

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

DIREITO COMUNITÁRIO

Carlos Botelho Moniz

**O CONCEITO
DE MEDIDA DE EFEITO EQUIVALENTE:
CRITÉRIOS E LIMITES (*)**

(*) Texto elaborado em 1984

PLANO

INTRODUÇÃO

I — MEDIDAS DE EFEITO EQUIVALENTE: RAZÃO DE SER DA PROIBIÇÃO

II — MEDIDAS DE EFEITO EQUIVALENTE A RESTRIÇÕES QUANTITATIVAS À IMPORTAÇÃO: CRITÉRIOS

- A) As medidas de efeito equivalente são medidas imputáveis aos poderes públicos
- B) As medidas de efeito equivalente constituem uma categoria de carácter residual
- C) As medidas de efeito equivalente são medidas que restringem o comércio intracomunitário

III — MEDIDAS DE EFEITO EQUIVALENTE A RESTRIÇÕES QUANTITATIVAS À IMPORTAÇÃO: LIMITES

- A) Medidas formalmente discriminatórias
- B) Medidas indistintamente aplicáveis aos produtos nacionais e aos produtos importados.

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

O estabelecimento de um mercado comum entre os Estados que compõem a Comunidade constitui um dos instrumentos fundamentais para a prossecução dos objectivos enunciados pelo art.º 2.º do Tratado de Roma. ⁽¹⁾

O conceito de mercado comum — englobado na tipologia das formas de integração económica internacional ⁽²⁾ — analisa-se na eliminação dos obstáculos ao comércio inter-estadual, bem como na supressão dos entraves à circulação dos factores de produção. E no domínio da eliminação dos obstáculos ao comércio é fundamental a distinção entre os direitos aduaneiros e outros encargos a eles assimiláveis pela sua natureza e pelas suas características, por um lado, e os obstáculos não-pautais ao comércio, por outro lado. ⁽³⁾

No domínio deste último tipo de barreiras comerciais, em que avultavam tradicionalmente os contingentes, têm-se desenvolvido, assumindo

⁽¹⁾ O presente trabalho refere-se exclusivamente ao Tratado de Roma, de 1957, que instituiu a Comunidade Económica Europeia. Cf. Carlos Botelho Moniz, “Direito Económico da CEE — reflexão sobre os objectivos, instrumentos e princípios da acção comunitária” (segunda parte), *Ass Eur*, 1983, p. 171, e bibliografia aí citada.

⁽²⁾ Cf. Bela Balassa, “Teoria da integração económica”, Clássica Editora, Lisboa, 1972 (2.º ed.); Peter Robson, “The economics of international integration”, George Allen and Unwin, London, 1980; El-Agraa, “The economics of the European Community”, Philip Allan Publishers, Oxford, 1980; Denis Swann, “The economics of the common market”, Penguin Books, UK, 1978; Eduardo de Sousa Ferreira (ed.), “Integração económica”, Edições 70, Lisboa, 1983.

⁽³⁾ Nikolaus Vaultont, “L’union douanière de la Communauté économique européenne”, *Perspectives européennes*, Bruxelles, 1980.

hoje importância determinante, obstáculos às trocas de características muito variáveis resultantes, quer da especialização crescente da produção, quer da complexificação dos circuitos comerciais, quer da simples disparidade das normas vigentes nos vários Estados relativamente à produção e à comercialização de bens. (4) São, em Direito Comunitário, as chamadas “medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas”, domínio em que é requerida a maior prudência não só na apreciação dos desenvolvimentos jurisprudenciais como na elaboração doutrinária.

Ponto de intersecção, por excelência, entre o económico e o jurídico, esta matéria presta-se mal a sínteses apressadas pretensamente totalizantes. Não é por acaso que autores como Schapira, Le Tallec e Blaise puderam escrever, em obra publicada em meados de 1984 comparando esta matéria com a área dos encargos de efeito equivalente aos direitos aduaneiros: “les mesures d’effet équivalent n’ont pas encore atteint un stade de clarification aussi avancé. La raison en est qu’à la différence des taxes, dont l’incidence économique est ordinairement chiffrable, les mesures d’effet équivalent relèvent d’appréciations qualitatives, susceptibles d’approximations et de discussions. D’autant que ces appréciations projettent les conceptions communautaires en matière de libre circulation des marchandises et que ces conceptions peuvent évoluer, le plus souvent dans le sens d’une rigueur accrue”. (5)

E na sua obra de Abril de 1982, “the first book in a major Community language to be devoted to this subject”, Peter Oliver sublinhava, com toda a propriedade: “a proper understanding of Articles 30 to 36 of the Treaty of Rome is essential to anyone wishing to come to grips with the concept of the free movement of goods, which is one of the fundamental objectives of the common market. Awareness of this fact has been growing in recent years among practitioners and academics alike...” (6)

(4) Kenneth W. Dam, “The GATT law and international economic organization”, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1970; Pieter Verloren van Themaat, “The changing structure of international economic law” Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1981.

(5) Cf. J Schapira, G. Le Tallec, J.B. Blaise, “Droit européen des affaires”, P.U.F., Paris, 1984, p. 177.

(6) Cf. Peter Oliver, “Free movement of goods in the EEC under articles 30 to 36 of the Rome Treaty”, European Law Centre Ltd., London, 1982, preface.

É no quadro desta tomada de consciência, de que fala Peter Oliver, que nos propomos tratar a matéria dos obstáculos não-pautais ao comércio, em especial os desenvolvimentos relativos ao conceito de “medida de efeito equivalente a restrições quantitativas à importação”. Sem a pretensão, despropositada no âmbito do presente relatório, de esgotar o assunto, mas com a intenção, assumida com a prudência resultante da consciência do carácter evolutivo das questões que abordamos, de analisar as principais linhas de força da jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias e de apresentar, numa síntese final, as conclusões a que, provisoriamente, seja possível chegar.

I — MEDIDAS DE EFEITO EQUIVALENTE: RAZÃO DE SER DA PROIBIÇÃO

O Tratado de Roma, ao prever a sua eliminação nos art.ºs 30.º e seguintes, não define o que sejam restrições quantitativas. Mas a doutrina não hesita em encará-las como o conjunto de regras jurídicas e de práticas administrativas que excluem de forma total ou parcial a importação ou a exportação de um ou vários produtos, considerados em função do seu peso, do seu valor, ou do número de unidades susceptível de ser importado ou exportado. Aliás, já no acórdão relativo às “obras de arte” italianas, o Tribunal definiu as restrições quantitativas como “mesures ayant le caractère de prohibitions, totales ou partielles, d’importation, d’exportation ou de transit selon le cas”. (7) Fórmula retomada *ipsis verbis* no considerando 7 do acórdão “Geddo” (8) e confirmada quanto ao seu alcance — no sentido de o conceito de restrição quantitativa abranger as proibições totais de importação — pela jurisprudência, mais recente, “Henn and Darby”. (9)

(7) Cf. Acórdão do TCE de 10-12-1968, proc. 7/68, “Commission c. Italie”, Rec. 1968, p. 617.

(8) Cf. Acórdão do TCE de 12-7-1973, proc. 2/73, “Geddo c. Ente Nazionale Risi”, Rec. 1973, p. 865.

(9) Cf. Acórdão do TCE de 14-12-1979, proc. 34/79, “Regina c. Henn and Darby”, Rec. 1979, p. 3795

Mas assim como no domínio pautal os direitos aduaneiros não constituem os únicos entraves ao comércio, assim no domínio dos obstáculos não-pautais a proibição das restrições quantitativas anda de par com a das chamadas “medidas de efeito equivalente”. Tal como o conceito de “encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro”, trata-se de uma figura não definida pelo Tratado, difícil de recortar com precisão, mas cujos contornos se têm vindo a delimitar progressivamente através da acção da Comissão e da jurisprudência do Tribunal.

A proibição das medidas de efeito equivalente tem, no Tratado de Roma, a natureza de disposição residual. Assim se compreende, aliás, a óptica em que o Tribunal se colocou ao considerar abrangida pela proibição qualquer regulamentação comercial adoptada pelos Estados-membros, susceptível de entrar, directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário. ⁽¹⁰⁾

Ao proibir as medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas nos termos em que o faz o Tratado de Roma inova relativamente ao GATT ⁽¹¹⁾ e à OECE ⁽¹²⁾. Como sublinha o Prof. Paul Demaret, ⁽¹³⁾, embora para qualquer destas duas organizações o problema dos obstáculos ao comércio constitua uma questão central, (e as NTB — non-tariff barriers — têm estado no âmago dos debates na sequência do Tokyo round) não vigora no âmbito de qualquer delas uma proibição geral das medidas de efeito equivalente.

E — acrescente-se — mesmo que vigorasse, a sua eficácia seria certamente muito reduzida dada a debilidade institucional das organizações em causa.

É este aliás um ponto que nunca será demais sublinhar. Todas as comparações que se façam, entre as normas substantivas do GATT e as da

⁽¹⁰⁾ Cf. Acórdão do TCE de 11-7-1974, proc. 8/74, “Procureur du Roi c. Dassonville”, Rec. 1974, p. 837, considerando 5.

⁽¹¹⁾ General Agreement on Tariffs and Trade. Cf. (nota 4).

⁽¹²⁾ Organização Europeia de Cooperação Económica, a que, a partir de 1961, sucedeu a OCDE — Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico.

Cf. Jacques Fontanel, “Organisations économiques internationales”, Masson, Paris, 1981.

⁽¹³⁾ Cf. Paul Demaret, “Les quatre libertés fondamentales du marché commun — syllabus et dossier de documentation”, Collège d’Europe, Bruges, 1983, p. 35.

CEE, não podem perder de vista que o alcance e eficácia de tais normas estão condicionados por estruturas jurídicas e quadros institucionais profundamente diferenciados. Enquanto que no caso do GATT se está perante uma organização internacional de âmbito quase-universal, dispondo de um aparelho institucional reduzido e flexível (o que aliás tem constituído uma vantagem notável para esta organização em comparação com outras organizações do mesmo âmbito) que revela da simples cooperação inter-estadual, e no domínio da qual não existem órgãos judiciais capazes de garantir a uniformidade de interpretação dos conceitos, a certeza e a eficácia na aplicação do direito; a Comunidade Económica Europeia, apesar das fraquezas que lhe são conhecidas, é uma organização regional com uma homogeneidade incomparavelmente superior à do GATT, situada ao nível da integração económica e jurídica, e não da simples cooperação inter-estadual, dispondo de um sistema de fontes de direito, de um complexo institucional de produção de normas jurídicas e de uma estrutura judicial garante da uniformidade da jurisprudência, da certeza e eficácia na aplicação do direito, que não tem comparação com o estágio presente de evolução do direito internacional económico geral. ⁽¹⁴⁾

Com efeito, a comparação de normas substantivas — ainda que redigidas de forma aproximada — com abstracção do contexto em que as mesmas estão destinadas a produzir os seus efeitos, pode gerar os maiores equívocos.

E assim — não perdendo de vista que a proibição das medidas de efeito equivalente constitui uma das expressões no âmbito comunitário, da filosofia de liberalização das trocas comerciais de que o GATT é referência indispensável — analisaremos a jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo certos de que as soluções aí encontradas não são extrapoláveis para além do âmbito da Comunidade, mas conscientes também de que elas não são assimiláveis ao pragmatismo próprio dos mecanismos de concertação.

II — MEDIDAS DE EFEITO EQUIVALENTE A RESTRIÇÕES QUANTITATIVAS À IMPORTAÇÃO: CRITÉRIOS

Já referimos que o carácter residual do conceito torna difícil a sua apreensão. No entanto a análise do direito originário e do direito derivado,

⁽¹⁴⁾ Cf. Pieter Verloren Van Themaat, (nota 4).

bem como da jurisprudência, permite-nos detectar um conjunto de critérios orientadores:

- a) As medidas de efeito equivalente são medidas imputáveis aos poderes públicos.

A proibição dos art.^{os} 30.^o e seguintes, como aliás a dos art.^{os} 12.^o e seguintes, tem como destinatários os Estados. São pois por ela abrangidos actos imputáveis aos poderes públicos, contrariamente ao que sucede no domínio das regras da concorrência que visam comportamentos imputáveis aos agentes económicos (art.^{os} 85.^o e 86.^o).

Numa Directiva de 22 de Dezembro de 1969 ⁽¹⁵⁾, a Comissão esclarece — e este entendimento foi confirmado pelo Tribunal — que são abrangidos pelo conceito actos de natureza tão díspar como os actos legislativos, as disposições regulamentares e administrativas, as simples práticas da Administração e de uma forma geral todos os actos que emanem de uma autoridade pública, incluindo as incitações.

Quid, no entanto, se o comportamento de certa empresa — designadamente de uma empresa pública — de que resulta um entrave ao comércio, decorre não do exercício autónomo de poderes de gestão por parte dos responsáveis da empresa, mas de medidas adoptadas pelas autoridades (do acto legislativo à simples pressão exercida pelo departamento de tutela sobre a administração de certa empresa pública)?

Parece-nos — embora não queiramos, neste contexto, tomar posição definitiva sobre matéria tão delicada — que um comportamento de uma autoridade pública de que resulte, mesmo indirectamente, um obstáculo ao comércio terá de considerar-se uma medida de efeito equivalente. Neste sentido tal comportamento será sancionável à luz do disposto nos art.^{os} 30.^o e seguintes, sendo admissível que a Comissão introduza perante o Tribunal, contra o Estado membro em questão, uma acção por incumprimento de obrigação decorrente do Tratado, nos termos do art.^o 169.^o Tal circunstância, no entanto, parece-nos também não excluir, em certas hipóteses — aquelas em que a(s) empresa(s) disponha(m) ainda de uma margem de apreciação que lhe(s) permita determinar de forma autónoma o seu comportamento — que as próprias empresas possam, se for caso disso, ser responsabilizadas por violação das normas de concorrência.

⁽¹⁵⁾ Cf. Directive de la Commission du 22 décembre 1969, n.^o 70/50/CEE, Jo L 13, 19-1-1970.

- b) As medidas de efeito equivalente constituem uma categoria de carácter residual.

A livre circulação de mercadorias constitui um dos princípios fundamentais sobre que assenta a construção comunitária. Fora do âmbito de aplicação das cláusulas de excepção expressamente previstas pelo Tratado ⁽¹⁶⁾ não são pois admissíveis quaisquer derrogações a esse princípio, isto é, quaisquer obstáculos ao comércio. Neste sentido, o sistema comunitário é um sistema perfeito e os conceitos de “encargo de efeito equivalente” e de “medida de efeito equivalente” fornecem a base jurídica necessária à resolução dos problemas que se suscitem nesta área. E como o âmbito de aplicação do primeiro destes dois conceitos está hoje delimitado com precisão, pensamos poder afirmar que o segundo constitui uma verdadeira “catch-all provision”, destinada a abarcar no seu âmbito todos os obstáculos ao comércio que não sejam expressamente abrangidos por outras proibições.

O Tribunal parece aliás confirmá-lo nos acórdãos “Comissão c. Itália” ⁽¹⁷⁾, “Fink-Frucht” ⁽¹⁸⁾ e “Iannelli”, ⁽¹⁹⁾ ao analisar o alcance do conceito em relação respectivamente, aos encargos de efeito equivalente, ao princípio de não-discriminação ao nível da fiscalidade indirecta e aos auxílios públicos às empresas.

- c) As medidas de efeito equivalente são medidas que restringem o comércio intracomunitário.

A filosofia subjacente ao estabelecimento do mercado comum e antes de mais ao princípio da livre circulação de mercadorias traduz-se na substituição dos vários mercados nacionais, parcelares, por um mercado comunitário, unificado. Por isso, a afectação do comércio intracomunitário, a

⁽¹⁶⁾ As duas cláusulas fundamentais nesta matéria são as dos art.ºs 36.º e 115.º. No entanto, devem ainda mencionar-se as dos art.ºs 103.º; 107.º; 108.º; 109.º; 223.º e 224.º

⁽¹⁷⁾ Cf. (nota 7).

⁽¹⁸⁾ Cf. Acórdão do TCE de 4-4-1968, proc. 27/67, “Fink Frucht c. Hauptzollamt de Munchen-Landbergstrasse”, Rec. 1968, p. 327.

⁽¹⁹⁾ Cf. Acórdão do TCE de 22-3-1977, proc. 74/76, “Iannelli c. Meroni”, Rec. 1977, p. 557.

restrição das trocas comerciais no interior da Comunidade, constitui um critério fundamental de apreciação para aferir da legalidade de uma medida.

