas l'autorité judiciaire.

382. L'interrogatoire de l'inculpé ne peut être effectué, sous peine de nullité, entre les 0 et les 6 heures, sauf s'il s'agit d'un acte suivant la détention (art. 103, par. 3).

Le jugement dans un délai raisonnable

383. La notion de jugement dans un délai raisonnable doit être envisagée en raison de l'ensemble des dispositions concernant le temps des actes et des délais de la procédure. On revient sur ce thème, au moment de l'analyse d'autres articles du Pacte, en particulier l'article 14.

384. Il est toutefois utile de faire une référence aux délais de la détention préventive. Le Code en vigueur et le nouveau Code de procédure pénale établissent des délais maxima à l'égard de chaque phase de la procédure et en cas d'introduction d'un recours. L'épuisement de ces délais entraîne la libération immédiate de l'inculpé, après décision judiciaire.

385. Selon le nouveau Code, le juge pourra décréter l'application d'autres mesures de coercition.

386. La libération n'a pas lieu lorsque l'inculpé doit être mis en détention préventive à cause d'une autre procédure en cours contre lui.

387. Le non-respect des délais maxima donne cause à l'introduction d'une pétition d'*habeas corpus*.

Paragraphe 4:

Droit d'introduction de recours

388. Le détenu a le droit d'introduire un recours devant un tribunal supérieur pour y faire réexaminer une décision déterminant la restriction ou la privation de sa liberté. Le principe général dans cette matière se trouve dans

l'article 32, paragraphe 1, de la Constitution de la république, selon lequel "la procédure pénale offrira toutes les garanties à la défense".

389. L'*habeas corpus* fait, à son tour, l'objet de l'article 31 de la Constitution.

- " 1. L'*habeas corpus* peut être invoqué contre tout abus de pouvoir sous forme d'arrestation ou de détention illégale devant une instance judiciaire ou un tribunal militaire selon le cas.
2. Le bénéfice de l'*habeas corpus* peut être demandé par l'intéressé lui-même ou par tout citoyen jouissant de ses droits politiques.
3. Le juge statue dans les huit jours, en audience contradictoire, sur la demande d'*habeas corpus*."

390. Ces orientations sont suivies par le Code de procédure pénale en vigueur. Des sanctions sont prévues à l'égard des entités qui ne donnent pas exécution à la décision de la Cour suprême de justice sur l'*habeas corpus*.

391. Le détenu jouit aussi du droit de recours contre la décision du juge qui dénie ou accorde la liberté provisoire sous caution. Le droit de recours est aussi admis à l'égard des cas de non-accomplissement des devoirs imposés. Dans ce dernier cas, pourtant, le recours pourra seulement être formé, lorsque l'inculpé se trouve en prison (art. 647-2, par. 4).

392. Le nouveau Code de procédure pénale a adopté des dispositions semblables.

Paragraphe 5:

Droit à une réparation

393. Selon l'article 27, paragraphe 5 "toute privation de liberté contraire aux dispositions de la Constitution et de la loi oblige l'Etat à indemniser la personne lésée dans les termes établis par la loi".

394. Dans le nouveau Code de procédure pénale, les articles 225 et 226 statuent sur l'indemnisation due en raison de détention illégale ou injustifiée. La détention préventive est injustifiée:

- a) En cas d'erreur manifeste (*grosseiro*) dans l'appréciation des conditions de fait dont dépend la détention préventive;
- b) Dans le cas où la privation de liberté a causé des dommages anormaux et très graves, sauf si le détenu a contribué à créer cette situation de façon intentionnelle ou par négligence.

Article 10

Le traitement des détenus et le but de ce traitement

Paragraphe 1

395. Le respect de la dignité du détenu est présent dans les dispositions concernant les mesures privatives de la liberté.

396. En ce qui concerne la procédure pénale encore en vigueur et selon l'article 6 du décret-loi 402/82, du 29 septembre, "dans l'exécution des peines et de mesures de sûreté l'on respectera toujours la dignité humaine des condamnés et on leur accordera les traitements nécessaires à la sauvegarde de la santé physique et psychique et à la réinsertion dans la société".

397. L'article 7 dispose, à son tour, que l'on tiendra compte des caractéristiques individuelles des condamnés de façon à donner la préférence, dans les limites de la loi, aux modalités d'exécution plus adéquates à ces finalités-là.

398. Dans le même sens s'oriente le décret-loi 265/79 (loi pénitentiaire). Les détenus maintiennent la titularité des droits fondamentaux de l'homme, sauf en ce qui concerne les limitations découlant d'une décision de condamnation, aussi bien que des nécessités de l'ordre et sécurité de l'établissement. Ils

ont aussi le droit au travail rémunéré et aux bénéfices de la sécurité sociale et encore, dans la mesure du possible, le droit d'accès à la culture et au développement intégral de leur personnalité (décret-loi 265/79, art. 4).

399. Ce principe se retrouve dans d'autres dispositions, comme le droit d'être visité (art. 29 et suiv.) de choisir du travail (art. 63 et suiv.) le droit à l'intimité (art. 116) et le droit de pétitionner devant la Cour européenne des droits de l'homme (art. 151). Cette matière a été mentionnée dans le rapport initial du Portugal. Voir aussi ce qui a été dit à propos des articles 14 et 18.

Paragraphe 2

400. L'exécution de la détention préventive fait l'objet des normes spéciales des articles 209 et suivants du décret-loi 265/79 (loi pénitentiaire). Selon l'article 209 "le détenu préventif jouit d'une présomption d'innocence et doit être traité en conformité" (par. 1). La détention préventive est exécutée de façon à exclure toute restriction de la liberté qui ne soit pas strictement indispensable à sa finalité et au maintien de la discipline, de la sécurité et de l'ordre dans l'établissement.

401. Le régime d'exécution de la détention préventive est établi dans l'article 210 du décret-loi 265/79, selon la nouvelle rédaction introduite par le décret-loi 414/85, du 18 octobre. Le régime normal d'exécution de la détention préventive est celui de la vie en commun des détenus avec de petits groupes d'autres détenus pendant la journée et de l'isolement pendant la nuit (art. 210, par. 1). Ce régime ne s'applique pas aux détenus:

- a) En régime d'incommunicabilité, aux termes de la loi;
- b) Qui le demandent au directeur respectif, expressément et par écrit;
- c) Qui se montrent inadaptés au régime normal ou que l'on présume particulièrement dangereux en raison des faits qui ont déterminé la détention ou de leur passé criminel;
- d) Dont l'état physique ou psychique ne le permet pas.

Dans les cas susmentionnés, le détenu peut être interné dans un établissement d'autre catégorie mais l'on continuera à observer le régime propre de

la détention préventive et, dès que possible, la séparation d'autres catégories de détenus (par. 5).

402. L'internement des imputables majeurs jusqu'à l'âge de 25 ans, qui soient en détention préventive doit, dès que possible, être fait dans un établissement propre et doit avoir un objectif essentiellement éducatif (art. 216).

403. A l'internement en détention préventive sont applicables les normes concernant ce régime de peines privatives de liberté, sauf disposition contraire de la loi (art. 216-A). L'application de cette dernière disposition eu égard à la mesure spéciale de sécurité de l'internement a été appréciée dans un avis de l'Office du procureur général de la république publié dans le *Diário da República* n° 272, du 26 novembre 1985, lequel a dressé des considérations exhaustives sur le régime d'exécution de la détention préventive. Nous nous permettons de transcrire les pas fondamentaux de l'avis à propos de cette question, en faisant référence au fait de son adoption avant la publication du texte de 1985.

404. La nécessité de différencier la situation des détenus en régime de détention ou de détention préventive de celle des détenus accomplissant une peine a été tôt comprise par le législateur et recommandée par les spécialistes. A l'échelle internationale et surtout après la seconde guerre mondiale où la garantie des droits de l'homme a acquis un intérêt tout particulier, l'on a assisté à la consécration de règles minima pour le traitement des personnes détenues, soit accomplissant une peine, soit en situation de détention ou détention préventive.

405. Document fondamental en cette matière est l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, adopté le 30 août 1955, par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, et approuvé par le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.

406. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New York le 7 octobre 1976 et approuvé pour ratification par la loi 29/78, du 12 juin, après proclamer que "la détention de personnes qui attendent de passer

en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement" (art. 9, par. 3, 2ème partie), dispose que "toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine" (art. 10, par. 1) et que "les prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et sont soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées" (art. 10, par 2 a)).

407. Quoique n'ayant aucune disposition précise concernant le traitement des personnes arrêtées ou préventivement détenues, la Convention européenne des droits de l'homme, approuvée pour ratification par la loi 65/78, du 13 octobre, consacre des droits qui peuvent avoir des répercussions sur la situation pénitentiaire de cette catégorie de détenus.

408. C'est en tenant compte de ces instruments internationaux, parmi d'autres, que le législateur portugais a procédé à la réforme profonde du droit pénitentiaire moyennant le décret-loi 265/79, du 1^{er} août, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1980 (art. 227). Les nouvelles normes y fixées concernant l'exécution de la détention préventive sont parties de l'idée que toute personne accusée est présumée innocente jusqu'à ce que le jugement ait été passé en force de chose jugée (par. 3 du préambule).

409. La détention préventive constitue elle-même une exception au principe selon lequel tout accusé est présumé innocent jusqu'à la condamnation. Compte tenu du danger pouvant y découler pour les droits des individus, l'on peut comprendre la raison pour laquelle la généralité des législations au-delà de préfixer les circonstances où cette mesure peut avoir lieu et l'éventail des finalités qu'elle est tenue de servir, établissent des règles spéciales pour l'exécution de la détention préventive qui témoignent la différenciation de l'institution face à l'emprisonnement proprement dit.

410. En effet, leur étant étranges les intentionnalités de prévention générale, spéciale ou de justice (ne s'agissant pas d'une vraie peine l'on n'y prétend réaliser aucun idéal de ressocialisation), l'on peut comprendre pourquoi l'article 209 du décret-loi 265/79, après établir que:

- " 1. Le détenu préventif jouit d'une présomption d'innocence et doit être traité en conséquence",
insère comme principe général de l'exécution de la détention préventive que:
- " 2. La détention préventive est exécutée en vue d'exclure toute restriction de la liberté qui ne soit pas strictement indispensable à sa finalité et au maintien de la discipline, de la sécurité et de l'ordre dans l'établissement."

411. Le régime de détention fait ensuite l'objet d'une réglementation soignée, sûre et précise, condition indispensable pour empêcher, dans la pratique, que la détention préventive puisse devenir, par toute autre façon, une répression plus ou moins arbitraire.

412. Dans ces termes, au-delà d'établir le principe (déjà constant de la réforme de 1936 et réaffirmé dans les instruments internationaux précités) selon lequel "les détenus doivent être placés dans des établissements distincts ou, en étant possible, dans des sections séparées pour d'autres catégories de détenus" (art. 210, par. 3), le législateur de 1979 – en s'écartant à ce sujet radicalement du régime-règle d'isolement continu de la réforme de 1936 – est venu consacrer que:

"Le régime normal d'exécution de la détention préventive est celui de la vie en commun du détenu avec d'autres détenus et d'isolement pendant la nuit." (art. 210, par. 1).

Cependant, ce régime normal n'est pas applicable aux détenus (art. 210, par. 2):

- a) En régime d'incommunicabilité absolue ou restreinte, ordonnée par l'autorité compétente aux termes des dispositions du Code de procédure pénale (cf. art. 211);
- b) Qui le demande au directeur respectif, expressément et par écrit;
- c) Qui se montrent inadaptés à la vie en commun avec d'autres détenus;
- d) Dont l'état physique ou psychique ne le permet pas.

413. En dehors de la situation exceptionnelle du régime d'incommunicabilité, les détenus peuvent recevoir des visites tous les jours, toutes les fois que

possible, compte tenu des conditions fixées dans le règlement intérieur (art. 212), porter leurs vêtements personnels (art. 213), recevoir, à leurs frais, des aliments préparés à l'extérieur de l'établissement (art. 214), ils ne peuvent pas être obligés à travailler (art. 215, par. 1), mais ils peuvent, sur leur demande, être autorisés à travailler, à fréquenter des cours de formation et de perfectionnement professionnel, de l'enseignement, bien qu'à participer dans toute autre activité de caractère instructif, culturel, récréatif et sportif organisée par l'établissement (art. 215, par. 2).

414. Outre les normes spéciales, sont applicables aux détenus préventifs les normes générales valables pour toutes les catégories de détenus, notamment celles concernant les visites (arts. 31 à 39), la correspondance (arts. 40 à 48) et l'occupation des temps libres (arts. 83 à 88).

415. Quoique reconnaissant que le décret-loi 265/79 avait accueilli "des principes actualisés de droit pénitentiaire, préconisés par les organismes internationaux spécialisés" le législateur a admis que "les réalités matérielles, humaines et financières existant" conseillaient quelques modifications parcelaires, ultérieurement effectuées moyennant le décret-loi 49/80, du 22 mars, où l'on a également essayé de résoudre des doutes d'interprétation et de remplir des lacunes que la pratique avait mis en évidence.

416. En ce qui concerne le régime d'exécution de la détention préventive, les innovations consistent dans la modification de la rédaction de l'article 210, paragraphe 2 c), à partir de laquelle sont exemptés du régime normal, outre les détenus "se révélant inadaptés à la vie en commun avec d'autres détenus", ceux qui "en raison de leur passé criminel sont considérés spécialement dangereux", et dans l'additif de l'article 216-A qui est ainsi libellé:

"A l'internement en détention préventive, sont applicables les normes concernant le régime des peines privatives de liberté, sauf disposition contraire de la loi."

417. Une fois exposée, dans ses grandes lignes, l'évolution du régime d'exécution de la détention préventive et une fois rappelés, de façon succincte, les principes fondamentaux qui l'encadrent, il faudra maintenant envisager le problème de connaître, d'un côté, de la légalité de l'adoption des mesures spéciales de sécurité mentionnées dans l'information du directeur-général des

Services pénitentiaires et, d'un autre côté, des conditions où celles-ci peuvent être maintenues.

418. Sous l'épigraphe "Mesures spéciales de sécurité", l'article 111 du décret-loi 265/79 prescrit:

- " 1. Au détenu peuvent être appliquées des mesures spéciales de sécurité si sa conduite ou son état psychique laisse prévoir le danger d'évasion ou de la pratique d'actes de violence contre lui-même ou contre des personnes ou des choses.
2. Sont autorisées les mesures spéciales de sécurité suivantes:
 - a) Interdiction de l'utilisation de certains objets ou leur saisie;
 - b) Observation du détenu pendant la période nocturne;
 - c) Séparation du détenu de la population pénitentiaire;
 - d) Privation ou restrictions à la permanence à ciel ouvert;
 - e) Utilisation de menottes;
 - f) Internement du détenu dans une cellule spéciale de sécurité.
3. L'application des mesures prévues dans le paragraphe précédent est autorisée s'il n'est pas possible d'empêcher, par toute autre façon, le danger d'évasion de détenus ou s'il y a une perturbation grave de l'ordre et de la sécurité de l'établissement.
4. L'application des mesures spéciales de sécurité ne se maintient que pendant l'existence du danger qui a déterminé son application.
5. Les mesures mentionnées au paragraphe 2 ne peuvent pas être appliquées à titre de mesure disciplinaire."

419. Portant expressément sur la mesure d'internement en cellule spéciale de sécurité, l'article 113 dispose (dans la rédaction du décret-loi 49/80):

- " 1. L'isolement d'un détenu dans une cellule spéciale de sécurité ne peut avoir lieu que pour des raisons concernant la personne du détenu lui-même et lorsque toutes les autres mesures spéciales de sécurité se sont montrées inefficaces ou inadéquates face à la gravité ou à la nature de la situation.

2. L'isolement ininterrompu d'un détenu dans une cellule spéciale de sécurité vise exclusivement le rétablissement de la normalité de la situation et ne peut, en aucun cas, dépasser le délai d'un mois.
3. Si, après la période mentionnée au paragraphe précédent, l'on vérifie encore les conditions qui ont déterminé l'application de la mesure spéciale d'isolement cellulaire, le détenu doit être transféré à un établissement ou à une section de sécurité.
4. L'isolement d'un détenu dans une cellule spéciale de sécurité pendant une durée supérieure à 15 jours suivis, nécessitent de l'homologation de la Direction générale des services pénitentiaires.
5. Les délais mentionnés aux paragraphes précédents ne peuvent pas être interrompus du fait que le détenu participe dans des actes religieux ou bénéficie de périodes de récréation.
6. Le détenu interné dans une cellule spéciale de sécurité doit être aussitôt que possible visité par le médecin de l'établissement et devra être régulièrement visité pendant qu'il demeure dans cette situation; le médecin doit faire rapport au directeur sur l'état de santé physique et mentale du détenu et, si tel est le cas, sur la nécessité de modifier la peine appliquée.
7. Dans la cellule spéciale de sécurité, il ne peut y avoir aucun objet dangereux; à l'exception de cet aspect, la cellule doit posséder les mêmes caractéristiques de toutes les autres cellules de l'établissement, exemptées celles concernant la sécurité."

420. Le fait que le directeur-général des services pénitentiaires mentionne le paragraphe 2 de l'article 113 nous fait supposer qu'une telle mesure s'est traduite dans "l'internement en cellule spéciale de sécurité".

421. La possibilité légale de l'application, en abstrait, d'une telle mesure aux détenus préventifs ne soulève pas de grands doutes. Les doutes éventuellement existants ont été tout à fait écartés par l'article 216-A (addité au décret-loi 265/79 par le décret-loi 49/80) qui détermine l'application des normes relatives au régime des peines privatives de liberté à l'internement en détention préventive, sauf disposition contraire de la loi; or, aucune disposition légale n'est contraire à l'application des mesures prévues dans l'article 111, paragraphe 2, du décret-loi 265/79 aux détenus préventifs.

422. Aux termes de l'article 114, paragraphe 1, du décret-loi 265/79, il incombe au directeur de l'établissement de déterminer l'application des mesu-

res spéciales de sécurité mentionnées à l'article 111, quoique, comme il a été déjà dit, lorsque l'internement en cellule spéciale de sécurité est supérieur à 15 jours suivis, la décision du directeur de l'établissement nécessite de l'homologation de la Direction générale des services pénitentiaires. Cependant, la compétence du supérieur hiérarchique comprend, en règle tous les pouvoirs accordés par la loi à ses subordonnés (compétence simultanée), exemptés les cas où la loi réserve au subalterne le pouvoir de pratiquer certains actes (compétence exclusive) ce qui ne semble pas être le cas de l'article 114, paragraphe 1. Dans ces conditions, l'adoption des mesures de l'article 111, paragraphe 2, peut être elle aussi déterminée par le directeur général des services pénitentiaires.

423. Plus complexe s'avère la pondération des conditions de la mesure. Il en résulte, toutefois, évident, tant de l'article 111 que de l'article 113, que les mesures spéciales de sécurité, en général, et en spécial la mesure d'isolement en cellule spéciale de sécurité, ne peuvent être appliquées que "s'il n'est possible d'empêcher ou d'écarter le danger d'évasion de détenus ou s'il y a une perturbation grave de l'ordre et de la sécurité de l'établissement" (art. 111, par. 3), et "quand toutes les autres mesures spéciales de sécurité se révèlent inefficaces ou inadéquates face à la gravité ou à la nature de la situation" (art. 113, par. 1). C'est-à-dire, toute menace contre l'ordre et la sécurité des établissements pénitentiaires doit être combattue moyennant le renforcement des conditions de sécurité et de discipline de l'institution; seulement quand celles-ci se révèlent entièrement insuffisantes il s'avère licite de recourir à ces mesures spéciales de sécurité.

424. Parmi celles-ci, la mesure la plus grave est assurément celle de l'isolement en cellule spéciale de sécurité, ne pouvant donc pas être appliquée que lorsque toutes les autres mesures (nommément, la séparation du détenu de la population pénitentiaire et la privation ou restrictions à la permanence à ciel ouvert) s'avèrent inopérantes ou inadéquates face à la gravité ou à la nature de la situation.

425. Le caractère anormal ou exceptionnel de ces mesures – de la plus souple à la plus sévère – implique leur cessation lorsque le danger qui a déterminé leur application ne se vérifie plus (art. 11, par. 4); en ce qui concerne expressément la mesure d'isolement en cellule spéciale de sécurité, le législa-

teur est allé jusqu'au point d'imposer sa cessation même dans les cas où, après de délai d'un mois, les conditions qui ont déterminé son application se maintiennent (art. 113, par. 3).

426. Il incombe au directeur de l'établissement de vérifier, à l'égard de chaque cas, l'existence des conditions de fait qui légitiment l'application de ces mesures, sans préjudice des pouvoirs de direction et de surintendance du directeur général des services pénitentiaires et du ministre de la Justice et, exception faite, au droit d'exposition des détenus préventifs ou condamnés devant le juge du tribunal d'exécution des peines (décret-loi 265/79, art. 139).

427. Etant donné que la compétence des responsables des établissements pénitentiaires intègre un pouvoir discrétionnaire, son utilisation peut subir des vices de détournement de pouvoir si fondamentalement déterminée par des motifs différents de ceux prévus dans la loi (empêcher ou écarter le danger d'évasion de détenus ou mettre fin à des perturbations graves de l'ordre et de la sécurité de l'établissement), ne pouvant jamais être déterminée par des motifs disciplinaires.

428. En ce qui concerne la mesure d'isolement en cellule spéciale de sécurité, l'article 113, paragraphe 1, est clair lorsqu'il détermine que celle-ci "ne peut être appliquée que par des motifs concernant la personne du détenu elle-même" ce qui met en évidence la nécessité d'une pondération individualisée avant l'application de la mesure; ceci semble empêcher son application fondée sur des faits étranges à la personne de chacun des détenus atteints, ou en des conditions pouvant traduire des punitions collectives, expressément interdites par la règle 27, paragraphe 2, de l'ensemble de règles minima pour le traitement des détenus du Conseil de l'Europe.

429. Celles-ci sont les coordonnées de compétence, conditions et but qui doivent orienter l'administration pénitentiaire en cette matière.

430. Comme nous l'avons déjà dit, les mesures spéciales de sécurité doivent terminer lorsque le danger qui a déterminé leur application ne se vérifie plus; en ce qui concerne la mesure d'isolement en cellule spéciale de sécurité, elle doit terminer même si les conditions qui ont déterminé son application se maintiennent après l'écoulement du délai d'un mois, cas où le détenu devra être transféré à un établissement ou à une section de sécurité.

431. Est-ce que ce délai d'un mois est interrompu avec la sortie du détenu préventif afin de comparaître à l'audience de jugement? L'article 113, paragraphe 5, détermine que ce délai n'est pas interrompu du fait de la participation du détenu à des actes religieux ou du bénéfice des périodes de récréation. Face à cette norme, l'on pourrait être mené à conclure, par argument à contrario, qu'il y a interruption (ou suspension) du délai lorsque le détenu est traduit devant le tribunal. Au-delà de la faillibilité connue de ce type d'argument, il semble que cette compréhension ne respecte pas l'esprit du législateur. En nous centrant sur le cas des détenus préventifs, dont le régime normal est celui de la vie en commun avec les autres détenus pendant la journée (art. 210, par. 1), l'on peut seulement considérer qu'il y a interruption de la période d'isolement lorsque au détenu a été accordé le retour au régime normal d'exécution de la détention préventive, ce que, du fait de sa propre nature, ne peut pas se confondre avec la sortie de la cellule spéciale de sécurité afin de, sous une surveillance constante, comparaître à l'audience de jugement.

423. Il faudra encore souligner que le délai d'un mois ne peut pas être interprété comme délai normal d'isolement en cellule de sécurité. Un tel délai constitue le maximum et insurpassable. La situation d'isolement doit terminer lorsque le danger qui a déterminé son application se termine (art. 111, par. 4), lorsque la normalité de la situation est rétablie (art. 113, par. 2), et l'administration pénitentiaire devra faire toutes les diligences pour que cette normalisation ait lieu dans le plus bref délai possible.

433. Tout ce qui a été dit n'empêche que l'ordre et la sécurité de l'établissement ne soient reconnus comme des valeurs fondamentales et prédominantes du régime d'exécution de la détention, même de la détention préventive. Celles-là surgissent comme des limites aux droits fondamentaux des détenus (art. 4, par. 1), à leur permanence en commun (art. 17, par. 2 c)), à la liberté de décoration de la chambre d'internement (art. 19, par. 3), à la faculté d'acquérir de la nourriture et des produits pour leur hygiène personnelle (art. 27, par. 3), aux visites (arts. 31 et 34, par. 1), à la correspondance (arts. 40, par. 2 et 43, par. 1 a)), au choix du travail (art. 63, par. 7), à l'occupation des temps libres (arts. 83, par. 3 et 87) à l'accès aux journaux et aux revues (art. 85, par. 2), à la radio et à la télévision (art. 86, par. 1), à la participation dans des actes de culte (art. 90, par. 3) et à la privacité (art. 116, par. 1).

434. De toutes les dispositions précitées, il ressort comme ligne de force l'idée que dans le cas de conflit insurmontable entre les droits des détenus et la nécessité de garantir l'ordre et la sécurité de l'établissement et de la population pénitentiaire, ces valeurs doivent, en dernier ressort, prévaloir. Mais, même dans ces situations, qui peuvent préfigurer comme de presque état de nécessité, les responsables pénitentiaires doivent avoir présent à l'esprit l'article 108, paragraphe 3 (cet article, comme tous les autres cités sans indication du texte, sont du décret-loi 265/79), selon lequel:

"Toute limitation imposée au détenu au nom de l'ordre et de la discipline doit être proportionnelle aux fins visées, ne devant pas être maintenue au-delà du temps strictement nécessaire."

Paragraphe 3

435. Selon l'article 71 du Code pénal, "si à l'infraction sont applicables des peines privatives ou non-privatives de liberté, le tribunal doit donner la préférence motivée à la deuxième modalité lorsqu'elle s'avère suffisante pour aboutir à la récupération sociale du délinquant et qu'elle satisfait aux besoins de réprobation et de prévention du crime".

436. Si l'on a trait à une peine privative de liberté à accomplir dans un établissement pénitentiaire, la réinsertion sociale du délinquant est un objectif toujours envisagé dans les dispositions de la loi pénitentiaire, eu égard à l'exécution des peines et mesures privatives de liberté, au choix de l'établissement dans lequel le détenu va accomplir sa peine, au traitement des détenus.

437. Les détenus doivent être placés, en raison de leur sexe, âge et situation juridique (prévenus, condamnés, délinquants primaires, récidivants) dans des établissements séparés ou, si cela n'est pas possible, dans des sections séparées de l'établissement (art. 12, par. 1).

438. La durée de la peine, l'état de santé physique et mentale, la proximité de la résidence familiale, des raisons de sécurité et des raisons d'ordre scolaire et laborale qui puissent être importantes pour sa réinsertion sociale, seront aussi prises en compte en vue de placer le détenu dans un établissement (art. 11, par. 1).

439. Des établissements pour des jeunes adultes et des centres de détention sont prévus à l'égard des jeunes de seize à vingt-et-un ans. Les jeunes peuvent y rester jusqu'à vingt-cinq ans si le traitement le conseille (arts. 158, par. 5 a) et 160). A l'exécution de l'internement dans des centres de détention pour les imputables majeurs jusqu'à vingt-cinq ans sont applicables les principes adéquats à une rééducation en vue de leur future réinsertion sociale. L'on cherche à assumer, une fois garantis, l'ordre et la sécurité, un apprentissage professionnel, des exercices physiques et des loisirs, sur l'orientation d'une assistance spécialisée (art. 201).