E note-se que a regra “de minimis” não é aplicável nesta matéria ⁽²⁰⁾, que a concessão sistemática de isenções em relação aos produtos importados por parte das autoridades competentes não exclui a ilegalidade da medida principal, ⁽²¹⁾ que a afectação indirecta ou mediata do comércio entre Estados-membros é suficiente para que a proibição seja aplicável, ⁽²²⁾ e que o carácter excessivo das sanções aplicadas por desrespeito duma norma nacional pode, em si mesmo, traduzir-se numa violação do Tratado. ⁽²³⁾

⁽²⁰⁾ Cf. Acórdão do TCE de 15-12-1971, proc. 51 a 54/71, “International Fruit Company c. Produktschap voor Groenten en Fruit”, Rec 1971, p. 1107. Lê-se, com efeito no considerando 9: “... ces dispositions font dès lors obstacle à l’application, dans les rapports intracommunautaires, d’une législation nationale qui maintiendrait l’exigence, *même purement formelle*, de licences d’importation ou d’exportation ou tout autre procédé similaire”.

⁽²¹⁾ Cf. Acórdão do TCE de 16-12-1980, proc. 27/80, “Fietje”, Rec. 1980 p. 3839.
Considerando 14: “... une mesure qui relève de l’interdiction prévue par l’article 30 du traité n’échappe pas à cette interdiction par le seul fait que l’autorité compétente est habilitée à accorder des exemptions, même si cette habilitation est utilisée libéralement en faveur des produits importés...”

⁽²²⁾ Cf. Acórdão do TCE de 10-7-1980, proc. 152/78, “Commission c. France”, Rec. 1980, p. 2229. Considerando 11: “... il n’est pas contesté entre parties qu’une limitation apportée aux possibilités de publicité pour certains produits peut constituer une mesure d’effet équivalent à une restriction quantitative au sens de l’article 30 du traité. Une telle limitation, bien qu’elle ne conditionne pas directement les importations, est cependant de nature à restreindre le volume de celles-ci par le fait qu’elle affecte les possibilités de commercialisation pour les produits importés”.

⁽²³⁾ Cf. Acórdão do TCE de 15-12-1976, proc. 41/76, “Donckerwolcke c. Procureur de la République”, Rec. 1976, p. 1921.

Considerandos 36 e 37: “... le fait, par l’importateur, de ne pas respecter l’obligation de déclarer l’origine première d’une marchandise ne saurait donner lieu à l’application de sanctions disproportionnées, compte tenu du caractère purement administratif de l’infraction; à cet égard, serait certainement incompatible avec les dispositions du traité, puisqu’équivalant à une entrave à la libre circulation des marchandises, la saisie de la marchandise ou toute sanction pécuniaire fixée en fonction de la valeur de celle-ci...”

III — MEDIDAS DE EFEITO EQUIVALENTE A RESTRIÇÕES QUANTITATIVAS À IMPORTAÇÃO: LIMITES

No entanto, atento o alcance — muito amplo — que o tribunal imprime às suas formulações, é legítimo colocar-se a questão de saber se — na ausência de regras comuns ou de regras nacionais harmonizadas sobre a produção e a comercialização de bens — a disparidade de soluções vigentes ao nível nacional neste ou naquele sector, de que resultarão inevitavelmente dificuldades para a plena realização do princípio da livre circulação de mercadorias, implica que tais medidas nacionais sejam qualificadas, em quaisquer circunstâncias, como medidas de efeito equivalente.

Semelhante conclusão, que parece caber na letra do considerando 5 do acórdão “Dassonville” — jurisprudência confirmada em decisões posteriores — afigura-se-nos inaceitável.

Com efeito, não sofre discussão que:

- na ausência de transferência expressa do exercício de certas competências do nível nacional para o nível comunitário, prevista pelo direito originário;
- na ausência de normas comuns constantes de regulamentos aprovados pelo Conselho de Ministros; e,
- na ausência de regras nacionais harmonizadas, na sequência de directivas emitidas com base no art.º 100.º

os Estados-membros têm legitimidade para disciplinar, através da emissão de normas jurídicas, a produção e o comércio de bens.

E não será difícil admitir — antes a realidade o comprova abundantemente — que as soluções adoptadas nos vários Estados-membros para um mesmo sector apresentem diferenças significativas.

Ora, sob pena de se esvaziar de significado ou de efeito útil a competência das autoridades nacionais, terá de admitir-se que, no actual estágio de desenvolvimento do processo de integração económica e de evolução do direito comunitário, subsistem entraves ao comércio — resultantes da simples disparidade de soluções para um mesmo sector nos vários Estados — que não correspondem ao conceito de medida de efeito equivalente.

Creemos, no entanto, que para uma correcta análise desta questão fundamental há que distinguir:

- as medidas nacionais formalmente discriminatórias:
- das medidas que se aplicam sem distinção aos produtos nacionais e aos produtos importados.

a) Medidas formalmente discriminatórias.

No que diz respeito às medidas formalmente discriminatórias, isto é, aquelas que se traduzem na aplicação de regimes diferenciados em função da origem das mercadorias, não subsistem dúvidas quanto à sua qualificação como medidas de efeito equivalente. São, no que diz respeito à importação, aquelas que, nos termos do n.º 1 do art.º 2.º da Directiva 70/50/CEE, “font obstacle à des importations qui pourraient avoir lieu en leur absence, y compris celles qui rendent les importations plus difficiles ou onéreuses que l’écoulement de la production nationale”. Trata-se, em suma, das medidas que submetem a importação e/ou a comercialização dos produtos importados a requisitos não aplicáveis aos produtos nacionais ou a condições mais gravosas do que as aplicadas a estes últimos.

Podem distinguir-se dois tipos fundamentais de medidas desta natureza:

- as que se reportam de forma directa e imediata (restringindo-a) à própria operação de importação, de que podemos dar como exemplos:
 - o licenciamento das importações; ⁽²⁴⁾
 - a exigência de certificados de origem de obtenção impossível ou muito difícil por parte do importador; ⁽²⁵⁾
 - a exigência da indicação da origem das mercadorias, por parte do importador, para além daquilo que o mesmo pode razoavelmente saber; ⁽²⁶⁾

⁽²⁴⁾ Cf. (notas 20 e 23).

⁽²⁵⁾ Cf. (nota 23) e Acórdão do TCE de 30-11-1977, proc. 52/77, “Cayrol c. Rivoira”, Rec. 1977, p. 2261.

⁽²⁶⁾ Cf. (nota 23).

- a realização de controlos sanitários, fiscais ⁽²⁷⁾ ou estatísticos nas fronteiras;
 - a limitação dos períodos em que a importação é autorizada; ⁽²⁸⁾
 - a limitação das importações “rationae loci”, ⁽²⁹⁾
 - a limitação das importações “ratione personae”; ⁽³⁰⁾
- aquelas que, favorecendo especificamente a comercialização dos produtos nacionais no território nacional, restringem de forma indirecta e mediata as importações, de que podemos dar como exemplos:
- a reserva, estabelecida em favor dos produtos nacionais, quanto ao uso de uma denominação que não seja uma denominação de origem ou uma indicação de proveniência; ⁽³¹⁾
 - a preferência dada à utilização de mercadorias nacionais; ⁽³²⁾
 - o financiamento pelas autoridades de campanhas publicitárias destinadas a promover os produtos nacionais. ⁽³³⁾

Em relação a todas as medidas deste tipo a proibição comunitária dos art.ºs 30.º e seguintes tem eficácia plena. E como medidas contrárias à legalidade comunitária que são, só podem ser admitidas excepcionalmente nos limites estreitos das designações e cláusulas de salvaguarda previstas pelo Tratado.

b) Medidas indistintamente aplicáveis aos produtos nacionais e aos produtos importados.

⁽²⁷⁾ Cf. Acórdãos do TCE de 25-10-1979, proc. 159/78, “Commission c. Italie”, Rec. 1979, p. 3247; e de 9-10-1980, proc. 823/79, “Carciati”, Rec. 1980, 2773.

⁽²⁸⁾ Cf. Acórdão do TCE de 7-4-1981, proc. 132/80, “United Foods c. Belgique”, Rec. 1981, p. 995.

⁽²⁹⁾ Cf. (nota 13), disposições legais italianas relativas à importação de produtos siderúrgicos.

⁽³⁰⁾ Cf. (nota 10) e Acórdão do TCE de 16-5-1979, proc. 2/78, “Commission c. Belgique”, Rec. 1979, p. 1761.

⁽³¹⁾ Cf. Acórdão do TCE de 12-10-1978, proc. 13/78, “Eggers c. Freie Hansestadt Bremen”, Rec. 1978, p. 1935.

⁽³²⁾ Cf. (nota 19).

⁽³³⁾ Cf. Acórdão do TCE de 24-11-1982, proc. 249/81, “Commission c. Irlande” Rec. 1982, p. 4005.

Problemas mais complexos são os que se colocam a propósito das medidas aplicáveis sem distinção — e por isso sem que haja discriminação formal — aos produtos nacionais e aos produtos importados.

O seu estudo exige uma análise cuidada da Directiva 70/50/CEE, do acórdão “Dassonville” e do acórdão chamado “Cassis de Dijon”. (34)

DIRECTIVA 70/50/CEE

Nos termos do art.º 3.º da Directiva são abrangidas pela proibição “as medidas relativas à comercialização de produtos... aplicáveis indistintamente aos produtos nacionais e aos produtos importados, *cujos efeitos restritivos sobre a livre circulação de mercadorias ultrapassem o quadro dos efeitos próprios de uma regulamentação comercial*”.

O que se verificará, nomeadamente, quando não haja proporção entre o efeito restritivo inerente a certa medida e o objectivo que através dela se pretende alcançar ou quando o interesse a tutelar possa ser eficazmente salvaguardado através de uma medida com incidências menos restritivas sobre o comércio entre os Estados-membros.

Do que parece resultar uma presunção de legalidade relativamente às medidas indistintamente aplicáveis. Contrariamente às medidas formalmente discriminatórias — as quais, em virtude da sua natureza, afectam necessariamente o comércio intracomunitário sendo sempre qualificáveis como medidas de efeito equivalente — as medidas indistintamente aplicáveis corresponderiam ao exercício legítimo de competências nacionais relativas à disciplina da produção e do comércio de bens. Lê-se, com efeito, no sétimo considerando daquele acto de direito derivado: “... les effets sur la libre circulation des marchandises des mesures relatives à la commercialisation des produits et qui sont indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, *ne sont pas, en principe, équivalents à ceux des restrictions quantitatives, ces effets étant normalement inhérents aux disparités des règlements appliquées par les Etats membres en la matière*”.

(34) Cf. Acórdão do TCE de 20-2-1979, proc. 120/78 “Rewe” (“Cassis de Dijon”), Rec. 1979, p. 649.

Excluída, em princípio, a equivalência das medidas indistintamente aplicáveis às restrições quantitativas, são significativas as consequências desta concepção ao nível do ónus da prova.

Caberá à Comissão — agindo no quadro do art.º 169.º — ou aos agentes económicos — em litígios que os oponham à Administração, perante os tribunais nacionais — provar que os efeitos da medida contestada se situam para além dos efeitos próprios de uma regulamentação comercial. E não será difícil reconhecer que a administração de tais meios de prova pode envolver, em certas circunstâncias, obstáculos insuperáveis.

A Directiva 70/50/CEE revela-nos, assim, uma atitude de grande prudência por parte da Comissão ao abordar o problema, resultante em parte da convicção então prevaiente de que um programa eficaz de harmonização das legislações nacionais permitiria resolver as dificuldades mais significativas.

Tal optimismo foi infirmado pelos factos, apesar dos progressos realizados em certas áreas. ⁽³⁵⁾ E a jurisprudência do Tribunal evoluiu — à medida que se reforçavam as tendências proteccionistas a nível nacional — no sentido do reforço da proibição das medidas de efeito equivalente. Os acórdãos “Dassonville” e “Cassis de Dijon”, entre os muitos relativos a esta problemática, constituem marcos fundamentais dessa evolução.

O primeiro pela noção geral de medida de efeito equivalente que acolhe no seu considerando 5; o segundo pelas orientações que traça no domínio específico das medidas indistintamente aplicáveis. ⁽³⁶⁾

⁽³⁵⁾ Cf. designadamente, quanto ao sector automóvel, “Commission activities and Ec rules for the automobile industry — progress report on the implementation of the Commission statement “The European Automobile Industry” of June 1981” — COM (83) 633 final, 21/12/1983.

⁽³⁶⁾ Que a jurisprudência “Cassis de Dijon” se reporta exclusivamente ao domínio das medidas indistintamente aplicáveis é-o confirmado pelo Acórdão do TCE de 17-6-1981, proc. 113/80, “Commission c. Irlande”, Rec. 1981, p. 1625.

Cf. considerando 11: “... excluant l'application aux mesures en cause (medidas formalmente discriminatórias) de la jurisprudence susvisée (a jurisprudência “Cassis”), *qui ne concerne que les dispositions des législations régissant d'une manière uniforme la commercialisation des produits nationaux et des produits importés.*”

JURISPRUDÊNCIA “DASSONVILLE”

Confrontado com os rigores da lei belga quanto à exigência de certificados de origem, para o efeito da admissibilidade da importação de certo tipo de produtos, o Tribunal considerou que — na ausência de um regime comunitário que garanta a autenticidade das denominações de origem — os Estados-membros têm competência para regulamentar tal matéria, através da emissão de normas nacionais. Reconhece, assim, a Cúria do Luxemburgo que a defesa dos consumidores e a prevenção de práticas comerciais desleais correspondem à salvaguarda de interesses de ordem geral que ao legislador cabe acautelar. Lê-se, no entanto, na segunda parte do considerando 6 do referido acórdão: “... c’est cependant à la condition que ces mesures soient raisonnables et que les moyens de preuve exigés n’aient pas pour effet d’entraver le commerce entre les Etats membres...”

Quer-se com esta frase dizer que o exercício das competências nacionais está limitado por um critério de razoabilidade.

Independentemente da aplicação do art.º 36.º — com base no qual, como se sabe, e dentro dos seus limites, é admissível a adopção de medidas restritivas inequivocamente qualificáveis como medidas de efeito equivalente — o que o acórdão “Dassonville” nos ensina é que os entraves ao comércio que resultam da simples disparidade das regulamentações nacionais relativas a certa questão, são admissíveis — não correspondendo ao conceito de medida de efeito equivalente — se o exercício das competências nacionais tiver obedecido a critérios de razoabilidade. Ou, para utilizarmos a terminologia da Directiva 70/50/CEE, se os efeitos de tais regulamentações (e da disparidade das mesmas) não excederem os efeitos próprios de qualquer regulamentação comercial.

Com uma diferença no entanto: enquanto a concepção subjacente à Directiva assenta numa presunção de legalidade das medidas indistintamente aplicáveis (as quais só seriam consideradas medidas de efeito equivalente se ultrapasassem os efeitos próprios de qualquer regulamentação comercial); o acórdão parte, ao contrário, da concepção mais ampla possível de medida de efeito equivalente ⁽³⁷⁾, para lhe atenuar de seguida o rigor

⁽³⁷⁾ Cf. considerando 5 do Acórdão “Dassonville” (nota 10):

“... toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d’entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d’effet équivalant à des restrictions quantitatives”.

ao acolher a “rule of reason” expressa na cláusula de razoabilidade do considerando 6.

Esta diferença de concepção não é de pura forma, pondo desde logo em causa a presunção de legalidade em que a Comissão se baseou ao elaborar a sua Directiva.

Com efeito, após “Dassonville”, qualquer regulamentação nacional que afecte, de forma directa ou indirecta, actual ou potencial, o comércio entre Estados-membros é, em princípio, abrangida pela proibição dos art.ºs 30.º e seguintes. Só não o será se o entrave à plena realização da livre circulação de mercadorias que dela decorre resultar da simples disparidade das regras aplicáveis nos vários Estados-membros; na condição porém de tais regras serem “razoáveis”, isto é, corresponderem à prossecução de interesses de ordem geral dignos de tutela e serem, dentro das medidas possíveis e eficazes, as menos restritivas das trocas comerciais.

Deve admitir-se, no entanto, que a leitura que preconizamos — a qual nos parece responder de forma coerente e satisfatória às dificuldades resultantes da necessidade de compatibilizar as exigências do princípio fundamental da livre circulação de mercadorias com o exercício legítimo e eficaz das competências reconhecidas aos Estados — não decorre em termos unívocos do acórdão analisado.