440. Le décret-loi 90/83, du 16 février, a créé deux centres de détention à l'égard des jeunes de seize à vingt-et-un ans qui permettent de donner exécution à la mesure d'internement de courte durée prévue dans le décret-loi 401/82 (régime pénal spécial des jeunes). Il s'agit là d'une réponse aux actions de jeunes délinquants qui ne sont pas suffisamment graves à point de justifier l'application d'une peine de prison mais qui, de toute façon, justifient l'application d'une mesure institutionnelle.

441. Le régime des jeunes a été analysé par le rapport initial du Portugal sur l'application des articles 10 à 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (E/1980/6/Add. 35/Rev. 1).

442. Tout en donnant suite à la réforme du système pénitentiaire mise en mouvement par le décret-loi 265/79, le décret-loi 204/83, du 20 mai, a établi l'organique de l'Institut de réinsertion sociale. Son objectif essentiel est de déployer la prévention criminelle notamment au moyen de la réinsertion sociale des délinquants imputables et non imputables accomplissant des mesures institutionnelles ou non institutionnelles, et au moyen de l'appui de mineurs en situation de danger ou d'adaptation sociale difficile (art. 2). Parmi ses attributions se trouvent (art. 3):

- a) La participation à l'exécution de mesures institutionnelles, notamment dans les établissements pénitentiaires, psychiatriques et autres;
- b) L'appui aux délinquants en liberté conditionnelle ou définitive en vue de leur resocialisation;
- c) La participation à l'exécution de mesures applicables aux jeunes délinquants ou aux mineurs;

- d) Le développement de la coopération avec toutes les entités qui font partie du système d'administration de la justice, en vue de l'efficacité dans l'exécution des politiques de réinsertion sociale et de prévention criminelle;
- e) L'analyse et l'étude des situations de marginalité sociale de façon à rendre son activité plus adéquate;
- f) L'établissement de rapports avec des entités étrangères et des organisations internationales.

Article 11

L'emprisonnement pour dettes

443. L'emprisonnement pour dettes n'existe pas dans l'ordre juridique portugais.

444. Il est pourtant intéressant de faire référence aux dispositions de nature pénale ayant trait à une obligation totalement ou partiellement patrimoniale. Ce sont les cas d'omission d'assistance matérielle hors mariage et d'abandon du conjoint ou d'enfants en danger moral – prévus dans les articles 197 à 199 du Code pénal.

Article 12

Droit de libre circulation et de libre choix de la résidence

445. La loi constitutionnelle reconnaît ce droit à l'article 44, qui libelle:

- " 1. A chaque citoyen est garanti le droit de se déplacer et de s'établir librement en tout point du territoire national.
- 2. A chacun est garanti le droit d'émigrer, de quitter le territoire national et d'y retourner."

446. Le Portugal a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, qui, du fait de l'article 8 de la Constitution, s'applique dans l'ordre juridique interne.

447. Selon le Protocole n° 4, article 2:

- " 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.
2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.
3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui.
4. Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique."

Et l'article 3, paragraphe 2, établit, à son tour, que "nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant".

448. Selon l'article 18 de la Constitution, les droits, libertés et garanties ne peuvent faire l'objet de restrictions que dans les cas expressément prévus par la Constitution, les restrictions se limitant au nécessaire pour sauvegarder d'autres droits ou intérêts protégés par la Constitution. Les lois restrictives devront être à caractère général et abstrait, ne pourront avoir des effets rétroactifs ni restreindre l'étendue et la portée du contenu essentiel des dispositions constitutionnelles. L'article 19 interdit, à son tour, la suspension de l'exercice des droits, libertés et garanties sauf en cas d'état de siège ou d'état d'urgence proclamés selon la façon prévue par la Constitution.

449. La loi 44/86, du 30 septembre, a justement réglé, comme nous l'avons déjà vu, l'état de siège et l'état d'urgence, suivant naturellement de près les dispositions constitutionnelles. L'on y prévoit certaines restrictions au droit de libre circulation. En effet, sous l'état de siège ou l'état d'urgence, les

contraintes au déplacement et à la circulation de personnes et de voitures oblige les autorités à prendre les mesures nécessaires à leur exécution, notamment en ce qui concerne les transports, le logement et le maintien des citoyens affectés (art. 2, par. 2 c)). La loi assure, en outre, le droit d'accès aux tribunaux pour défendre les droits, libertés et garanties de toute lésion ou menace de lésion due à l'imposition de mesures inconstitutionnelles ou illégales (art. 6). Les principes de l'égalité, de la non-discrimination et de la proportionnalité sont reconnus par la loi (arts. 2, par. 2, et 3, par. 1).

450. D'un autre côté, il faudra tenir compte de la réglementation adoptée en ce qui concerne l'entrée et le séjour des étrangers au Portugal (voir décret-loi 264-B/81, du 3 septembre) ainsi que les principes relatifs aux demandes d'asile formulées par des étrangers ou apatrides (loi 38/80, du 1^{er} août et décret-loi 415/83, du 24 novembre), brièvement analysés ci-après (objet d'étude aussi à propos de l'article 13 du présent Pacte; voir aussi CERD/C/101/Add. 8, par. 197 à 215).

451. Une mention sera encore faite au statut organique du Service des étrangers (décret-loi 440/86, du 31 décembre).

L'entrée et le séjour des étrangers au Portugal

452. Selon l'article premier, les étrangers qui prétendent entrer sur le territoire national devront, en règle générale, le faire par les frontières et en y présentant un passeport valable. Pour quelques catégories de personnes, et entre elles, celles des diplomates, la présentation du passeport n'est pas exigée.

Les documents de voyages délivrés par les autorités portugaises

453. Le passeport pour les étrangers pourra être délivré: a) aux individus apatrides ou nationaux de pays sans représentation diplomatique ou consulaire au Portugal; b) aux nationaux de pays avec lesquels le Portugal a signé un accord; c) aux individus non résidents au Portugal si des raisons exceptionnelles le conseillent. Il est valable pendant deux ans.

454. Le titre de voyage (arts. 23 à 27) pourra être accordé aux étrangers résidents au Portugal en qualité de réfugiés; d'après la loi 38/80, du 1^{er} août, il pourra aussi être accordé aux réfugiés d'après le paragraphe 11 de l'annexe à la Convention relative au statut des réfugiés de 1951. Valable pendant deux ans, ce titre pourra être individuel ou familial.

455. Le sauf-conduit (arts. 28 à 29) est accordé aux étrangers qui ne résident pas au Portugal et qui démontrent qu'il leur est impossible ou difficile d'obtenir un autre document qui leur permette d'abandonner le territoire national.

456. Est résident tout étranger qui s'est vu accorder par le Service des étrangers une autorisation de résidence au Portugal. Le Service des étrangers décidera, en tenant compte: a) du respect, par l'intéressé, des lois portugaises, surtout celles qui concernent les étrangers; b) des moyens de subsistance dont dispose l'intéressé; c) des buts désirés du séjour et leur viabilité; b) des liens familiaux avec d'autres résidents, nationaux ou étrangers.

Le droit d'asile

457. Le droit d'asile est (selon la loi 38/80, du 1^{er} août, et le décret-loi 415/83, du 24 novembre) assuré aux étrangers et apatrides poursuivis ou gravement menacés de poursuite par leur activité en faveur de la démocratie, la liberté sociale et nationale, la paix entre les peuples, la liberté et les droits de la personne humaine, exercée, respectivement, dans l'Etat de leur nationalité ou dans leur résidence habituelle.

458. Ce droit sera analysé en détail à propos de l'article 13 du Pacte. Mais il est intéressant de souligner que, en cas de refus d'asile, le requérant pourra demeurer dans le territoire national pendant une période transitoire ne pouvant être supérieure à 60 jours, afin de chercher l'asile dans un autre pays ou de retourner dans celui qui le lui avait déjà accordé. Après la période mentionnée, le requérant sera soumis au régime général concernant le séjour des étrangers en territoire national.

Le service des étrangers

459. Le Service des étrangers a fait l'objet de réglementation le 31 décembre 1986, ayant été approuvé par le décret-loi 440/86. Ce service vise à contrôler, surveiller et fiscaliser les étrangers, de façon à contribuer à la prévention du terrorisme et d'autres formes de criminalité organisée internationale. Il a été réorganisé de façon à garantir la libre circulation des personnes en assurant le contrôle et l'écartement des menaces et dangers venus de l'étranger, du monde du crime.

460. Le Service des étrangers, appartenant au Ministère de l'administration interne, vise à étudier, promouvoir, coordonner et exécuter les mesures et actions liées au transit des personnes dans les frontières et à contrôler la permanence et les activités des étrangers sur le territoire national. Il lui incombe nommément de (art. 2):

- a) Surveiller et contrôler les frontières en empêchant le passage d'individus sans documents ou en situation irrégulière;
- b) Contrôler les documents d'entrée et sortie des citoyens nationaux;
- c) Contrôler la permanence et l'activité des étrangers sur le territoire national;
- d) Emettre des avis sur les demandes de visa;
- e) Accorder des visas de permanence et des permis de séjour aux étrangers;
- f) Organiser les procédures d'expulsion des étrangers du territoire national;
- g) Instruire les procédures de demandes d'asile selon les termes légaux et assurer la liaison avec les organismes nationaux et internationaux d'appui et protection aux réfugiés;
- h) Empêcher le débarquement de l'équipage et des passagers provenant d'origine soupçonnée sous le point de vue sanitaire, sans l'autorisation de la Direction générale des soins de santé primaire.

461. Le décret-loi 312/86, du 24 septembre, a prévu que les étrangers doivent posséder une certaine somme leur permettant d'assurer leur subsistance au Portugal au moment de leur entrée sur le territoire national, à moins qu'ils parviennent à faire preuve d'avoir assuré leur logement et nourriture

pendant leur séjour. Ces dispositions ne sont pas applicables aux citoyens des Etats membres des communautés européennes.

462. Le nouveau Code de procédure pénale, en se rapportant aux mesures de coercition décrétées au cours de la procédure, prévoit l'introduction de mesures d'injonction telles que, par exemple, l'interdiction de séjourner, de se déplacer à l'étranger, l'injonction de rester dans certaines régions ou la défense de fréquenter certains milieux ou lieux (art. 200, par. 1).

L'article 201 prévoit encore l'injonction de rester chez soi. Ces mesures d'injonction ne sont applicables qu'en cas d'existence de présomptions graves de la pratique d'un crime dolosif punissable d'une peine d'emprisonnement dont la limite maximum est supérieure à trois ans. A propos de la détention comme moyen d'obtenir l'identification, les organes de police criminelle pourront, dans les conditions prévues par la loi, garder l'individu pendant un délai en aucun cas supérieur à six heures (art. 250, par. 3).

463. En ce qui concerne les infractions administratives, la loi commet aux autorités administratives et policières compétentes le pouvoir d'exiger à l'auteur d'une infraction de s'identifier. En cas de flagrant délit, la détention pour l'identification pourra avoir lieu pendant un délai n'excédant en aucun cas les 24 heures (décret-loi 433/82, du 27 octobre, art. 49).

464. L'article 54 du Code pénal concernant la mise à l'épreuve, accorde au tribunal le pouvoir d'imposer aux condamnés des obligations visant à leur réadaptation, dont l'injonction de ne pas fréquenter certains milieux et de ne pas résider dans certains lieux ou régions (par. 2 b) et c)), insérées dans un plan de réadaptation individualisée et dans le cadre du régime de mise à l'épreuve (inspiré dans la probation) introduit par l'article 53 du même Code.

465. Les articles 6 et 8 du décret-loi 401/82, du 23 septembre (régime pénal des jeunes), concernent l'imposition de certaines injonctions de conduite à l'égard des jeunes, ayant un but rééducateur (voir E/1980/6/Add. 35/Rev. 1).

466. Le Portugal a ratifié, le 30 mai 1984, l'Accord européen sur le régime de la circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe. Selon le paragraphe 1 de l'article premier, les ressortissants des parties contractantes peuvent entrer sur le territoire des autres parties et en sortir, sous

le couvert de l'un des documents énumérés à l'annexe à l'Accord. D'après celui-ci, et à l'égard du Portugal, les documents prévus sont le passeport en cours de validité ou périmé depuis moins de cinq ans, la carte d'identité nationale en cours de validité, le certificat collectif d'identité et de voyage en cours de validité, et le document d'identité (*cédula pessoal*), seulement à l'égard des mineurs.

467. Le nombre total de résidents étrangers au Portugal en décembre 1985 était de 79 594. Parmi ceux-ci 6257 s'étaient vu accorder des cartes de séjour et 6533 avaient reçu des visas pour l'exercice d'activités professionnelles.

Article 13

L'expulsion, l'extradition et le droit d'asile

468. En siège de droit constitutionnel, l'article 33 statue des principes régissant l'extradition, l'expulsion et le droit d'asile. On y affirme dès lors l'interdiction d'extrader et expulser des citoyens portugais du territoire national.

469. Les fondements de l'expulsion sont maintenant prévus dans le décret-loi 264-B/81, du 3 septembre. L'expulsion peut avoir lieu dans les cas suivants (art. 42, par. 1):

- a) Entrée irrégulière sur le territoire;
- b) Atteinte à la souveraineté nationale, l'ordre public ou aux bonnes moeurs;
- c) Menace des intérêts du pays ou de la dignité de l'Etat portugais ou de ses nationaux;
- d) Immixtion non autorisée dans la vie politique du pays;
- e) Manque de respect dû aux dispositions légales concernant les étrangers;
- f) Pratique d'actions qui auraient empêché leur entrée sur le territoire national, pourvu que les autorités portugaises en avaient eu connaissance en temps utile.

L'expulsion peut aussi relever d'une décision de condamnation rendue en conformité à la législation pénale ou dans les cas prévus par l'article 43 du décret-loi 264-B/81.

470. Selon l'article 33, paragraphe 4, de la Constitution, l'extradition et l'expulsion ne peuvent être prononcées que par une autorité judiciaire (voir dans le même sens, décret-loi 264-B/81 concernant l'expulsion, art. 45 et décret-loi 437/75, du 16 août, concernant l'extradition, art. 24). En matière de garanties de défense à l'égard de la procédure d'expulsion réglée par le décret-loi 264-B/81, l'étranger recevra notification du renvoi du procès au tribunal, pour préparer sa défense et la présenter en audience. S'il n'y est pas présent, celle-ci pourra être ajournée une seule fois (art. 46 et 47, par. 2 b)).

471. La Constitution assure, en outre, le droit d'asile aux étrangers et aux apatrides poursuivis ou gravement menacés de poursuite, en conséquence de leurs activités en défense de la démocratie, de la libération sociale et nationale, de la paix universelle, de la liberté ou des droits de la personne humaine (art. 33, par. 5 ⁽¹²⁾).

472. Le statut du réfugié et le droit d'asile sont établis dans la loi 38/80, du 1^{er} août, modifiée par le décret-loi 415/83, du 24 novembre⁽¹³⁾.

473. Les ministres de l'Administration interne et de la justice statuent sur les demandes d'asile. L'octroi du droit d'asile accorde au bénéficiaire le statut de réfugié et les effets de l'asile doivent être déclarés étendus aux enfants mineurs du requérant, pouvant être déclarés étendus à d'autres membres de sa cellule familiale, à condition que celui-ci le demande.

474. La demande d'asile est présentée devant le Service des étrangers dans les 60 jours suivant l'entrée dans le territoire national. Dans le cas où la demande d'asile fait l'objet d'un avis favorable, le Service des étrangers délivrera un permis de résidence provisoire, valide jusqu'à la décision finale sur la demande. La présentation de la demande suspend toute procédure

(12) Voir aussi à ce propos ce qui a été dit par le rapport initial portugais, présenté au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD/C/101/Add. 8, par. 210 à 215).

(13) Voir ce qui a été dit à propos de l'article 12 du présent Pacte.

administrative ou pénale ouverte en raison de l'entrée illégale sur le pays. Au cas où l'asile est octroyé, la procédure est rayée du rôle.

475. Une fois la décision prise, le Service des étrangers la notifiera au requérant et en informera le délégué du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. En cas de décision négative, il y sera fait mention du droit de recours à présenter, dans le délai de 30 jours, devant la Cour suprême administrative. En cas de refus d'asile, le requérant pourra demeurer dans le territoire national pendant une période transitoire non supérieur à 60 jours, afin de chercher l'asile dans un autre pays ou de retourner dans celui qui le lui avait déjà octroyé.

476. Les procès d'octroi et de perte du droit d'asile, ainsi que celui d'expulsion, sont gratuits et revêtent un caractère d'urgence.

477. Le refus d'asile, opérant *in limine*, est admis dans les cas de manque de fondation où d'abandon du pays d'origine ou de résidence en exécution d'une décision d'expulsion (art. 15-A, ajouté par le décret-loi 415/83), fondée sur la pratique d'un des actes interdits par l'article 9 de la loi 38/80, du 1^{er} août.

478. En ce qui concerne la réinstallation des réfugiés sous mandat du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, la décision gouvernementale sera prise, compte tenu des circonstances particulières et des intérêts légitimes à sauvegarder.

479. Compte tenu de l'application dans l'ordre juridique portugais de la Convention européenne des droits de l'homme, *ex vi* l'article 8 de la Constitution, il faudra aussi tenir compte de l'article 3 du Protocole n° 4 (approuvé par la loi 65/78, du 9 novembre):

- "1. Nul ne peut être expulsé, par voie d'une mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant.
2. ...".

Et l'article 4 de ce Protocole interdit enfin les expulsions collectives d'étrangers.

Article 14

L'administration de la justice

Paragraphe 1

480. La Constitution de la république portugaise, dans son article 113, paragraphe 1, considère les tribunaux des organes de souveraineté et attribue à l'Assemblée de la république, par les articles 167 h) et 168, paragraphe 1 g), la compétence pour légiférer sur leur organisation, fonctionnement et compétence. Il échoit aux tribunaux d'administrer la justice au nom du peuple (art. 205). Il leur incombe donc, et à titre exclusif, la fonction juridictionnelle de l'Etat, en assurant, d'après l'article 206, la défense des droits et intérêts légalement protégés des citoyens, en réprimant la violation de la légalité démocratique et en réglant les conflits d'intérêts publics et privés.

481. Il faudra encore souligner que les tribunaux sont indépendants (par rapport aux autres organes de souveraineté, aux groupes de la vie publique et aux ordres et instructions hiérarchiques des autres tribunaux), ne sont soumis qu'à la loi (art. 208) et leurs décisions sont contraignantes pour toutes les entités publiques et privées, en prévalant sur celles de toutes autres autorités (art. 210, par. 2).

482. Les spécificités de certaines branches du droit substantif, étant détaillées et complexes, ont justifié la création de plusieurs ordres de tribunaux spécialisés en fonction de la matière juridique à appliquer. De ce fait, l'article 212 de la Constitution de la république a consigné l'existence obligatoire des catégories suivantes de tribunaux: la Cour constitutionnelle, les tribunaux judiciaires, la Cour des comptes et les tribunaux militaires. Il a encore permis la création de tribunaux administratifs et fiscaux ⁽¹⁴⁾, tribunaux maritimes, cours d'arbitrage et tribunaux de conflits.

(14) Les tribunaux administratifs et fiscaux ont subi certaines modifications justifiées par l'excès de travail vérifié et par le besoin de revoir le statut des magistrats y exerçant des fonctions pour leur assurer une dignité et indépendance adéquates à leur mission.

483. Selon la loi 35/86, du 4 septembre, les tribunaux maritimes ont une compétence civile (art. 4), en matière d'infractions administratives (art. 5), pour l'exécution des décisions (art. 6) et en matière internationale (art. 7).

484. Les tribunaux militaires sont compétents pour juger des crimes et délits essentiellement militaires.

485. Ainsi, en conformité avec la Constitution, les tribunaux militaires ne relèvent plus en tant que juridiction personnelle des militaires, leur juridiction étant définie *ratione materiae*, en raison de certaines catégories de crimes (Constitution, art. 218, par. 1). Ces dispositions ont entraîné la nature inconstitutionnelle des autres dispositions qui attribuaient aux tribunaux militaires la compétence pour apprécier des affaires relevant du contentieux administratif militaire.

486. La Cour constitutionnelle s'est prononcée dans le sens de cette inconstitutionnalité dans deux arrêts récents du 22 avril (81/86) et du 27 juin 1986 (204/86).

487. La loi pourra, pour des raisons valables placer sous la juridiction de ces tribunaux certains crimes et délits intentionnels assimilables aux crimes et délits essentiellement militaires (art. 218, par. 2). Il faut, toutefois, souligner que l'élaboration législative sur la matière est de la compétence exclusive de l'Assemblée de la république, d'après l'article 167 i) de la Constitution.

488. Les différentes catégories de tribunaux judiciaires traduisent une hiérarchie, mais seulement en vue de la révision de leurs décisions (loi 82/77, art. 15), en principe, donc, l'on peut interjeter appel contre les décisions des tribunaux de première instance devant les cours d'appel et de celles-ci devant la Cour suprême de justice.

489. La Cour suprême de justice est l'organe supérieur de la hiérarchie des tribunaux judiciaires, sans préjudice des compétences propres de la Cour constitutionnelle en matière d'inconstitutionnalité et d'illégalité des normes (Constitution, art. 214, par. 1 et loi 82/77, art. 21).

490. Les cours d'appel sont, en règle général, les tribunaux judiciaires de second instance (Constitution, art. 215, par. 2, et loi 82/77, art. 11, par. 2) et

siègent à chaque district judiciaire. En raison de la matière dont ils s'occupent, les tribunaux judiciaires peuvent être de compétence générique, de compétence spécialisée et de compétence particulière.

491. En règle général, les tribunaux de première instance ont une compétence générique (loi 82/77, art. 1) et il leur incombe toute compétence juridictionnelle qui n'ait pas été accordée à d'autres tribunaux judiciaires (loi 82/77, art. 54).

492. Les tribunaux de compétence spécialisée sont les tribunaux civils, criminels, d'instruction criminelle, de famille, pour les mineurs, du travail et d'application des peines (Constitution, art. 216, par. 1 et loi 82/77, art. 45, par. 2 et 56).

493. Il incombe aux tribunaux civils de trancher les affaires qui ne sont pas attribuées à d'autres tribunaux judiciaires (loi 82/77, art. 57); aux tribunaux criminels, il incombe la décision de mise en accusation (*pronúncia*) le jugement et les termes subséquents dans les affaires criminelles, il échoit (loi 82/77, art. 59); aux tribunaux d'instruction criminelle, il échoit l'instruction préparatoire, l'instruction contradictoire, l'exercice des fonctions juridictionnelles relatives à l'enquête préliminaire et à la procédure relative aux mesures de sûreté (loi 82/77, art. 60).

494. Aux tribunaux de famille, il incombe de préparer et de juger les actions concernant les liens conjugaux et la juridiction civile des mineurs (loi 82/77, art. 61 et 62); aux tribunaux de travail, il échoit l'exercice de la juridiction sociale, soit en matière civile soit en matière contraventionnelle du travail (loi 82/77, art. 65 à 67); et aux tribunaux d'application des peines, il échoit, en général, de décider sur la modification ou le remplacement des peines et mesures de sûreté en cours d'exécution et d'accompagner les détenus respectifs (loi 82/77, arts. 70 et 71).

495. Le tribunal pour les mineurs est compétent pour prononcer des mesures à l'égard des mineurs ayant douze ans révolus (excepté les cas prévus au par. 2) et moins de seize (excepté les cas prévus au par. 4) qui se trouvent dans les circonstances suivantes:

- a) Montrent de graves difficultés dans leur adaptation à une vie sociale normale, par leur situation, conduite ou tendances révélées;

- b) S'adonnent à la mendicité, vagabondage, prostitution, débauche, abus de boissons alcooliques ou à l'usage illicite de stupéfiants;
- c) Soient agents d'un fait qualifié par la loi de crime, délit ou contravention (loi 82/77, du 6 décembre, art. 63, par. 1).

496. Les tribunaux des mineurs sont aussi compétents, selon l'article 63, paragraphe 3, de la loi 82/77, et l'article 15 du décret-loi 314/78, qui statue sur l'organisation tutélaire des mineurs, pour:

- a) Prononcer des mesures à l'égard des mineurs ayant été maltraités, abandonnés ou privés d'appui et qui, en conséquence, sont en péril de perdre leur santé, sécurité, éducation ou moralité;
- b) Prononcer des mesures à l'égard des mineurs ayant atteint les quatorze ans et gravement inadaptés à la discipline familiale, du travail ou de l'établissement d'éducation et d'assistance où ils sont internés;
- c) Apprécier et juger des demandes de protection des mineurs contre l'exercice abusif de l'autorité familiale, ou des institutions où ils sont internés.

497. En un mot, le tribunal des mineurs a pour but la protection judiciaire des mineurs et la défense de leurs droits et intérêts, moyennant l'application de mesures tutélares de protection, assistance et éducation (décret-loi 314/78, art. 2).

498. Les tribunaux de compétence particulière sont définis en raison de la forme de la procédure (Constitution, art. 216, par. 1, et loi 82/77, art. 45, par. 3). Ils sont un dédoublement des tribunaux criminels en chambres criminelles, chambres correctionnelles et chambres de police (décret-loi 269/78, art. 7).

499. Les chambres criminelles s'occupent de la décision de mise en accusation, du jugement et des termes subséquents dans les affaires criminelles auxquelles correspond une procédure *de querela* ⁽¹⁵⁾ où un tribunal collectif doit intervenir (décret-loi 269/78, art. 8).

(15) Procédure *de querela* est la forme de procédure utilisée dans les cas où une peine de prison supérieure à trois ans correspond au crime.

500. Les chambres correctionnelles sont chargées de la décision de mise en accusation ou équivalente, du jugement et des termes subséquents dans les affaires criminelles auxquelles correspond une procédure correctionnelle ⁽¹⁶⁾ (décret-loi 269/78, art. 9).

501. Les chambres de police s'occupent de la préparation de la procédure, du jugement et des termes subséquents dans les affaires criminelles auxquelles il correspond une procédure sommaire ⁽¹⁷⁾ ou de transgression ⁽¹⁸⁾ (décret-loi 269/78, art. 10).

502. Les *ulgados de paz* qui, d'ailleurs, n'ont pas encore été créés, sont aussi des tribunaux de première instance ayant juridiction dans les paroisses (loi 82/77, art. 12, par. 2 et 73). Le juge de paix (*juiz de paz*) est élu par l'assemblée paroissale (loi 82/77, art. 74), il lui incombe de trancher de petites affaires civiles et criminelles et l'on peut interjeter appel contre ses décisions devant le tribunal de première instance siégeant dans le ressort ayant juridiction dans la paroisse respective (loi 82/77, art. 76, par. 2 et 20, par. 1).

503. La nouvelle structure de la procédure pénale, introduite du fait de l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure entraîne des changements en ce qui concerne la composition et la compétence des tribunaux criminels. Des changements sont prévus, d'ailleurs, dans l'organique des tribunaux judiciaires (loi d'autorisation en matière de procédure pénale, art. 6).

Juges sociaux

504. S'il s'agit de trancher des affaires de bail rural, d'appliquer une mesure d'internement à un mineur ou de connaître une infraction criminelle

(16) Procédure correctionnelle est la forme de procédure utilisée dans les cas où une peine différente de celle de prison supérieure à trois ans correspond au crime et l'infracteur n'a pas été détenu en flagrant délit.