A jurisprudência subsequente, designadamente o acórdão “Cassis de Dijon” confirma-nos, no entanto, nas conclusões a que chegámos.

JURISPRUDÊNCIA “CASSIS DE DIJON”

Tratava-se, em tal processo, de apreciar uma medida alemã aplicável, sem distinção, aos produtos nacionais e aos produtos importados, relativa ao teor alcoólico mínimo exigível para certa categoria de bebidas.

Tal como em “Dassonville”, o Tribunal afirma que, na ausência de disposições comuns sobre a produção e o comércio de bebidas alcoólicas (considerando 8), cabe aos Estados-membros adoptar, para vigorarem no seu território, as medidas adequadas. E sendo díspares as medidas adopta-

das a nível nacional, os entraves ao comércio daí resultantes, isto é, da referida disparidade, terão de aceitar-se (não constituindo pois medidas de efeito equivalente) desde que as regulamentações nacionais aplicáveis sejam necessárias à satisfação de exigências imperativas relativas, designadamente, à eficácia dos controlos fiscais, à protecção de saúde pública, à lealdade das transacções comerciais e à defesa dos consumidores.

Embora com uma formulação diferente, esta jurisprudência situa-se — no que se refere às medidas indistintamente aplicáveis — na lógica da cláusula de razoabilidade enunciada em “Dassonville”. (38)

Dizer-se que as medidas nacionais só serão admissíveis se necessárias, e suficientes, à prossecução de exigências imperativas é o mesmo que sustentar-se que as medidas nacionais só escaparão ao rigor da proibição se forem “razoáveis” no sentido, que sabemos ser o de “Dassonville”, de necessárias e suficientes à salvaguarda de interesses de ordem geral, como a defesa do consumidor e a garantia de lealdade nas transacções comerciais.

Os termos do quarto parágrafo do considerando 14 do acórdão “Cassis de Dijon”, que tanta tinta têm feito correr, não põem em causa, no nosso entender, tais conclusões. (39)

Com efeito, dizer-se “qu’il n’y a donc aucun motif valable d’empêcher que des boissons alcoolisées, à condition qu’elles soient légalement produites et commercialisées dans l’un des Etats membres, soient introduites dans tout autre Etat membre sans que puisse être opposée, à l’écoulement de ces produits, une prohibition légale de commercialisation des boissons comportant un degré d’alcoolisation inférieur à la limite déterminée par la réglementation nationale”, não significa de forma alguma que, genericamente, as disposições legais vigentes no Estado importador sejam inoperantes em relação aos produtos provenientes de outros Estados pelo simples facto de tais produtos terem sido legalmente fabricados e comercializados no Estado exportador.

(38) Cf. René Barents, “New developments in measures having equivalent effect”, CMLR, 1981, p. 271s.

(39) Cf. ainda sobre a jurisprudência “Cassis de Dijon” e suas consequências, entre outros, A. Mattera, “L’arrêt ‘Cassis de Dijon’: une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur” RMC 1980, p. 505; J.C. Masclet, “Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l’arrêt ‘Cassis de Dijon’” RTDE, 1980, p. 611; A. Touffait “Les entraves techniques à la libre circulation des marchandises”, Rec. Dalloz-Sirey, 1982, p. 37; P. Oliver, “Measures of equivalent effect: a reappraisal”, CMLR, 1982, p. 217.

Como já afirmámos em contexto distinto, ⁽⁴⁰⁾ a relevância da referida expressão, por paradoxal que possa parecer, consiste em introduzir, na ausência de regras comuns, uma dimensão comunitária na apreciação dos problemas. Na verdade, se um produto é legalmente fabricado e comercializado num Estado-membro, isso significa, em princípio, que os interesses de ordem geral a que os Estados dão expressão através das suas disposições legislativas e regulamentares referentes à produção e comercialização de bens terão sido já tomados em consideração.

Por isso qualquer regulamentação nacional, indistintamente aplicável aos produtos nacionais e importados, de que resulte, directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, um entrave ao comércio, deve ser considerada medida de efeito equivalente. Só não o será se corresponder à prossecução de interesses de ordem geral (exigências imperativas) que, no estado actual de desenvolvimento do processo integracionista e de evolução do direito comunitário, não possam ser acautelados sem a aplicação de tal medida; e se a mesma não ultrapassar, em termos de restrição do comércio, aquilo que é necessário e suficiente para atingir os objectivos pretendidos — numa palavra, se for “razoável”.

Na verdade, se a medida em causa não responder a estas exigências ela será, na sua substância, na sua essência, discriminatória. Por isso se fala, com propriedade, em relação a tais medidas, de discriminação material. ⁽⁴¹⁾

Sob a aparência formal da não-discriminação, elas traduzem-se em regimes jurídicos cuja aplicação — no contexto económico e comercial em que produzem os seus efeitos — se repercute negativamente sobre os fluxos comerciais, impedindo ou limitando as importações. ⁽⁴²⁾

Podemos pois dizer, em síntese, que a análise da jurisprudência revela que uma medida indistintamente aplicável, que afecte o comércio intracomunitário, só não será qualificada como medida de efeito equivalente, se respeitar duas condições:

⁽⁴⁰⁾ Cf. (nota 1) p. 236.

⁽⁴¹⁾ Cf. (nota 13)

⁽⁴²⁾ Cf. (nota 22). É de notar, aliás, que o conceito de discriminação material aflora também no domínio do art.º 95.º.

Cf. quanto a este ponto, ao nível da jurisprudência, entre outros, o Acórdão do TCE de 27-2-1980, proc. 168/78, “Commission c. France”, Rec. 1980, p. 347; ao nível da doutrina, Alex Easson, “Fiscal discrimination: new perspectives on article 95 of the EEC treaty, CMLR, 1981, p. 521.

- a condição, positiva, de ser justificada por uma exigência imperativa, relativa à prossecução do interesse geral;
- a condição, negativa, de se não traduzir numa discriminação material.

CONCLUSÃO

A reflexão realizada permite-nos concluir:

1.º A jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias, relativa ao conceito de medida de efeito equivalente, é norteada por uma preocupação fundamental: garantir a unidade do mercado comunitário.

Assim se explica, quer a utilização privilegiada de métodos de interpretação de tipo sistemático e teleológico, quer consequentemente a extensão do conceito.

2.º No entanto, o reconhecimento

- da soberania dos Estados-membros no que diz respeito à condução da política económica geral; e,
- das insuficiências do Direito Comunitário (ou mesmo do simples processo de harmonização das legislações nacionais no que respeita à disciplina da produção e do comércio de bens, leva o Tribunal a aceitar como legítima, por parte dos Estados, a prossecução autónoma de exigências imperativas relativas à salvaguarda do interesse geral.

3.º O Tribunal reconhece também que da disparidade de soluções resultante dessa prossecução autónoma de exigências imperativas podem resultar entraves ao comércio intracomunitário.

- 4.º Tais entraves são no entanto admissíveis, não sendo abrangidos pelo conceito de medida de efeito equivalente, se:
- para além de justificados à luz de exigências imperativas relativas à salvaguarda do interesse geral,
 - forem “razoáveis”, isto é, se as medidas em causa forem,
 - necessárias à salvaguarda desse interesse, dado o vazio jurídico existente a nível comunitário; e,
 - suficientes, pois sendo eficazes são as menos restritivas do comércio intracomunitário.
- 5.º Fora deste condicionalismo, as medidas indistintamente aplicáveis devem ser consideradas como materialmente discriminatórias, sendo pois abrangidas pela proibição dos art.ºs 30.º e seguintes.
- 6.º Nesse caso — tal como em relação às medidas formalmente discriminatórias — o rigor da proibição só pode ser ultrapassado no quadro, restritivo, das exceções cláusulas de salvaguarda expressamente admitidas pelo Tratado de Roma.
- 7.º A jurisprudência posterior a “Cassis de Dijon” — cuja análise ultrapassa o nosso propósito no âmbito do presente trabalho — não põe em causa, quanto ao essencial, as conclusões a que chegámos.

**PROTECÇÃO
DOS DIREITOS DO HOMEM**

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

76.º

OZTURK CONTRA A RÉPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA (¹)

- I. É lícito aos Estados considerar, no seu direito interno, vários tipos de infracção (penais, disciplinares, administrativas, contra ordenações, etc.), mas tal qualificação não se impõe aos órgãos internacionais garantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- II. A Convenção não vai contra a “despenalização” que vem sendo feita nos Estados, que dela são Parte; é, porém, incompatível com a Convenção que a qualificação de “infracção administrativa” ou de “contra ordenação” afaste, por vontade do Estado, a aplicabilidade dos seus artigos 6.º e 7.º.
- III. Embora qualificada de “contra ordenação” pelo direito interno, a infracção ao Código da Estrada, de que resultem danos, deve ser considerada, para os fins do art.º 6.º da Convenção como infracção penal, já que a norma se dirige a todos os utentes da estrada, revestindo carácter geral, e a sanção tem simultaneamente fins de prevenção e de repressão.

(¹) Cour Eur. D.H., A, 73. Publicado em Documentação e Direito Comparado, 13, 191.

IV. O Estado pode confiar às autoridades administrativas a competência para perseguir infracções ligeiras, nomeadamente no campo do direito estradal, desde que da decisão administrativa ou policial caiba recurso para um tribunal que ofereça as garantias do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

DATA DA DECISÃO: 21 de Fevereiro de 1984.

JUIZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês, presidente, R. Ryssdal, norueguês, J. Cremona, maltês, Thór Vilhjalmsson, islandês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, L. Liesch, luxemburguês, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Fariña, português, E. Garcia de Enterría, espanhol, L.E. Pettiti, francês, B. Walsch, irlandês, Vicent Evans, britânico, R. Macdonald, canadiano (candidato pelo Liechtenstein), C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão.

PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM:

A Comissão pronunciara-se ⁽²⁾ por 8 votos contra 4, no sentido de ter sido violada a alínea e) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção.

DECISÃO: O tribunal decidiu:

— por 13 votos ⁽³⁾ contra 5 ⁽⁴⁾ que ao caso era aplicável a alínea e) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção.

(2) Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio.

(3) Dos juízes Wiarda, Ryssdal, Cremona, Ganshof van der Meerch, Evrigenis, Gölcüklü, Pinheiro Fariña, Garcia de Enterría, Pettiti, Walsch, Evans, Macdonald, e Russo;

(4) Dos Juízes Vilhjalmsson, Bindschedler, Liesch, Matcher, Bernhardt;

- por 12 votos ⁽⁵⁾ contra 6 ⁽⁶⁾ que fora violada a alínea e) § 3.º do art.º 6.º da Convenção.

77.º

SUTTER CONTRA A SUIÇA (7)

- I. Para determinar se o art.º 6.º da Convenção foi ou não violado importa atender a todo o processo, no seu conjunto.
- II. A falta de debates orais e públicos no “Tribunal Militar de Cassação” não ofende o § 1.º do art.º 6.º da Convenção — quando este Tribunal não se ocupou do fundo da questão, limitando-se à interpretação do direito — e no tribunal militar de 1.ª instância se tenha procedido a julgamento público e debate orais.
- III. Satisfaz a exigência de “publicidade da decisão”, embora não tenha sido lida em audiência, a possibilidade de consulta e de obter cópia por qualquer pessoa com interesse legítimo e ainda a publicação oficial das mais importantes decisões do Tribunal que a proferiu (o Tribunal de Cassação Militar).

(5) Dos Juízes Wiarda, Ryssdal, Cremona, Ganshoff, Evrigenis, Gölcüklü, Garcia de Enterría, Pettiti, Walsch, Evans, MacDonald, Russo;

(6) Dos Juízes Vilhjalmsson, Bindschedler, Liesch, Matcher, Pinheiro Farinha, Bernhardt

(7) Cour Eur. D.H. A, 74;

DATA DA DECISÃO: 22 de Fevereiro de 1984.

JUIZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, (presidente) J. Cremona, maltês, Thór Vilhjalmsson, islandês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Bindschedler-Robert, suíça, L. Liesch, luxemburguês, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, L.E. Pettiti, francês, B. Walsch, irlandês, R. Macdonald, canadiano (candidato pelo Liechtenstein), C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão J. Gersing, dinamarquês.

PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM: (8)

A Comissão pronunciara-se por 10 votos contra 8, pela não violação.

DECISÃO: O tribunal decidiu:

- Não violar o § 1.º do art.º 6.º da Convenção a falta de audiências públicas no Tribunal Militar de Cassação (unanimidade);
- Também não ter havido violação de tal preceito (11 votos (9) contra 4 (10) pela não leitura pública da decisão do Tribunal Militar de Cassação.

(8) Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio;

(9) Dos Juízes Ryssdal, Vilhjalmsson, Bindschedler, Liesch, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Russo, Bernhardt, Gersing;

(10) Dos Juízes Cremona, Ganshoff van der Meersch, Walsch, Macdonald;

78.º

LUBERTI CONTRA A ITÁLIA (11)

- I. As autoridades nacionais têm certa liberdade de julgamento ao pronunciarem-se sobre o internamento de alguém como alienado.
- II. Para que se possa falar em “alienado”, para os efeitos do § 1.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com o consequente internamento, necessário é que: a demencia esteja comprovada, a doença revista carácter e amplitude justificativos do internamento e, ainda que este internamento se não mantenha para além da cessação do estado que o determinou.
- III. Importa ser prudente ao decidir a libertação de quem antes foi judicialmente declarado demente perigoso, já que tal decisão atinge interesses do internado e da comunidade em que, uma vez solto, o mesmo irá viver.
- IV. Não se compreende, por não razoável, a demora de mais de ano e meio para que o tribunal, com arguido preso, decida ser incompetente.

DATA DA DECISÃO: 23 de Fevereiro de 1984.

JUIZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês, (presidente), J. Cremona, maltês, C. Lagergren, sueco, E. Garcia de Enterría, espanhol, Vincent Evans, britânico, C. Russo, Italiano, R. Bernhardt, alemão.

(11) Cour Eur. D.H., A,75;

**PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS
DO HOMEM:**

A Comissão entendeu não haver violação do § 1.º do art.º 5.º (10 votos contra 2) e que o § 4.º do mesmo artigo fora violado (unanimidade).

DECISÃO: O tribunal decidiu por unanimidade:

- Não ter havido violação do § 1.º do art.º 5.º da Convenção;
- Ter havido violação do § 4.º do art.º 5.º;
- Dever a Itália entregar a Liberti, para compensação das despesas e encargos, um milhão de liras.

**79.º
GODDI CONTRA
ITÁLIA (12)**

- I. A alínea *c*) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem garante ao arguido uma defesa concreta e efectiva.
- II. Importa que o Tribunal conceda ao defensor oficioso o tempo necessário para o cumprimento da sua missão, nomeadamente e se fôr caso disso adiando ou suspendendo a audiência.

(12) Cour Eur. D.H., A,76;

DATA DA DECISÃO: 9 de Abril de 1984.

JUIZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês, (presidente), G. Lagergren, sueco, L. Liesch, luxemburguês, F. Gölcüklü, turco B. Walsh, irlandês, C. Russo, italiano, J. Gersing, dinamarquês.

PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM: (13)

A Comissão emitiu parecer no sentido da violação da convenção (unanimidade).

DECISÃO: O tribunal decidiu, por unanimidade:

- Ter havido violação da alínea c) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção;
- Que a Itália entregasse a Goddi 5 milhões de liras.

80.º

JONG, BALJET E VAN DEN BRINK CONTRA A HOLANDA (14)

I. O Estado que invoca a regra do “esgotamento dos recursos internos” deve indicar quais os recursos úteis disponíveis e adequados ao alcance do requerente.

(13) Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio.

(14) Cour Eur. D.H. A,77;

- II. A qualidade de “vítima” da violação do § 3.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não é afastada pela imputação de toda a prisão preventiva no cumprimento da pena imposta.
- III. São conceitos diferentes, para os fins do § 3.º do art.º 5.º “juiz” e “magistrado” habilitado por lei para exercer funções judiciais”. No entanto, este último deve ser independente do executivo e das partes, ouvir pessoalmente o detido e ter competência para confirmar a prisão ou ordenar a restituição à liberdade movido apenas por critérios jurídicos.
- IV. A garantia do § 4.º do art.º 5.º é, por natureza, diferente da do § 3.º e acresce a esta.

DATA DA DECISÃO: 22 de Maio de 1984.

JUIZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, (presidente) G. Wiarda, holandês, J. Cremona, maltês, D. Bindschedler-Robert, suíça, F. Golcükli, turco, L. E. Pettiti, Francês, e B. Walsch, irlandês.

PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM:

A Comissão pronunciara-se pela não violação do § 1.º e do art.º 5.º, nem dos art.ºs 5.º e 14.º conjuntamente (unanimidade); pela violação dos § 3.º (13 votos contra 1) e 4.º (9 votos contra 1 e 4 abstenções) do art.º 5.º; não haver que se ocupar das alegadas violações dos art.ºs 13.º e 18.º.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade:

- Rejeitar as excepções do não esgotamento dos recursos internos e da ilegitimidade do requerente Brink para se considerar vítima:

- Não ter sido violado o § 1.º do art.º 5º;
- Terem sido violados os § 3.º e 4.º do art.º 5.º;
- Não terem sido violados os art.ºs 14.º e 5.º, conjugados;
- Não haver que apreciar o caso face aos art.ºs 13.º e 18.º;
- Atribuir a cada um dos requerentes, ao abrigo do art.º 50.º da Convenção, 300 florins

PINHEIRO FARINHA

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

JOAQUIM PEREIRA BARAONA CONTRA PORTUGAL

- I. Recai sobre o Governo que excepciona com o não esgotamento dos recursos internos o ónus de demonstrar que os recursos omitidos assegurariam protecção directa aos direitos do requerente.
- II. Tendo o Juiz mandado desentranhar a contestação do M.º P.º deixa de existir fundamento para a queixa apresentada à Comissão por desigualdade de armas (Código de Processo Civil, art.º 486.º, § 3.º).
- III. Não compete à Comissão apreciar a compatibilidade in abstracto da lei interna com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

P.F.

DECISÃO:

La Commission européenne des Droits de l'Homme, siégeant en chambre du conseil le 5 octobre 1984 en présence de:

MM. C.A. NØRGAARD, *Président*
F. ERMACORA
E. BUSUTTIL
G. JORUNDSSON
G. TENEKIDES
S. TRECHSEL
B. KIERNAN
J.A. CARRILLO
A.S. GOZUBUYUK

A. WEITZEL
H.G. SCHERMERS
H. DANELIUS
J. CAMPINOS
H. VANDENBERGHE
Mme G.H. THUNE
H.C. KRUGER, *Secrétaire de la Commission;*

Vu l'article 25 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales;

Vu la requête introduite le 6 septembre 1982 par Joaquim PEREIRA BARAONA contre le Portugal et enregistrée le 9 septembre 1982 sous le N° de dossier 10092/82;

Vu la décision de la Commission en date du 2 mars 1983 de porter la requête à la connaissance du Gouvernement défendeur et d'inviter celui-ci à présenter par écrit ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête;

Vu les observations du Gouvernement défendeur en date du 16 mai 1983 et celles du requérant en réponse en date du 20 juin 1983;

Vu la décision de la Commission en date du 3 octobre 1983 d'inviter les parties à lui présenter par écrit des observations complémentaires;

Vu les observations complémentaires du Gouvernement défendeur en date du 9 décembre 1983 et celles du requérant en réponse en date du 3 février 1984;

Vu la décision de la Commission en date du 5 juillet 1984 de tenir une audience contradictoire sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête;

Vu l'audience contradictoire en date du 5 octobre 1984 sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête;

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

Après avoir délibéré,

Rend la décision suivante:

EN FAIT

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit:

Le requérant est un ressortissant portugais, commerçant de profession et domicilié à Cascais. Il est représenté devant la Commission par Mes J.A. Pires de Lima et J. Lebre de Freitas, avocats au barreau de Cascais.

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

Sachant qu'il allait être arrêté, le requérant s'est enfui au Brésil avec sa famille et y est resté jusqu'en septembre 1978, date de son retour au Portugal.

Entretemps, les travailleurs de l'entreprise de construction civile dont il était le propriétaire se sont appropriés celle-ci et autres biens du requérant (sa maison avec les meubles et ses comptes bancaires). Ultérieurement, l'entreprise fut considérée comme étant en faillite.

Le 30 juillet 1981, le requérant engagea devant le tribunal administratif ("auditoria administrativa") de Lisbonne, une action en responsabilité civile de l'Etat, en application du décret-loi N° 48051 du 21 novembre 1967, qui régit la responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat pour des actes de gestion publique. Il demanda des dommages-intérêts d'un montant de 8.800.000 escudos.

Une fois reçue la demande introductive d'instance ("petição inicial"), le juge ordonna la citation de la partie défenderesse (en l'occurrence l'Etat) et invita celle-ci à y répondre ("contestação") dans un délai de vingt jours.

Le 26 octobre 1981, le Ministère public représentant l'Etat demanda au juge administratif, en application de l'article 486, par. 3 du Code de procédure civile, une prolongation de trois mois du délai qui lui avait été imparti. Le magistrat a déféré à la demande le 28 octobre 1981.

Le 26 janvier 1982 le Ministère public demanda une nouvelle prolongation de trois mois, qui lui fut accordée le 27 janvier 1982.

Le 26 avril 1982, le Ministère public sollicita une nouvelle prolongation, de nature extraordinaire, de trente jours. Il fit valoir qu'afin de préparer ses

conclusions en réponse, de plus amples informations lui étaient nécessaires. Le 28 avril 1982 le juge accepta de prolonger le délai.

Le 8 juin 1982, le Ministère public formula une demande de prolongation supplémentaire de 30 jours, au motif que certains éléments indispensables n'étaient pas encore arrivés. Le 14 juin 1982 le magistrat décida une nouvelle extension du délai.

Enfin, le 21 juillet 1982, le Ministère public demanda à bénéficier de trente jours de plus, faisant valoir qu'il n'était pas encore en possession de la totalité des éléments nécessaires pour préparer sa réponse. Le 27 juillet le magistrat donna une suite favorable à la demande.

Le 30 juillet le requérant se plaignit au juge qu'il y avait "obstruction de la justice" en raison des prolongations successives des délais impartis au Ministère public pour présenter ses conclusions. Il demanda à obtenir copie de certains documents du dossier afin de se plaindre au Conseil supérieur de la magistrature et à la Commission européenne des Droits de l'Homme pour violation de l'article 6, par. 1 de la Convention.

Le 29 septembre 1982 le requérant forma un recours sur incident ("agravo") à la Cour suprême administrative ("Supremo Tribunal Administrativo") contre la décision du tribunal administratif de Lisbonne du 27 juillet 1982 de prolonger le délai accordé au Ministère public pour présenter ses conclusions. Il fit valoir que le tribunal avait violé l'article 486 par. 3 du Code de procédure civile, dans la mesure où il avait prolongé de plus de six mois le délai imparti au Ministère public pour présenter ses conclusions sans qu'il y eût une justification exceptionnelle et sans que le Ministère public eût précisé les éléments et les informations dont il avait besoin pour présenter ses conclusions en réponse à la demande introductive d'instance. Le requérant déposa le recours auprès du tribunal qui avait rendu la décision attaquée, faisant valoir que le recours devrait être adressé immédiatement à la juridiction supérieure et séparément.

Le 15 octobre 1982 le juge du tribunal administratif ("auditoria administrativa") de Lisbonne admit le recours sur incident ("agravo") formé par le requérant mais il ordonna que le recours soit transmis à la juridiction supérieure non pas séparément ni immédiatement, comme le demandait le requérant, mais joint au dossier de la procédure avec le premier appel qui serait interjeté par le requérant contre la décision finale. Le magistrat considéra enfin que le recours n'avait pas d'effet suspensif.

Le 26 octobre 1982 le requérant déposa son mémoire de recours ("alegações"). Il fit valoir que les prolongations des délais impartis au Ministère

public ne pouvait être arbitrairement accordés par le juge administratif, mais seulement à titre exceptionnel et ne pouvaient pas dépasser, en tout état de cause, six mois. Or, en l'occurrence, depuis plus d'une année le Ministère public n'avait pas présenté ses conclusions, sans avoir invoqué des motifs sérieux pour justifier de tels délais.

Le 4 novembre 1982 le Ministère public demanda au juge administratif une nouvelle prolongation de dix jours du délai pour présenter ses conclusions ("contestação") en réponse à la demande introductive d'instance. Il soutint qu'une telle prolongation se justifiait dans la mesure où le tribunal avait changé de locaux, ce qui avait paralysé pour un temps les activités du Ministère public.

Le 9 novembre le juge du tribunal administratif de Lisbonne invita le requérant à se prononcer, s'il le souhaitait, sur la demande de prolongation de délai présentée par le Ministère public.

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

Le 18 novembre 1982 le Ministère public déposa ses conclusions ("contestação") en réponse à la demande introductive d'instance. Ces conclusions furent notifiées au requérant par le greffier du tribunal.

Ayant estimé que la jonction des conclusions du Ministère public et leur notification avaient été décidées par le juge du tribunal administratif ("auditoria") de Lisbonne le requérant forma le 25 novembre 1982 un recours sur incident ("agravo") à la Cour suprême administrative ("Supremo Tribunal Administrativo"). Il déposa son recours auprès du tribunal qui avait rendu la décision attaquée et demanda que le recours fût immédiatement à la juridiction supérieure et avec effet suspensif.

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

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

Le 11 février 1983 le juge du tribunal administratif ("auditoria administrativa") de Lisbonne annula sa décision, rendue le 27 juillet 1983, d'ac-

corder une prolongation du délai au Ministère public et la remplaça par une décision de rejet de la demande formulée par le Ministère public. Rappelant les termes de l'article 486, par. 3 du Code de procédure civile (v. ci-avant), le magistrat souligna qu'une prolongation du délai ne pouvait être accordée au Ministère public que si, cumulativement, ce dernier ne disposait pas des informations nécessaires et ne pouvait pas obtenir ces informations à temps. En outre, lorsque le Ministère public demandait une prolongation du délai imparti, il devait préciser dans quel domaine il avait besoin d'informations et quelles démarches il avait entreprises à cet effet. Or, en l'occurrence, le Ministère public s'était limité à affirmer qu'il avait besoin d'informations complémentaires sans préciser davantage. Pour ce motif, la décision du 27 juillet n'était pas conforme à la disposition précitée du Code de procédure civile. Du fait de l'annulation de cette décision et du rejet de la demande de prolongation du délai du 21 juillet 1982, le magistrat administratif décida de ne pas prendre en considération les conclusions présentées postérieurement par les parties, à savoir les conclusions ("contestação") du Ministère public du 18 novembre 1982, la réplique du requérant du 30 novembre 1982 et la duplique du Ministère public ("treplica") du 17 décembre 1982. Il ordonna donc que ces pièces fussent exclues ("desentranhadas") du dossier de la procédure ("processo").

Enfin, ayant constaté que la notification des conclusions ("contestação") du Ministère public avait été faite par le greffier et non pas par lui-même, le juge du tribunal administratif rejeta le recours formé par le requérant le 25 novembre 1982.

Le 30 décembre 1983, le juge du tribunal administratif rendit une décision préparatoire ("despacho saneador") par laquelle il déclara l'affaire recevable et dressa une liste des faits incontestés ("especificação") et de ceux qu'il faudrait éclaircir à l'audience ("questionário").

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

devraient tous être considérés comme admis et inclus dans l'“especificação”.

Le 2 février 1984 le greffier présenta le dossier au juge. Le 12 avril 1984 le juge rejeta la réclamation. Il reconnut que le point de vue du requérant avait déjà été soutenu dans un article de doctrine ainsi que par un tribunal de première instance, dont la décision fut annulée par la cour d'appel de Porto par arrêt du 7 juin 1983. Le juge du tribunal administratif de Lisbonne marqua son accord avec le raisonnement utilisé à cet égard par cette cour d'appel. Il releva en effet que le Ministère public n'avait pas autant de possibilités de contact avec ceux qu'il représentait, notamment lorsqu'il s'agissait d'un organisme de l'Etat. En outre, en vue même d'être équitable il fallait parfois que la loi traite différemment les parties car sinon il n'y aurait qu'une égalité purement formelle, laquelle ne correspondrait qu'à une inégalité matérielle; ainsi le principe de l'égalité voulait que l'on trouve des solutions compensatoires pour des situations inégales au départ; tel était le cas en matière d'assistance judiciaire ou lorsque les délais fixés par la loi étaient plus longs s'il s'agissait d'une personne résidant dans un pays lointain ou dans un endroit inconnu.

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

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

Le tribunal administratif (“auditoria administrativa”) de Lisbonne n'a pas encore rendu sa décision au fond.

GRIEFS

1. Le requérant se plaint que l'action qu'il a introduite le 30 juillet 1981 devant le tribunal administratif de Lisbonne n'ait pas été jugée dans un “délai raisonnable”, comme l'exige l'article 6, par. 1, de la Convention.

2. Il se plaint en outre, que le Ministère public en représentation de l'Etat bénéficie de certaines prérogatives qui ne sont pas accordées à l'autre partie à la procédure.

Ainsi, en matière de délais, le Ministère public peut, conformément à l'article 486, par. 3, du Code de procédure civile portugais, bénéficier d'un délai de six mois pour présenter ses conclusions en réponse, alors que le délai imparti à une partie privée est en vingt jours.

En outre, le Ministère public n'est pas tenu de contester explicitement tous les faits présentés par la partie demanderesse, sans courir le risque que ces faits soient considérés comme ayant été admis (article 490, par. 4 du même Code):

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

Le requérant considère que ces prérogatives du Ministère public sont contraires au principe de l'égalité des armes, contenu dans l'article 6, par. 1, de la Convention.

PROCEDURE SUIVIE DEVANT LA COMMISSION

La présente requête fut introduite le 6 septembre 1982 et enregistrée le 9 septembre 1982.

Le 2 mars 1983 la Commission décida d'inviter le Gouvernement du Portugal à présenter des observations écrites sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête, conformément à l'article 42, par. 2 (b) de son Règlement intérieur. Il fut en particulier invité à se prononcer sur les questions suivantes:

1. Pour ce qui est du retard subi dans la procédure en raison de la prolongation des délais impartis au Parquet, le requérant pouvait-il recourir contre les décisions du juge administratif ("auditor") accordant de telles prolongations? Si oui, un tel recours constituait-il un moyen efficace portant remède à la durée excessive de la procédure conformément à l'interprétation de la Cour et de la Commission de l'article 26 de la Convention?

2. Le Gouvernement estime-t-il que le requérant peut voir sa cause entendue dans un “délai raisonnable”, au sens de l'article 6, par. 1 de la Convention, vu le retard subi par la procédure? A cet égard, le Gouvernement est invité à se prononcer sur:

- (a) la complexité de l'affaire;
- (b) la manière dont elle a été conduite par la juridiction saisie, et
- (c) le comportement du requérant.

Sur ce dernier point, le Gouvernement estime-t-il que le requérant avait la possibilité, en application des dispositions du droit portugais applicable, d'activer la procédure?

3. Etant donné que le droit portugais applicable permet au Ministère public de demander des prolongations de délai pour la présentation de ses conclusions écrites (“contestação”), alors que cette possibilité n'est pas ouverte au requérant, le Gouvernement considère-t-il que le principe du droit d'accès à un tribunal, garanti par l'article 6, par. 1 de la Convention, a été respecté dans la présente affaire? Le requérant avait-il la possibilité, sur ce point, d'épuiser les voies de recours internes, conformément à l'article 26 de la Convention?

Les observations du Gouvernement défendeur furent présentées le 16 mai 1983 et celles du requérant en réponse le 20 juin 1983.

Le 30 octobre 1983 en application de l'article 42, par. 3 (a) de son Règlement intérieur, la Commission décida d'inviter les parties à lui présenter par écrit des observations complémentaires, portant notamment sur les questions suivantes:

1. L'article 6 de la Convention est-il applicable à la procédure litigieuse?

2. Vu que le requérant n'a pas présenté une réclamation contre la décision du juge administratif (“auditoria administrativa”) de Lisbonne retenant son recours incident le 15 octobre 1982, peut-on considérer que, conformément à l'article 26 de la Convention, il a épuisé les voies de recours internes quant aux griefs formulés par lui devant la Commission?

3. La cause du requérant a-t-elle été entendue dans un “délai raisonnable” au sens de l'article 6, par. 1, de la Convention?

4. Compte tenu du fait que, conformément aux dispositions du droit portugais applicable, le Ministère public a bénéficié d'un délai de six mois et ensuite de certaines prolongations, le requérant a-t-il vu son droit d'accès aux tribunaux garanti et le principe de l'égalité des armes respecté à son égard, conformément à l'article 6, par. 1, de la Convention?

Les observations complémentaires du Gouvernement défendeur furent présentées le 9 décembre 1983 et celles du requérant en réponse le 3 février 1984.