(17) Procédure sommaire est la forme de procédure utilisée dans les cas où une peine différente de celle de prison supérieure à trois ans correspond au crime et où l'infracteur a été détenu en flagrant délit.

(18) Procédure de transgression est applicable aux contraventions et transgressions de règlement.

pratiquée par un mineur âgé de plus de seize ans et déjà assujetti à une mesure spéciale, ou encore de juger certaines questions de travail où un tribunal collectif ait intervention, deux juges sociaux non *togados* (non habillés de toga) pourront participer au jugement. Ils seront recrutés:

- a) Dans le premier cas, parmi les bailleurs et les fermiers;
- b) Dans le deuxième cas, parmi des citoyens sans qualité spéciale;
- c) Dans le dernier cas, parmi des travailleurs indépendants et des travailleurs non salariés, ou parmi ceux-ci et des entités patronales (loi 82/77, art. 58, 64 et 68 et Constitution, art. 217, par. 2).

505. Suite au 25 avril 1974, la situation du système judiciaire était marquée par les conditionnements suivants:

- convulsion sociale et escalade de revendications;
- récession économique et crise généralisée;
- retour au pays d'un million environ de ressortissants des ex-colonies;
- genèse de nouveaux facteurs de conflit et instabilité du droit;
- risques concrets d'institution de formules de justice populaire;
- risque de perte de la démocratie.

Toutes ces limitations et conditionnements ont rendu particulièrement difficile la tâche à accomplir en vue de la redéfinition de priorités, de projets et de programmes visant à réduire les carences existantes.

506. Il s'est avéré donc nécessaire de développer et de mettre en application un plan de combat à la crise comprenant trois vecteurs fondamentaux à la récupération du système judiciaire du pays:

- a) La formation et l'augmentation du cadre des magistrats et du cadre des fonctionnaires de justice;
- b) Les modifications législatives ou la réforme des méthodes en matière d'organisation judiciaire et de fonctionnement des tribunaux;
- c) La réforme structurelle du système judiciaire et la révision profonde des lois de la procédure.

Les premières mesures, concernant le choix et la formation des magistrats, ont été prises en 1974 et en 1975 – époque caractérisée par des

modifications sociales et économiques profondes, marquée par l'instabilité politique et par le danger de retour à des solutions non démocratiques.

507. Ayant opté pour la seule solution viable en matière de sélection et de formation de magistrats – celle de l'exigence de garanties de choix – l'élargissement des cadres a eu lieu le plus rapidement possible, sans pourtant mettre en cause la qualité indispensable à assurer une application de la justice compétente et les garanties imposées par une action démocratique.

508. Suite à la séparation des magistratures – du siège et du ministère public – il a été créé le Centre d'études judiciaires, école de formation de magistrats au Portugal. La compétence technique que cette école a démontrée jusqu'à présent lui a accordé un haut prestige parmi quelques-unes de ses congénères internationales.

509. Le nombre de magistrats du siège a passé de 440 en 1974 à plus de 900 à l'heure actuelle. En ce qui concerne les magistrats du parquet, il est passé de 292 en 1974 à environ 600 à présent.

510. En ce qui concerne les fonctionnaires de justice, leur statut a été profondément modifié, visant, parmi d'autres objectifs, à augmenter les exigences de qualité concernant leur sélection et à moraliser l'accès aux cadres. Suite à l'effort déployé, l'on a pu vérifier une augmentation globale: de 2700 environ, en 1974, l'on a passé à presque 5500 à l'heure actuelle.

511. Parallèlement à l'effort déployé vers la création de conditions visant à dépasser l'insuffisance et la désertification tendentielle des cadres, les nouvelles lois organiques des tribunaux judiciaires (et règlement respectif), du ministère public et le statut des magistrats du siège ont été élaborées – la première, approuvée par la loi 82/77, le Statut des magistrats du siège revu par la loi 21/85, du 30 juillet, et la loi organique du ministère public récemment remplacée par la loi 47/86, du 15 octobre. Cet ensemble de textes contient la structure et la compétence de l'organe supérieur de gestion et discipline des magistrats du siège – le Conseil supérieur de la magistrature – et de l'organe de coupole des magistrats du parquet – l'Office du Procureur Général de la république.

512. Encore dans le domaine législatif, le 30 décembre 1978, a été publiée la loi organique des greffes et le statut des fonctionnaires de justice. Ce texte officiel a été toutefois remplacé par le décret-loi 385/82, du 16 septembre, lequel, quoique en gardant la plupart des dispositions du texte précédent, a introduit quelques amendements importants. En particulier en ce qui concerne l'accès aux cadres, de façon à soumettre les candidats à des preuves publiques en vue d'assurer la sélection des meilleurs et d'introduire des mesures visant à la modernisation progressive de nos tribunaux, moyennant la création de nouvelles catégories de fonctionnaires, l'affectation d'unités au service exclusif du ministère public ou moyennant la spécialisation professionnelle, en tant que critère de préférence dans la nomination des greffes des tribunaux du travail.

513. Dans le champ des réformes législatives et en ce qui concerne les lois de procédure, il faudra mentionner l'introduction, par le décret-loi 242/85, du 9 juillet, d'importantes modifications dans le domaine de la procédure civile. De telles modifications ont essentiellement visé à la "décongestion de la situation" permettant "en même temps, de soumettre, à la leçon décisive de l'expérience, quelques solutions que la Commission chargée de l'étude de la révision législative de cette matière admettait déjà pouvoir proposer aux entités compétentes en vue de la simplification de la procédure".

514. Le nouveau statut des magistrats du siège, approuvé par la loi 21/85, du 30 juillet, a remplacé le précédent (qui avait été analysé par le rapport initial du Portugal – loi 85/77, du 13 décembre). Selon l'article 40, les conditions pour accéder aux fonctions de magistrat du siège sont les suivantes:

- a) Etre citoyen portugais;
- b) Jouir pleinement des droits politiques et civils;
- c) Avoir une licence en droit, obtenue ou validée au Portugal;
- d) Avoir suivi et réussi les cours et stages de formation au Centre d'études judiciaires.

Ils ne peuvent exercer aucune autre fonction publique ou privée, sauf dans l'enseignement ou la recherche scientifique de nature juridique non rémunérée, et des fonctions directives au sein d'organisations syndicales de la magistrature du siège (art. 13). Ils ne peuvent non plus exercer des activités politico-partisanes de nature publique (art. 11).

515. Le placement des magistrats doit être fait tennant compte des besoins du service et de la vie personnelle et familiale des intéressés. Pour le placement dans des tribunaux de compétence spécialisée l'on pondèrera de façon particulière la formation des candidats dans cette matière.

516. Le Conseil supérieur de la magistrature, organe supérieur de gestion et discipline de la magistrature du siège, a plusieurs attributions, prévues par l'article 149 de cette loi 21/85, dont:

- a) Nommer, placer, muter, promouvoir, exonérer, apprécier le mérite professionnel et exercer l'action disciplinaire à l'égard des magistrats du siège;
- b) Emettre des avis sur des textes concernant l'organisation judiciaire, le statut des magistrats du siège et en général sur des matières relatives à l'administration de la justice;
- c) Etudier et proposer au ministre de la Justice des mesures législatives visant à l'efficacité et le perfectionnement des institutions pénitentiaires.

517. La loi 47/86, du 15 octobre, a bien récemment approuvé le statut organique du ministère public, organe chargé de représenter l'Etat, d'exercer l'action pénale et de défendre la légalité démocratique et les intérêts fixés par la loi (Constitution, art. 224).

518. L'office du Procureur-Général de la république est l'organe supérieur du ministère public et il lui échoit de:

- a) Promouvoir la défense de la légalité démocratique;
- b) Nommer, placer, muter, promouvoir, exonérer, apprécier le mérite professionnel et exercer l'action disciplinaire à l'égard des magistrats et agents du ministère public;
- c) Diriger, coordonner et contrôler l'activité du ministère public et formuler des directives, ordres et instructions à suivre par les magistrats et agents du ministère public dans l'exercice de leurs fonctions;
- d) Formuler des avis dans les cas de consultation obligatoire prévue par la loi et sur demande du gouvernement, lesquels auront la valeur d'une

interprétation officielle dans les cas où ils aient l'accord du membre du gouvernement qui les a demandés, proposer au ministre de la Justice des mesures législatives visant à l'efficacité du ministère public et le perfectionnement des institutions judiciaires;

- e) Informer le gouvernement des obscurités ou contradictions des textes légaux, en proposant les modifications adéquates;
- f) Surveiller l'exercice des fonctions des organes de la police criminelle.

519. Il incombe au ministre de la Justice nommément de donner au procureur général de la république des instructions générales concernant les attributions du ministère public et, dans les cas d'actions civiles où l'Etat soit intéressé, des instructions d'ordre spécifique et de demander au Conseil supérieur du ministère public des informations et éclaircissements et présenter des communications devant lui.

520. La magistrature du ministère public est parallèle à la magistrature du siège et est indépendante de celle-ci (art. 54).

521. Les incompatibilités, devoirs et droits sont semblables en ce qui concerne, par exemple, l'exercice de fonctions publiques ou privées ou d'activités politico-partisanes (art. 60 et suiv.).

522. Pour devenir magistrat du parquet, il faudra nommément:

- a) Etre un citoyen portugais;
- b) Jouir pleinement des droits civils et politiques;
- c) Avoir une licence en droit obtenue ou validée au Portugal;
- d) Avoir suivi et réussi les cours et stages de formation au Centre d'études judiciaires.

523. Le placement des magistrats du parquet est fait selon des critères identiques à ceux prévus pour les magistrats du siège (art. 110).

524. L'accès aux tribunaux est garanti par la Constitution (art. 20). Il est aussi sauvegardé sous l'état de siège ou l'état d'urgence en tout ce qui concerne la défense des droits, libertés et garanties lésés ou menacés du fait d'une mesure inconstitutionnelle ou illégale (loi 44/86, du 30 septembre, art. 6).

525. En ce qui concerne la publicité en audience, l'article 211 de la Constitution s'appliquera:

"Les audiences des tribunaux sont publiques sauf lorsque le tribunal lui-même en décide autrement, dans un arrêt motivé, afin de sauvegarder la dignité des personnes ou la morale publique ou encore pour garantir son fonctionnement normal."

526. La publicité des actes de procédure fait l'objet de traitement (art. 86 et suiv.).

527. L'affaire pénale est, sous peine de nullité, publique à partir de la décision rendue à la fin de l'instruction et concernant la mise en accusation. Dans le cas où l'instruction n'a pas eu lieu, ce sera à partir du moment où celle-ci ne peut plus être requise. Jusqu'à l'un de ces moments procéduraux, l'affaire est placée sous le secret de justice (art. 86, par. 1).

528. Des dispositions particulières sont préconisées à l'égard des moyens de communication de masse, en ce qui concerne la divulgation du contenu des actes qui ne relèvent pas du secret de justice (art. 88, par. 1). Le crime de désobéissance est prévu à leur égard en cas de reproduction de pièces ou de documents des affaires en cours ou de transmission d'images ou prises de son, non autorisées, et en cas de divulgation de l'identité de la victime, lorsqu'il s'agit d'un mineur de seize ans (art. 88).

529. Le huis clos est prononcé, dans les cas où le juge estime que la publicité endommagera gravement la dignité des personnes, la morale publique ou la pratique normale de l'acte et doit terminer lorsque cessent les raisons qui l'ont justifié (art. 87, par. 2). Le huis clos est aussi de règle dans le cas de crimes sexuels dont la victime est un mineur de seize ans (art. 87, par. 3). Le huis clos ne comprend en aucun cas le prononcé du jugement (art. 87, par. 4).

Paragraphe 2

530. Le principe de la présomption d'innocence est consacré dans le paragraphe 2 de l'article 32 de la Constitution:

"Tout inculpé est présumé innocent jusqu'à ce que la sentence le condamnant ait acquis force de chose jugée, et le jugement doit avoir lieu dans les plus brefs délais compatibles avec les garanties de la défense."

531. Comme on l'a vu à propos de l'article 10, le détenu préventif jouit d'une présomption d'innocence et doit avoir un traitement en conformité avec ce principe, selon l'article 209, paragraphe 1, de la loi pénitentiaire.

532. La projection du principe au niveau du nouveau Code de procédure pénale découle surtout des dispositions suivantes:

- a) L'écartement des situations d'inversion des règles de la preuve. Selon l'article 243, qui concerne les procès-verbaux dressés par les autorités y indiquées et dans les conditions y prévues, il vaudra comme simple dénonciation (par. 3), contrairement à ce qui se passe dans le régime encore en vigueur, où il fait foi jusqu'à preuve en contraire (Code de procédure pénale de 1929, art. 166 et 169). Le législateur a ainsi exprimé l'accueil donné aux arguments de prudence doctrinaire, dans le sens d'écarter ce "défaveur statutaire" à l'égard de l'inculpé;
- b) Le régime des mesures de coercition, lequel présuppose la préférence clairement accordée aux mesures porteuses d'une intensité contraignante plus faible (art. 191 à 193 et 196 et suiv., *maxime*, arts. 202 et 204);
- c) L'abolition du régime qui interdisait le cautionnement à l'égard de certains crimes estimés plus graves;
- d) Le classement de l'affaire en cas d'insuffisance de présomptions (arts. 277, par. 2, 279 et 308, par. 1);
- e) La garantie du principe de l'intervention pleine du défenseur au cours du procès.

533. En ce qui concerne les délais procéduraux, le Code établit un ensemble de dispositions innovatrices visant la célérité de la procédure et, par conséquent, l'efficacité de l'accès au droit. Cela découle essentiellement:

- a) De la réglementation stricte des délais (art. 103 et suiv.);
- b) De l'obligation de porter à la connaissance de l'autorité ayant le pouvoir disciplinaire, les raisons qui ont justifié l'inobservance du

- délai et même dans le cas où l'acte a été entretemps pratiqué (art. 10);
- c) De l'introduction d'un incident visant l'accélération de la procédure (art. 109);
 - d) De la simplification concernant la communication des actes (art. 111 et suiv.);
 - e) Du renforcement des principes de la continuité et de la concentration de l'audience, tout en réglementant de façon assez rigoureuse les délais et les interruptions respectives. C'est le cas, par exemple, de l'ajournement de l'audience dans la procédure ordinaire, lequel ne peut être supérieure à 30 jours. L'interruption des travaux au-delà de cette période fait échouer la preuve déjà produite en audience (art. 328, par. 6);
 - f) De la remodelation du régime des recours (art. 399 et suiv.) et de l'admissibilité de leur rejection *in limine* dans certains cas prévus par la loi (art. 420).

Paragraphe 3

534. La matière du présent paragraphe a fait l'objet d'un exposé approfondi sur le droit en vigueur à l'occasion de la présentation du rapport initial du Portugal. Etant donné la publication récente dans le Journal officiel du décret-loi approuvant le nouveau Code de procédure pénale, lequel devra entrer en vigueur le 1^{er} juin 1987, l'on fera référence, par la suite, aux lignes orientatrices de ce dernier texte.

535. On suivra dans cet exposé la structure de l'article 32 de la Constitution, concernant les garanties de la procédure pénale. Ces dispositions ont subi quelques altérations du fait de la révision constitutionnelle de 1982:

"Article 32 de la Constitution:

1. La procédure pénale offrira toutes les garanties à la défense.
2. Tout inculpé est présumé innocent jusqu'à ce que la sentence le condamnant ait acquis force de chose jugée et le jugement doit avoir lieu dans les plus brefs délais compatibles avec les garanties de la défense.

3. L'inculpé a le droit de choisir un défenseur et d'être assisté par lui dans tous les actes de la procédure, la loi précisant les cas et les stades où cette assistance est obligatoire."

536. L'ensemble des droits de l'inculpé est énoncé sous l'article 61 du nouveau Code de procédure pénale:

"1. L'inculpé jouit, en particulier, et au cours de chaque phase de la procédure, exception faite aux dispositions légales contraires, des droits suivants:

- a) d'assister aux actes de la procédure qui le regardent directement;
- b) d'être entendu par le tribunal ou par le juge d'instruction dès qu'ils soient en train de prendre une mesure ou une décision le concernant;
- c) de ne pas être obligé à répondre aux questions posées par les entités intervenantes dans le procès à propos des faits que lui ont été imputés ou à propos du contenu des déclarations déjà faites".

537. L'aveu de culpabilité est maintenant admis et peut revêtir une nature intégrale et sans réserves ou être fait partiellement ou avec des réserves. Le tribunal doit s'assurer de la nature libre de l'aveu, notamment en ce qui concerne l'imputabilité pleine de son auteur ou la véracité des faits avoués. (Continuation de l'article 61, paragraphe 1, du nouveau Code de procédure pénale):

- "d) de choisir son défenseur ou demander au tribunal de lui nommer un d'office;
- e) d'être assisté d'un défenseur dans tous les actes de la procédure où il participera et, si détenu, de communiquer, même en privé, avec son défenseur."

538. La conférence sera faite à portée de vue si des raisons de sécurité l'imposent, mais pas à portée d'ouïe.

539. Des pas relevant et qui permettent d'illustrer la portée du droit d'être assisté d'un défenseur concernent la possibilité du détenu de communiquer avec son défenseur, même avant le premier interrogatoire et dans le cas où il sera détenu incommunicable.

540. Il faut aussi souligner l'article 143, paragraphe 3:

"Dans les cas de terrorisme, criminalité violente ou hautement organisée, le ministère public peut déterminer que le détenu ne communiquera avec personne, sauf son défenseur, avant le premier interrogatoire judiciaire."

541. La cour constitutionnelle s'est penchée sur la question, en siège de contrôle préventif de la constitutionnalité, au moment où elle a analysé le futur Code de procédure pénale. Elle a alors déclaré que le droit de l'inculpé à être assisté d'un défenseur "ne comprend pas la seule présence physique du défenseur aux actes de la procédure, mais le droit de l'inculpé de communiquer avec celui-là".

542. Dans son arrêt 7/87, publié dans le *Diário da República* du 9 février 1987, la Cour a statué l'inconstitutionnalité de la norme dans sa rédaction initiale vis-à-vis la garantie établie dans l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution (droit de l'inculpé d'être assisté par un défenseur), ce qui a déterminé la modification de cette norme.

543. Une autre mesure qui illustre la portée du droit d'être assisté d'un défenseur concerne l'assistance obligatoire du défenseur au premier interrogatoire du détenu (art. 64, par. 1 a) et art. 141, par. 2), avec la possibilité de demander au juge, à la fin de l'interrogatoire, et hors la présence de l'inculpé, de poser les questions qui s'avèrent d'intérêt pour la découverte de la vérité (par. 6). L'absence du défenseur dans ce cas est cause de nullité insanable (art. 119 c)). Cette assistance peut aussi avoir lieu si le détenu le demande, après être informé de ses droits, dans le cas où le ministère public procède à un bref interrogatoire avant l'interrogatoire judiciaire (art. 143, par. 2).

544. L'assistance d'un défenseur en siège de recours est aussi obligatoire (art. 64, par. 1d) ⁽¹⁹⁾. Le défenseur exercera les droits reconnus par la loi à l'inculpé, sauf ceux qui seront personnellement réservés par la loi à ce dernier (art. 63). S'il y a un défenseur d'office, celui-ci peut être emplacé sur demande de l'inculpé (art. 64, par. 2).

(19) Voir aussi les références faites à propos de l'article 9 du Pacte.

545. Le Code énonce les cas d'assistance obligatoire du défenseur. Parmi d'autres elle est établie à l'égard de tout acte de la procédure où l'inculpé est sourd, muet, analphabète ou ne connaît pas la langue portugaise, ou encore s'il s'agit d'un mineur de vingt-et-un ans, ou si l'on soulève la question de sa non-imputabilité ou de son imputabilité partielle (art. 64, par. 1 c)).

(Continuation de l'article 61, paragraphe 1, du nouveau Code de procédure pénale):

- "f) de prendre partie au déroulement de l'enquête et de l'instruction, tout en fournissant des preuves et en requérant les diligences qui lui semblent nécessaires;
- g) d'être informé de ces droits par l'autorité judiciaire ou par l'organe de police criminelle devant lesquels il doit comparaître;
- h) de former des recours, en conformité avec la loi, contre les décisions qui lui soient défavorables."

546. L'article 92 du Code s'occupe de la langue, des actes de procédure et de la désignation d'un interprète, dans le cas où intervienne une personne qui ne connaisse pas ou ne maîtrise pas la langue portugaise. Un interprète idoine sera nommé, sans frais pour la personne, même dans le cas où l'entité qui préside à cet acte ou l'un des participants connaissent la langue utilisée par celle-là.

547. L'article 93 formule les normes à suivre dans le cas d'intervention d'un sourd, muet ou sourd-muet.

548. L'importance reconnue par la loi à ce principe est bien évidente du fait que la révision pour confirmation des jugements étrangers ne sera pas accordée si l'inculpé n'a pas été assisté d'un interprète, dans le cas où il ne connaissait pas la langue utilisée dans la procédure (art. 37 d)).

549. Dans le nouveau Code est obligatoire la présence de l'accusé à l'audience (art. 332, par. 1). Les conséquences de son absence et de la déclaration de contumace sont prévues dans les articles 332, 336 et 337.

"Article 32 de la Constitution:

- 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."

550. Selon l'article 17 du nouveau Code, l'instruction est de la compétence du juge d'instruction auquel sont aussi déférées la décision de mise en accusation et la pratique des actes juridictionnels aux cours de l'enquête ⁽²⁰⁾.

551. L'instruction se déroule sous la direction du juge d'instruction, assisté des organes de police criminelle (art. 288).

552. La loi indique quels sont les actes qui appartiennent à la compétence exclusive du juge, soit au cours de l'instruction, soit au cours de l'enquête, et dans ce dernier cas quels sont les actes que seul le juge peut ordonner ou autoriser. Dans sa compétence exclusive se trouvent:

- a) Le premier interrogatoire judiciaire du détenu;
- b) L'imposition d'une mesure de coercition ou de garantie patrimoniale;
- c) Les perquisitions et saisies dans le bureau d'un avocat, d'un médecin ou dans un établissement bancaire;
- d) Etre premier à prendre connaissance du contenu de la correspondance saisie en vue d'évaluer son importance pour la preuve.

553. Différemment de la loi encore en vigueur, l'enquête est prévue comme la procédure usuelle visant la mise en accusation. L'instruction est facultative et réservée aux cas: a) de contrôle de l'omission accusatoire du ministère public sur demande de l'accusateur privé; b) sur demande de l'inculpé à l'égard des faits qui lui sont imputés, dans l'accusation publique ou privée, selon le cas (arts. 286 et 287).

554. L'instruction s'achève par le "débat d'instruction" dont la nature est orale et contradictoire (arts. 289 et 297), suite auquel le juge rend la décision concernant la mise en accusation.

(20) Différemment de la loi encore en vigueur en ce qui concerne la compétence pour la décision de mise en accusation, laquelle appartient au juge de la cause.

"Article 32 de la Constitution:

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."

555. Le principe inspirateur du présent Code est, comme l'on a déjà dit, de poursuivre l'équilibre entre le maximum caractère accusatoire de la procédure et la survivance du principe de l'investigation, soit pendant l'instruction soit pendant le jugement, ce dernier principe étant consacré dans la tradition juridique pénale portugaise.

556. Deux références s'imposent maintenant, en raison de leur caractère innovateur:

- a) L'autonomisation du moment procédural où prend place la détermination de la sanction applicable, compte tenu des éléments concernant la personnalité de l'accusé et du rapport élaboré par les services liés à la réinsertion sociale (art. 369 et 370). La loi prévoit même une sorte d'incident destiné à la production supplémentaire de la preuve, réglé sous l'article 371, lorsque cela s'avère nécessaire pour choisir la nature et la mesure de la sanction.
- b) La configuration du principe de l'opportunité accusatoire dans la procédure pénale. Celui-ci encadre les dispositions des articles 280 à 282.

557. Le premier concerne la possibilité de classer l'affaire à l'égard de laquelle la loi prévoit expressément la possibilité de dispense ou d'exemption de la peine, dès lors que se vérifient les conditions selon lesquelles l'inculpé pourra en être dispensé ou exempté. La décision appartient, selon le moment de la procédure, au ministère public, une fois obtenu l'accord du juge d'instruction, ou à ce dernier, une fois obtenu l'accord du ministère public et de l'inculpé.

558. Le deuxième concerne la décision de suspendre à titre provisoire la procédure, si l'infraction est punissable d'une peine d'emprisonnement au-dessous de trois ans ou d'une sanction non privative de liberté, observées les conditions établies par la loi – sorte de classement assorti de certaines

injonctions et règles de conduite. La décision de suspendre appartient au ministère public, une fois obtenu l'accord du juge d'instruction, et sa durée peut aller jusqu'à deux ans. Si l'inculpé accomplit ces injonctions et règles de conduite, l'affaire est classé et l'on ne peut plus la rouvrir (art. 282).

Article 32 de la Constitution:

- "6. Sont nulles toutes les preuves obtenues par la torture, la coercition, l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne ou encore les ingérences abusives dans la vie privée, le domicile, la correspondance ou les télécommunications.
7. Aucune affaire ne peut être retirée au tribunal dont la compétence découle d'une loi antérieure."

Paragraphe 4

559. Les jeunes âgés de moins de seize ans sont tenus non imputables en siège de droit pénal (Code pénal, art. 19). Les jeunes âgés de seize à vingt-et-un ans sont assujettis au régime pénal spécial établi dans le décret-loi 401/82, du 23 septembre.

560. Le régime pénal spécial concerne seulement les jeunes imputables (art. 1, par. 3) et s'est inspiré des règles présidant au droit rééducatif ou tutellaire de mineurs⁽²¹⁾. Cela se traduit par la primauté de l'application d'une mesure de correction, les seules introduites par ce texte sur une peine de prison jusqu'à deux ans dans le cas où cela se montre plus favorable à la réadaptation sociale du jeune. Dans les cas où une peine de prison est applicable, le juge doit atténuer spécialement la peine en conformité avec la loi générale, s'il a des raisons sérieuses pour croire que cela aura des avantages pour la réinsertion sociale de jeunes (art. 4). L'application subsidiaire des règles relatives au droit des mineurs ("organisation tutélaire de mineurs", décret-loi 314/78, du 27 octobre) peut aussi être envisagée.

(21) Le régime a été analysé dans le rapport initial du Portugal sur l'application des articles 10 à 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (E/1980/6/Add. 35/Rev. 1).

561. Le Code de procédure pénale prévoit l'assistance obligatoire du défenseur dans tous les actes de la procédure à l'égard des mineurs de vingt-et-un ans (art. 64, par. 1 c)).

562. La procédure sommaire, qui est une forme de procédure spéciale et moins solennelle, n'est pas applicable à ceux qui n'ont pas les dix-huit ans révolus au moment de la pratique de l'acte délictueux (art. 381, par. 2).

563. Le huis clos est de règle lorsque l'affaire concerne un crime sexuel dont la victime est un mineur de seize ans (art. 87, par. 2).

Paragraphe 5

564. Le droit de recours est garanti dans la Constitution (art. 32, par. 1) ainsi que le droit de l'inculpé à être assisté d'un conseil de son choix (art. 32, par. 3). Cette assistance est obligatoire en siège de recours.