ARGUMENTATION DES PARTIES

A. *Le Gouvernement*

1. Quant à la compétence de la Commission.

Le Gouvernement rappelle que le requérant demande des dommages-intérêts à cause d'un mandat d'arrêt décerné contre lui en mai 1975 par le Président du service de coordination d'extinction de la PIDE-DGS (Police internationale de défense de l'Etat/ Direction générale de sûreté portugaise).

Il s'agissait d'un moment historique se situant dans une période révolutionnaire et insurrectionnelle, avant même la stabilisation de la démocratie.

L'acte du Président du service de coordination constitue un acte administratif de motivation politique. Il ne s'agit pas d'un acte juridictionnel ou similaire. Il doit être vu dans le contexte politique de l'époque.

Le Gouvernement soutient donc que la procédure engagée par le requérant n'a pas trait à une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, au sens de l'article 6, par. 1 de la Convention. Les effets qui seront produits par une décision, quelle qu'elle soit, ne sont pas déterminants pour ce qui est de l'exercice effectif de droits de caractère privé. L'action introduite par le requérant devant le tribunal administratif de Lisbonne ne constitue pas une procédure où soient en cause des droits d'autres particuliers; ne sont pas affectées par cette procédure des relations entre particuliers.

La prétendue violation des droits du requérant ne se rapporte pas tant à un acte concret, à savoir le mandat d'arrêt, mais plutôt à un contexte social et politique, révolutionnaire et d'insurrection latente, dont l'acte n'a été qu'une simple expression. Ainsi s'explique le fait que le requérant ait pris la fuite sans avoir essayé, comme il serait normal, de contester la légalité du mandat d'arrêt.

Le requérant appartient à ce groupe de personnes qui dans les périodes révolutionnaires ou de changements de régime ont vu leurs droits et libertés méconnus. Seule la consécration de la démocratie, postérieure à la date du mandat d'arrêt décerné à l'encontre du requérant, a permis de réparer de telles situations.

Mais il s'agit d'une situation de "risque social" dans laquelle l'individu se trouve face à l'Etat dans une relation de droit public. La prétendue violation dont le requérant se plaint se situe au niveau du concept même de démocratie. La réparation des préjudices subis dans de tels contextes politiques a trait à la manière dont doivent être répartis les sacrifices sociaux et politiques dans une période d'exception.

Le droit à une indemnisation pour de tels actes se rapporte au strict domaine des relations entre l'Etat et la société en général. Des indemnisations de ce type ne concernent donc manifestement pas des droits et obligations de caractère civil. Autrement dit, selon le Gouvernement, la position où se trouvent l'Etat démocratique et les citoyens victimes de dommages provoqués du fait du processus politique précédent (période révolutionnaire d'exception) appartient au droit public. Se référant à deux requêtes allemandes relatives à des demandes d'indemnités fondées sur la loi fédérale de 1952 sur la péréquation des charges (requêtes N.º 4505/70, Annuaire 14, p. 522 et N.º 4618/70, Annuaire 15, p. 360), le Gouvernement soutient que la présente requête est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

2. Quant à l'épuisement des voies de recours internes.

(a) Quant à la durée de la procédure

Le Gouvernement rappelle que le requérant ne s'est plaint, devant les instances nationales et devant la Commission, que de la durée de la procédure.

Il ressort du dossier que le juge administratif a prolongé cinq fois le délai imparti au Ministère public pour présenter ses conclusions en réponse à la demande introductive d'instance, c'est-à-dire, les 28 octobre 1981, 27 janvier 1982, 28 avril 1982, 14 juin 1982 et 27 juillet 1982. Le requérant n'a formé un recours que contre la dernière décision du juge administratif. Or, il pouvait et devait recourir dès la première décision. Et même quant au recours qu'il a formé, il n'est pas allé jusqu'au bout de ce que les dispositions du droit portugais permettaient.

En effet, dans son recours sur incident ("agravo") contre la décision du 27 juillet 1982, le requérant demanda que le recours fût transmis à la juridiction supérieure immédiatement et séparément. Le 15 octobre 1982 le magistrat accepta le recours incident mais ordonna qu'il ne fût transmis qu'avec le dossier de la procédure et une fois interjeté appel. Or, le requérant n'a pas réagi contre cette ordonnance du magistrat, qui lui fut en partie défavorable, alors qu'il aurait pu le faire.

En effet, l'article 734 du Code de procédure civile (applicable à la présente procédure en vertu de l'article 862 du Code administratif) dispose que sont immédiatement transmis à la juridiction supérieure les recours sur incident ("agravos") qui deviendraient absolument inutiles s'ils étaient retenus.

Or, il est évident que seule la transmission immédiate du recours à la juridiction supérieure pouvait assurer son utilité. C'est d'ailleurs ce que le requérant a souligné dans le recours en demandant cette transmission immédiate.

Toutefois, bien qu'il ait été débouté sur cette partie de son recours, il a omis de présenter une réclamation ("reclamação") de ce fait au Président de la Cour administrative suprême, comme le lui permettait l'article 688 du Code de procédure civile. Cette réclamation revêt une nature judiciaire et est soumise à des règles strictes de procédure et de délais. Elle constituait donc une voie de recours efficace qui aurait permis l'appréciation urgente de la situation.

Comme le requérant ne l'a pas utilisée, il n'a pas satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes. Par ailleurs, il ne peut pas être soutenu, comme le prétend le requérant, qu'un tel recours aggraverait encore plus la durée de la procédure car il n'aurait pas d'effets suspensifs et serait transmis séparément à la juridiction supérieure.

(b) Quant à la prétendue violation du principe de l'égalité des armes

Le requérant n'a pas non plus épuisé les voies de recours internes quant au grief tiré de la prétendue violation du principe de l'égalité des armes. En effet, devant le tribunal administratif de Lisbonne, le requérant n'a jamais fait valoir qu'il y avait une situation d'inégalité entre lui et le Ministère public quant aux règles de procédure. Il ne s'est plaint que de la durée de la procédure, qui est le seul grief qu'il a formulé à la Commission.

D'autre part, quant aux prolongations des délais accordées au Ministère public, le requérant n'a pas mis véritablement en cause les dispositions légales mais seulement la manière dont ces dispositions furent interprétées en l'occurrence par le tribunal saisi de la cause. Autrement dit, il a contesté seulement le fait que ce tribunal ait accordé ces prolongations pour plus de six mois, alors qu'il n'y avait pas une situation de nature exceptionnelle, et il a critiqué les décisions accordant les prolongations du fait qu'elles n'étaient pas dûment motivées.

Or, le requérant avait la possibilité de recourir en alléguant la violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention, qui est directement applicable en droit portugais. En l'espèce, le requérant n'a pas procédé ainsi et, quant au recours qu'il a formé, il a omis de soulever, même en substance, le grief portant sur la prétendue violation de l'égalité des armes.

Le Gouvernement conclut qu'en ce qui concerne la durée de la procédure et la violation du principe de l'égalité des armes, le requérant n'a pas satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes, prévue à l'article 26 de la Convention.

3. Quant à la violation alléguée de l'article 6, par. 1, de la Convention.

(a) Quant à la durée de la procédure

Le Gouvernement souligne qu'il n'est pas exclu que la procédure se termine dans un délai raisonnable. Il s'agit d'une procédure complexe en fait et en droit. Quant au comportement des autorités nationales, il ressort que certaines prérogatives de nature procédurale ont été utilisées en l'occurrence, non sans discussion, comme il résulte de la décision du juge administratif, mais cette situation est en ce moment dépassée.

(b) Quant à la prétendue violation du droit d'accès aux tribunaux

Le Gouvernement souligne, en premier lieu, que l'on ne doit pas utiliser cette expression de manière abstraite. Il s'agit du droit pour le deman-

deur de faire valoir une prétention, ainsi que de celui, pour le défendeur, d'organiser sa défense. Le droit d'accès aux tribunaux concerne la manière dont sont garantis ces deux droits opposés, en vue d'une correcte administration de la justice.

Le Gouvernement remarque que comme la Commission l'a déjà décidé, la Convention ne s'oppose pas à une réglementation de l'accès des justiciables aux tribunaux, pourvu que cette réglementation ait pour but d'assurer une bonne administration de la justice.

Or, la fixation d'un délai pour présenter les conclusions en réponse ("contestação") est un terrain où le législateur national doit bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire en vue de garantir un procès équitable.

La loi de procédure portugaise permet, si certaines conditions se présentent, que le juge accorde au Ministère public une prolongation du délai pour présenter ses conclusions en réponse. Toutefois, cette prolongation ne pourra pas dépasser six mois, sauf dans des cas dûment justifiés.

La prolongation est prévue en tenant compte des organismes représentés par cette magistrature, en particulier les incapables, les absents, et l'Etat. Cette faculté de prolongation du délai, pouvant aller jusqu'à six mois, fait partie des pouvoirs discrétionnaires que l'on doit accorder aux législateurs nationaux, en matière d'administration de la justice. Selon le Gouvernement défendeur, une loi qui établirait le même délai ou le même régime de contestation pour n'importe quel défendeur plaçant dans la même situation le défendeur qui réside dans le pays et celui qui se trouve à l'étranger, l'absent ou l'interdit, ne garantirait que sur le plan formel, le droit d'accès aux tribunaux.

Par ailleurs, le Gouvernement signale que la prolongation prévue par la loi n'est pas automatique mais dépend de la vérification de certaines conditions. Il est ainsi possible aux parties à la procédure de par des recours, de faire contrôler les prolongations des délais accordées.

Toutefois, sur ce point, le requérant n'a ni épuisé les voies de recours internes, ni démontré l'existence de la violation de ce droit.

(c) Quant à la prétendue violation du principe de l'égalité des armes

Le Gouvernement rappelle que cette question n'a pas été soulevée en l'occurrence devant les instances nationales. Elle l'aurait été si le requérant avait aussi demandé au juge une prolongation du délai et que cette prolongation lui eût été refusée. Or, en l'espèce, le requérant n'a jamais formulé

une telle demande. Il ne peut dès lors pas se plaindre d'un avantage accordé au Ministère public qui lui eût été refusé. Il n'a de ce fait pas épuisé les voies de recours internes.

Le Gouvernement se propose néanmoins d'examiner le bien-fondé du grief tiré du principe de l'égalité des armes. Il fait remarquer par ailleurs, qu'en définitive ce fut l'Etat qui a subi un préjudice du fait des demandes de prolongation de délai car il a vu toute sa défense écartée par la décision du juge administratif de ne pas prendre en considération ses conclusions en réponse à la demande introductive d'instance.

Le Gouvernement admet le fait que le Code de procédure civile portugais prévoit des situations où l'ensemble des droits, devoirs et charges est distribué de façon inégale entre les parties. Il souligne que le droit de procédure civile se fonde sur l'idée que le principe de l'égalité et de la non discrimination exige que seulement ce qui est égal doit avoir un traitement égal ce qui oblige à prendre en considération des situations de déséquilibre et à envisager des remèdes pour les compenser. Et ceci, afin que l'égalité des parties ne soit pas seulement une égalité formelle. Le but à atteindre est de permettre à chaque partie de faire valoir sa prétention devant le tribunal dans des conditions pareilles "d'efficacité procédurale". Il est ainsi nécessaire de prendre en considération la situation "préprocédurale" de chaque partie. La prévision dans la loi de procédure de mécanismes de compensation, comme est par exemple le cas de l'assistance judiciaire, n'est pas, comme telle, une violation du principe de l'égalité des armes, mais au contraire une exigence de tel principe.

Ainsi, le régime spécial de délai pour le Ministère public se justifie tenant compte (i) de la situation des parties qu'il représente (l'Etat, les régions autonomes, les incapables, les absents ou les travailleurs et leurs familles dans les relations de travail); (ii) les aspects spécifiques du rapport qui s'établit entre ces parties et le Ministère public, leur représentant; (iii) et enfin le statut du Ministère public.

Sur ce dernier aspect, il faut souligner que la partie représentée par le Ministère public doit se plier au statut régissant ce dernier. Le Ministère public est en effet, en tant que partie à une procédure, soumis à des règles plus strictes que celles qui régissent un simple mandataire judiciaire. Ces règles contiennent des critères de "légalité stricte et d'objectivité" (article 2 de la loi 39/78 du 5 juillet). En outre, le besoin d'uniformiser ces critères implique des procédures de médiation qui ont pour effet une bureaucratisation de l'intervention du Ministère public dans la procédure.

Ces éléments sont importants pour juger du cas d'espèce.

Le Gouvernement souligne à cet égard que les parties ne se trouvaient pas dès le début, sur le même plan. L'examen des faits imputés à l'Etat exigeait, dans l'intérêt général, la mise en exécution de mécanismes d'enquête; il fallait reconstituer la situation hiérarchique où l'atteinte invoquée s'était produite; il fallait, toujours dans l'intérêt général, entendre les départements qui avaient prétendument été à l'origine d'une telle atteinte; il fallait enfin déterminer quel était en l'occurrence l'intérêt public.

La relation entre le requérant et son mandataire n'est pas semblable à celle qui existe entre l'Etat et son représentant. Le Ministère public, selon l'article 2 de la loi 39-78 du 5 juillet 1978, est soumis — on le répète — à des critères de légalité stricte et d'objectivité.

C'est pour ces raisons que se justifie le régime de délai pour présenter des conclusions en réponse ("contestação") prévu dans le Code de procédure civile.

Enfin, le Gouvernement observe que les règles de procédure civile, qui permettent au Ministère public de bénéficier de prolongations de délai pour présenter ses conclusions, doivent être interprétées en conformité avec le principe du droit à un procès équitable, tel qu'il est garanti par la Convention. Ainsi, si dans une procédure déterminée l'ensemble des droits et devoirs d'ordre procédural l'exige — ce qui nécessite un examen de l'ensemble de la procédure — lesdites règles de procédure doivent être appliquées de sorte que l'autre partie à la procédure bénéficie des mêmes prérogatives accordées au Ministère public en matière de délais.

Dans le cas d'espèce, cette hypothèse ne s'est pas présentée. Le requérant a lui-même admis qu'il n'était pas intéressé à bénéficier de semblables prolongations de délai pour présenter ses conclusions.

Le Gouvernement de conclure, à titre subsidiaire, que la requête est manifestement mal fondée.

B. Le requérant

1. Quant à la compétence de la Commission

Le requérant conteste que la Commission ne soit pas compétente pour examiner la présente affaire. Il souligne que l'action introduite devant le tribunal administratif de Lisbonne contre l'Etat est une action en respon-

sabilité civile se fondant sur les dispositions du décret-loi 48051 du 21 novembre 1967 sur la responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat. L'action se base sur la pratique d'un acte administratif illicite au détriment du requérant.

Il est sans importance que l'acte qui engage la responsabilité de l'Etat puisse se situer dans le cadre d'une certaine politique menée par l'Etat. L'acte en soi n'a pas à être apprécié par la Commission. L'action en responsabilité a été introduite devant la juridiction compétente et selon les dispositions du droit portugais applicable.

Citant la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (arrêt du 16 juillet 1971, Affaire Ringeisen, Ann. XIV, p. 839; arrêt du 28 juin 1978, Affaire König, Ann. XXI, p. 619), le requérant soutient que l'article 6 ne fait pas de distinction à propos de la nature de l'acte qui porte atteinte au droit garanti et n'exclut pas les actions fondées sur le droit administratif, où seuls des actes de gestion public sont en cause. La Commission n'est pas appelée à se prononcer sur les fondements de la responsabilité civile de l'Etat. En effet, ce n'est pas le fondement de la responsabilité de l'Etat qui est important, mais ses effets sur des droits et obligations, ces derniers étant manifestement de caractère civil.

En l'occurrence, le requérant souligne que la conséquence de l'acte de gestion publique de l'Etat portugais a été de le faire fuir du pays et, par le biais de la violation des droits de nature civile ("droits de la personne", article 70, par. 1 du Code civil portugais), de porter une grave atteinte à son patrimoine ayant abouti à la saisie de tous ses biens et à la déclaration de faillite de la société qui lui appartenait.

Dans l'action qu'il a introduite, le requérant, partie demanderesse, exerce un droit de caractère privé contre l'Etat, représenté par le Ministère public. L'Etat répond en qualité de personne privée, démunie de "jus imperii", sur la violation alléguée des obligations civiles qui découlent de l'article 22 de la Constitution portugaise.