565. On prévoit des altérations significatives du régime des recours par rapport au droit en vigueur dont, par exemple, la possibilité de rejeter le recours *in limine* en cas de défaut de motivation ou dans les cas manifestes d'un recours irrecevable (art. 420), la possibilité de désistement du recours (art. 415), et l'application à titre subsidiaire, à l'audience en siège de recours, des dispositions concernant l'audience de jugement en première instance (art. 423).

Paragraphe 6

566. Ce droit est reconnu en siège de droit constitutionnel dans l'article 29, paragraphe 6, de la Constitution et prévu dans le Code en vigueur.

567. Le recours en révision est réglé dans les articles 449 à 466 du nouveau Code.

568. Une indemnité sera accordée dans la décision qui parviendra à acquitter l'accusé (art. 462, par. 1) ou peut être déterminée en exécution de sentence sur demande du requérant (art. 462, par. 3).

569. Les sommes versées à titre d'amende ou de frais procéduraux seront aussi restituées (art. 462, par. 1).

570. Les actes judiciaires pratiqués au cours de cette procédure de recours préféreront à tout autre service, dès que le condamné soit emprisonné ou interné (art. 466).

571. Le sursis à l'exécution de la peine de prison ou de la mesure de sécurité d'internement peut avoir lieu en cas de doute grave de la cour à l'égard de la condamnation et pendant le déroulement de la procédure de recours (art. 457, par. 2).

Paragraphe 7

572. L'article 29 de la Constitution statue, dans son paragraphe 5, que nul ne peut être jugé plus d'une fois pour le même délit.

573. Il faudra enfin souligner que le Portugal a aussi ratifié la Convention européenne des droits de l'homme qui est donc en vigueur du fait de l'article 8 de la Constitution, laquelle reconnaît, dans son article 6, des droits identiques à ceux prévus par l'article 14 du Pacte.

Article 15

Nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege

574. La nouvelle rédaction de l'article 29 de la Constitution rend compte de la présente disposition du Pacte. Selon son paragraphe 1:

"Nul ne peut faire l'objet, ni d'un jugement répressif si ce n'est en vertu d'une loi antérieure qui déclare punissable l'action ou l'omission commise,

ni d'une mesure de sûreté dont les conditions n'auraient pas été définies par une loi antérieure."

Selon le paragraphe 3 de cet article:

"Ne peuvent être appliquées des peines ou des mesures de sûreté n'ayant pas été expressément prévues par une loi antérieure."

575. Le nouveau Code pénal a introduit parmi les peines privatives de liberté, les arrêts pendant les jours libres (art. 44) – arrêt de fin de semaine – et la semi-détention (art. 45). En tant que réaction criminelle non privative de liberté, ont été introduits le régime de mise à l'épreuve – probation – (art. 53 et suiv.), l'admonestation (art. 59) et la prestation de travail au profit communautaire (art. 60). Le sursis à l'exécution de la peine (art. 48 et suiv.), la libération conditionnelle (art. 61 et suiv.) et la peine d'amende (art. 46 et 47) ont subi des altérations dans leur régime.

576. L'on a introduit encore la peine relativement indéterminée au moyen de laquelle l'on cherche à trouver une solution pour le problème de ceux dénommés imputables dangereux.

577. A l'égard des peines accessoires, vaut le principe général de l'article 65, lequel reproduit l'article 30, paragraphe 4, de la Constitution:

"Aucune peine n'implique, comme effet nécessaire, la perte de droits civils, professionnels ou politiques."

Il s'agit de la peine de démission (art. 66), de la suspension provisoire de fonctions (art. 67) et de l'interdiction d'exercer d'autres professions ou droits (art. 69).

578. Les mesures de sûreté sont établies à l'égard des aliénés (art. 91 et suiv.) et des imputables atteints d'anomalie psychique (art. 103 et suiv.).

579. En plus, l'article 30 de la Constitution établit que:

"dans les cas de dangérosité fondée sur de graves troubles psychiques où le traitement en milieu ouvert est impossible, les mesures de sûreté privatives ou restrictives de liberté pourront être successivement prorogées, tant que la dangérosité persiste, mais toujours sur décision judiciaire."

580. L'article 40 du Code pénal établit la limite absolue de la peine d'emprisonnement laquelle n'excédera en aucun cas les vingt-cinq ans (par. 3).

581. La Constitution consacre la rétroactivité de la loi pénale plus favorable à l'inculpé.

582. Les principes de la légalité (art. 1) et de la rétroactivité de la loi pénale plus favorable à l'inculpé (art. 2) siègent aussi dans le Code pénal.

583. N'est pas admise l'analogie pour qualifier un acte de crime, pour définir un état de dangérosité ou pour déterminer la peine ou la mesure de sûreté correspondantes.

Article 16

Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique

584. Sous l'épigraphe – autres droits de la personne – l'article 26 de la Constitution de la république consacre un ensemble de droits inhérents à l'individu, à savoir, les droits à l'identité personnelle, à la capacité civile, à la citoyenneté ⁽²²⁾, au bon nom et à la réputation personnelle, à l'image et à la protection de l'intimité et de la vie privée et familiale.

(22) Le nouveau statut de la nationalité a été approuvé par la loi 37/81, du 3 octobre, et son règlement par le décret-loi 322/87, du 12 août.

585. 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 (art. 26, par. 3).

586. La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence ne peut en aucun cas porter atteinte, parmi d'autres, au droit à la capacité civile (loi 44/86, du 30 septembre, concernant l'état de siège et l'état d'urgence, art. 2).

587. Selon le paragraphe 2 de cet article 26 de la Constitution portugaise, la loi établira des garanties effectives contre l'utilisation abusive ou contraire à la dignité humaine de toute information relative aux personnes et aux familles.

588. En effet, le Code civil prévoit, dans son article 70, la protection de l'individu contre toute offense illicite ou menace d'offense à sa personnalité physique ou morale. Et, outre la responsabilité civile qui peut y avoir lieu, l'individu menacé ou offensé pourra demander les diligences adéquates aux circonstances du cas d'espèce, de façon à éviter ou à atténuer les effets de l'offense commise.

589. L'article 71 du même Code prévoit que les droits de personnalité jouissent de protection même après la mort de leur titulaire. Et les limitations volontaires à l'exercice des droits de personnalité seront nulles si contraires aux principes de l'ordre public (art. 81).

590. Le Code pénal prévoit, à son tour, une protection pénale à l'égard de quelques-uns de ces droits, — voire les crimes contre l'honneur (art. 164 et suiv.), les crimes contre la vie privée (art. 176 et suiv.).

Article 17

Droits de la personne

591. La matière fait l'objet de l'article 26 de la Constitution, déjà cité.

Le droit à la protection de la vie privée et familiale

592. Ce droit est assuré selon une double perspective, le droit d'empêcher l'accès à l'information par des tiers et le droit d'empêcher la divulgation de l'information sur la vie privée et familiale. A ce sujet, le paragraphe 2 dudit article 26 commet à la loi l'obligation d'établir "des garanties effectives contre l'utilisation abusive ou contraire à la dignité humaine, de toute information relative aux personnes et aux familles".

593. D'autres dispositions constitutionnelles sont étroitement liées avec celles-ci; celles des articles 34 (inviolabilité du domicile et de la correspondance) et 35 (utilisation de l'informatique).

594. L'article 35 reconnaît, en effet (par. 1) le droit des citoyens à prendre connaissance des renseignements les concernant, figurant dans des fichiers informatiques, ainsi que de l'usage auquel ils sont destinés et le pouvoir d'exiger la rectification ou la mise à jour de ces données; (par. 2) l'interdiction de l'accès de tiers, aussi bien que l'interdiction de l'interconnexion et du flux transfrontalier des données, sauf dans les cas exceptionnels prévus par la loi; (par. 3) la défense de traitement de données personnelles, sauf s'il s'agit de traitement de données statistiques qui ne sont pas individuellement identifiables et (par. 5) l'interdiction de l'attribution d'un numéro national unique à chaque citoyen.

595. Le Code pénal s'occupe de cette matière, comme nous l'avons mentionné, nommément dans le chapitre relatif aux crimes contre la réserve de la vie privée (art. 176 et suiv.). Parmi ceux-ci, l'article 181 se penche sur le crime de violation de la sphère privée au moyen de l'informatique. Il libelle, à ce propos, dans son paragraphe 2:

"Est puni d'une peine de privation de liberté de deux ans au plus celui qui aura procédé ou fait procéder à l'automatisation de données à caractère personnel relative à des convictions politiques, religieuses ou philosophiques, ainsi que d'autres ayant trait au domaine privé, contrairement à la loi."

596. Le par. 1 de cet article concerne l'incrimination d'autres conduites qui portent atteinte à la vie privée au moyen de l'utilisation de l'informatique.

Cet article s'est inspiré des dispositions de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, du Conseil de l'Europe, laquelle a été déjà signée par le Portugal.

597. La protection de l'accès à certaines données et aux informations classées possédées par des organes créés par la loi 30/84, du 5 septembre, loi-cadre du système d'informations de la république, fait aussi l'objet de réglementation légale.

598. Ce système d'informations vise fondamentalement la production des informations nécessaires à la sauvegarde de l'indépendance nationale et à la garantie de la sécurité interne.

599. Le contrôle des services d'information est assuré par le Conseil de fiscalisation, élu par l'Assemblée de la république, laquelle garde ses pouvoirs de fiscalisation (art. 7, par. 1) ⁽²³⁾.

600. Les limitations prévues à l'égard de l'actuation des services concernent la comptabilité avec le régime constitutionnel des droits, libertés et garanties personnelles et, en particulier, vis-à-vis l'informatique, y comprises toutes les restrictions établies par la loi à l'égard de la défense de ces droits (arts. 3 à 5, 23 et suiv.).

601. L'effacement et la rectification des données sont prévus, les visés pouvant le requérir dans les cas où ces données ou informations les concernant soient jugées inexactes, obtenues de façon irrégulière ou enfreignant leurs droits, libertés et garanties (art. 27, par. 2).

602. Les fonctionnaires et les agents civils ou militaires exerçant des fonctions policières ont besoin d'une autorisation préalable du gouvernement pour accéder aux données et informations en possession des services d'infor-

(23) Le Conseil de fiscalisation est composé de trois citoyens d'idoneité reconnue, élus à la majorité de deux tiers des députés présents, non inférieure à la majorité de députés en effectivité de fonctions et par votation secrète. Le mandat des membres du Conseil a une durée de quatre ans, et ne peut cesser que sur délibération de l'Assemblée de la république, à la majorité établie pour l'élection.

mation, leur utilisation étant interdite à d'autres buts outre la tutelle de la légalité démocratique ou la prévention et la répression de la criminalité (art. 5).

603. Les fonctionnaires sont assujettis au devoir de secret professionnel. Ceci s'applique à tous ceux ayant pris connaissance des matières classées, en possession des services d'information (art. 28). La loi prévoit des sanctions en cas de violation de ces devoirs légaux et de ces fonctions (art. 30).

604. La protection est assurée, d'une autre part, par la définition des compétences matérielles et organiques, découlant surtout des textes légaux, à savoir, le décret-loi 223/85, établissant les principes fondamentaux, le décret-loi 224/85, déterminant l'organique du Service des informations stratégiques de défense, le décret-loi 225/85, stipulant l'organique du Service d'information de la république ayant compétence pour produire des informations destinées à assurer la sécurité interne et nécessaire à la prévention du sabotage, du terrorisme, de l'espionnage et des actes qui peuvent altérer ou détruire l'Etat de droit (art. 2), et le décret-loi 226/85, concernant la restructuration du Service d'informations militaires, tous du 4 juillet.

605. A l'égard de cette matière, s'avèrent surtout importantes les dispositions envisageant l'accès et la protection du matériel classé, la délimitation du secret d'Etat et du secret professionnel et la détermination des critères qui président au choix du personnel.

606. Les principes fondamentaux de l'activité des services appartenant au Système d'informations de la république (décret-loi 223/85, du 4 juillet) rendent compte du principe de la spécialité, à l'égard de la recherche et du traitement des informations concernant les attributions spécifiques de chaque service (art. 1), du principe de la coopération pratiquée entre les Services hors du cadre de leurs attributions spécifiques (art. 2), de l'autonomie des centres de données, l'interconnexion étant interdite (art. 4), du régime secret d'Etat (art. 5), du régime du devoir de secret professionnel (arts. 6 et 7) et de la fiscalisation de l'activité des services d'information commise à des magistrats, investis de leurs droits et devoirs statutaires (art. 8).

607. En ce qui concerne le casier judiciaire, le décret-loi 39/83, du 25 janvier, a suivi les principes du nouveau Code pénal. Le régime prévu est axé sur deux vecteurs fondamentaux:

- a) Adéquation aux limitations statutées par le nouveau Code pénal à l'égard de l'effet des peines. L'article 3 définit ce qui peut faire l'objet de l'enregistrement criminel. Les articles 19 et 20 concernent la cancellation à titre définitif de certaines décisions et la réhabilitation. Les articles 21 et 22 disposent sur la cancellation à titre provisoire (réhabilitation *ope judicis*);
- b) Conditionnement de l'accès aux données contenues dans les fichiers (art. 9 à 14), par exemple en renforçant les conditions exigées dans les cas d'une demande présentée par un tiers (art. 10, par. 2);

608. Un régime spécial d'enregistrement criminel à l'égard de mineurs (art. 23 et suiv.) est prévu.

609. La loi de procédure s'occupe des fouilles et examens susceptibles de porter atteinte à la pudeur. Dans la loi encore en vigueur, cette matière est abordée dans les articles 178 et suivants du Code de procédure pénale et dans le décret-loi 605/75, du 3 novembre (art. 2, selon la rédaction accordée par la loi 25/81, du 21 août).

610. Dans le nouveau Code, la question est prévue dans les articles 171 à 173 en ce qui concerne les examens.

611. Ils doivent respecter la dignité et, dans la mesure du possible, la pudeur de l'examiné (art. 172, par. 2).

612. La loi indique aussi qui pourra être présent à la réalisation de l'examen. L'examiné peut se faire accompagner d'une personne de sa confiance, dans les cas où la demeure n'entraîne aucun péril. Il doit être à cet effet informé de cette faculté qui lui est accordée par la loi (art. 172, par. 2).

613. Toute personne qui voudra se soustraire ou empêcher la réalisation d'un examen jugé nécessaire pourra être obligée à s'y soumettre par l'autorité judiciaire compétente (art. 172, par. 1).

614. L'autorité judiciaire ou l'organe de police criminelle compétente peuvent empêcher des personnes présentes sur le lieu de l'examen de s'éloigner et, si nécessaire, recourir à la force publique pour les contraindre à y rester jusqu'à la fin de l'examen et lorsque leur présence s'avère indispensable (art. 173).

615. Ces diligences peuvent être faites par tout agent de l'autorité si l'on risque de perdre la preuve et dès que les autorités susmentionnées ne sont pas présentes.

616. La fouille personnelle est envisagée dans les articles 174 et 175. Elle aura lieu sur décision de l'autorité judiciaire compétente, laquelle doit, dès que possible, présider à l'acte (art. 174, par. 3). Des exceptions concernant les cas (par. 4):

- a) De terrorisme, criminalité violente ou organisée, s'il y a des présomptions fondées de la pratique imminente d'un crime portant un risque sérieux pour la vie ou l'intégrité des personnes; la réalisation de cette diligence sera immédiatement communiquée au juge d'instruction en vue de sa validation, sous peine de nullité (par. 5);
- b) De consentement de la personne concernée, une fois ce consentement donné par moyen documenté;
- c) De flagrant délit, si l'infraction est punissable d'une peine d'emprisonnement.

Dans ces cas exceptionnels, les fouilles pourront être réalisées par un organe de police criminelle, dans les conditions définies par la loi.

617. Les organes de police criminelle peuvent aussi effectuer des fouilles sans autorisation préalable, assujetties au contrôle ultérieur de l'autorité judiciaire, en cas de fuite imminente et à l'égard des suspects lorsqu'ils ont des raisons fondées pour croire à l'existence d'objets ayant un lien avec le crime et qui peuvent être importants pour la preuve, si l'on risque de les perdre (art. 251).

618. Les conditions requises pour les examens et les fouilles sont définies par la loi (arts. 172 et 174, respectivement).

619. Dans la procédure concernant les infractions administratives, les preuves heurtant à la vie privée, les examens corporels et l'analyse du sang ne seront admissibles qu'en vertu du consentement de ceux ayant droit (décret-loi 433/82, du 27 octobre, art. 42, par. 2).

Le droit à l'inviolabilité du domicile

620. Ce droit est prévu au niveau constitutionnel dans les paragraphes 3 et 4 de l'article 34. Les restrictions au droit à l'inviolabilité du domicile ne peuvent résulter que d'une décision de l'autorité judiciaire compétente et dans les cas et selon les formes prévues par la loi (par. 2). Ce droit jouit d'une protection absolue pendant la nuit, sauf en cas de consentement de la personne concernée (par. 3).

621. Il est interdit, par conséquent, d'effectuer des perquisitions pendant la nuit, exceptés les cas où le consentement a été donné par qui a le pouvoir sur l'édifice (Code de procédure pénale, art. 204 et décret-loi 605/75, du 7 novembre, art. 2, les deux textes étant encore en vigueur).

622. Le nouveau Code de procédure pénale établit l'interdiction de mener des perquisitions, dans une maison habitée ou dans une dépendance fermée de cette maison, entre 21 heures et 7 heures, sous peine de nullité de la preuve (art. 177, par. 1).

623. L'entrée au domicile de quelqu'un ne peut être ordonnée que par le juge. La loi prévoit toutefois que, dans les cas susmentionnés de terrorisme, criminalité violente, imminence de la pratique d'un crime mettant en danger la vie ou l'intégrité de quelqu'un, ou dans les cas de consentement documenté de la personne concernée, les réquisitions peuvent être ordonnées par le ministère public ou effectuées par l'organe de police criminelle. Dans ce dernier cas, elles devront être immédiatement communiquées au juge, en vue de leur validation (art. 177, par. 2).

624. Des conditions spéciales sont prévues à l'égard des fouilles effectuées dans le bureau d'un avocat ou d'un médecin (art. 177, par. 3) ou dans un établissement public de santé (art. 177, par. 4).

625. Au niveau substantif, les atteintes portées à ce droit sont prévues et punies, en cas d'abus d'autorité, du chef de l'article 428 et, en général, des articles 176 et 177 du Code pénal.

Le droit à l'inviolabilité de la correspondance

626. Selon l'article 34, paragraphe 4, de la Constitution "est interdite toute ingérence des pouvoirs publics dans la correspondance et les télécommunications, hormis les cas prévus par la loi en matière de procédure pénale".

627. La loi pénale s'occupe de la matière dans les articles 182 (incrimination) et 183 (aggravation), exceptés les cas où l'auteur est un fonctionnaire (art. 434) ou un ex-fonctionnaire (art. 435) des services des postes et des télécommunications.

628. On doit tenir compte, cependant, du contenu de l'article 12 du décret-loi 90/83, du 16 février, concernant le contrôle de la correspondance des jeunes placés dans les centres de détention y prévus. En effet, l'on y prévoit que la correspondance des jeunes ou adressée à ceux-ci pourra être analysée de façon à prévenir l'entrée d'objets non permis, l'établissement de rapports criminels ou la pratique d'actes qui perturbent la sécurité du centre de détention.

629. D'autres restrictions découlent du contrôle de la correspondance et des télécommunications à l'égard des détenus, prévu dans la loi pénitentiaire (décret-loi 265/79, art. 40 et suiv.), quoique encadrées par l'obligation d'observer le secret (art. 45, par. 1).

630. Ce sujet est réglé dans la loi procédurale encore en vigueur (Code de procédure pénale, art. 210) et prévu dans le nouveau Code (art. 178 à 186). Ce dernier texte prévoit un régime plus stricte à l'égard du contrôle, de l'interception et de la saisie de la correspondance, réservés en absolu à la compétence du juge d'instruction. La saisie ou tout autre moyen de contrôle de la correspondance entre l'inculpé et son défenseur est interdite, sauf si le juge a des raisons fondées pour croire qu'elle constitue l'objet ou un élément du crime (art. 179, par. 2).

631. Le juge qui a ordonné ou autorisé la saisie de la correspondance est le premier à prendre connaissance de son contenu et jugera de son importance pour la preuve. Dans le cas négatif, il la fera restituer à ceux ayant droit. Le juge reste obligé par le devoir de secret à l'égard de tout ce dont il a pris connaissance et qui n'est pas relevant pour la preuve (art. 179, par. 3).

632. Les articles 180 et 181 règlent les cas de saisie dans le bureau d'un avocat ou d'un médecin et dans un établissement bancaire.

633. Les articles 187 à 190 concernent, en général, le régime de l'immixtion dans les communications – par le téléphone et par tout autre moyen technique.

634. Dans la procédure concernant les infractions administratives ne seront admises ni l'immixtion dans la correspondance ou les télécommunications, ni l'utilisation des preuves violant le secret professionnel (décret-loi 433/82, du 27 octobre, art. 42, par. 1).

Le devoir de secret

635. La matière est analysée dans l'article 217 du Code de procédure pénale encore en vigueur, faisant l'objet de traitement dans plusieurs dispositions légales, dont les plus récentes concernent la Haute autorité contre la corruption (loi 45/86, du 1^{er} octobre, art. 7) et les services appartenant au système d'informations de la république (loi 30/84, du 5 septembre, art. 28) – parmi d'autres et outre les dispositions du Code pénal. Ce devoir concerne les faits ou les matières dont les fonctionnaires ont pris connaissance en raison de l'exercice de leurs fonctions.

636. Deux mots encore à propos du devoir de secret bancaire dont le régime légal est établi dans le décret-loi 2/78, du 9 janvier, étant donné qu'il doit aussi être envisagé dans le cadre de devoir de coopération avec la Haute autorité, tel qu'il est défini par l'article 7, paragraphe 2 de la loi 45/86, du 1^{er} octobre, et dans le cadre du combat du trafic illicite de stupéfiants (décret-loi 430/83, du 13 décembre, art. 50).

637. La violation du devoir de secret professionnel par un fonctionnaire dans l'intention de se procurer ou de procurer à un tiers un bénéfice illégitime ou de causer un préjudice à l'intérêt public ou des tiers est punissable du chef de l'article 433 du Code pénal. L'action ne sera engagée que sur plainte de l'entité surintendante ou de la victime.

638. Le nouveau Code de procédure pénale introduit des innovations dans le régime du secret. Est prévue la possibilité d'ordonner le témoignage, malgré le devoir ou le droit de garder le secret, sur décision de l'instance judiciaire supérieure à celle où la question a été soulevée ou à la Cour suprême, siégeant en session plénière des chambres criminelles, dans les cas où se vérifie l'une des causes d'exclusion de la nature illicite de l'acte prévues dans l'article 185 du Code pénal et après l'audition de l'organisme représentatif de la profession ayant trait au secret professionnel. La seule exception concerne le secret religieux.

Article 18

Liberté de conscience, de religion et de culte

Evolution historique

639. Le Portugal est un pays essentiellement catholique. Le catholicisme a eu tout au long d'une grande partie de son histoire et jusqu'à l'institution de la république en 1910 les prérogatives de la religion officielle.

640. Après la publication de la loi de la séparation des églises et de l'Etat, en 1911, les catholiques ont subi une forte réduction dans plusieurs aspects de leur liberté d'action, au moment où les ordres religieux furent interdits et les associations religieuses pratiquement éteintes. Et malgré toutes les réactions qui sont survenues, ce fut seulement 30 années plus tard – avec la célébration de l'Accord avec le Saint-Siège en 1940 – que l'Eglise catholique a acquis de nouveau, dans l'ordre interne, sa personnalité juridique et son autonomie.

641. Le principe de la liberté religieuse a, donc, été admis par l'ordre juridique national, consacré successivement par plusieurs constitutions approuvées et a eu une position importante lorsque la loi des bases relatives à la liberté religieuse a été publiée, en 1971. D'après cette loi, dont plusieurs de ses dispositions sont encore en vigueur, l'Etat reconnaît et garantit la liberté religieuse et accorde aux confessions religieuses la protection juridique adéquate (base I). En soulignant le principe de la séparation, la loi accorde aux confessions religieuses le droit à traitement égal, exception faite aux différences imposées par leur diverses représentativités (base II). Selon cette loi, toutes les personnes peuvent, en matière de convictions et de culte religieux:

- a) Avoir ou ne pas avoir de religion, changer de confession ou abandonner celle qu'elles avaient, agir ou ne pas agir en conformité avec ce qui est prescrit par leur confession;
- b) Exprimer leurs convictions;
- c) Divulguer verbalement, par écrit ou par d'autres moyens de communication, la doctrine de la religion qu'ils suivent;
- d) Pratiquer les actes de culte, particulier ou publique, propres de la religion suivie (base III).

Ensuite, la loi prévoit le droit de réunion pour la pratique communautaire des cultes et établit le régime des confessions religieuses et de leur reconnaissance par l'Etat.

La Constitution de 1976

642. La liberté de conscience, de religion et de culte a été renforcée par l'entrée en vigueur de la Constitution de 1976, qui garantit en premier lieu l'invulnérabilité de cette liberté (art. 41, par. 1). Et elle le fait d'une façon tellement expressive, en spécial en ce qui concerne les deux premiers droits énoncés – droit à la liberté de conscience et à la religion – que le texte fondamental n'admet pas leur suspension même en cas d'état de siège. L'article 19, paragraphe 4, prévoit, en effet, que la déclaration de l'état de siège 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 la liberté de conscience et de religion.

643. Cette même disposition est reprise par la loi 44/86 du 30 septembre concernant le régime de l'état de siège et d'urgence (art. 2).

644. En réaffirmant les dispositions de constitutions antérieures et même de la loi 4/71, déjà mentionnée, l'article 41, paragraphe 2, prévoit que nul ne peut être poursuivi, privé de droits ou exempté d'obligations ou de devoirs civiques en raison de ses convictions ou pratiques religieuses. La garantie de ne pas être poursuivi est une conséquence de la liberté religieuse consacrée au paragraphe précédent de cet article. D'un autre côté, la non-privation de droits, garantie par cette disposition, est une conséquence du principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi (art. 13, par. 2). Il est sans doute expressif et utile de signaler que le législateur ait voulu consacrer explicitement, dans une seule disposition, les garanties mentionnées.

645. D'après le paragraphe 3 de l'article 41, nul ne peut être interrogé, par aucune autorité, au sujet de ses convictions ou pratiques religieuses, sauf aux fins d'obtention de renseignements statistiques non identifiables individuellement, ni souffrir de préjudice en cas où il refuse de répondre. Cette importante disposition a été introduite par la loi de la révision constitutionnelle de 1982. Elle constitue, en effet, un pas en avant, une garantie de défense des personnes contre les abus et les pratiques discriminatoires de nature religieuse, dont elles pourront faire l'objet. La loi des bases concernant la liberté religieuse n'accordait pas, comme cette disposition le fait, un droit subjectif à ne pas être interrogé en matière de religion. Elle accordait simplement aux personnes qui refusaient de répondre une garantie de ne pas pratiquer, de ce fait, un acte illicite. La Constitution est venue, ainsi, consacrer un vrai droit à ne pas être interrogé. Et cette disposition est plus importante encore étant donné qu'elle s'applique soit aux entités publiques soit aux entités privées.

646. Les églises et les autres communautés religieuses sont séparées de l'Etat et sont libres d'organiser et d'exercer, selon leur volonté, leurs cérémonies et leur culte (art. 41, par 4). Ce principe, tellement cher aux idéaux républicains, aurait dû être consacré par la Constitution d'une façon irréver-

sible. Et le législateur constitutionnel l'a fait de la façon la plus expressive, quand il a considéré la séparation des Eglises de l'Etat comme l'un des principes constitutionnels insusceptibles de révision (art. 290 c)).

647. Le principe ainsi consacré a comme corollaire la non-confessionnalité de l'Etat, d'une part, et la liberté d'organisation et indépendance des églises, d'autre part. Le premier aspect – la neutralité confessionnelle – a un rapport direct avec l'interdiction constitutionnelle de l'ingérence religieuse dans les pouvoirs publics et de l'assomption, de la part de ces pouvoirs, de toutes les fonctions ou charges religieuses. Ce principe est ainsi le fondement des exigences de l'article 43, paragraphe 2 – la non-confessionnalité de l'enseignement public – et de l'article 51, paragraphe 3 – l'interdiction pour les parties politiques d'adopter des symboles religieux.

648. Le deuxième aspect – la liberté d'organisation et l'indépendance des églises – a un rapport étroit avec l'interdiction de toute ingérence de l'Etat, sauf dans la mesure où, par voie normative, il règle la liberté d'organisation et d'association privée et le droit de réunion et manifestation ou d'autres droits instrumentaux de la liberté de culte.

649. La Constitution garantit la liberté d'enseignement de toute religion pratiquée dans le cadre de sa confession, ainsi que l'utilisation de ses propres moyens de communication de masse pour la poursuite de ses activités (art. 41, par. 5).

650. Nous avons analysé l'article 41 de la Constitution, la disposition la plus importante en matière de liberté de conscience, de religion et de culte. L'importance que le législateur constitutionnel a accordé à cette matière l'a amené à prévoir, dans d'autres articles, certaines dispositions concernant expressément la liberté religieuse. Il suffit, par exemple, de lire les articles suivants de la Constitution pour s'en rendre compte:

Article 13

...

"Nul ne peut être privilégié, avantagé, défavorisé, privé d'un droit ou exempté d'un devoir en raison de ... sa religion ..."

Article 35

"3. L'informatique ne peut être utilisée pour le traitement de données concernant ... la foi religieuse ..."

Article 43

- "1. La liberté d'apprendre et d'enseigner est garantie.
2. L'Etat ne peut s'arroger le droit de planifier l'éducation et la culture selon tel ou tel critère philosophique, esthétique, politique, idéologique ou religieux."

Article 51

"3. Les parties politiques ne peuvent, sans préjudice de la philosophie ou de l'idéologie qui inspire leur programme, user d'une appellation contenant des expressions qui évoquent directement une religion ou une église, ni d'emblèmes pouvant être confondus avec des symboles nationaux ou religieux."

Article 56

"4. Les associations syndicales sont indépendantes du patronat, de l'Etat, des confessions religieuses, des partis et autres associations politiques, la loi devant définir les garanties de cette indépendance, fondamentales de l'unité des classes laborieuses."

Et encore d'autres dispositions qui, sans prévoir de façon explicite des garanties ou droits de caractère religieux, comprennent implicitement ces matières. C'est le cas des dispositions concernant la liberté d'expression et d'information, et de la liberté d'association.

Le principe de la séparation des églises et de l'Etat et le statut spécial accordé à la religion catholique

651. Le paragraphe 4 de l'article 41 de la Constitution prévoit que les églises et les autres communautés religieuses soient séparées de l'Etat. La non-confessionnalité de l'Etat portugais, imposée par cette disposition garantit d'un côté la non-ingérence religieuse dans l'organisation et le gouvernement de l'Etat ou pouvoirs publics et, d'un autre côté, l'interdiction pour les titulaires de ceux-ci d'exercer des fonctions ou charges religieuses ou d'utiliser dans les cérémonies officielles des rites ou symboles religieux. Ce principe est à la base des dispositions constitutionnelles qui garantissent la non-confessionnalité de l'enseignement public et qui interdisent l'adoption, par les partis politiques, de symboles religieux.

652. En effet, l'article 43, paragraphe 2 prévoit que l'Etat ne peut s'arroger le droit de planifier l'éducation et la culture selon tel ou tel critère philosophique, esthétique, politique, idéologique ou religieux. Et selon l'article 51, paragraphe 3, les partis politiques ne peuvent, sans préjudice de la philosophie ou de l'idéologie qui inspire leur programme, user d'une appellation contenant des expressions qui évoquent directement une religion ou une église, ni d'emblèmes pouvant être confondus avec des symboles nationaux ou religieux.

653. La neutralité religieuse de l'Etat portugais remonte, comme nous l'avons vu, à la date de l'instauration de la république et a été imposée par la loi de séparation de l'église et de l'Etat de 1911. La Constitution de 1976 le prévoit une nouvelle fois et l'a même renforcé, en garantissant son irréversibilité dans des révisions futures de la Constitution (art. 290 c)).

654. Ayant un caractère non confessionnel, l'Etat portugais accorde, tout de même, un statut spécial à la religion catholique. Ce statut spécial découle, en premier lieu, de l'importance historique de cette religion. En effet, jusqu'à l'implantation de la république, comme l'on a déjà souligné, le Portugal était un Etat qui acceptait la religion catholique comme religion officielle. Par contre, la loi de séparation de 1911, en reconnaissant le principe de la liberté de conscience et de religion, est venue interdire l'enseignement religieux dans les écoles, même dans les écoles privées, et assujettir les associations religieu-

ses à la protection de l'Etat. La situation difficile dans laquelle l'église catholique a été placée vis-à-vis de l'Etat du fait de cette législation, n'a été surmontée qu'au moment de la célébration de l'Accord avec le Saint-Siège. Les dispositions accordées révèlent, en effet, que l'Etat portugais a non seulement garanti à l'église catholique, par le biais de cet instrument, la liberté religieuse, mais qu'il a, en plus, pris en considération l'importance toute spéciale que le catholicisme a eu, depuis toujours, dans la vie de la communauté portugaise. Le statut spécial dont l'église catholique jouit n'interfère cependant pas avec le principe de la liberté religieuse reconnu par l'Etat vis-à-vis de toute autre religion. En effet, d'après la loi 4/71, les confessions religieuses ont droit à un traitement égal (art. 2, par. 2), principe d'ailleurs expressément prévu dans la Constitution elle-même (art. 13, par. 2).

655. La protection des personnes contre l'intolérance religieuse est aussi garanti par la loi pénale. En effet, le nouveau Code pénal, approuvé en 1982, consacre l'une de ses sections aux infractions contre les sentiments religieux (art. 220 à 224). Certains de ces articles correspondent à des dispositions de la république. C'est le cas des crimes de contrainte religieuse (art. 221), de l'empêchement ou trouble d'un acte culturel (art. 222) et de l'injure ou offense envers le ministre d'une religion (art. 224). Cependant, d'autres situations, concernant le respect dû aux convictions et cultes religieux, ont été concrètement prévues par le nouveau Code pénal. C'est le cas de l'outrage aux convictions, à la fonction et au culte religieux.

656. D'après l'article 220 du Code pénal, celui qui publiquement aura outragé et ridiculisé autrui de façon vilaine et grossière, en raison de sa conviction et de ses fonctions religieuses, sera puni d'une peine de prison d'un an ou plus et d'une amende de 100 jours au plus. Encourt la même peine celui qui aura profané un lieu ou objet de culte ou de vénération religieuse. D'après l'article 223 du Code, la même peine sera applicable à celui qui publiquement aura ridiculisé un acte de culte religieux. Et pour ces deux crimes la tentative est punie.

657. Le décret-loi 437/75, du 16 août, relatif au régime juridique de l'extradition, prévoit que celle-ci ne pourra pas être accordée s'il y a des fondements pour croire qu'elle est demandée "afin de poursuivre criminellement quelqu'un en vertu de sa ... religion ..."

Droit à l'objection de conscience

658. La Constitution de la république portugaise, après la révision de 1982, reconnaît l'objection de conscience dans un sens large et non plus limité au domaine militaire, comme dans sa première version (art. 41, par. 6). La nouvelle rédaction accorde ainsi aux personnes le droit de s'exempter aux obligations et de ne pas pratiquer des actes qui soient en conflit avec leur propre conscience. Il revient, cependant, à la loi de réglementer ce droit. S'agissant d'un droit fondamental, l'impératif constitutionnel entraîne pour les organes législatifs compétents l'obligation de légiférer dans ce domaine, sous peine d'inconstitutionnalité par omission, et impose l'obligation aux autorités compétentes de prendre des mesures en vue de sauvegarder la pratique de ce droit, avant que la réglementation légale ne soit pas achevée.

659. En ce qui concerne l'objection de conscience au service militaire, la loi de défense nationale (loi 29/82, du 11 décembre) considère dans son article 11 comme objecteurs les citoyens qui, pour des motifs d'ordre religieux, moral ou philosophique, ne peuvent légitimement, d'après leurs convictions, utiliser des moyens violents, qu'elle que soit leur nature, contre leur prochain, même pour des raisons de défense nationale, collective ou personnelle et à l'égard desquels la qualité d'objecteur a été reconnue en vertu de la loi qui définit le statut de l'objecteur de conscience (par. 1).

660. Les objecteurs de conscience devront, cependant, accomplir un service civil aussi long et aussi dur que le service militaire armé (le décret-loi 91/87, du 17 février, a réglementé la réalisation de ce service public).

661. La loi 6/85, du 4 mai, reprend cette même notion d'objecteur de conscience et définit son statut. D'après cette loi, les objecteurs de conscience jouissent de tous les droits et sont assujettis aux mêmes devoirs prévus par la Constitution et par la loi à l'égard de tous les citoyens, qui ne soient pas incompatibles avec le statut d'objecteur de conscience (art. 10).

662. Le droit à l'objection de conscience comprend l'exemption du service militaire, soit en temps de paix, soit en temps de guerre et engage les titulaires respectifs au devoir d'accomplir un service civique adapté à leur situation (art. 4). Les autorités compétentes doivent tenir compte des intérêts,

de la capacité d'abnégation et des attitudes professionnelles de l'objecteur de conscience dans la définition des tâches du service civique ainsi que dans l'attribution de fonctions concrètes à chaque objecteur de conscience. Dans la définition des tâches et dans l'attribution des fonctions à exercer en régime de service civique, doivent être considérées les préférences manifestées par l'intéressé.

663. Le régime de rémunération et de sécurité sociale des objecteurs de conscience sera établi en stricte parallélisme avec les dispositions applicables au service militaire obligatoire (art. 6).

664. Très récemment, la loi des bases du système éducationnel a été publiée (loi 46/86, du 14 octobre). D'après cette loi, dans l'accès à l'éducation et dans sa pratique, il est assuré à tous les portugais le respect du principe de liberté d'apprendre et d'enseigner, avec tolérance pour tous les choix possibles, étant donné, nommément, les principes suivants:

- a) L'Etat ne peut s'arroger le droit de programmer l'éducation et la culture suivant des orientations philosophiques, esthétiques, politiques, idéologiques ou religieuses;
- b) L'enseignement public ne sera pas confessionnel;
- c) Il est garanti le droit de création d'écoles particulières et coopératives.

L'assistance religieuse aux détenus

665. L'Etat portugais a toujours essayé de garantir l'assistance religieuse aux détenus, en application des principes formulés, en 1955, par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants.

666. Cette garantie, consacrée depuis la réforme pénitentiaire de 1936, a été prévue de nouveau par le décret-loi 265/79, du 1^{er} août, concernant la restructuration des services qui ont à leur charge les mesures privatives de liberté. Ce décret-loi assure l'assistance morale et religieuse aux détenus, indépendamment de leurs convictions. Entretemps, étant donné la situation concrète existante au Portugal, où, comme nous l'avons déjà souligné, la

grande majorité de la population est catholique, moyennant l'Accord avec le Saint-Siège de 1940 la garantie d'assistance religieuse a été accordée aux détenus catholiques.

667. Le décret-loi 268/81, du 16 septembre, qui approuve l'organisation des services pénitentiaires prévoit aussi expressément l'existence d'un service d'assistance religieuse dans les établissements pénitentiaires.

668. Finalement, la loi 79/83, du 9 février, définit le statut des assistants religieux de l'église catholique et leur situation juridique, en spécial en ce qui concerne leur insertion dans les établissements pénitenciers. L'assistance religieuse catholique est donc assurée, dans ces établissements, par les aumôniers de l'église catholique dénommés assistants religieux (art. 1^{er}). Ceux-ci sont proposés par l'évêque du diocèse local et désignés par le ministre de la Justice, assistant spirituellement les détenus catholiques et tous les détenus qui expressément sollicitent leur assistance (art. 4). Dans l'exercice de leur mission, les assistants religieux doivent célébrer les offices religieux et porter aux détenus toute autre aide de leur religion. Les normes internes de l'établissement doivent sauvegarder la pleine liberté de l'exercice de cette activité (art. 5).

669. Le décret-loi règle encore des aspects relatifs aux droits, facultés et devoirs dans l'exercice des fonctions des assistants religieux, tout en sauvegardant leur position d'indépendance vis-à-vis des autorités administratives.

670. La Constitution s'occupe aussi de la liberté de création culturelle à son article 42, dont une référence avait été faite dans le rapport initial du Portugal (CCPR/C/6/Add. 6, par. 18.4). Il faudra pourtant souligner qu'un nouveau Code des droits d'auteur a entretemps fait l'objet de publication (décret-loi 63/85, du 14 mars, ratifié par la loi 4/85, du 17 septembre). Ce nouveau texte a surtout pris compte, selon son préambule, de l'institutionnalisation de la démocratie, des perfectionnements de ce droit sous le plan international et des conventions internationales entretemps adoptées dans l'ordre juridique interne, bien que des besoins créés par le progrès de la communication et de la reproduction.

671. La législation précédente a donc été modifiée en ce qui concerne la gestion des droits d'auteur et les contrats qui regardent l'utilisation et l'exploitation des oeuvres littéraires et artistiques, notamment le contrat d'édition et les droits du traducteur envers la protection de son travail en égalité avec les auteurs traduits.

672. Selon l'article premier, les oeuvres sont les créations intellectuelles du domaine littéraire, scientifique et artistique, indépendamment de leur forme d'extériorisation, qui sont de ce fait protégées, y étant incluse la protection des droits de leurs auteurs. Le droit d'auteur, d'après l'article 12, est reconnu indépendamment d'enregistrement, dépôt ou tout autre formalité. Il couvre des droits de nature patrimoniale et morale (art. 9). D'après l'article 31, l'ordre juridique portugais est le seul compétent pour déterminer la protection à accorder à une oeuvre, sauf convention internationale contraire, ratifiée ou approuvée. Règle générale, le droit d'auteur devient caduc, en cas d'inexistence d'une disposition spéciale, 50 ans après la mort du créateur de l'oeuvre, même dans le cas d'une oeuvre divulguée posthument (art. 35).

673. Le titre IV de la loi 45/85 s'occupe des violations et de la défense des droits d'auteur et droits voisins. On y prévoit les délits d'usurpation et de contrefaçon (art. 195 et 196), la violation du droit moral (art. 198), l'exploitation économique de l'oeuvre contrefaite ou usurpée (art. 199), la poursuite (art. 200), la saisie et perte des choses ayant servi à la pratique du délit et la responsabilité civile (art. 203).

Article 19

*Liberté d'expression et d'information,
Liberté de la presse et moyens de communication sociale*

674. Après la première révision, la Constitution dédie à ces libertés les articles 37 à 40.

Liberté d'expression et d'information

675. Selon l'article 37:

- "1. 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.
2. L'exercice de ces droits ne peut être empêché ou restreint par une forme quelconque de censure.
3. Les infractions commises dans l'exercice de ses droits sont soumises aux principes généraux du droit pénal, et leur appréciation relève de la compétence des tribunaux judiciaires.
4. A toute personne physique ou morale est garanti, dans des conditions d'égalité et d'efficacité, le droit de réponse et de rectification, ainsi que le droit à une indemnisation par les dommages subis."

676. La liberté de presse est reconnue par l'article 38 de la Constitution, lequel a subi quelques modifications au moment de la révision constitutionnelle de 1982. Selon la nouvelle rédaction, le paragraphe 2 de cet article établit:

"La liberté de presse comprend la liberté d'expression et de création des journalistes et des collaborateurs littéraires, ainsi que l'intervention des premiers dans l'orientation idéologique des organes d'information n'appartenant pas à l'Etat, à des partis politiques ou à des confessions religieuses, sans qu'aucun autre groupe ou catégorie de travailleurs puisse censurer ou empêcher leur créativité."

Et le paragraphe 3 reconnaît:

"La liberté de presse comprend le droit des journalistes, dans les termes de la loi, à l'accès aux sources d'information et à la protection de l'indépendance et du secret professionnel ainsi que le droit d'élire des conseils de rédaction."

La liberté de presse implique le droit de fonder des journaux et d'autres publications, indépendamment de toute autorisation administrative, caution ou qualification préalables (par. 4). Le paragraphe 6 nous parle encore du

besoin de ne pas affecter ni la liberté de presse ni l'indépendance des organes d'information vis-à-vis du pouvoir politique ou économique au moyen d'un régime administratif ou fiscal, d'une politique de crédit ou de commerce extérieur.

677. L'article 39 révèle le soin d'assurer, d'un côté, l'indépendance des organes de communication sociale appartenant à l'Etat ou à d'autres entités publiques, face au gouvernement, à l'administration et aux autres pouvoirs publics et, d'un autre, la possibilité d'expression et confrontation des divers courants d'opinion. Pour le garantir, un Conseil de la communication sociale a été créé, lui incombant d'assurer une orientation générale qui respecte le pluralisme idéologique (loi 23/83, du 6 septembre).

678. La liberté de presse et moyens de communication de masse peut faire l'objet de restrictions imposées à l'abri de l'état de siège ou de l'état d'urgence, sous certaines conditions, établies par la loi (loi 44/86, du 30 septembre, art. 2, par. 2 d)). Ces restrictions concernent la suspension des publications de presse, des émissions de radio et de télévision et des spectacles. Elles ne peuvent consister, en aucun cas, à l'exercice préalable de la censure (art. 2, par. 2 d)). L'atteinte portée à ces droits en vertu de mesure ou disposition inconstitutionnelle ou illégale accorde le droit à une indemnisation (art. 2, par. 3).

679. Les crimes dolosifs commis pendant l'état de siège, directement liés aux conditions de la déclaration de cet état, et pratiqués contre le droit d'information et la sécurité des communications, parmi d'autres, sont équiparés aux crimes essentiellement militaires, et par conséquent, assujettis à la juridiction militaire.

680. Le rapport initial du Portugal a fait référence à plusieurs dispositions de la loi de presse en vigueur, et en particulier à celles concernant la responsabilité criminelle pour le crime d'abus de liberté de presse et les effets entraînés par la condamnation pénale et en cas de récidive. La loi d'autorisation législative en matière de procédure pénale a commis au gouvernement la réformulation des dispositions de la loi de presse complémentaires de l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale (art. 6, par. 2).

681. Le nouveau Code contient, en effet, des dispositions sur le nouveau régime de la publicité de la procédure, qui concernent en particulier les moyens de communication de masse (art. 88) (voir ce qui a été dit à propos de l'art. 14).

682. C'est intéressant d'analyser le reflet de ces principes constitutionnels dans les lois concernant le statut de la télévision et de la radiodiffusion, qui d'ailleurs ont déjà fait l'objet d'une étude au moment de l'élaboration des deux rapports portugais présentés au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD/C/101/Add. 8 et CERD/C/126/Add. 3).

La télévision

683. La loi 75/79, du 29 novembre, modifiée par le décret-loi 23/82, du 19 août, a réglementé le régime et l'exercice de l'activité de radiotélévision.

684. L'article 3 de cette loi affirme notamment, à propos des "objectifs de la radiotélévision" (par. 1 c)), que celle-ci doit:

"Contribuer au renforcement de la connaissance et projection du Portugal dans le monde et à l'élargissement des relations avec tous les peuples, notamment ceux d'expression portugaise, aussi bien que des liens de solidarité avec les noyaux d'émigrants."

685. L'article 5 (par. 1), à propos de la "liberté d'expression et information", affirme:

La liberté d'expression de la pensée à travers la radiotélévision intègre le droit fondamental des citoyens à une information libre et pluraliste, essentielle à la pratique de la démocratie, à la défense de la paix, ...".

686. Ce droit à une information libre et pluraliste présuppose, naturellement, la liberté d'expression de la pensée de ceux qui transmettent des messages à l'aide de la télévision, aussi bien que le droit d'informer et d'être informé, sans entraves ni discriminations, en harmonie avec les principes d'information contenus dans la Constitution de la république.

687. L'article 6 de la loi sur la télévision s'occupe du problème de l'orientation générale de la programmation et affirme, notamment (par. 2):

"La programmation de la radiotélévision sera organisée d'après une orientation générale qui respecte le pluralisme idéologique et assure la libre expression et confrontation des divers courants d'opinion aussi bien que la rigueur et l'objectivité de l'information."

688. Il revient, ensuite, à l'article 7 de cette loi de s'occuper des programmes interdits en affirmant:

"Est défendu la transmission de programmes ou messages qui:

a) Incitent à la pratique de crimes ou violent des droits, libertés et garanties fondamentaux, notamment en raison de leur esprit d'intolérance, violence ou haine."

689. Finalement, il conviendrait également d'attirer l'attention sur l'article 52 de la même loi, sur la coopération et échange international (par. 1):

"Le gouvernement facilitera la participation de la radiotélévision à des institutions internationales, notamment celles qui visent à la promotion et à la défense de la liberté d'expression de la pensée et à la solidarité et connaissance réciproques entre les peuples à travers ce moyen de communication sociale, et promouvra l'adhésion ou célébration de conventions internationales dans ces domaines."

690. Ceci montre la préoccupation de préserver la télévision d'éventuelles manipulations de nature politique, idéologique ou autre. L'article 29, paragraphe 1 de la loi sur la télévision prévoit, à cet effet, tout particulièrement, que les crimes commis à l'aide de celle-ci seront punis d'après le régime légal applicable aux crimes sur l'abus de liberté de la presse. On verra par la suite la législation applicable à ces crimes.

La presse

691. La loi sur la presse, approuvée par le décret-loi 85-C/75, du 25 février, prévoit dans son article premier:

"1. La liberté d'expression de la pensée par la presse, qui s'intègre dans le droit fondamental des citoyens à une information libre et pluraliste,

est essentielle à la pratique de la démocratie, à la défense de la paix et au progrès politique, sociale et économique du pays.

2. Le droit à l'information comprend le droit à informer et le droit à être informé.
3. Le droit de la presse à informer intègre en plus de la liberté d'expression de la pensée:
 - a) La liberté d'accès aux sources officielles d'information;
 - b) La garantie du secret professionnel;
 - c) La liberté de publication et de diffusion;
 - d) La liberté d'entreprise;
 - e) La liberté de concurrence;
 - f) La garantie de l'indépendance du journaliste professionnel et de sa participation à l'orientation de la publication journalistique.
4. Le droit des citoyens à être informés est garanti, notamment, à l'aide de:
 - a) Mesures antimonopolistiques;
 - b) Publication du statut éditorial des publications informatives;
 - c) Identification de la publicité;
 - d) Admission du droit de réponse;
 - e) Accès au Conseil de presse."

Le droit de réponse et l'accès au Conseil de presse sont donc deux des moyens par lesquels est garanti à tous les citoyens le droit d'être informés.

692. Le Conseil de presse a une valeur toute particulière. Tout d'abord, réglementé par l'article 17, paragraphe 4, de la loi sur la presse, son statut a été plus tard révisé par la loi 31/78, du 20 juin. Le Conseil fonctionne auprès de l'Assemblée de la république en tant qu'organe indépendant (art. 1, par. 1, de cette loi) et il lui échoit, notamment, de veiller à:

- "a) L'indépendance de la presse vis-à-vis du pouvoir politique et économique, moyennant, entre autres mesures, le combat envers des actions monopolistiques dans ce domaine;

- b) L'adoption d'une orientation générale qui respecte le pluralisme idéologique, rend possible l'expression et la confrontation de divers courants d'opinions, assure la rigueur et l'objectivité de la presse et empêche l'apologie ou propagande de l'idéologie fasciste et de tout autre idéologie qui se montre également contraire aux libertés démocratiques et à la Constitution;
- c) Le respect, dans le domaine de la presse, des autres droits et des devoirs prévus dans la Constitution et la loi". (art. 2).

A titre d'exemple, le gouvernement estime utile de présenter un extrait d'un communiqué de presse concernant la réunion qui a eu lieu le 4 février 1980, dans lequel le Conseil de presse a affirmé:

"1. A la demande du noyau de relations internationales du Secrétariat d'Etat à la communication sociale, le Conseil de presse a émis un avis sur un document très complet de Conseil de l'Europe sur les "Fonctions possibles des moyens d'information dans la société" dans les domaines social, culturel et politique. Le Conseil de presse propose que soient ajoutées à l'énumération proposée par le Conseil de l'Europe les fonctions suivantes: éducation des jeunes et divulgation de leurs points de vue et aspirations, contribution à un flux équilibré de la circulation de l'information entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement; renforcement de la paix et compréhension internationales, aussi bien que la lutte contre le racisme, l'*apartheid* et l'incitation à la guerre; promotion de la connaissance et la compréhension des valeurs et problèmes des communautés d'émigrants et stimulation de leur intégration dans les sociétés où elles se trouvent insérées."

693. En 1985, le Conseil consultatif de l'Office du procureur général s'est prononcé sur le droit à l'information et la liberté de presse, par son avis 57/85. Nous transcrivons par la suite les trois premières conclusions de cet avis:

"1. La conduite des dirigeants des clubs sportifs qui interdisent l'accès des journalistes, dans l'exercice de leurs fonctions, aux enceintes

sportives où des jeux de football aient lieu, ou à l'espace qui leur est spécialement destiné, est violatrice du droit à l'information, sous la double perspective du droit à informer et du droit à être informé, consacré par l'article 37, paragraphe 1, de la Constitution.

2. Cette conduite est susceptible d'intégrer le crime prévu par l'article 35 de la loi de presse (décret-loi 85-C/75, du 26 février) punissable d'amende jusqu'à 500 000 escudos et, lorsqu'elle recourt à la violence ou menace de violence, le crime de coercition prévu par l'article 156 du Code pénal punissable d'une peine de prison jusqu'à deux ans ou d'amende ou des deux peines en cumul.
3. Les agents des forces de sécurité, face à la situation décrite au paragraphe 1, doivent intervenir de façon à prévenir la consommation des crimes mentionnés à la conclusion précédente, en assurant à ces journalistes l'exercice effectif de leurs droits."

La radiodiffusion

694. Nous analyserons maintenant le statut relatif à l'entreprise publique de radiodiffusion (RDP), approuvé par le décret-loi 167/84, du 22 mai.

695. 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. 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.

696. Selon l'article 11, la RDP devra tenir compte de certains principes, notamment:

- a) Assurer une information actuelle, vraie, rigoureuse, pluraliste et complète sur les faits nationaux et internationaux;
- b) Assurer l'exercice de la liberté d'expression et assurer la confrontation des différents courants d'opinion;

- c) Assurer une orientation générale qui respecte le pluralisme idéologique;
- d) Divulguer la culture portugaise de façon à développer l'intérêt du public;
- e) Prendre et diffuser des mesures visant à minorer les effets de l'analphabétisme;
- f) 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 réprouvant la délinquance et la dégradation des coutumes.