2. Quant à l'épuisement des voies de recours internes

A ce sujet le requérant se prononce sur deux questions séparées: premièrement la question de savoir pour quelle raison il n'a pas formé recours contre les quatre premières décisions du juge administratif prolongeant les délais du Ministère public pour présenter ses conclusions en réponse ("contestação"), et, deuxièmement, la question de savoir pour quelle raison il n'a pas présenté une réclamation contre la décision du juge administratif de

première instance (“auditoria administrativa”) par laquelle ce dernier admit son recours sur incident (“agravo”), mais ordonna qu’il ne fût pas transmis immédiatement et séparément à la juridiction supérieure.

Quant à la première question, le requérant admet qu’il n’a pas recouru contre les quatre premières décisions du juge administratif prolongeant le délai du Ministère public. Il souligne toutefois à cet égard, que le droit portugais applicable, à savoir l’article 486, par. 3, du Code de procédure civile, autorise expressément le Ministère public à demander au juge de telles prolongations jusqu’à six mois. Il était par conséquent inutile de recourir au sujet des deux premières prolongations qui ont été responsables, à elles seules, de ce que le délai pour répondre ait été porté au 26 avril 1982. Un tel privilège d’ordre procédural en faveur du Ministère public n’existe pas pour l’autre partie à la procédure, même s’il s’agit d’une personne morale publique représentée par un avocat.

D’autre part, le requérant fait remarquer que l’on ne connaît aucune décision d’une juridiction portugaise reconnaissant l’abrogation de l’article 486, par. 3 du Code de procédure civile par l’article 6, par. 1, de la Convention. Au contraire, chaque fois que cette question a été posée, les tribunaux ont considéré que la disposition de droit interne se maintenait toujours en vigueur.

Le requérant semble admettre qu’il aurait pu recourir contre les décisions du juge prolongeant le délai du Ministère public, une fois déjà la période de prolongation de six mois prévue par la loi. Toutefois, il fait valoir à ce propos que compte tenu du temps nécessaire à l’appréciation d’un recours au Portugal, mieux vaut forcer la prise de position du juge du procès lors de la 3^{ème} ou 4^{ème} demande de prolongation du délai imparti du Ministère public, plutôt que de présenter tout de suite un recours dont la décision viendra quelques années plus tard. En fait, selon le requérant, si un recours avait été formé contre la décision du juge administratif de prolonger par la troisième fois le délai imparti au Ministère public, c’est-à-dire le 28 avril 1982, ce recours serait vraisemblablement toujours pendant. Le requérant estime que, dans ces circonstances, un recours pour les premières prolongations accordées s’avèrait inutile, vu la durée excessive prise par la Cour administrative suprême pour en décider (un ou deux ans). Même le recours qu’il a formé s’avère, de ce fait, inefficace.

Quant à la deuxième question concernant la réclamation qu’il aurait dû introduire auprès du président de la Cour administrative suprême con-

tre la décision du juge du tribunal administratif datée du 15 octobre 1982, de retenir le recours sans le transmettre immédiatement, le requérant estime que ladite réclamation était dénuée d'effets pratiques. En effet, même à supposer qu'il l'aurait présentée (ce qui aurait provoqué un retard dans la procédure de plus de 3 ou 4 mois) et aurait même obtenu gain de cause, le résultat aurait été que son recours sur incident ("agravo") aurait été transmis tout de suite à la Cour administrative suprême dès le juge administratif de première instance aurait pris connaissance de la décision du Président. Mais en quoi cela se traduirait-il?

Cela aurait exigé les démarches suivantes de la part du requérant: il aurait tout d'abord dû payer au greffier du tribunal de première instance des frais de procédure ("preparo") avant la transmission du recours (ce qui aurait impliqué environ un mois); ensuite, le greffier du tribunal aurait pris environ un mois pour envoyer le dossier principal à la Cour suprême administrative et enfin celle-ci aurait pris un ou, plus vraisemblablement, deux ans pour juger le recours incident. Or, cette décision n'aurait pour but, dans la meilleure des hypothèses, que de dire que c'était à tort que le juge de première instance avait accordé le 27 juillet 1982 un délai supplémentaire de trente jours au Ministère public pour présenter ses conclusions.

Le requérant de conclure qu'une telle réclamation ne lui était pas exigible et que par conséquent, il a satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes.

3. Quant à la violation alléguée de l'article 6, par. 1, de la Convention

Le requérant observe en premier lieu qu'il est erroné de considérer qu'il voulait limiter sa requête à la durée de la procédure. Il ressort en effet de la requête que le Ministère public jouit de prérogatives d'ordre procédural qui sont incompatibles avec le principe de l'égalité des armes consacré à l'article 6, par. 1 de la Convention.

(a) Quant à la durée de la procédure

Le requérant conteste l'affirmation du Gouvernement selon laquelle la Commission ne pourrait décider si la durée de la procédure a été excessive qu'une fois celle-ci terminée. Il suffit, selon lui, que lors d'une phase de la procédure, la durée ne soit pas raisonnable pour qu'il y ait violation de l'article 6.

Quant au cas d'espèce, il souligne que 14 mois se sont écoulés en première instance afin de satisfaire les demandes de prolongation présen-

tées par le Ministère public pour présenter ses conclusions en réponse (“contestação”), alors que les justiciables ne disposent que d’un délai de vingt jours à cet effet.

Par ailleurs, le Ministère public recourut contre la décision du juge administratif de ne pas prendre en considération ses conclusions (“contestação”). Il en résulta un retard considérable de la procédure.

Vu le blocage précipité de 14 mois ainsi que la complexité de l’affaire, le requérant estime que le retard de la procédure ne sera plus récupéré.

(b) Quant à la prétendue violation du principe de l’égalité des armes

Au Portugal, le Ministère public est le représentant de l’Etat dans les procédures dirigées contre ce dernier. Or, il arrive que soient encore en vigueur aujourd’hui des dispositions qui accordent au Ministère public, en qualité de représentant de l’Etat, des privilèges de caractère procédural contraires à la Convention. Ceci est vrai en ce qui concerne la prolongation des délais pour présenter ses conclusions (article 46, par. 3 et 505, par. 2 du Code de procédure civile), mais encore en ce qui concerne le devoir de contester chaque fait allégué par la partie adverse dans la procédure sous peine d’aveu (“onus de impugnação especificada”), qui ne s’applique pas au Ministère public (article 490, par. 4 du même code) et les règles relatives à l’aveu tacite (“confissão tacita”) (article 485 alinea (b)). Ce sont des privilèges *ratione personae* (presque toujours l’Etat, plus rarement et dans certaines conditions, les incapables, les absents ou incertains) qui ne peuvent pas se confondre avec certaines dérogations prévues par la loi pour des raisons objectives, dont toutes les parties, publiques ou privées, peuvent bénéficier.

Le requérant conteste l’affirmation du Gouvernement défendeur selon laquelle il n’y aurait pas de violation du principe de l’égalité des armes dans la mesure où le requérant n’avait pas demandé, à son tour, de prolongation de délai pour présenter ses conclusions. Il fait remarquer à ce sujet que non seulement cette possibilité n’est pas prévue dans la loi pour les personnes privées mais que les tribunaux n’accorderaient pas de telles prolongations. La seule conséquence de la réception de la Convention dans le droit interne portugais est de retirer les privilèges dont jouit actuellement le Ministère public et non l’attribution des mêmes privilèges aux parties privées, comme soutient le Gouvernement. En effet, la nature exceptionnelle de la norme qui permet d’accorder au Ministère public des prolongations de délais, interdit son application par analogie aux parties privées. Par

ailleurs, il serait absurde que la partie demanderesse puisse bénéficier d'une année pour répondre ("replica") parce que le Ministère public avait eu besoin de ce laps de temps pour présenter ses conclusions ("contestação"). Cela causerait un retard injustifié dans le déroulement de la procédure.

Le requérant soutient en outre que la décision du juge administratif d'annuler sa décision antérieure et de ne pas prendre en considération les conclusions ("contestação") du Ministère public a eu pour but de rendre moins évidente la situation de privilège d'une des parties à la procédure. Mais, le magistrat décida également de ne pas tenir compte des conclusions du requérant ("replica") en réponse à celles du Ministère public, ce qui lui a causé un préjudice. En effet, le défaut de conclusions du Ministère public en réponse à la demande introductive d'instance n'implique pas aveu ("confissão") par l'Etat des faits avancés dans la demande, contrairement à ce qui se passe quant à la partie privée. Là aussi, il y a un privilège de l'Etat car même si ce dernier ne conteste pas les faits, c'est à la partie demanderesse de prouver ce qu'elle allègue.

Ainsi, on arrive à la situation suivante: quinze mois et demi après sa citation, le Ministère public présente ses conclusions en réponse ("contestação"); un an et demi plus tard, le juge décide de ne pas les prendre en considération; de ce fait les conclusions présentées par le requérant sont aussi retirées du procès et le requérant doit à nouveau prouver les faits allégués comme tout au début de la procédure.

Le requérant de conclure qu'il y a, dans ces circonstances, manifestement inégalité des deux parties à la procédure et, dès lors, violation de l'article 6, par. 1, de la Convention.

EN DROIT

1. Le requérant allègue la violation de l'article 6, par. 1, de la Convention au motif que sa cause n'aurait pas été entendue dans un "délai raisonnable". Il allègue en outre, la violation du principe de l'égalité des armes, garanti par cette disposition, du fait que certaines prérogatives de procédure sont accordées au Ministère public, lorsqu'il représente l'Etat, qui ne sont pas accordées à l'autre partie à la procédure.

2. L'article 6, par. 1 de la Convention dispose que "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal (...), qui décidera (...) des contestations sur ces droits et obligations de caractère civil".

3. Le Gouvernement défendeur soutient en premier lieu, que le requérant n'a pas satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes, prévue à l'article 26 de la Convention; il fait valoir en outre, que l'article 6, par. 1, de la Convention n'est pas applicable aux faits de la cause; enfin, il estime qu'en tout état de cause il n'y a pas apparence de violation de cette disposition dans la présente affaire. Le requérant, quant à lui, conteste le bien-fondé de l'argumentation présentée par le Gouvernement.

La Commission examine ci-après les trois objections soulevées par le Gouvernement défendeur.

(b) Quant à l'épuisement des voies de recours internes.

4. Comme prescrit l'article 26 de la Convention, "la Commission ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus et dans le délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive".

5. A cet égard, il y a lieu d'examiner séparément les deux griefs formulés par le requérant, à savoir d'une part celui tiré de la prétendue durée excessive de la procédure, et d'autre part, celui tiré de la prétendue violation du principe de l'égalité des armes, contenu dans l'article 6, par. 1, de la Convention.

1. Sur la durée de la procédure

6. Selon le Gouvernement, le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes pour deux raisons: premièrement, parce qu'il n'a recouru à la Cour administrative suprême que contre la cinquième décision du juge administratif prolongeant le délai imparti au Ministère public pour présenter ses conclusions, alors qu'il aurait pu attaquer déjà les premières décisions; deuxièmement, parce que, contre la décision du juge administratif du 15 octobre 1982, il n'a pas présenté une réclamation au président de la

Cour administrative suprême, conformément à l'article 688 du Code de procédure civile. Le requérant relève toutefois que ces recours ne sauraient être considérés comme étant efficaces.

7. Aux yeux de la Commission ce qui est déterminant est de savoir si, dans le cas d'espèce, le requérant avait la possibilité, même en cours d'instance, de se plaindre devant les juridictions nationales de la longueur de la procédure, en demandant de ce fait une réparation concrète, en d'autres termes de savoir si un recours pouvait porter remède à ses griefs en assurant une protection directe, et non seulement détourner, des droits garantis à l'article 6 de la Convention (v. Cour eur. D.H., affaire De Weer, arrêt du 27 février 1980, par. 29 ⁽¹⁾; v. aussi requête n.º 8990/80, Guincho c/Portugal, D.R. 29, pp. 129, 139 ⁽²⁾). Or, le Gouvernement défendeur n'a pas démontré que le recours ci-avant mentionnés étaient de nature à produire un tel effet.

8. Dans ces circonstances, la Commission conclut que, pour ce qui est de la durée de la procédure, le requérant a satisfait à la condition relative à l'épuisement des voies de recours internes, prévue à l'article 26 de la Convention.

2. *Quant à la prétendue violation du principe de l'égalité des armes*

9. Le requérant soulève deux différents moyens: il se plaint d'une part que le Ministère public puisse bénéficier, conformément à l'article 486, par. 3, du Code de procédure civile, d'un délai de six mois pour présenter ses conclusions en réponse, alors qu'une partie privée ne peut disposer à cet effet que d'un délai de 20 jours, dans ce type de procédure; il se plaint d'autre part qu'aux termes des articles 490, par. 4 et 485, alínea (b) du même code, le Ministère public ne soit pas tenu de contester chacun des faits avancés dans la demande introductive d'instance, sous peine d'aveu, et qu'en outre, même s'il ne présente pas ses conclusions en réponse, cela ne comporte pas aveu des faits, comme il arrive pour les parties privées.

La Commission appréciera séparément ces deux aspects du grief tiré de la prétendue violation du principe de l'égalité des armes.

(1) Sumariado in Documentação e Direito Comparado 10, pág. 85, sob n.º 36.

(2) Ver decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem in Documentação e Direito Comparado, 14, pág. 103.

aa. Sur l'inégalité en matière de délais (article 486, par. 3 du Code de procédure civile)

10. Sur ce point également, le Gouvernement défendeur soutient que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes. Il fait valoir que, devant les juridictions nationales, le requérant s'est limité à contester l'application faite de l'article 486, par. 3, précité, sans mettre véritablement en cause la disposition comme telle. Le requérant, quant à lui, fait remarquer que cette inégalité en matière de délais étant prévue par la loi, un recours serait inefficace, et que, par ailleurs, à chaque fois que l'article 486, par. 3, avait été mis en cause devant les tribunaux portugais, il avait été maintenu comme valable. Vu la position des juges, il serait donc peu probable que les juridictions portugaises accordent priorité à l'article 6, par. 1, de la Convention et abrogent la disposition précitée du droit national.

11. La Commission n'estime pas nécessaire de déterminer si, au vu des arguments présentés par les parties, le requérant aurait ou non satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes, prévue à l'article 26 de la Convention. En effet, par décision du 11 février 1983, le juge du tribunal administratif de Lisbonne annula sa décision antérieure par laquelle il avait accordé une nouvelle prolongation au Ministère public et ordonna que les conclusions produites par ce dernier ne fussent pas prises en considération. Ces conclusions furent ainsi "exclues" ("desentranhadas") du dossier de la procédure.

12. Il s'ensuit que, quant à l'égalité en matière de délais dont se plaint le requérant, au motif que le Ministère public avait bénéficié d'un délai plus long pour présenter ses conclusions que celui imparti à l'autre partie de la procédure, le requérant ne saurait se prétendre "victime", au sens de l'article 25 de la Convention car le tribunal finit par ne pas prendre en considération lesdites conclusions. Partant, cette partie de la requête est manifestement mal fondée, conformément à l'article 27, par. 2, de la Convention.

bb. Sur les effets juridiques de la non-présentation des conclusions du Ministère public (article 485, alínea (b) du Code de procédure civile)

13. Le requérant fait valoir en outre, qu'aux termes de l'article 490, par. 4, du Code de procédure civile, si le Ministère public ne conteste pas,

point par point, les faits avancés par l'autre partie dans sa demande introductive d'instance, cela n'a pas comme conséquence que les faits sont considérés par le juge comme ayant été admis, alors que cette règle s'applique à l'autre partie à la procédure. D'autre part, et surtout, lorsqu'une partie privée ne présente pas ses conclusions en réponse cela équivaut à un aveu par elle des faits avancés par la partie adverse dans sa demande introductive d'instance (article 484, par. 1, du même code); or, cette règle ne s'applique pas au Ministère public (article 485, alinéa (b)).

14. De ce fait, le requérant se plaint qu'à la suite de la décision du juge administratif en date du 11 février 1983 d'écarter les conclusions du Ministère public, au lieu d'être considérés comme étant admis les faits par lui présentés dans sa demande initiale, il lui incombe de faire preuve de nouveau de ces derniers. Il considère que cette inégalité viole le principe de l'égalité des armes.

15. Le Gouvernement défendeur souligne à cet égard que le requérant a soulevé ce moyen pour la première fois dans le recours qu'il a introduit le 10 mai 1984 à la Cour administrative suprême, recours qui est pendant. De ce fait, il n'aurait donc pas satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes. Le requérant admet que le recours est pendant, mais manifeste des doutes sur son efficacité et en particulier ses chances de succès.