697. En ce qui concerne la coopération internationale, la RDP maintiendra des rapports avec l'Union européenne de radiodiffusion et de télévision (UER) et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) et d'autres entités étrangères, en privilégiant dès que possible celles des pays d'expression officielle portugaise (art. 13).

698. Les travailleurs de la RDP ont aussi des devoirs spéciaux, étant donné la nature des fonctions exercées. 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 d'un parti qui nuisent à la mission que leur incombe d'éclaircir et informer avec indépendance et objectivité. La violation de ce principe sera considérée une infraction disciplinaire grave.

699. Il faudra d'un autre côté mentionner la célébration de journées des droits de l'homme au Portugal. En effet, non seulement le jour de l'Europe, proclamé par le Conseil de l'Europe, mais aussi le quarantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies, ont été célébrés, ce qui a permis la réalisation de plusieurs sessions d'information.

700. La loi 5/86, du 26 mars, établit la nouvelle rédaction de certaines dispositions de la loi 60/79, du 18 septembre, concernant les communications

officielles dont la publication ou la divulgation est obligatoire. Elles pourront être émises par l'Assemblée de la république ou le gouvernement et la nécessité de leur divulgation découle de raisons d'ordre public. Ces informations concerneront situations de danger pour la santé publique, pour la sécurité des citoyens, pour l'indépendance nationale ou d'autres situations d'urgence (art. 1^{er}).

701. L'inclusion de matières de contenu objectivement offensif ou ne correspondant pas à la vérité est fondement de droit de réponse (art. 5).

702. La liberté d'expression comprend naturellement aussi le droit à manifester des convictions politiques. La République portugaise est, selon l'article 2 de la Constitution, un Etat de droit démocratique fondé "sur le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique démocratique". Et les partis politiques et les organisations syndicales et professionnelles ont droit à des temps d'antenne à la radio et à la télévision, de façon proportionnelle à leur représentativité, pour divulguer leurs programmes et activités (Constitution, art. 40). Et l'on prévoit encore, à plusieurs reprises, le droit de réponse, reconnu en termes généraux à toute personne physique ou morale (art. 37, par. 4) et de façon spéciale aux partis politiques représentés à l'Assemblée de la république (art. 40, par. 2).

703. Selon l'article 117, paragraphe 2 de la Constitution, l'on reconnaît aux partis minoritaires le droit d'opposition démocratique, dont le statut avait fait l'objet de réglementation par la loi 59/77, du 5 août (analysée dans le rapport initial du Portugal).

704. Bien récemment, l'Assemblée de la république a approuvé la loi 36/86, du 5 septembre, qui a reconnu le droit de réplique politique des partis de l'opposition. Selon cette loi, les partis représentés à l'Assemblée et ne participant pas au gouvernement ont droit à un temps d'antenne à la radio et à la télévision, gratuit et mensuel, identique à celui du gouvernement, à distribuer en raison de leur représentativité. Ils ont le droit de répondre aux déclarations politiques du gouvernement, c'est-à-dire, celles qui s'occupent de sujets de politique générale ou d'un secteur. Le droit d'antenne et le droit de réponse ne pourront pas être utilisés simultanément en raison de la même déclaration politique du gouvernement.

Article 20

L'appel à la guerre et à la haine

705. En se penchant sur la liberté d'association, la Constitution libelle, à l'article 46, qu'il est interdit:

"1. De constituer des associations destinées à susciter la violence et enfreignant la législation pénale.

...

4. De constituer des associations armées ou de type militaire, militarisées ou paramilitaires, ainsi que les organisations se réclamant de l'idéologie fasciste."

706. Le Code pénal s'occupe de la matière à plusieurs reprises à propos des crimes contre la paix (art. 186 et suiv.), contre l'humanité (art. 189 et suiv.) et contre l'Etat – la sécurité de l'Etat, la souveraineté, l'indépendance ou l'intégrité nationales (art. 334 et suiv. et 350 et suiv.).

707. Nous pourrions citer à titre d'exemple: l'article 186 concernant l'incitation à la haine contre un peuple dans le but de déclencher une guerre; L'article 188, concernant le recrutement de mercenaires, pour le service militaire d'un Etat étranger ou pour toute organisation armée nationale ou étrangère visant, par la violence, à renverser le gouvernement légitime d'un autre Etat ou à porter atteinte à son indépendance, intégrité territoriale ou au fonctionnement normal de ses institutions; L'article 189, concernant l'incrimination du génocide et de la discrimination fondée sur l'origine ethnique, la race ou la couleur; l'article 337, concernant l'incitation à une déclaration de guerre ou à une action armée; les articles 357 et 364, concernant l'incrimination de l'incitation à la guerre civile et à la désobéissance collective, visant nommément à provoquer l'alarme ou l'inquiétude au sein de la population et des divisions au sein des forces armées; les articles 287 et 288 concernant l'incrimination des associations criminelles ou terroristes; enfin l'article 132, concernant l'homicide qualifié en raison de la vérification de circonstances révélatrices de la spéciale censurabilité ou perversité de l'auteur, qui mentionne le cas où l'homicide est déterminé par la haine raciale ou religieuse (par. 2 d)).

708. La prévention de l'incitation à la violence s'avère nécessairement importante dans ce champ. En constituant l'un des soucis manifestés par le

gouvernement portugais, nous pourrions encore signaler le décret-loi 61/85, du 12 mars, qui stipule des normes de discipline dans les enceintes sportives et aires de compétition de façon à prévenir et à réprimer la violence.

Article 21

Le droit de réunion pacifique

709. Ce droit est consacré dans l'article 45 de la Constitution, qui reconnaît que:

"1. Tous les citoyens ont le droit de se réunir pacifiquement et sans armes, même dans les lieux ouverts au public, sans qu'aucune autorisation ne soit nécessaire.

2. Le droit de manifestation est reconnu à tous les citoyens."

710. La participation à des *motins* ou réunions politiques où des actes de violence sont commis est incriminée dans les articles 290 et suivants du Code pénal. Si les "amotinés" sont porteurs d'armes, il y aura lieu à la qualification du crime.

711. La participation à un rixe d'où résulte la mort ou des blessures graves est punie d'une peine d'emprisonnement jusqu'à deux ans et d'une amende en conformité avec l'article 151.

712. Les "amotinements" des détenus sont incriminés dans l'article 394 du même Code pénal.

713. Le rapport initial présenté par le Portugal avait déjà analysé le décret-loi 406/74, du 29 août, qui s'occupe du droit de réunion (voir CCPR/C/6/Add.6, p. 47). Puisque cette législation se trouve encore en vigueur, nous croyons qu'il ne s'avère pas nécessaire de répéter ici ce qui a déjà été dit.

Article 22

Liberté d'association

714. L'article 46 de la Constitution statue sur la liberté d'association. Le paragraphe 4 de cet article a été altéré de façon à interdire les associations

armées ou de type militaire, militarisé ou paramilitaire aussi bien que les organisations se réclamant de l'idéologie fasciste. Selon cet article, les citoyens ont le droit de constituer des associations si:

- a) Elles ne sont pas destinées à susciter la violence;
- b) Leurs objectifs n'enfreignent pas la législation pénale.

Loi sur les organisations fascistes

715. D'après la loi 64/78, du 6 octobre, les organisations qui défendent l'idéologie fasciste sont interdites au Portugal. D'après cette loi, les partis et mouvements politiques, les commissions spéciales, les sociétés et les entreprises peuvent être considérées des organisations à cet effet. Et le fascisme se traduit, selon l'article 3, par l'adoption, défense ou diffusion de valeurs, principes, institutions ou méthodes caractéristiques des régimes que l'histoire a connus, notamment le bellicisme, la violence comme forme de lutte politique, le colonialisme, le racisme, le corporatisme ou l'exaltation des personnalités les plus représentatives de ces régime. Sont encore considérées fascistes:

"Soit les organisations qui combattent par le recours à des moyens antidémocratiques, et notamment par la violence, les institutions démocratiques et les symboles de la souveraineté, soit celles qui défendent et diffusent les idées ou adoptent des formes de lutte contraires à l'unité nationale."

716. Les organisations fascistes, ainsi reconnues par décision judiciaire, seront du fait de cette même décision déclarées éteintes ou empêchées de l'exercice de toute activité (art. 4). Les membres de ces organisations et ceux qui participent à leurs activités seront eux-mêmes criminellement punis (art. 5).

717. Les réunions des organes statutaires des partis politiques, des syndicats et des associations professionnelles ne seront en aucun cas interdites, dissoutes ou soumises à l'exigence d'autorisation préalable, dans les cas où l'état de siège ou l'état d'urgence sera décrété (loi 44/86, du 30 septembre, art. 2, par. 2 e)).

718. Les dispositions des articles 287 et suivants du Code pénal concernent la criminalité organisée et violence. Selon l'article 287 quiconque fonde un groupement, une organisation ou une association destinée à la perpétration des crimes ou en fait partie sera puni d'une peine privative de liberté de six mois à six ans. La peine sera d'emprisonnement de deux à huit ans dans les cas où l'auteur dirige effectivement ces associations criminelles. L'atténuation libre ou l'exemption de la peine sont prévues dès lors que l'auteur empêche la continuation de l'activité criminelle ou communique à l'autorité l'existence de ces groupements, organisations ou associations, de sorte que la pratique des infractions puisse encore être empêchée.

La liberté syndicale

719. Le Portugal a analysé ce thème dans son rapport initial sur l'application des articles 6 à 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁽²⁴⁾.

Droit de former des syndicats et de s'y affilier

720. La liberté syndicale est consacrée par l'article 56 de la Constitution portugaise, lequel établit que:

"Est reconnue aux travailleurs la liberté syndicale, condition et garantie de la constitution de leur unité pour la défense de leurs droits et intérêts."

Cette disposition, complétée d'ailleurs par la loi syndicale (décret-loi 215-B/75, du 30 avril) prévoit aussi que:

"Dans l'exercice de la liberté syndicale sont notamment garantis aux travailleurs sans discrimination: la liberté de constituer des associations syndicales à tous les niveaux" (2 a).

(24) Note: Le rapport n'est pas encore disponible.

721. La liberté de constitution des associations syndicales n'est dépendante d'aucune forme d'autorisation administrative. Les travailleurs ont, d'un autre côté, la liberté d'organisation et de réglementation intérieure des associations syndicales. De ce fait, les statuts du syndicat, librement élaborés par les travailleurs, ne sont pas dépendants d'approbation ministérielle, en souffrant d'un simple contrôle sur leur légalité, a posteriori de nature judiciaire.

722. Les associations syndicales acquièrent leur personnalité juridique avec l'enregistrement de leurs statuts au ministère du Travail. Les statuts devront mentionner aussi les critères qui président à l'agrégation des travailleurs, c'est-à-dire, leur portée géographique et leur portée personnelle.

723. Dans la loi, il n'y a aucune limitation en ce qui concerne le nombre de syndicats admissibles pour chaque profession, catégorie ou branche d'activité. Les travailleurs jouissent donc d'une totale liberté de création d'associations syndicales, dès qu'ils croient devoir le faire pour la défense de leurs droits.

724. La liberté syndicale, telle que prévue par la Constitution, couvre soit la liberté d'affiliation dans un syndicat librement choisi par le travailleur, soit la liberté de ne pas s'inscrire à un syndicat, aucun travailleur ne pouvant être tenu d'acquiescer des cotisations à un syndicat auquel il ne soit pas inscrit.

725. La consécration constitutionnelle de ces aspects de la liberté syndicale est développée par l'article 37 de la loi syndicale, qui libelle:

"Il est interdit et jugé nul et sans aucun effet tout accord ou tout acte qui vise:

- a) Subordonner l'emploi du travailleur à la condition de s'affilier ou de ne pas s'affilier à une association syndicale, ou de se retirer de l'association où il est inscrit.
- b) Licencier, transférer ou léser tout travailleur en raison de son affiliation ou non-affiliation syndicale ou de ses activités syndicales."

726. Les travailleurs étrangers jouissent, en conditions identiques aux nationaux, non seulement du droit de constituer ou de s'affilier aux associa-

tions syndicales, mais aussi du droit de participer aux activités développées par celles-ci.

727. Outre les restrictions mentionnées ci-après, il faudra mentionner que ces associations sont indépendantes du patronat, de l'Etat, des confessions religieuses, des partis et autres associations politiques (Constitution, art. 56, par. 4), leur financement réciproque étant interdit (loi syndicale, art. 6, par.2).

728. La Cour constitutionnelle a souligné dans un arrêt récent la notion de liberté syndicale déjà proclamée par la Constitution. L'on y affirme que:

"La liberté syndicale est l'antithèse du monopole syndicale: elle n'admet pas d'imposition de systèmes syndicaux uniques ni interdit l'existence de plus d'un syndicat par catégorie.

Etant donné qu'elle concerne les travailleurs *uti singuli*, en y reconnaissant un radical subjectif - et ne constituant donc pas une simple liberté collective de classe - la liberté syndicale assure à chaque travailleur une pleine autonomie de décision, soit pour s'inscrire à un syndicat existant, soit pour ne pas s'inscrire à un syndicat existant, soit encore pour prendre l'initiative de promouvoir la création d'un nouveau syndicat. En outre, il incombe au propre syndicat de choisir le modèle d'organisation (par secteur, par entreprise, etc.). Et ce seront aussi les propres intéressés qui - sans aucune intervention extérieure - définiront la catégorie professionnelle à laquelle l'association devra se rapporter."

Droit des syndicats de former des fédérations

729. La loi fondamentale consacre dans l'article sur la liberté syndicale, mentionné ci-avant "la liberté de constituer des associations syndicales à tous les niveaux" (art. 56, par. 2 a)). L'on reconnaît de ce fait la possibilité de constituer des associations de syndicats, que la loi syndicale groupe en trois types:

- a) Fédération - association de syndicats de travailleurs appartenant à la même profession ou à la même branche d'activité;

- b) Union – association de syndicats, de nature régionale;
- c) Confédération générale – association nationale des syndicats.

730. D'un autre côté, la Constitution reconnaît aussi que "les associations syndicales ont le droit de nouer des relations avec les organisations syndicales internationales ou de s'y affilier" (art. 56, par. 5).

Droit de grève

731. Le droit de grève est garanti par l'article 58 de la loi fondamentale qui accorde aux travailleurs la compétence pour définir le cadre des intérêts à défendre par le moyen de la grève, la loi ne pouvant limiter ce cadre. Cette disposition constitutionnelle est complétée par la loi 65/77, du 26 août (loi de la grève).

732. Nous mentionnerons par la suite, à titre d'exemple, les principales solutions consacrées par ce texte:

- a) Le droit de grève est irrenonçable (art. 1^{er}, par. 3);
- b) Le recours à la grève est décidé par les associations syndicales ou, vérifiées certaines conditions, par les assemblées des travailleurs (art. 2);
- c) La constitution de piquets de grève est admissible, compte tenu du droit au travail des non-adhérents à la grève (art. 4);
- d) Le besoin d'un préavis de grève non inférieur à 48 heures (art. 5);
- e) L'interdiction de remplacement des travailleurs grévistes par des travailleurs étrangers à l'entreprise ou au service où la grève a lieu (art. 6);
- f) L'obligation pour les associations syndicales et les travailleurs d'assurer, pendant la grève, la réalisation de services minima indispensables pour faire face à certaines nécessités sociales fondamentales (comme, par exemple, les services médicaux, hospitaliers et médicamenteux, services d'énergie et d'approvisionnement d'eau, la poste et les télécommunications, etc.);
- g) L'interdiction de toute forme de discrimination fondée sur l'adhésion ou non-adhésion à la grève (art. 10).

Le non-accomplissement de l'obligation mentionnée à l'alinéa f) peut déterminer la réquisition civile des travailleurs par le gouvernement, à l'abri d'une législation spéciale (art. 8), quoique l'utilisation de cette procédure se soit rarement vérifiée.

Restrictions particulières

733. Les travailleurs de l'administration publique, autres agents de l'Etat et autres entités publiques jouissent, en pleine égalité avec tout autre travailleur, du droit de constituer et de s'affilier à des syndicats et du droit de grève. Soit la loi syndicale, soit la loi de la grève soulignent qu'il s'avère nécessaire d'élaborer une législation spéciale qui règle ces matières à l'égard des travailleurs de l'administration publique (arts. 50 et 12 respectivement).

734. Mais l'inexistence d'une telle législation n'a pas empêché la reconnaissance de ces droits ou la diminution de leur exercice. Remarquons en outre que le Portugal a ratifié la Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) sur les relations de travail dans la fonction publique, 1978 (n° 151).

735. En ce qui concerne les membres des forces armées et de la police, l'article 270 de la Constitution détermine:

"La loi peut établir des restrictions à l'égard des militaires et des agents militarisés des cadres permanents en service effectif, quant à l'exercice de leurs droits, d'expression, de réunion, de manifestation, d'association et de pétition collective ainsi que quant à leur éligibilité, dans la stricte mesure des exigences de leurs fonctions."

736. En développant les principes énoncés par cet article de la Constitution, la loi 29/82, du 11 décembre – loi de la défense nationale des forces armées – restreint, parmi d'autres, l'exercice des droits d'expression, de réunion, de manifestation et d'association par rapport aux militaires et agents militarisés. Ils ne peuvent donc pas convoquer ou participer aux réunions ou manifestations de nature syndicale, s'affilier à des associations de nature syndicale ni participer aux activités développées par celles-ci, exception faite

aux associations professionnelles ayant une compétence déontologique. Les normes constitutionnelles concernant les droits des travailleurs ne leur sont pas applicables non plus.

737. D'un autre côté, l'article 13 de la loi de la grève exclut de son champ d'application les forces militaires et militarisées.

738. Les restrictions mentionnées par la loi de la défense nationale des forces armées s'appliquent non seulement aux militaires, mais aussi aux membres de la garde nationale républicaine (GNR) et de la garde fiscale - qui sont des forces militaires et constituent des corps spéciaux de militaires ayant des fonctions policières - et transitoirement aux membres de la police de sécurité publique (PSP) jusqu'à ce qu'une nouvelle législation soit publiée en définissant la mesure où les droits syndicaux et le droit de grève leur devront être appliqués.

739. Les membres de la police judiciaire - force policière non militarisée ayant des fonctions d'investigation criminelle - jouissent, comme tous les autres fonctionnaires de l'administration publique, des droits syndicaux et du droit de grève. A titre d'exemple, nous pouvons mentionner que les fonctionnaires de la police judiciaire ont constitué une association syndicale des fonctionnaires de l'investigation criminelle, un autre syndicat étant en ce moment-ci en train d'être constitué.

Article 23

Protection de la famille

740. Le rapport initial avait dessiné le cadre juridique de la famille, en mentionnant les principes constitutionnels, nommément les articles 13, 36, 67 et 68, et la législation complémentaire, en particulier le décret-loi 496/77, du 25 novembre. Cet encadrement juridique se fonde sur les notions fondamentales de: liberté de constitution de la famille; liberté de contracter mariage; égalité de droits et devoirs des conjoints quant à la capacité civile et politique et à

l'entretien et éducation des enfants; interdiction de discrimination envers les enfants nés hors-mariage; droit de la famille à la protection de la société et de l'Etat et à la concrétisation de toutes les conditions qui permettent la réalisation personnelle de ses membres.

741. Soulignons l'importance reconnue à l'adoption, maintenant prévue par le paragraphe 7 de l'article 36 de la Constitution. Sur le régime juridique de cette réalité se sont penchés les deux rapports portugais présentés sur l'application des articles 10 à 12 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels. Nous jugeons utile de mentionner, pourtant, le décret-loi 274/80, du 13 août. Ce texte a déterminé que quiconque désire adopter un mineur, devra communiquer directement son intention au département de la sécurité sociale de l'aire de sa résidence. Cette communication devra être faite même dans le cas où l'adoptant réside et a, à sa charge, le mineur qu'il veut adopter (article 1^{er}). Suite à cette communication, le service de sécurité sociale contactera l'adoptant et le mineur, en leur assurant un appui social et familial de façon à obtenir les éléments indispensables à la réalisation de ces enquêtes, en élaborant un rapport qui devra accompagner la demande de constitution du lien adressé au tribunal compétent (arts. 2 et 3).

742. Quoique l'encadrement juridique de la famille soit encore le même, quelques textes législatifs, renforçant ces principes généraux, ont été entretemps adoptés. Nous les mentionnerons donc ci-après.

743. La loi 4/84, du 11 mai, relative à la protection de la maternité et de paternité et les décrets-loi d'application 135/85 et 136/85, du 3 mai, ont dessiné le cadre légal et unifié la législation antérieure sur ce point. La maternité et la paternité y sont reconnues comme des valeurs sociales supérieures. La loi accorde aux père et mère, dans des conditions de pleine égalité, le droit à la protection de la société et de l'Etat en ce qui concerne l'accomplissement de leur action envers leurs enfants, nommément leur éducation. Les parents ne peuvent être séparés de leurs enfants, sauf s'ils ne remplissent pas leurs devoirs envers ceux-ci, toujours suite à une décision judiciaire (art. 2). Il appartient à l'Etat d'informer et de divulguer des connaissances utiles concernant le régime de protection de la maternité et paternité (art. 3).

Protection de la santé

744. La loi garantit à la femme le droit à l'assistance médicale gratuite nécessaire pendant la période de grossesse et pendant les 60 jours après l'accouchement. Des examens à l'enfant pendant la première année seront également garantis gratuitement.

Protection dans le travail

745. D'après la loi, les femmes ont droit, sans perte de rémunération ou d'autres avantages, à un congé de 90 jours, dont 60 seront nécessairement jouis après l'accouchement. Les autres 30 jours peuvent être jouis, totalement ou partiellement, avant ou après l'accouchement. L'extension de cette période pour des raisons exceptionnelles est aussi prévue par la loi.

746. Du fait du décès de la mère pendant le congé qui suit à l'accouchement, la loi accorde au père une dispense de travail pendant une période égale à celle dont la mère aurait pu jouir.

747. Les travailleurs ayant adopté un enfant qui n'ait pas atteint les trois ans, ont aussi droit à une dispense de travail pendant 60 jours.

748. Les décrets-loi 135/85 et 136/85 ont prévu des mesures visant la protection dans le travail (le premier à l'égard de la fonction publique, le deuxième à l'égard des travailleurs sous le régime juridique du contrat individuel de travail. C'est surtout important de signaler les mesures concernant les horaires spéciaux pour l'allaitement (art. 9), les horaires flexibles (art. 19), les facilités (art. 21) et les absences pour assurer l'assistance aux enfants naturels, adoptés ou à adopter, handicapés ou internés dans un hôpital.

749. La loi 3/84, du 24 mars, a reconnu le droit à l'éducation sexuelle, en tant que droit fondamental à l'éducation. D'après son article 1^{er}, il incombe à l'Etat, visant à la protection de la famille, de promouvoir la divulgation des méthodes de planning familial et d'organiser les structures juridiques et techniques qui permettent l'exercice d'une maternité et paternité conscientes.

Droit à l'éducation sexuelle des jeunes

750. D'après cette loi, l'Etat, par l'intermède des écoles, des organisations sanitaires et des médias, garantit le droit à l'éducation sexuelle comme composante du droit fondamental à l'éducation (art. 1 et 2). Des connaissances scientifiques sur l'anatomie, physiologie génétique et sexualité humaine, seront ministrées par les écoles, en contribuant, de ce fait, à l'élimination de la discrimination en raison du sexe et de la séparation traditionnelle entre l'homme et la femme (art. 2, par. 2).

Droit à l'information sur les méthodes du planning familial

751. Ce droit comprend le libre accès aux connaissances scientifiques et sociologiques nécessaires à la pratique des méthodes saines de planning familial et à l'exercice d'une maternité et paternité responsables (art. 3, par. 1).

Objet du planning familial

752. Le planning familial vise à donner aux individus et aux couples des informations, connaissances et moyens qui leur permettront de prendre une décision libre et responsable sur le nombre d'enfants et leur distribution dans le temps (art. 3, par 2). Les méthodes de planning familial sont aussi considérées des instruments privilégiés de défense de la santé maternelle et des enfants, de prévention de l'avortement et finalement de la qualité de vie de la famille (art. 3, par. 3).

Contenu du planning familial

753. Le planning familial envisagé par la loi, comprend des actions de consultation conjugale et génétique, des informations sur les méthodes et distribution des moyens de contraception, traitement de l'infertilité, prévention des maladies de transmission sexuelle et de dépistage du cancer génital (art. 4).

Les actions du planning familial

754. L'Etat garantit à tous, sans discrimination, le libre accès aux consultations et à tout autre moyen de planning familial (art. 5, par. 1). Il doit étendre progressivement à tout le territoire national les moyens de consultation sur le planning familial. Ces moyens seront attribués aux centres de santé et aux structures de santé déjà existantes, en vue de l'exécution des actions de planning familial (art. 5, par. 1).

755. La loi impose l'objectivité des informations et des conseils. En effet, ils ne pourront se baser que sur des données scientifiques, l'utilisation d'une certaine méthode de contraception ne pouvant être refusée par les services de planning que pour des raisons d'ordre médical dûment fondées (art. 6, par. 2 et 3).

756. La loi impose à l'Etat, en général, aux services de santé et à la Commission de la condition de la femme, en spécial, le devoir de promouvoir la vulgarisation des méthodes et moyens de planning familial (art. 5, par. 3 et 7). L'Etat doit appuyer toutes les initiatives d'associations et d'autres entités privées, visant à la diffusion des méthodes et moyens de planning familial conformément à l'esprit de cette loi.

757. Finalement, il faudra remarquer que les consultations et les moyens contraceptifs distribués par des entités publiques sont gratuits (art. 6, par. 1).

Traitement de la stérilité et l'insémination artificielle

758. La loi accorde aussi une grande importance à l'étude et traitement, par des centres spécialisés, des situations de stérilité et à la pratique de l'insémination artificielle, comme moyen d'obvier à la stérilisation (art. 9).

Stérilisation volontaire

759. Ayant pour but la parfaite conscience de l'acte, la loi exige quelques formalités pour la pratique de la stérilisation volontaire. Par contre, la loi

reconnaît à tout médecin, le droit à l'objection de conscience pour la pratique soit de la stérilisation soit de l'insémination artificielle (arts. 10 et 11).

760. A tout fonctionnaire des centres de consultation du planning familial est imposé le devoir de secret professionnel sur l'objet, contenu et résultat des consultations.

761. Par l'arrêté 52/85, du 26 janvier, l'on a approuvé le règlement des consultations de planning familial et des centres d'information pour des jeunes. L'on y a affirmé le besoin d'assurer la création, dans un délai d'un an, des consultations de planning familial dans tous les centres de santé et hôpitaux où il y ait des services de gynécologie et obstétriques.

762. L'on a aussi décidé de créer des centres d'information pour les jeunes qui assureront:

- a) L'information sur l'anatomie et physiologie de la reproduction;
- b) L'information sexuelle;
- c) La préparation des jeunes pour qu'ils vivent correctement leur sexualité;
- d) L'attribution de contraceptifs dans des situations de risque. Ces consultations et informations seront gratuites et l'attribution de contraceptifs le sera aussi.

763. La loi 6/84, du 11 mai, a prévu quelques cas où l'interruption volontaire de la grossesse est permise, en introduisant de ce fait quelques modifications dans le Code pénal de 1982. D'après ce texte, l'avortement effectué par un médecin, ou sous sa direction, dans un établissement officiel de santé, ou reconnu officiellement, et ayant le consentement de la femme enceinte, n'est pas puni si, compte tenu de l'état de connaissances et de l'expérience de la médecine:

- a) Il constitue le seul moyen d'écarter le danger de mort ou de lésion grave et irréversible du corps ou de la santé physique ou psychologique de la femme enceinte;
- b) Il est le moyen indiqué pour éviter le danger de mort ou de lésion grave et durable du corps ou de la santé physique ou psychique de la femme enceinte, dès qu'il soit réalisé dans les premières 12 semaines de grossesse;

- c) Il y a des raisons sûres pour prévoir que le *nasciturus* souffrira de façon inguérissable d'une maladie grave ou de formation imparfaite, et dans le cas où il soit réalisé dans les premières 16 semaines de grossesse;
- d) Il y a des indices sérieux pour prévoir que la grossesse ait résulté de violation de la femme, dès qu'il soit réalisé dans les premières 12 semaines. Dans ce cas-ci, il faudra que la participation criminelle de la violation ait lieu.

764. La loi garantit aux médecins et à tout autre professionnel de santé le droit à l'objection de conscience, en ce qui concerne la pratique des actes concernant l'interruption de la grossesse volontaire admise par la loi.

765. La loi 14/85, du 6 juillet, a prévu la faculté pour la femme enceinte, internée dans un établissement public, de demander d'être accompagnée, pendant l'accouchement, par le futur père ou un familier de la femme, n'importe quelle soit la période de la journée ou de la nuit où celui-ci ait lieu. Cet accompagnant ne sera pas soumis aux règlements concernant les visites.

766. L'avis n° 8/81 de la Commission constitutionnelle s'est prononcé en faveur de l'inconstitutionnalité de quelques dispositions du décret-loi 32.615, du 31 décembre 1942, qui réorganisait l'Institut de Odivelas destiné à l'éducation des "filles légitimes de militaires". Cet objectif se manifestait dès lors contraire à l'article 36, paragraphe 4, de la Constitution, qui établit que:

"Les enfants nés hors mariage ne peuvent, à ce titre, faire l'objet d'une discrimination et ni la loi ni les services officiels ne peuvent faire usage d'appellations discriminatoires en ce qui concerne la filiation."

767. La directrice et la sous-directrice bien que d'autres fonctionnaires de cet institut devraient être "célibataires ou veuves sans enfants". Or la Constitution prévoit, dans son article 36, paragraphe 1, "le droit de constituer une famille et de contracter mariage, dans des conditions de pleine égalité". En outre, l'article 68 de la Constitution reconnaît aux père et mère, "le droit à la protection de la sécurité et de l'Etat pour réaliser leur action irremplaçable auprès de leurs enfants, ... tout en garantissant leur réalisation professionnelle

et leur participation à la vie civique du pays". Et l'article 48, paragraphe 4, de la Constitution détermine, à son tour, que "tous les citoyens ont le droit d'accéder à la fonction publique, en conditions d'égalité et de liberté". Toutes ces dispositions seraient violées par ce décret-loi 32.615. Se fondant sur cet avis, le Conseil de la révolution, par sa résolution 123/81, a déclaré ces normes inconstitutionnelles.

Article 24

Les droits de l'enfant

768. Les deux rapports présentés par le Portugal sur l'application des articles 10 à 12 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels ont donné un aperçu des mesures prises par le Portugal visant à la protection des enfants (voir E/1980/6/Add.35/Rev.1). L'on y a notamment analysé l'adoption et les mesures tutélaires prononcées par le tribunal des mineurs.

769. Il faudra rappeler à propos de cet article les principes constitutionnels, l'article 13 sur l'égalité et la non-discrimination et l'article 36 sur la protection de la famille, selon lequel aucune discrimination ne pourra être faite à propos des enfants nés hors mariage – soit par référence normative, soit par les services officiels.

770. La Constitution révèle à plusieurs reprises sa préoccupation envers les droits des mineurs, préoccupation naturellement concrétisée par quelques textes légaux d'application. A titre d'exemple, nous pourrions mentionner: l'article 60, paragraphe 2 c), d'après lequel il incombe à l'Etat d'assurer des conditions de travail qui assurent une protection spéciale aux mineurs; l'article 63, sur la sécurité sociale, qui mentionne le besoin de protéger spécialement l'orphelinage (par. 4); l'article 64, paragraphe 2, concernant le droit à la santé et qui mentionne la protection de l'enfance et de la jeunesse, la promotion de la culture physique et sportive, scolaire et populaire; l'article 67 qui se rapporte au soin de créer un réseau national d'assistance materno-infantile, d'un réseau national de crèches et d'infrastructures d'appui à la famille; enfin,

l'article 69, concernant l'enfance et qui stipule que les enfants ont droit à la protection de la société et de l'Etat en vue de leur épanouissement, une protection toute particulière devant être assurée aux orphelins et enfants abandonnés contre toute forme de discrimination et d'oppression et contre les abus d'autorité dans la famille et dans les autres institutions.

771. Selon la loi 4/84, du 11 mai, et les décrets-loi 135/85 et 136/85, du 3 mai, quelques mesures ont été établies de façon à leur assurer une surveillance et accompagnement tout spéciaux - soit en cas de maladie ou d'hospitalisation, soit en général jusqu'à l'âge de 12 ans, soit suite au congé de maternité.

772. En ce qui concerne le droit au nom, thème qui a été analysé au moment de la présentation du rapport initial portugais, il faudra tenir compte des dispositions du Code civil, notamment l'article 72 – qui reconnaît à toute personne le droit d'utilisation d'un nom et d'opposition à son utilisation illicite par quelqu'un d'autre – et les articles 1875 et 1876, concernant les noms et prénoms. Nous l'avions dit lors de la présentation du rapport précédent, l'enfant utilisera les noms du père et de la mère ou seulement l'un d'eux et leur choix incombera aux parents. N'existant pas d'accord à ce propos, le juge décidera en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

773. Un nouveau Code d'enregistrement civil a été entretemps approuvé par le décret-loi 51/78, du 30 mars, modifié par le décret-loi 379/82, du 14 septembre. Selon l'article 126, l'acte de naissance devra mentionner les noms et les prénoms. D'après l'article 128, le nom sera composé, au maximum, des deux prénoms et de quatre noms. Les prénoms devront, en général, être portugais ou, si étrangers, adaptés ou traduits. Ils ne devront pas poser de doutes sur le sexe de l'enfant ni faire des références politiques. Les noms sont choisis parmi ceux qui appartiennent au père et mère ou à l'un d'eux ou dont l'un ou l'autre auraient le droit, faute de quoi l'on pourra choisir l'un des noms par lesquels ils soient connus.

774. Lorsque les parents de l'enfant ne sont pas connus, par exemple dans le cas d'un enfant abandonné, le fonctionnaire de l'état civil lui accordera un nom, composé au maximum de trois vocables, choisi parmi les plus utilisés ou liés à une caractéristique particulière de l'enfant ou au lieu où il a été trouvé

– mais jamais des dénominations équivoques ou capables de rappeler sa situation, par exemple d'enfant abandonné (Code d'enregistrement civil, arts. 135 et 136).

775. D'après l'article 4 de la Constitution:

"Sont citoyens portugais tous ceux qui sont considérés comme tels par la loi ou par une convention internationale."

Il faudra pourtant rappeler les restrictions prévues par la Constitution à ce propos:

"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 par des motifs politiques."

776. La législation concernant la nationalité a souffert de profondes modifications suite aux principes constitutionnels adoptés en 1976 - l'égalité des conjoints, la non-discrimination des enfants nés hors mariage et l'interdiction de la privation de la nationalité pour des raisons politiques. D'un autre côté, l'essence même du lien de nationalité a été reconsidérée. La nationalité a été envisagée en tant que droit fondamental de l'individu et, en matière d'attribution, acquisition et perte de la nationalité, il a été admis que la volonté de l'individu puisse décider, en certains cas, de l'établissement du lien de nationalité, en écartant toute cause de perte de nationalité portugaise autre que la volonté des portugais eux-mêmes.

777. L'on a enfin essayé d'introduire un équilibre entre les deux critères pour la détermination de la nationalité: le *ius sanguinis* et le *ius soli*.

778. Selon la loi 37/81 et le décret-loi 322/82, sont portugais d'origine:

- a) Les enfants de père et mère portugais, nés en territoire portugais ou sous administration portugaise (Macao) ou à l'étranger si le père ou la mère portugais s'y trouvaient au service de l'Etat portugais;
- b) Les enfants de père ou mère portugais, nés à l'étranger, s'ils déclarent qu'ils veulent être portugais ou s'ils font inscrire leur naissance dans l'enregistrement d'état civil portugais, interne ou consulaire;
- c) Ceux qui sont nés en territoire portugais (à l'exclusion des territoires sous administration portugaise), de père et mère étrangers qui y

résident habituellement depuis six ans et ne sont pas au service de leur Etat, s'ils déclarent vouloir être portugais;

d) Ceux qui sont nés en territoire portugais, s'ils ne possèdent pas d'autre nationalité.

La loi établit la présomption de naissance en territoire portugais ou sous administration portugaise pour ceux qui y sont abandonnés à la naissance.

779. D'après l'article 2, les enfants mineurs ou incapables dont le père ou la mère acquiert la nationalité portugaise peuvent aussi l'acquérir par déclaration.

780. La personne qui fait l'objet d'une adoption plénière par un national portugais acquiert aussi la nationalité portugaise (loi de la nationalité, art. 5).

Article 25

Droit de participation à la vie politique

La participation à la direction des affaires publiques (voir E/CN.4/1988/11, p. 5-11).

781. Nous l'avons déjà vu, la Constitution établit de différents principes qui révèlent de façon inéquivoque que le peuple portugais peut librement choisir son statut politique. En effet, l'article premier reconnaît que "le Portugal est une république souveraine, fondée sur la dignité humaine et sur la volonté populaire", et l'article 2 nous parle d' "... un Etat de droit démocratique, fondé sur la souveraineté populaire ... sur le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique démocratique, dont le but est d'assurer ... la démocratie participative."

782. Compte tenu de ces principes, l'Etat portugais élabore la Constitution, a la capacité de décider de façon autonome des destins de la collectivité nationale. Et il le fera d'après la volonté populaire, formée dans la concurrence et le pluralisme des partis et des associations politiques et manifestée "au moyen du suffrage égalitaire, directe, secret et périodique et des autres formes

prévues dans la Constitution". En effet, l'une des tâches fondamentales de l'Etat est de "défendre la démocratie politique et d'assurer la participation organisée du peuple à la solution des problèmes nationaux".

783. La constitution de partis politiques est ainsi prévue en tant que moyen d'assurer la liberté d'association. Celle-ci implique, en outre, la possibilité "d'en faire partie et à travers eux, de concourir à la formation de la volonté populaire et à l'organisation du pouvoir politique" (art. 51, par. 1). Les partis sont donc une forme d'organisation et d'expression de la volonté populaire, quoiqu'il ne leur soit pas permis de susciter la violence ou se réclamer de l'idéologie fasciste (art. 46, par. 1 et 4).

784. Les citoyens ont ainsi le droit de participer à la vie politique et à la direction des affaires publiques du pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement élus (art. 48). Leur participation directe et active est jugée la condition et l'instrument fondamental de la consolidation du système démocratique (art. 112).

785. Désignant par le vote leurs représentants, les citoyens ont la possibilité d'intervenir dans la définition de la politique à adopter et d'assurer le contrôle de l'exécution de cette politique. En effet, il incombe notamment à l'Assemblée de la république, "assemblée représentative de tous les citoyens portugais" (art. 150): de légiférer sur toutes les matières, sauf celles qui sont réservées au gouvernement; d'approuver les lois du plan et du budget de l'Etat et d'examiner les rapports d'exécution du plan annuels et finaux; de veiller au respect de la Constitution et des lois et évaluer le programme et les actes du gouvernement et de l'administration.

786. Le gouvernement est à son tour l'organe qui conduit la politique générale du pays (art. 185). Le premier ministre est nommé par le président de la république après consultation des partis représentés à l'Assemblée de la république et compte tenu des résultats électoraux (art. 190). Le gouvernement est responsable devant le président de la république et l'Assemblée de la république (art. 193).

787. Le programme du gouvernement contient les principales orientations politiques et les mesures à adopter ou à proposer dans les différents domaines de l'activité gouvernementale (art. 191). Ce programme est soumis

à l'examen de l'Assemblée de la république (art. 195) et peut être rejeté par elle (art. 195, par. 3 et 4), ce qui entraînera la démission du gouvernement (art. 198 d)).

788. Le gouvernement peut lui-même demander à l'Assemblée de la république un vote de confiance sur une déclaration de politique générale ou sur n'importe quel sujet d'intérêt national (art. 196). Dans le cas où la motion n'est pas approuvée, le gouvernement est démis (art. 198 e)).

789. Les députés peuvent, à leur tour, voter des motions de censure au gouvernement sur l'exécution du programme ou sur un sujet d'intérêt national. Leur approbation entraîne aussi la démission du gouvernement.

790. Enfin, l'article 263 mentionne le besoin de créer des organisations populaires à base territoriale de façon à "intensifier la participation à la vie administrative locale".

791. De cette analyse succincte, il est possible de conclure que la Constitution a prévu différents moyens d'assurer la participation du peuple à la définition de la politique et au contrôle de celle-ci.

792. La Constitution de la république prévoit encore, dans son article 52, le droit de pétition. On y établit, en effet, au paragraphe 1, que:

"Tous les citoyens peuvent soumettre individuellement ou collectivement aux organes de souveraineté et à toute autorité des pétitions, des représentations, des réclamations ou des plaintes pour défendre leurs droits, la Constitution, des lois ou l'intérêt général."

793. Selon l'article 49 de la Constitution, disposent du droit de suffrage tous les citoyens majeurs de dix-huit-ans, sans préjudice des incapacités prévues par la loi. L'exercice de ce droit est personnel et constitue un devoir civique.

794. L'article 116 établit les principes généraux du droit électoral:

- "1. Le suffrage direct, secret et périodique constitue la façon normale de désignation des membres des organes électifs de souveraineté, des régions autonomes et des pouvoirs locaux.
2. Le recensement électoral est officiel, obligatoire, permanent et unique pour toutes les élections se réalisant au suffrage universel direct.
3. Les campagnes électorales sont régies par les principes suivants:
 - a) Liberté de propagande;
 - b) Egalité de chance et de traitement des diverses candidatures;
 - c) Impartialité des pouvoirs publics vis-à-vis des candidatures;
 - d) Contrôle des comptes électorales.
4. Les citoyens ont le devoir de collaborer avec les services électoraux dans les formes prévues par la loi.
5. La conversion des suffrages en mandats se fait selon le principe de la représentation proportionnelle.
6. L'acte en vertu duquel est dissolu un organe collégial élu au suffrage direct doit fixer la date des nouvelles élections sous peine de nullité. Celles-ci auront lieu dans un délai de quatre-vingt-dix jours comptés, à partir du jour de la dissolution, la loi électorale en vigueur au moment de la dissolution étant la seule applicable.
7. Il incombe aux tribunaux de juger de la régularité et de la validité des actes de la procédure électorale."

795. Cet article a souffert quelques modifications au moment de la révision constitutionnelle de 1982, des modifications qui ont contribué à renforcer les garanties antérieurement prévues à propos du droit de suffrage.

796. Le recensement doit être non seulement obligatoire et unique mais aussi officiel et permanent. Recensement officiel veut dire que les commissions chargées du recensement doivent *ex officio* assurer l'inscription de tous les citoyens ayant de légitimité active dont ils aient connaissance. Recensement permanent veut dire que, une fois l'électeur inscrit, il ne faudra pas réaliser une nouvelle inscription au moment de chaque élection, sauf si des modifications sont survenues dans sa situation (par exemple, modification de sa résidence).

797. Le paragraphe 6 a été introduit au moment de la révision de la Constitution. Selon lui, la dissolution d'un organe collégial directement élu doit être accompagné de la désignation de la date de nouvelles élections. Et l'on stipule même un critère pour le choix de cette date. Dans le cas de violation de ce principe, l'acte de dissolution sera inexistant. De cette façon, l'on écarte les dangers qui pourraient découler d'un vide de l'action de ces organes collégiaux directement élus.

798. La législation électorale n'a pas souffert de modifications profondes. Les textes fondamentaux sont les suivants:

a) Recensement électoral:

- Loi 69/78, du 3 novembre
- Loi 15/80, du 30 juin
- Loi 41/79, du 10 janvier
- Loi 72/78, du 28 décembre

b) Election du président de la république:

- Décret-loi 319-A/76, du 3 mai
- Loi 45/80, du 4 décembre
- Loi 143/85, du 26 novembre

c) Election pour l'Assemblée de la république:

- Loi 14/79, du 16 mai
- Résolution du Conseil des ministres 3/85, du 18 janvier qui a créé une Commission interministérielle pour la révision des lois électorales en vigueur.
- Loi 14-A/85, du 10 juillet.

d) Election pour les organes des pouvoirs locaux:

- Décret-loi 701-B/76, du 29 septembre
- Loi 14-B/85, du 10 juillet

e) Commission nationale des élections:

- Loi 71/78, du 27 décembre.

799. Les modifications introduites concernent surtout l'intervention de la Cour constitutionnelle dans le processus électoral. En effet, selon la

loi 28/82, du 15 novembre, qui avait établi l'organisation, fonctionnement et procédure de la Cour constitutionnelle, il incombe nommément à celle-ci de (article 8): recevoir et admettre les candidatures pour la présidence de la république; juger les recours interjetés contre les décisions sur des réclamations et représentations présentées dans l'acte de l'apurement général des élections du président de la république; juger les recours en matière de contentieux concernant la présentation des candidatures et de contentieux électoral concernant les élections pour l'Assemblée de la république, assemblées régionales et organes du pouvoir local.

800. Et, en ce qui concerne les partis politiques, coalitions et fronts, il lui incombe (art. 9): d'accepter l'inscription des partis et les enregistrer; d'apprécier la légalité des dénominations, sigles, symboles et leur identité ou ressemblance avec ceux d'autres partis, coalitions ou fronts.

Code électoral

801. Par un arrêté ministériel du 3 mars 1986, publié le 26 mars suivant, le gouvernement a jugé nécessaire de constituer une commission chargée de l'élaboration d'un code électoral réunissant les principaux textes en vigueur sur ce thème. Quoique pas encore publié, la parution de ce code électoral est prévue pour bientôt.

Droit d'accès aux fonctions publiques

802. En ce qui concerne le principe de l'égalité à l'accès aux fonctions publiques, il faudra tenir compte de quelques dispositions constitutionnelles. L'article 47, paragraphe 2, nous parle du libre choix de la profession et l'accès à la fonction publique, en conditions d'égalité et de liberté, règle générale par la voie de concours. L'article 48 s'occupe de la participation à la vie publique:

"2. Tout citoyen a le droit d'être objectivement renseigné sur les actes de l'Etat et des autres personnes morales publiques, ainsi que d'être informé par le gouvernement et les autres autorités sur la gestion des affaires publiques."

L'article 50 établit le droit d'accès aux fonctions publiques en conditions d'égalité et de liberté. L'article 230 interdit aux régions autonomes:

"c) de réserver l'exercice d'une profession ou l'accès à la fonction publique à des personnes nées ou domiciliées dans la région."

803. Nous l'avons dit avant, l'accès à la fonction publique est en général réalisé par voie de concours. La législation adoptée à ce propos a défini les principes généraux applicables à la sélection des fonctionnaires de l'administration centrale, des instituts publiques et des organismes de coordination économique (décret-loi 44/84, du 3 février). Les mesures prévues visent à "évaluer la capacité et qualification des candidats" (art. 3) et elles doivent obéir aux principes suivants (art. 4): égalité de conditions et d'opportunités pour 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.

804. Et envers les travailleurs de l'administration publique, la Constitution reconnaît qu'ils "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).

Article 26

*Le droit à un traitement égal devant les tribunaux
et tout organe administratif*

805. 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. 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. Tous les citoyens peuvent soumettre aux organes de souveraineté et à toute entité des pétitions, représentations, réclamations ou des plaintes pour défendre leurs droits, la Constitution, les lois ou l'intérêt général (art. 52). Ils peuvent s'adresser, en raison d'actions ou omissions des pouvoirs publics, au *provedor de justiça* (médiateur) qui pourra, par la suite,

faire des recommandations aux organes compétents visant à la prévention et à la réparation des injustices (art. 23).

806. Les tribunaux sont les 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'intérêts publics ou privés (art. 205 et 206). Ils sont soumis à la loi et leurs décisions sont contraignantes pour toutes les personnes, publiques et privées (art. 210).

807. Assurer l'égalité de traitement dans l'administration de la justice signifie parfois adopter des mesures visant à accorder un traitement spécial à certaines individus qui, à défaut de ces mesures, seraient traités de façon discriminatoire.

808. 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. Le décret-loi 178/81, du 30 juin, établit à ce propos que le ministère de la Justice couvrira les charges relatifs au paiement d'interprètes qui interviennent dans une action où un travailleur étranger soit partie.

809. Et le récent Code de procédure pénale adopte des mesures semblables. L'article 92 prévoit, en effet:

"2. Dans le cas où intervienne dans la procédure quiconque ne connaisse ou ne domine pas la langue portugaise, un interprète idoine sera nommé, sans aucune charge, même si l'entité qui préside à l'acte ou l'un des participants à la procédure connaît la langue utilisée."

De pareilles conduites sont prévues pour les sourds et les muets. 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'Etat assurant dans ces cas-là le paiement de ces charges.

810. Une partie de la doctrine portugaise défend que le traitement égal devant les tribunaux présuppose une information sur le droit. L'article 20, paragraphe 1, de la Constitution mentionne, en effet, "le droit à l'information et à la protection juridique" de tous les citoyens. Il faudra de ce fait que les citoyens soient mieux informés sur leurs droits et sur la façon de les exercer.

811. 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'Etat et les avocats de façon à assurer l'assistance juridique. Celle-ci comprenait la consultation juridique, l'assistance judiciaire et la désignation d'un défenseur d'office en procédure pénale. Bien récemment, une nouvelle commission d'accès au droit a été nommée. Et, selon l'arrêté qui l'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 (arrêté 61/86, du 11 juin).

812. Un Bureau d'information juridique a, entretemps, été créé, suite à un protocole de coopération établi entre le ministère de la justice et l'ordre des avocats, où des informations juridiques sont rendues gratuitement sur demande des intéressés. A cet effet, des jeunes avocats y sont placés. Au sein de la faculté de droit de Lisbonne, un autre Bureau d'information juridique assure gratuitement la diffusion et l'information sur des matières qui lui sont posées.

813. Le Portugal se montre désireux d'assurer à tous les citoyens un droit à l'information. 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. De cette façon, la généralité des citoyens pourra comprendre et exercer leurs droits et devoirs. Et dans le cas où ces textes fixent un certain délai pour que certains bénéficiaires 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.

814. Le *provedor de justiça* a, par la suite, suggéré que des programmes puissent passer à la radio pour la divulgation périodique, 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.

815. Mais le principe de l'égalité de traitement peut avoir une autre portée – non pas le traitement égal de tout citoyen devant les tribunaux et

l'application de la loi, mais le traitement égal des parties dans une action pendante devant un tribunal.

816. Il s'avère intéressant de mentionner à ce propos quelques dispositions du Code de procédure pénale, mentionné ci-dessus.

817. L'on affirme dans l'exposition des motifs de la loi d'autorisation législative 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". Et ainsi, l'inculpé, c'est-à-dire, celui contre qui une accusation en procédure pénale a été formulée (Code de procédure pénale, art. 57), doit voir assurer l'exercice des droits et devoirs procéduraux (même Code, art. 60), en lui étant reconnu, parmi d'autres, le droit d'être présent dans les actes qui directement le concernent, de choisir un défenseur ou de demander au tribunal nomination, 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 lequel il doit comparaître (art. 61).

Article 27

Les droits des minorités

818. Le principe de l'égalité devant la loi nous mène à ce que l'on reconnaisse à tous les citoyens les droits, libertés et garanties et l'on assure aux minorités ethniques, religieuses ou linguistiques le droit d'avoir leur propre vie culturelle, leur propre religion, leur propre langue.

819. Le seul groupe ethnique dont on pourra parler au Portugal est le gitan, envers lequel des efforts ont été déployés de façon à assurer à ces enfants la scolarité obligatoire.

820. Les immigrés et réfugiés, ressortissants de nouveaux pays d'expression portugaise (surtout Cap-Vert et Timor) ont eux-aussi fait l'objet d'une attention toute spéciale, un appui au niveau de l'éducation leur ayant été assuré.

821. Aux minorités religieuses est reconnu le droit de professer et pratiquer leur religion (voir ce qui a été dit à propos de l'art. 18).

822. D'un autre côté, l'on essaie de préserver le *mirandês*, dialecte du nord-est du pays qui constituera le seul cas de minorité linguistique.

COMITÉ DOS DIREITOS DO HOMEM

**ACTAS DE APRECIÇÃO
DO
SEGUNDO RELATÓRIO
DE PORTUGAL**

PORTUGAL

120. The Committee considered the second periodic report of Portugal (CCPR/C/42/Add. 1) at its 934th to 937th meetings, held on 31 October and 1 November 1990 (CCPR/C/SR.934-SR. 937).

121. The report was introduced by the representative of the State party, who emphasized that Portugal was making continuous efforts to bring its own domestic law into line with its new international commitments, notably those resulting from its accession to the Covenant. A number of the provisions of the Constitution covering fundamental rights had therefore been revised, particularly those relating to the status of foreigners, access to the courts, reform of the judiciary, criminal law and criminal procedure. In addition, the Civil and Criminal Codes had also been revised.

122. The process of preparing the report had been useful as a means of assessing progress achieved in implementing the Covenant. The Ministry of Justice and the Ministry of Foreign Affairs had co-operated in collecting information on matters related to human rights and in following up action taken.

Constitutional and legal framework within which the Covenant is implemented

123. With regard to that issue, members of the Committee wished to know whether the Public Prosecutor's Department had lodged any appeals

before the Constitutional Court pursuant to article 280, paragraph 2, of the Constitution and, if so, with what results; whether there had been any court decisions as to the standing of rules and principles of international law relative to ordinary domestic law and to constitutional provisions; what was meant by the term "right of petition and popular action" in article 52 of the Constitution; and whether the new Code of Penal Procedure had entered into force. They also wished to receive information concerning factors and difficulties, if any, affecting the implementation of the Covenant; activities relating to a greater public awareness of the provisions of the Covenant and the Optional Protocol; and the powers independence, functions and activities of the "Provedor de Justiça" (Ombudsman) in so far as the implementation of the Covenant was concerned.

124. In view of the reversion of Macao to China in 1999, members expressed special interest with regard to the legal framework for the guarantee of human rights in the territory. They wished to know, in particular, whether the Covenant was applicable in Macao and the archipelagos of the Azores and Madeira; whether the arrangements between Portugal and China included a provision for the maintenance of the civil and political rights of the population of Macao; and whether the Covenant would continue to be applicable within the territory after 1999.