16. La Commission constate qu'il ressort des dispositions susmentionnées du Code de procédure civile portugais, qu'il n'y a pas une complète égalité des parties à la procédure lorsque l'une d'elles est le Ministère public, en représentation de l'Etat. Toutefois, même à supposer que cette inégalité puisse poser des problèmes au regard de l'article 6 de la Convention, il n'incombe pas à la Commission d'apprécier "in abstracto" la compatibilité des dispositions précitées du droit portugais avec celles de la Convention. La Commission n'a pour tâche que d'examiner si dans le cas d'espèce, après s'être assurée que la règle de l'épuisement de voies de recours internes a été respectée, le requérant a été victime d'une violation d'un des droits et libertés garantis par la Convention.

17. Or, que le Gouvernement a fait remarquer, le recours devant la Cour administrative suprême, formé par le requérant en mai 1984, est pendant. Dans ce recours, le requérant fait valoir que le Ministère public bénéficie aux termes des articles 490, par. 4, et 485 alinéa (b) précités du Code

de procédure civile, de privilèges qui sont incompatibles avec le principe de l'égalité des armes. A l'appui de son recours il invoque expressément l'article 6, par. 1 de la Convention, que les parties s'accordent à considérer comme étant directement applicable en droit portugais.

18. Au vu des arguments présentés par les parties, la Commission n'est pas en mesure de conclure que le recours est dénué de toute chance de succès, comme le prétend le requérant. Le recours étant pendant, la Commission est d'avis que le requérant n'a pas satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes, posée à l'article 26 de la Convention. Cette partie de la requête doit donc être rejetée, en application de l'article 27, par. 3 de la Convention.

(b) Quant à la violation alléguée de l'article 6, par. 1, de la Convention pour ce qui est de la durée de la procédure

19. Ayant conclu que le requérant avait satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes quant au grief portant sur la durée de la procédure, la Commission doit maintenant se prononcer sur la question de savoir si l'article 6, par. 1 de la Convention est applicable aux faits de la cause.

20. Il y a à cet égard désaccord entre les parties. Le Gouvernement souligne que l'action en dommages-intérêts introduite par le requérant devant les juridictions administratives a trait aux préjudices qu'il aurait subis à la suite d'un mandat d'arrêt, dont la légalité est mise en cause, décerné contre lui en mai 1975. Or, à ce moment le Portugal vivait une situation révolutionnaire. Il y avait donc une situation de "risque social" dans laquelle l'individu se trouve face à l'Etat dans une relation de droit public.

Le Gouvernement de conclure que le litige en question ne concerne pas des "droits et obligations de caractère civil", au sens de l'article 6, par. 1, de la Convention et que, par conséquent, cette disposition est inapplicable. Le requérant en revanche, soutient que le mandat d'arrêt dont il fit l'objet lui a causé des préjudices d'ordre patrimonial: atteinte à ses droits de propriété, impossibilité de pratiquer sa profession et de gérer ses affaires. Il conclut que l'action civile par lui introduite a bien trait à des "droits de caractère civil".

21. La Commission rappelle que sur l'interprétation de l'expression "droits et obligations de caractère civil", la Cour a déclaré à plusieurs reprises que la notion englobe toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé (cf. par exemple arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Ringeisen du 16 juillet 1971, Série A, Vol. 13, par. 94 ⁽³⁾). La Cour a cependant ajouté que l'article 6, par. 1, ne se contente pas d'un lien tenu ni de répercussions lointaines, que des droits et obligations de caractère civil doivent constituer l'objet — ou l'un des objets — de la "contestation" et que l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour un tel droit (arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Le Compte van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, Série A, Vol. 43, par. 47 ⁽⁴⁾).

22. Dans le cas d'espèce, la Commission constate qu'à une époque troublée du processus de démocratisation du Portugal, l'autorité chargée de procéder à la liquidation de la police politique portugaise décerna un mandat d'arrêt à l'encontre du requérant. Ce dernier évita les conséquences directes de cet acte sur sa liberté, ayant pris la fuite avant même d'être notifié dudit mandat d'arrêt. Environ trois mois plus tard, rentré au Portugal, le requérant engagea devant les juridictions administratives une action en réparation contre l'Etat, en application de la législation régissant la responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat pour des actes de gestion publique. Il demanda des dommages-intérêts pour les pertes subies dans son patrimoine, notamment la vente de sa maison, occupation par les travailleurs de son entreprise de construction civile et ultérieure procédure de faillite de celle-ci.

23. La Commission est ainsi amenée à trancher la question de savoir si la procédure litigieuse, qui est pendante, ou non des conséquences directes sur les rapports de droit privé de l'intéressé. Après avoir procédé à un examen préliminaire de l'argumentation des parties sur ce point et eu égard à sa jurisprudence et à celle de la Cour, la Commission estime que la présente affaire soulève des problèmes suffisamment complexes relativement à l'interprétation et à l'application de l'article 6, par. 1 de la Convention pour exiger un examen au fond.

⁽³⁾ Sumariado in Documentação e Direito Comparado, 4, pág. 274, sob n.º 14.

⁽⁴⁾ In Documentação e Direito Comparado, 6, pág. 565.

24. Si l'article 6, par. 1, de la Convention devait être reconnu applicable, il se poserait alors, au regard de cette disposition, une deuxième question, celle de savoir si la cause du requérant a ou non été entendue dans un "délai raisonnable", comme l'exige la disposition susmentionnée de la Convention.

25. L'action civile dont il est question fut introduite par le requérant le 30 juillet 1981 devant le tribunal administratif de Lisbonne et est toujours pendante. La procédure dure donc depuis plus de trois ans en première instance. Tenant compte de sa jurisprudence, ainsi que de celle de la Cour en cette matière, la Commission estime que le grief portant sur la durée de la procédure ne saurait être déclaré manifestement mal fondé, au sens de l'article 27, par. 2, de la Convention, car il soulève des problèmes suffisamment complexes pour que leur solution doive relever d'un examen du bien-fondé de la requête.

Par ces moyens, la Commission

DECLARE RECEVABLE, tous moyens de fond réservés, le grief du requérant concernant la durée de la procédure.

DECLARE LA REQUETE IRRECEVABLE pour le surplus.

*Le Secrétaire
de la Commission*

(H.C. KRUGER)

*Le Président
de la Commission*

(C.A. NØRGAARD)

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO ABDULAZIZ, CABALES E BALKANDALI CONTRA O REINO UNIDO

- I. As medidas tomadas no âmbito da imigração podem levar ao desrespeito pela vida familiar e, conseqüentemente, à violação do art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- II. Não é concebível o direito, garantido pelo art.º 12.º da Convenção, de constituir família sem a possibilidade legal da vida em comum.
- III. Os Estados não estão obrigados pelo art.º 8.º a respeitar a escolha feita pelos esposos de estabelecer o domicilio conjugal no seu território com aceitação da instalação do cônjuge não nacional.
- IV. Integra violação dos art.ºs 14.º e 8.º da Convenção, em conjunto, — discriminação em razão do sexo — a maior facilidade legal para a fixação no território do Estado do cônjuge do homem do que do cônjuge da mulher já fixado no País.

P.F.

DECISÃO:

En l'affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière en application de l'article 50 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

MM. G. Wiarda, *président*,
R. Ryssdal,
J. Cremona,
Thór Vilhjalmsson,
W. Ganshof van der Meersch,
D. Evrigenis,
F. Gölcüklü,
F. Matscher
L.—E. Pettiti,
B. Walsh,
Sir Vincent Evans,
MM. C. Russo,
R. Bernhardt,
J. Gersing,

ainsi que de MM. M.-A. Eissen, *greffier*, et H. Petzold, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 27-28 septembre et 24 novembre 1984 ainsi que les 23-24 avril 1985,

Rend l'arrêt que voici, adopté a cette dernière date:

PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") le 14 octobre 1983, dans le délai de trois mois prévu par les articles 32 par. 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"). A son origine se trouvent trois requêtes (n.º 9214/80, 9473/81 et 9474/81) dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. En vertu de l'article 25, Mmes Nargis Abdulaziz, Arcely Cabales et Sohàir Balkandali les avaient introduites en 1980 et 1981; elles étaient alors, respectivement, apatride ou ressortissante du Malawi, de nationalité philippine et citoyenne du Royaume-Uni et des Colonies.

Désignée à l'origine par l'initiale X, Mme Abdulaziz e consenti par la suite à la divulgation de son identité.

Devant la Cour a surgi une question relative à la validité du mariage de la deuxième requérante (paragraphe 48 ci-dessous); pour des raisons de commodité, le présent arrêt appellera constamment cette dernière "Mme Cabales".

2. La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration britannique de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour (article 46). Elle a pour but d'obtenir une décision sur le point de savoir s'il y a eu violation des articles 3, 8 (considéré isolément ou combiné avec l'article 14 et 13).

3. En réponse à l'invitation prescrite à l'article 33 par. 3 *d*) du règlement, les requérantes ont exprimé le désir de participer à l'instance pendante devant la Cour et ont désigné leur conseil (article 30).

4. La chambre de sept juges à constituer comprenait le plein droit sir Vincent Evans, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention), et M. G. Wiarda, président de la Cour (article 21 par. 3 *b*) du règlement). Le 27 octobre 1983, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir MM. R. Ryssdal, W. Ganshof van der Meersch, G. Lagergren, L. Liesch et R., Macdonald, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 par 4. du règlement).

5. Ayant assumé la présidence de la Chambre (article 21 par. 5 du règlement), M. Wiarda a consulté par l'intermédiaire du greffier l'agent du gouvernement du Royaume-Uni ("le Gouvernement"), le délégué de la Commission et le représentant des requérantes sur la nécessité d'une procédure écrite (article 37 par. 1). Le 10 novembre 1983, il a décidé que lesdits agent et représentant auraient jusqu'au 10 février 1984 pour déposer des mémoires auxquels le délégué pourrait répondre par écrit dans les deux mois du jour où le greffier lui aurait communiqué le dernier arrivé d'entre eux. Par la suite, le président a consenti à proroger ces délais jusqu'au 9 mars pour le Gouvernement et jusqu'au 30 pour les requérantes.

Le mémoire du Gouvernement est parvenu au greffe le 12 mars, celui des requérantes le 30. Par une lettre du 15 mai, le secrétaire de la Commission a informé le greffier que le délégué s'exprimerait lors des audiences.

6. Le 22 mai 1984, la Chambre a résolu, en vertu de l'article 50 du règlement, de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière.

7. Le 28 mai, le président a fixé au 25 septembre la date d'ouverture de la procédure orale après avoir consulté agent du gouvernement, délégué de la Commission et conseil des requérantes par l'intermédiaire du greffier.

8. Les débats se sont déroulés en public le jour dit, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu immédiatement auparavant une réunion préparatoire.

Ont comparu:

— *Pour le Gouvernement*

Mme. A. Glover, juriste, ministère des
Affaires étrangères et du Commonwealth, *agent*

Lord Rawlinson, Q.C.,
M.J. Laws, avocat, *conseils,*

Mme S. Evans, ministère de l'Intérieur,
Mme J. Reisz, ministère de l'Intérieur,
M. R. Fries, ministère de l'intérieur, *conseillers;*

— *pour la Commission*

M.J.A. Carrillo, *délégué;*

— *pour les requérants*

M.M. Beloff, Q.C.,
Mme R. Higgins, professeur, *conseils,*

M. S. Grosz, *solicitor,*

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions et à celles de plusieurs juges, Lord Rawlinson pour le Gou-

vernement, M. Carrillo pour la Commission et M. Beloff pour les requérantes.

9. A différentes dates entre le 27 juillet 1984 et le 8 février 1985, le greffe a reçu du Gouvernement, des requérantes ou de la Commission, selon le cas, leurs réponses à des questions posées par la Cour aux comparants le 7 août 1984, des mémoires et observations complémentaires ainsi que d'autres documents.

FAITS

10. Les requérantes se trouvent établies légalement et en permanence au Royaume-Uni. Conformément aux règles sur l'immigration en vigueur à l'époque, MM. Abdulaziz, Cabales et Balkandali se sont vu refuser l'autorisation d'y rester avec elles ou de les y rejoindre en qualité de maris. Elles prétendent avoir subi, de ce fait, une pratique de discrimination fondée sur le sexe, la race et, dans les cas de Mme Balkandali, la naissance; il y aurait eu violation de l'article 3 de la Convention et de l'article 8, considéré isolément ou combiné avec l'article 14. De plus, elles ne disposeraient en la matière d'aucun recours interne effectif, ce qui enfreindrait l'article 13.

I. DROIT ET PRATIQUES INTERNES

A. *Historique et contexte*

11. Il faut envisager l'évolution du contrôle de l'immigration au Royaume-Uni à la lumière de l'histoire de l'Empire britannique et des transformations correspondantes du droit de la nationalité. A l'origine, un individu né au Royaume-Uni ou dans les dominions, ou ayant avec eux un lien précis, devait allégeance à la Couronne et était sujet britannique. Toutefois, une nationalité britannique commune se conciliait mal avec l'indé-

pendance des pays autonomes de l'Empire, devenu le Commonwealth. En accédant à la souveraineté, les divers territoires concernés adoptèrent leur propre législation en matière de nationalité, mais au regard du droit du Royaume-Uni les citoyens des pays indépendants du Commonwealth conservèrent le statut spécial de "sujet britannique" ("*British subject*") ou de "ressortissant du Commonwealth" ("*Commonwealth citizen*"), termes synonymes. En jouissaient aussi les "citoyens du Royaume-Uni et des Colonies" ("*citizens of the United Kingdom and Colonies*"). Avant le 1^{er} janvier 1983, cette dernière nationalité s'obtenait, en bref, par naissance sur le sol du Royaume-Uni ou de l'un des territoires demeurés dépendants, par filiation lorsque le père avait cette nationalité, par naturalisation ou par enregistrement (loi de 1948 sur la nationalité britannique).

12. Si un contrôle strict et continu de l'immigration s'applique depuis longtemps aux étrangers, il n'en va pas de même des ressortissants du Commonwealth. Jusqu'en 1962, ces derniers, quelle que fût leur nationalité "locale", pouvaient tous entrer librement au Royaume-Uni pour y travailler et y fixer leur domicile, sans aucune restriction. Une augmentation rapide de l'afflux d'immigrants, surtout en 1960 et 1961, et le danger corrélatif d'un taux d'immigration supérieur à la capacité d'absorption du pays, conduisirent à modifier radicalement cette situation. Les lois de 1962, puis de 1968, sur les immigrants originaires du Commonwealth limitèrent le droit d'entrée et imposèrent des contrôles à l'immigration de certaines catégories de ressortissants du Commonwealth — dont les citoyens du Royaume-Uni et des Colonies — n'ayant de liens étroits avec la Grande-Bretagne.

B *La loi de 1971 sur l'immigration*

13. Les textes en vigueur en la matière furent amendés et remplacés par la loi de 1971 sur l'immigration ("la loi de 1971"), qui prit effet le 1^{er} janvier 1973. L'un de ses buts principaux consistait à assimiler les mesures de contrôle de l'immigration des ressortissants du Commonwealth sans liens étroits avec le Royaume-Uni aux règles correspondantes valables pour les étrangers. La loi créait deux nouvelles catégories de personnes au regard de l'immigration, à savoir celles qui avaient un droit de résidence illimitée au Royaume-Uni (les "*patrials*") et les autres (les "*non-patrials*").

14. les “*patrials*” échappaient à tout contrôle de l’immigration. Destinés aux ressortissants du Commonwealth qui “appartenaient” au Royaume-Uni, leur statut était, en résumé, attribué (par l’article 2 de la loi de 1971):

- a) aux citoyens du Royaume-Uni et des Colonies qui avaient acquis cette nationalité par naissance, adoption, naturalisation ou enregistrement dans les Iles britanniques (le Royaume-Uni, les îles anglo-normandes et l’île de Man), ou étaient les enfants ou petits-enfants de telles personnes;
- b) aux citoyens du Royaume-Uni et des Colonies qui à un moment quelconque avaient été établis dans les Iles britanniques pendant au moins cinq ans;
- c) aux autres ressortissants du Commonwealth s’il s’agissait d’enfants d’une personne citoyenne du Royaume-Uni et des Colonies par sa naissance dans les Iles britanniques;
- d) aux femmes, ressortissantes du Commonwealth, épouses ou anciennes épouses d’un homme de l’une des catégories précédentes.