125. Referring to the legal status of the Covenant within internal law, members wished to know what mechanisms were employed in Portugal to harmonize the Covenant and domestic law; whether the Covenant could directly be invoked by individuals before the courts; whether the right of petition and popular action, provided for in article 52 of the Constitution, related to any of the rights covered by the Covenant; and whether the Constitutional Court was empowered to decide on matters concerning Portugal's international obligations. Members also wished to receive detailed information regarding a recently established commission on human rights; the meaning of the concept of "active unconstitutionality", as provided for in article 278 of the Constitution; the distinction between the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court; the scope and contents of the right to legal information enshrined in article 20 of the Covenant; and requested clarification of an individual's right, provided for under article 21 of the Constitution, "to resist any order which infringed his rights, freedoms or safeguards and to

repel by force any form of aggression when recourse to public authority was impossible".

126. In his reply to the questions raised by members of the Committee concerning Macao, the representative of the State party pointed out that although the Covenant as such was not applicable there some Portuguese jurists held that since the rights provided for in the Covenant belonged to everyone under Portuguese administration, it should be considered as being applicable. In practice, the residents of Macao enjoyed exactly the same degree of legal protection as other Portuguese citizens because the country's Constitution and legislation regarding basic rights were directly applicable. In a joint declaration by the Governments of China and Portugal, China had stated that among the principles to be applied to the territory after its reversion to China in 1999 would be respect for existing rights and freedoms, such as freedom of expression, freedom of association, the right to strike and inviolability of the domicile. Formally, however, the Covenant would not be applicable in the territory of Macao after 1999. On the other hand, the Covenant was applicable in the archipelago of the Azores and Madeira, because they were an integral part of the State of Portugal.

127. Referring to activities relating to the promotion of greater public awareness of human rights issues, the representative said that in 1988, the year of the fortieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, various briefings, seminars and symposia relating to human rights had been organized; a centre for human rights had been set up within the Ministry of Justice for receiving, processing and distributing copies of the most important texts adopted by international organizations in that field; a collection of international human rights instruments had been published in Portuguese and widely distributed in schools; information on international human rights instruments had been disseminated to the courts; and a commission had been established to consider how best to introduce a multi-disciplinary approach to the teaching of human rights and how to increase awareness of such rights on the part of both teachers and students. Courses at the Portuguese College of Magistrates included a study of international human rights instruments, and every police officer carried a copy of a code of conduct, in which his duty was defined as acting in defence of democratic legality and of the fundamental rights of the citizen. The training of police officers included a study of regional and global systems for the protection of human rights. The text of

international instruments covering such areas as medical ethics and the treatment of prisoners had been distributed to prison officers.

128. Responding to questions relating to the Ombudsman, the representative explained that the Ombudsman was an independent public officer, appointed by the Assembly of the Republic, who received complaints by individuals regarding acts or omissions on the part of Government officials and made recommendations as to how acts of injustice might be remedied. He could also draw attention to imperfections in legislation; disseminate public information on fundamental rights and freedoms; make inspections of any sector of the administration; and carry out investigations, notably of alleged acts of torture committed by police or prison officers. The Ombudsman submitted an annual report on his activities to the Assembly of the Republic which included statistics on the number and nature of complaints received. There was no national commission on human rights in Portugal but an informal body, composed of representatives of the Ministry of Justice and the Ministry of Foreign Affairs, followed all activities designed to disseminate, promote and implement human rights in the country and prepared reports for submission to the competent international authorities.

129. Regarding the relationship of international to domestic law, he noted that according to the Constitutional Court, the rules of international law set forth in instruments to which Portugal was a party took precedence over domestic law but not the Constitution. Theoretically, in case of a conflict between the provisions of the Covenant and those of the Constitution, the constitutional standards relating to the determination of unconstitutionality would prevail, but such a conflict was most unlikely since the Constitution had to be interpreted in the light of the Universal Declaration of Human Rights as reflected in the text of the Covenant. Article 280 of the Constitution was designed to ensure that the Constitutional Court should act as an effective court of last resort in cases where the courts had refused to apply legal provisions contained in international conventions or in national laws or decrees. Once the same legal provision had been held to be unconstitutional or illegal in three specific cases, the Constitutional Court was entitled to declare that provision unconstitutional. Although the Constitutional Court could overrule the Supreme Court in a given case, the latter did not have to conform to such opinions in other cases except where a provision had been ruled illegal on general grounds.

130. Finally, the representative explained that the right of petition was a means of promoting the participation of citizens in political affairs. Petitions could be individual or collective and addressed to the sovereign bodies or to any public authority. The right of popular action involved the right of all citizens to have recourse to the courts whether or not they had a personal interest in a case. The new Code of Penal Procedure had entered into force on 1 January 1988. The right provided in article 21 of the Constitution was to be exercised only in extreme situations and resisting an order in a normal situation would be considered illegal.

Self-determination

131. With reference to that issue, members of the Committee wished to know the position of Portugal regarding the right to self-determination of the peoples of Namibia and Palestine and whether Portugal had taken any measures to prevent public and private support for the *apartheid* régime of South Africa. Additionally, further information was sought regarding the legal framework within which human rights were guaranteed in East Timor.

132. In his reply, the representative of the State party said that since 25 April 1974, Portugal had scrupulously respected the right of peoples to self-determination and had shown its commitment to this right by granting independence to the peoples of Angola, Mozambique, Cape Verde, Guinea-Bissau and São Tomé and Príncipe. Portugal recognized the right to self-determination of the Palestinian people and the right of all States in the region, including Israel, to exist within secure and recognized boundaries; had long supported the right to self-determination of the people of Namibia and had welcomed the agreement between the parties concerned which had allowed the ongoing process of self-determination to take place; and had also constantly and unequivocally condemned the *apartheid* régime. The application of indiscriminate sanctions against South Africa was considered contrary to the interests of the majority of the population of South Africa and neighbouring countries whose economies were closely linked with it but Portugal supported and applied selective sanctions such as those decided upon by the European Community.

133. East Timor remained on the United Nations list of Non-Self-Governing Territories, Portugal being recognized as the administering power because of its former responsibilities as the colonial power. Portugal had declared the Covenant to be applicable to East Timor but was unfortunately not in a position to ensure that it was applied and effectively respected since it had no access to the Territory, which was under occupation. Portugal was continuing to co-operate in the Secretary-General's efforts to find a just, comprehensive and internationally acceptable solution to the problem.

State of emergency

134. In connection with that issue, members of the Committee asked how the role accorded to military courts during a state of emergency could be reconciled with the retention of a person's free right of access to the courts and whether there could be derogations in times of emergency from the right to *habeas corpus* and the provisions of article 8 of the Covenant.

135. In his reply, the representative of the State party said that there had been no case of a declaration of a state of siege or state of emergency in Portugal since the adoption of the Constitution. The distinction between the two situations related to the differences in the degree of seriousness of events justifying their proclamation. The scope of suspension of rights was less broad under the state of emergency. Only in the event of a proclamation of a state of siege were military tribunals given competence comprising the investigation and trial of persons infringing the state of siege and of persons committing offences against the life, physical integrity and freedom of individuals, and against the right to information, security of communication, property and public order. The right of access to the courts could however, in no way be restricted as a result of the expanded competence of the military courts and the ordinary law courts continued fully to exercise their competence and functions. In particular, they were required during a state of emergency to ensure respect for the constitutional and legal standards established under article 23, paragraph 112 of Act No. 46/84. Accordingly, the right to *habeas corpus* could not be suspended under any circumstances.

Non-discrimination and equality of the sexes

136. With regard to that issue, members of the Committee wished to receive information concerning women's participation in the political, economic, social and cultural life of the country and the proportion of the sexes in schools, universities, the civil service, the Government and Parliament; measures being introduced by the Commission on the Status of Women to combat discrimination; and concerning follow-up measures adopted, if any, after the issuance of the conclusions of the Parliamentary Commission on the Status of Women. Members also requested clarification of the reference in article 15(2) of the Constitution to rights "restricted exclusively to Portuguese citizens under the Constitution and by law" and of the decision of the Constitutional Court declaring unconstitutional Decree No. 2/76 of the General Assembly in Madeira, which stipulated that preference should be given in the assignment of teachers to those originating from or residing in the region.

137. In his reply, the representative of the State party noted that a woman had been appointed Prime Minister for the first time in 1979, another had become Civil Governor in 1980 and yet another had recently been appointed as a judge of the Constitutional Court; that 19 of 250 deputies to the Assembly of the Republic, elected in 1987, 3 out of a total of 24 representatives elected to the European Parliament, 4 out of the 56 members of the present Government and 168 out of 1,199 judges were women. Women accounted for more than 50 per cent of attendance in schools, including at the secondary and higher levels.

138. The Governmental Commission on the Status of Women carried out a number of important activities for the promotion of women, including the establishment of a specialized documentation centre; the publication of a number of studies, booklets and information documents; the organization of seminars and exhibitions and the preparation of films and audio-visual material. It had also co-operated in the formulation of important legal texts on such matters as maternity protection and the equality of women in labour and employment. The Commission had also been active in promoting revision of primary, preparatory and secondary curricula designed to promote equality of the sexes, in improving teacher training and in helping women to gain economic independence through participation in co-operatives.

139. The Commission on Equality in Employment on which the Governmental Commission on the Status of Women, the Government, trade union organizations and employers were represented, considered complaints of inequality. Its opinions were published and broadly disseminated. It also promoted the provision of financial support to enterprises for the introduction of changes that would facilitate the employment of women and the establishment of suitable working conditions for them and carried out studies and research on women's employment. The Parliamentary Commission on the Status of Women was established in 1982, within the Assembly of the Republic, and was required to take decisions on texts submitted to it with respect to the status of women.

140. Certain Constitutional provisions, such as those relating to participation in public life, the right of petition and guarantees of political participation, related only to citizens. However, equality between citizens and aliens was a long-standing tradition in Portugal and that tradition had just been strengthened by the addition to article 15 of the Constitution of a provision granting aliens resident in Portuguese territory the right to vote in local elections. Decree No. 2/76 of the General Assembly in Madeira had been held unconstitutional by virtue of articles 13 and 230 of the Constitution which prohibited discrimination on grounds of origin, and of regional origin, respectively.

Right to life

141. With reference to that issue, members of the Committee asked whether the adoption of Decree Law No 430/83, concerning trafficking and use of narcotic and psychotropic substances, had led to any measurable progress to date; whether any consideration was being given to expanding the scope of Decree Law No. 324/85 so as to provide compensation to all victims of terrorist acts and not merely to public servants and their families; and whether there had been any violations of Decree Laws Nos. 458/82, 364/83 and 465/83, relating to the use of firearms by the police and if so, whether investigations had been carried out, and measures taken to prevent their recurrence. Clarification was also sought as to how authorization of abortion on urgency grounds could be reconciled with article 24 of the Constitution.

142. In his reply, the representative of the State party explained that Decree Law No. 430/83 had made it possible to improve intersectoral cooperation in the control of trafficking in and abuse of drugs or psychotropic substances and had led to substantial seizures of drugs coming from abroad. An integrated drug control programme had been approved by the Council of Ministers at the national level which called for action in the areas of prevention, treatment and rehabilitation as well as control of trafficking. At the international level, bilateral drug control agreements had been concluded with a number of countries. Although the extension of Decree Law No. 324/85 to other categories was not envisaged for the moment, a commission of jurists appointed by the Minister of Justice had studied the question of compensation of victims and concluded that damages be provided by special legislation when they could not be paid by the offender. The courts could also compensate victims by awarding them property seized by the State or all or a part of the fine paid by the offender. The Constitutional Court had decided not to declare provisions of article 140, paragraph 1, of the Penal Code unconstitutional because it protected the legitimate rights of pregnant women. Accordingly, abortion under the circumstances described therein was not to be considered a criminal offence.

143. Instructions had been issued at all levels concerning the use of firearms by law enforcement agents, cases of improper use in recent years had been investigated with a view to possible criminal proceedings and the use of firearms by the police was systematically monitored by senior police officials. In the three cases of violations of the regulations concerning the use of firearms involving the National Republican Guard, investigations had been carried out by the judiciary as well as by the military authorities and the cases had been widely publicized in the media. In one additional case involving personnel of the Criminal Investigation Department, it had been found that firearms had been used in self-defence.

*Liberty and security of the person and treatment of prisoners
and other detainees*

144. With regard to that issue, members of the Committee wished to know whether there were any safeguards against abusive resort to special

security measures and confinement in special security cells: whether there were any independent and impartial procedures under which complaints about the ill-treatment of individuals by police or prison officials could be made and investigated; what were the maximum time-limits for remand in custody; what remedies were available to a person claiming to be illegally detained; and whether there was a right to compensation for persons illegally arrested or detained. They also requested detailed information concerning deprivation of liberty as a result of the "judicial application of a security measure"; the circumstances and conditions of "partial deprivation of freedom"; and detention in institutions other than prisons and for reasons unconnected with the commission of a crime. It was also asked whether the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners were complied with and the relevant regulations and directives known and accessible to prisoners.

145. Additionally, information was requested concerning special security cells and the *incomunicado* régime; conditions under which the use of handcuffs was authorized; whether a prisoner could be kept in a state of sensory deprivation; and whether confessions obtained under duress could be invoked as evidence in a proceeding.

146. Replying to questions raised in connection with special security measures, the representative of the State party said that limitations on the rights of prisoners were only applied in exceptional situations involving a threat to the security of the prison or danger to other prisoners and calling for particularly serious measures. Such measures had to be in proportion to what was required by the situation and could only be applied for as long as that situation continued. Even in particularly serious cases, which required the prisoner to be separated from the prison population as a whole, contacts with the outside world were not completely severed. In practice, prisoners in that category were placed in special quarters where visiting rights and privileges accorded under the general detention régime were restricted but the cells in those quarters were identical to other cells. The use of handcuffs was permitted only where other measures had been shown to be ineffective and then only under medical supervision. A detainee even if charged with terrorism or a serious crime was always able to communicate with his counsel.

Complaints of ill-treatment and any cases of death occurring in prison gave rise to an immediate investigation by the director of the establishment concerned or by higher authorities, depending upon the gravity of the circumstances. Protection against abuse was based on general guarantee defined in the penitentiary law. The judge responsible for the enforcement of sentences supervised their execution and played an advisory role during visits to prison establishments. The penitentiary law reform introduced by Decree Law No. 265/79 took account of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and was made known to the detainees.

147. Turning to questions raised in connection with pre-trial detention, the representative stated that in normal cases such detention varied from six months to two years depending on the stage the trial had reached. Some exceptions to that rule were authorized under the law based on such factors as the nature and gravity of the crime. Persons who considered themselves to be illegally detained could apply for a writ of *habeas corpus*. Article 27(5) of the Constitution provided that any deprivation of freedom in breach of the provision of the Constitution and the law obliged the State to compensate the victim in accordance with the law. The 1987 Code of Penal Procedure contained a new provision stating that any person who had been unlawfully detained on a pre-trial basis or otherwise was entitled to compensation. The right to compensation also existed in cases where pre-trial detention, even if lawful, was shown to be unjustified.

148. Security measures provided for in article 27 of the Constitution could only be applied as a result of a court judgement and could be extended by judicial decision only for as long as the dangerous condition lasted. Such decisions were subject to review after three years at most. The Mental Health Act provided that the mentally ill should be given appropriate treatment to restore them to normalcy. Partial deprivation of liberty had to be of less than three months' duration and was served during days off which allowed the convicted persons to continue with their work or studies. There was also a probation system applicable to persons sentenced to deprivation of liberty for a period not exceeding three years. The "relatively" indeterminate sentence was applied to offenders showing a strong propensity for crime and to drug addicts or alcoholic offenders and could not exceed a maximum of 25 years.

Right to a fair trial

149. With regard to that issue, members of the Committee wished to know the extent to which the amendment of article 32, paragraph 4, of the Penal Code had weakened the position of the accused; whether there was any free legal aid and advisory scheme; whether under article 29 of the Constitution the principle of the most favourable law, enshrined in article 15 of the Covenant, applied only to an accused person or to a convicted person as well; whether persons convicted of administrative offences could be sent to prison; and whether placing the judicial police under the guidance of the public prosecutor had led to significant improvements over the former system. Information was also sought regarding the nature and competence of the courts responsible for the enforcement of sentences.

150. In his reply, the representative of the State party explained that during the pre-trial proceedings the public prosecutor, the accused and his counsel, and the plaintiff and his counsel could participate in the hearing. Legal aid could be applied for at any stage in the proceedings by the accused, his lawyer, or the public prosecutor's department. If he considered he was not being defended with due diligence, the accused could request the court to provide him with another counsel. The penalty for administrative offences could be a fine, possibly accompanied by other penalties, but not imprisonment. The principle of the most favourable law was applied during proceedings, and not after a final decision. The courts for the enforcement of sentences were ordinary courts with specialized competence in matters concerning the lives and treatment of prisoners.

Freedom of movement and expulsion of aliens

151. In connection with that issue, members of the Committee wished to receive further information regarding the meaning of the term "threat against the dignity of the State of Portugal or of its nationals" and concerning the provisions of Portuguese Law relating to the issuance of passports to foreigners living in Portugal whose country had no diplomatic or consular representation there. They also wished to know whether persons seeking

asylum who had not submitted their application within the period of 60 days were automatically subjected to expulsion; whether an appeal against an expulsion order had suspensive effect; and how many requests for asylum had been refused in recent years.

152. In his reply, the representative of the State party said that no alien had ever been expelled from Portugal for failure to respect the Portuguese State and its citizens and no deportations could take place on any grounds that were contrary to conventions to which Portugal was a party. Expulsion decisions were rendered in strict observance of all legal guarantees, had to be substantiated, and the judge had to indicate, *inter alia*, the time allowed for their execution. Portugal refused to grant extradition in cases where the death penalty was likely to be applied nor would it expel a person to his own country if he was in danger of persecution there for political reasons. An alien seeking asylum who failed to submit an application within 60 days of entering Portuguese territory was regarded as having entered the country illegally. Applications for asylum had to describe the circumstances justifying asylum and to be accompanied by a list of up to 10 references. Between 1974 and 1989, 767 such applications had been granted. Many of these had been submitted by persons previously living in the former Portuguese colonial territories who, following decolonization, had left those territories because of persecution or for political reasons. Refusal of asylum could be appealed against, with suspensive effect, to the Supreme Administrative Court. In many cases in which permanent residence had not yet been authorized, temporary permission was given pending a final decision. Passports were issued to stateless persons or to nationals of countries without any diplomatic or consular representation in Portugal in order to give them legal citizenship of a national territory.

Right to privacy

153. With regard to that issue, members of the Committee wished to receive additional information on article 17 of the Covenant in the light of the Committee's general comment No. 16(32) and concerning the role of the Inspection Board. They also wished to know who was entitled to set up a

personal data bank and on what basis and how information from data banks could be disclosed.

154. Responding to questions raised by members, the representative of the State party noted that privacy was protected under Portuguese law by various articles of the Penal Code, including articles 176, 178-181, 428 and 434. In one case the Constitutional Court had declared unconstitutional a rule that had allowed the authority to search the tents and caravans of gypsies. Following a Constitutional Court finding of unconstitutionality by omission in respect of article 35, paragraph 4, of the Constitution, a law regulating the rights of citizens in relation to data banks had been drafted and was shortly to be considered by the Assembly of the Republic. That law would, *inter alia*, regulate the compilation and processing of personal data and the establishment of individual data files and would create the National Commission on Data Processing and Freedoms.

155. The Inspection Board exercised an oversight function in respect of the Strategic, Military, and Security Intelligence Services, receiving annual reports from them. When necessary, it could request additional information about their activities. In its first report to the Assembly of the Republic covering the years 1986 and 1987 the Board had stated that it considered itself responsible for checking whether the rights of citizens were being respected by these services and had concluded that this had, indeed, been the case.

*Freedom of religion and expression; prohibition of propaganda
for war and incitement to national, racial or religious hatred*

156. With reference to those issues, members of the Committee wished to know what the main differences were between the status of the Catholic Church and other religious denominations and how the right to equal treatment of the latter was ensured; how many persons had been recognized as conscientious objectors and on what grounds; whether the right to conscientious objection to military service on the grounds of a person's philosophical beliefs was acknowledged; and whether service as a conscientious objector conferred the same rights and benefits as regular military service. Additionally, they requested information concerning religious assistance to non-Catholic prisoners; the right of parents to bring up their children in accordance

with their own beliefs; the scope of the right to seek information enshrined in article 37 of the Constitution; prosecutions, if any, under article 7 of the Television Act; arrangements for apportioning broadcasting time among the various political parties; and the concept of "collective disobedience" in the armed forces.

157. Responding to questions raised in connection with the freedom of religion, the representative of the State party explained that the difference in status between the Catholic Church and other religions stemmed from genuine diversity and could therefore not be regarded as a violation of the principle of equality. A legislative measure had recently been adopted to ensure that all children, irrespective of their religious denomination, could attend moral and religious classes at their school. Children were also excused from attending school on the days of rest and festivals particular to their religion. The principle of equality was also evident in respect of the social security régime applicable to clergy from the Roman Catholic Church and other religions and the granting of tax exemptions to all denominations without distinction. Ministers from other religions were authorized to work in prisons as necessary. The right and duty of parents to bring up their children, under article 36 of the Constitution, covered all aspects of a child's education and moral, civic and social training.

158. The grounds for conscientious objection could be religious, moral or philosophical; the decision whether a person should be recognized as a conscientious objector rested with the courts. Civic service was of the same duration and difficulty as military service and conscientious objectors had the same rights and duties as other citizens. Thus far, 700 people had been recognized as conscientious objectors, mostly on religious grounds.

159. Under article 37 of the Constitution, citizens were entitled to be informed by the authorities and an explicit right of access to official archives and administrative registers had also been added to the Constitution. While there had been no prosecutions as yet under article 7 of the Television Act, criminal proceedings had been brought against a newspaper for publishing an item liable to provoke discrimination or violence against certain social groups. According to article 40 of the Constitution, political parties, trade unions and professional associations were granted a fixed and equitable

amount of broadcasting time on the basis of their representativity. The crime of "collective disobedience" required a specific intention to destroy, alter or subvert the constitutionally established rule of law.

Protection of family and children

160. With regard to that issue, members of the Committee inquired whether there was any legislation protecting a family based upon a steady cohabitation without formal marriage; what differences existed in the status and rights of children born in and out of wedlock; and how the Portuguese Government ensured the implementation of articles 60(2) e and 74(3)h of the Constitution. They also wished to receive information on law and practice relating to the employment of minors.

161. In his reply, the representative of the State party said that individuals in a situation of cohabitation enjoyed protections under various laws. The Constitution provided that children born out of wedlock should not be discriminated against and that neither the law nor the authorities could make discriminatory appellations concerning their parenthood. Decree Law No. 496/77 had abolished certain articles of the Civil Code that had discriminated against children born out of wedlock in respect of filiation, adoption and inheritance. Portugal had ratified the European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock in 1982.

162. The minimum age for work was 14 years and an employer could not use minors for work which might affect their physical, spiritual or moral development and had to make sure that they received educational and vocational training. Unfortunately, in some areas in the north of the country there were still cases where child labour was exploited but the authorities were attempting to deal with the problem in a realistic and forceful fashion. The phenomenon was, however, quite complex, and measures of differing scope and nature would need to be taken within the overall framework of cultural, social and economic development. There were currently 4 million Portuguese working abroad as migrant workers, and they were provided with legal and social advisory services, medical examinations and other assistance when leaving, after their arrival in the host country, and on their return to Portugal.

Study of the Portuguese language and culture abroad was encouraged, particularly within the framework of universities or through the creation of schools for Portuguese emigrants. Portugal had also signed bilateral agreements with the Federal Republic of Germany, Belgium, Spain, France and Luxembourg for the teaching of Portuguese in those countries and had ratified the European Convention on the Legal Status of Migrant Workers in 1976.

Right to participate in the conduct of public affairs

163. With regard to that issue, members of the Committee wished to know whether, in view of article 30(4) of the Constitution, political rights could be restricted under any circumstances and whether any such restrictions were currently in effect; how the freedom of citizens to belong to the political party of their choice could be accommodated with some of the provisions of the Constitution which appeared to advocate a particular political model - namely, the establishment of a socialist society; and whether the failure to exercise the right to vote had any consequences.

164. In his reply, the representative of the State party said that political rights could be deprived pursuant to a judicial decision and in compliance with the applicable laws. Sentences imposed for certain crimes necessarily involved the loss of some political rights. Voting was not compulsory and no sanctions were imposed for failure to vote. Provisions of the 1974 Constitution relating to "transition to socialism" and nationalizations had subsequently been revised to favour plurality of expression and the achievement of economic, social and cultural democracy.

Rights of persons belonging to minorities

165. With reference to that issue, members of the Committee wished to receive information on the practical measures that had been taken to protect the rights of gypsies and to preserve the *Mirandês* dialect in north-eastern Portugal.

166. In his reply, the representative of the State party said that a 1920 law providing for special surveillance of gypsies and certain regulations, under which searches in gypsy homes had been allowed during the night and without a warrant, had been declared unconstitutional. The conditions of access to education for the most economically and socially disadvantaged groups and, more particularly for gypsy children, had also been improved. *Mirandês* was a language spoken by 15,000 persons in the north-east of the country and represented a rich cultural heritage. In order to safeguard that heritage, optional classes had been established in the primary schools and would soon be offered in the secondary schools.

General observations

167. Members of the Committee thanked the Portuguese delegation for its valuable co-operation and commended the State party for the excellence of its report. They expressed satisfaction with the progress that had been achieved in the human rights field in Portugal within the short time that had elapsed since the return of democracy. The fact that article 7 of the Constitution explicitly raised human rights to a guiding principle of Portugal's international relations was a source of special satisfaction. Members nevertheless considered that their concerns had not been fully allayed, especially with regard to the duration of pre-trial detention. They also expressed the hope of receiving further clarifications of questions relating to the situation of foreigners in Portugal; the status of women; suspension of the exercise of rights during a state of emergency; the obligation under certain conditions for journalists to reveal their sources of information; and in respect of treatment of prisoners. Concern was also expressed over the fact that the Covenant had not been incorporated into the internal legislation of Macao and, in that connection, it was suggested that a separate report on the situation of rights and freedoms in Macao should be submitted to the Committee.

168. The representative of the State party thanked the members of the Committee for their keen interest and assured them that the Committee's comments, especially those on Macao, would be communicated to the authorities.

169. In concluding the consideration of the second periodic report of Portugal, the Chairman again thanked the delegation for its co-operation and for having submitted an excellent report which described clearly the legal framework and the means of application of the Covenant in domestic law and in administrative practice. He also reiterated the Committee's request for a detailed report on the situation in Macao.



ÍNDICE



DIREITO COMUNITÁRIO

Perspectivas de reformulação da tutela do segredo bancário
no Direito Português

Alexandra Folque de Gouvêa 7

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

DIREITOS DA CRIANÇA

Protecção legal da criança e implementação da Convenção
dos Direitos da Criança no contexto moçambicano 27

Lei penal e direitos da criança – Prevenção da delinquência

*Luís Filipe Sacramento
e Ana Pessoa Pinto* 65

CONSELHO DA EUROPA

DIREITOS DO HOMEM

O acesso do indivíduo ao Tribunal Europeu dos Direitos
do Homem

Ireneu Barreto 93

ESTUDOS

Televisão europeia sem fronteiras — Uma perspectiva cultural

Margarida Almeida Rocha 121

DOCUMENTAÇÃO

Pacte international relatif aux droits civils
et politiques – Deuxième Rapport Périodique — Portugal 151

Actas de apreciação do Segundo Relatório de Portugal 347

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. 388 11 41 - Telex 42 701 PROLUR P**

Composto
e impresso
na
LITOGRAFIA TEJO

Lisboa
PORTUGAL

Depósito legal n.º 60 546/92