15. Aux termes de l’article 1 par. 2 de la loi de 1971, les “*non-patrials*” (ressortissants du Commonwealth ou étrangers) “peuvent vivre, travailler et s’établir au Royaume-Uni moyennant autorisation et sous réserve de ce que” la loi “prévoit pour la réglementation et le contrôle de leur entrée, de leur séjour et de leur départ du Royaume-Uni”.

Sauf certaines exceptions dénuées d’intérêt en l’espèce, un “*non-patrial*” ne peut entrer au Royaume-Uni sans permis (article 3 par. 1). Il peut obtenir un tel permis (ou un permis de séjour s’il se trouve déjà dans le pays) pour une durée déterminée ou illimitée; dans le premier cas, le permis peut s’accompagner de conditions restreignant les perspectives d’emploi et/ou exigeant une inscription sur les registres de la police (*ibidem*). Un permis limité ainsi accordé peut subir ultérieurement des changements concernant sa durée ou les conditions fixées, mais si la limite de durée disparaît il en va de même de toute condition dont il était assorti

(article 3 par. 3). L'octroi et le refus des permis d'entrée relèvent des agents des services de l'immigration, la délivrance et la modification des permis de séjour du seul ministre de l'Intérieur (article 4 par. 1).

C. *Les règles sur l'immigration*

16. L'article 3 par. 2 de la loi de 1971 oblige le ministre de l'Intérieur à saisir de temps à autre le Parlement du texte des dispositions (*statements of the rules*), ou des amendements à celles-ci, élaborés par lui quant à la pratique à suivre en vertu de la loi pour régler l'entrée et le séjour au Royaume-Uni. Ces règles comprennent des directives destinées à indiquer aux agents des services de l'immigration comment exercer les pouvoirs que leur attribue la loi, ainsi que l'énoncé de la manière dont le ministre remplira ses propres fonctions de contrôle après l'entrée. Elles doivent traiter de l'admission des personnes venant pour prendre un emploi, ou pour étudier, ou en qualité de visiteurs, ou à titre de personnes à la charge d'individus se trouvant ou entrant légalement au Royaume-Uni, mais leurs exigences peuvent ne pas être uniformes pour toutes ces catégories; elles peuvent notamment tenir compte de la citoyenneté ("*citizenship*") ou de la nationalité (articles 1 par. 4 et 3 par. 2). Ainsi, il peut exister et il existe des normes différentes pour les ressortissants des Etats membres de la Communauté économique européenne, en vertu du droit communautaire, et les citoyens irlandais occupent une situation à part.

17. Les règles font l'objet d'une procédure de résolution négative: si le ministre de l'Intérieur voit son texte désapprouvé, dans les quarante jours du dépôt, par résolution de l'une des chambres du Parlement, il doit y introduire dans les meilleurs délais les modifications qu'il estime nécessaires en l'occurrence et présenter au Parlement les règles amendées dans les quarante jours du vote de la résolution (article 3 par. 2). La nouvelle version obéit à la même procédure que l'ancienne. Les agents des services de l'immigration prenant leurs décisions de manière continue, le texte initial n'est pas abrogé par une résolution négative; il entre en vigueur à la date qu'il porte ou à celle qu'il indique, et le demeure jusqu'à son remplacement.

18. Le statut juridique exact des règles est assez complexe. La Cour d'appel a étudié la question dans l'affaire *R. c. ministre de l'Intérieur*, ex

part Hosenball (All England Law Reports, 1977, vol. 3, pp. 452); Lord Denning a jugé:

“[Les règles élaborées par le ministre de l’Intérieur] ne sont pas des règles de droit, mais des règles de pratique destinées à guider les fonctionnaires et commissions (*tribunals*) chargés d’appliquer la [loi de 1971] sur l’immigration. Les demandeurs peuvent s’en prévaloir en justice et les invoquent souvent dans les affaires d’immigration. Dans une certaine mesure, les juridictions doivent en tenir compte car la loi renferme elle-même, en particulier à l’article 19, des dispositions montrant qu’il y a lieu d’accueillir un recours à un *adjudicator* si les règles sur l’immigration n’ont pas été respectées. En outre, elles en tiennent toujours compte non seulement là où existe un droit de recours, mais aussi dans des cas de *prerogative writs* soulevant la question du comportement équitable de fonctionnaires. Il ne s’agit pourtant pas d’une législation secondaire constituant un ensemble de règles de droit strictes”.

Lord Justice Geoffrey Lane a lui aussi exprimé des doutes sur le point de savoir si les règles s’analysent en une législation secondaire. Il a déclaré: “Très difficiles à cataloguer ou classer, elles forment une catégorie en soi. Ce sont certainement des directives pratiques à l’intention (...) des fonctionnaires des services d’immigration (...). En réalité elles ne représentent, pour beaucoup d’entre elles, (...) guère plus que des notes explicatives de la [loi de 1971] elle-même”. Il a cependant relevé que les règles ne se trouvaient pas abrogées si le Parlement les désapprouvait. Il a ajouté qu’elles avaient force de loi au moins pour l’examen des recours par un *adjudicator* bien que l’on pût, semble-t-il, s’en écarter avec l’accord du demandeur lui-même.

Lord Justice Cumming-Bruce s’est exprimé ainsi:

“[Les règles] diffèrent entièrement, par nature, des normes créées d’ordinaire en vertu du pouvoir délégué aux ministres par des lois; (...) selon moi, elles n’ont par elles-mêmes absolument aucune valeur législative. Bien sûr, elles reçoivent une effet juridique dans le cadre de la procédure de recours à l’*adjudicator* ou à la commission (...), mais l’effet juridique qu’elles produisent dans ce domaine limité ne

découle pas de leur publication par le ministre ni de leur dépôt devant le Parlement: il résulte de ce que l'article 19 par. 2 de la [loi de 1971] leur donne, en une matière déterminée, une force manifestement contraignante en droit, ce qui est une tout autre chose".

19. Même quand une demande de titre d'admission (paragraphe 22 *b* ci-dessous) ou d'autorisation d'entrée ou d'établissement est en principe à rejeter par le jeu des règles relatives à l'immigration, le ministre de l'Intérieur jouit du pouvoir, issu de prérogatives historiques, d'accepter dans des circonstances exceptionnelles la délivrance d'un titre d'admission ou d'un permis d'entrée ou de laisser l'intéressé demeurer au Royaume-Uni. Si la demande émane d'un mari cherchant à rejoindre sa femme installée au Royaume-Uni ou à rester avec elle, le ministre prend en considération divers éléments, dont l'étendue des liens de l'épouse avec ce pays et la gravité des épreuves qu'elle risquerait de traverser si elle allait vivre à l'étranger, ainsi que toute recommandation des autorités de recours compétentes (paragraphe 34-37 ci-dessous).

D. Situation à l'époque des faits générateurs du présent litige

1. Introduction

20. Les règles en vigueur à l'époque des faits générateurs du présent litige figuraient dans le "Texte d'amendements aux règles sur l'immigration" (HC 394), déposé devant le Parlement le 20 février 1980 ("les règles de 1980"); elles s'appliquaient à toutes les décisions prises à partir du 1^{er} mars 1980, sauf celles qui portaient sur des demandes formulées le 14 novembre 1979 ou auparavant. Les règles projetées avaient déjà été incluses dans un Livre blanc publié en novembre 1979.

Les règles de 1980, dont l'article 2 prescrivait aux agents des services de l'immigration de s'acquitter de leur tâche sans avoir égard à la race, la couleur ni la religion de l'intéressé, précisaient d'abord les contrôles à exercer lors de l'entrée au Royaume-Uni de "*non-patrials*", puis ceux à mener après coup. Les premiers variaient selon que le candidat arrivait là pour un temps (par exemple en qualité de visiteur ou d'étudiant), en tant que salarié, homme d'affaires ou personne vivant de ses propres ressources, ou

encore pour s'établir. Comme sous l'empire des règles antérieures, il fallait en principe interdire aux visiteurs de se procurer un emploi et les personnes désireuses de venir travailler étaient assujetties à une réglementation sévère pour les permis de travail. L'exigence d'un tel permis ne valait cependant pas pour les ressortissants des autres Etats membres de la Communauté économique européenne ni pour les personnes bénéficiant de la "règle de l'ascendance britannique"; selon cette règle, qui existait depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1971, un ressortissant du Commonwealth dont un grand-parent était né dans les Iles britanniques et qui souhaitait occuper ou chercher un emploi au Royaume-Uni pouvait obtenir un permis d'entrée illimité, même sans permis de travail. On trouvait une exception supplémentaire dans la "règle des vacances de travail", grâce à laquelle de jeunes ressortissants du commonwealth pouvaient, sans permis, prendre un emploi à l'occasion d'un congé prolongé au Royaume-Uni; toutefois, la durée de leur séjour ne pouvait dépasser deux ans aux termes des règles de 1980. Toutes ces exceptions ont subsisté dans les règles ultérieures.

21. Les changements apportés par les règles de 1980 se caractérisaient, en particulier, par plusieurs dispositions destinées à la conduite d'une politique de protection du marché intérieur du travail, à une époque de fort chômage, moyennant le freinage de l'"immigration primaire", c'est-à-dire l'immigration de personnes que l'on pouvait s'attendre à voir chercher un travail à plein temps pour subvenir aux besoins de leur famille. En adoptant ces mesures, le Gouvernement avait aussi le souci de promouvoir la tranquillité publique et, par un contrôle ferme mais équitable de l'immigration, favoriser l'établissement de bonnes relations entre communautés.

A ces fins figurait parmi les réformes opérées la définition de conditions plus strictes pour l'octroi d'un permis à un mari ou fiancé "*non-patrial*" qui voulait rejoindre sa femme ou fiancée installée au Royaume-Uni ou demeurer auprès d'elle. Auparavant, pareil époux ou fiancé aurait normalement reçu l'autorisation de s'établir après une période probatoire, pour peu que le but principal du mariage ne consistât pas à obtenir le droit d'établissement. Les nouvelles mesures ne furent pas étendues aux épouses et fiancées d'hommes "établis", ce que le Gouvernement attribue à un attachement déjà ancien (fondé selon lui sur des raisons humanitaires, sociales et éthiques) à la réunion des familles des immigrants de sexe masculin. Elles ne s'appliquèrent pas non plus aux nationaux des autres Etats membres de la Communauté économique européenne.

22. Les clauses pertinentes des règles de 1980 — et de celles qui on suivi — sont résumées plus loin à l'aide des expressions suivantes:

- a) Une personne se trouve “établie au Royaume-Uni” lorsqu'elle y a sa résidence habituelle sans y être entrée au restée en infraction aux lois sur l'immigration, et que la durée de son séjour échappe à toute restriction (article 1).
- b) Un “titre d'admission” (articles 10-14) est un document (visa, certificat d'admission ou lettre d'agrément du ministère de l'Intérieur, selon la nationalité de l'intéressé) à considérer par l'agent des services de l'immigration comme la preuve que le titulaire, bien que “*non-patrial*”, a vocation pour entrer dans le pays aux termes des règles sur l'immigration. Il s'obtient, auprès des représentations britanniques à l'étranger ou du ministère de l'Intérieur, avant l'arrivée au Royaume-Uni.
- c) Un mariage ou projet de mariage est “insuffisant” s'il y a lieu de penser
 - qu'il vise d'abord à obtenir l'admission ou l'établissement au Royaume-Uni; ou
 - que les parties n'ont pas l'intention de cohabiter en permanence comme mari et femme; ou
 - qu'elles ne se sont pas rencontrées (articles 50, 52 et 117).
- d) Il y a “fraude potentielle aux règles” s'il existe des raisons de croire qu'avant le mariage le mari est resté au Royaume-Uni en violation des règles sur l'immigration, qu'il s'est marié après une décision ou recommandation tendant à son expulsion ou que le mariage a pris fin (article 117).
- e) La “condition de ressources” varie selon les circonstances de chaque espèce; elle signifie en substance que l'intéressé doit disposer de moyens de subsistance et d'un logement adéquats sans avoir besoin de recourir aux fonds publics (articles 42, 52 et 55).

2. “Non-patrials” cherchant à rejoindre un conjoint ou futur conjoint établi au Royaume-Uni

23. Lorsqu’un “*non-patrial*” dont le conjoint ou futur conjoint était “établi au Royaume-Uni” arrivait dans ce pays pour s’y établir, on l’y accueillait à cette fin s’il possédait un “titre d’admission” et sauf dans les cas énumérés à l’article 13 des règles de 1980 (par exemple fausses déclarations, raisons médicales, casier judiciaire, refoulement dicté par le bien public).

a) S’il s’agissait d’un *mari ou fiancé*, il pouvait, selon les articles 50 et 52, obtenir un “titre d’admission”:

- i. sauf dans l’hypothèse d’un mariage ou projet de mariage “insuffisant”;
- ii. si sa femme ou fiancée était une citoyenne du Royaume-Uni et des colonies, née au Royaume-Uni ou dont l’un des parents y était né; et
- iii. si, uniquement pour un fiancé, la “condition de ressources” se trouvait remplie.

b) S’il s’agissait d’un *épouse ou fiancée*, elle pouvait d’après les articles 42, 43 et 55, obtenir un “titre d’admission” indépendamment de la nationalité de son mari ou fiancé et du lieu de naissance de celui-ci ou de ses parents. Il n’y avait pas ici de disposition relative aux mariages “insuffisants”, mais la “condition de ressources” devait en général être observée.

c) Les épouses admises en vertu de ces règles se voyaient délivrer une autorisation d’entrée illimitée; les maris étaient accueillis, dans un premier temps, pour douze mois et les fiancés ou fiancées pour trois, avec la possibilité, moyennant certaines garanties, de demander par la suite au ministère de l’intérieur un permis illimité (articles 44, 51, 53, 55, 114 et 116).

3. “Non-patrials” cherchant à rester au Royaume-Uni avec leur conjoint déjà établi dans le pays

24. Les “non-patrials” admis déjà au Royaume-Uni à titre temporaire et qui épousaient par la suite une personne “établie au Royaume-Uni” pouvaient aussi obtenir l'autorisation de rester.

a) Si la demande émanait d'une *homme*, elle devait répondre aux conditions de base ci-après (article 117):

i. que la femme fût une citoyenne du Royaume-Uni et des Colonies, née au Royaume-Uni ou dont l'un des parents y était né; et

ii. que le mariage ne fût pas “insuffisant” et qu'il n'y eût pas de “fraude potentielle aux règles”.

b) Lorsqu'elle émanait d'une *femme*, la demande aboutissait en principe (article 115).

c) Illimité pour les épouses, le permis de séjour accordé en vertu de ces règles était, pour les maris, valable d'abord pour douze mois avec la possibilité, sous réserve à nouveau des conditions indiquées à l'alinéa a) ii. ci-dessus, d'une levée ultérieure de cette restriction (articles 115 et 117).

4. Considérations générales sur le permis de séjour

25. Les décisions sur les demandes de permis de séjour se prenaient à la lumière de tous les faits pertinents; ainsi, même quand l'intéressé satisfaisait aux exigences de forme on lui refusait d'ordinaire l'autorisation dans les cas énumérés à l'article 88 des règles de 1980 (par exemple fausses déclarations, inobservation du délai ou des conditions auxquelles avaient été subordonnée l'admission ou l'autorisation de séjour, caractère indésirable, danger pour la sécurité nationale).

E. *Evolution ultérieure*

1. Introduction

26. La loi de 1971 a eu notamment pour résultat de dissocier de la nationalité le droit de résidence illimitée au Royaume-Uni. Ainsi, différents citoyens du Royaume-Uni et des Colonies ne le possédaient point (par exemple faute d'être nés dans les Iles britanniques, paragraphe 14 *a*) ci-dessus), tandis que certains non-citoyens en jouissaient (par exemples des ressortissants du Commonwealth ayant un lien ancestral avec le Royaume-Uni, paragraphe 14 *c*) ci-dessus). Afin d'harmoniser la citoyenneté avec la législation en matière d'immigration, la loi de 1981 sur la nationalité britannique, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1983, a considérablement modifié la situation. Pour autant qu'elle entre ici en ligne de compte,

- a) elle a remplacé la qualité de citoyen du Royaume-Uni et des Colonies (paragraphe 11 *in fine* ci-dessus) par trois citoyennetés distinctes: "britannique", "territoires dépendants britanniques" et "outre-mer britannique";
- b) elle a prévu, en son article 11 par. 1, que le 1^{er} janvier 1983 acquerraient la "citoyenneté britannique" les personnes qui à cette date seraient citoyens du Royaume-Uni et des Colonies tout en ayant le droit de résidence illimitée au Royaume-Uni aux termes de la loi de 1971, cette catégorie pouvant comprendre des personnes nées au dehors du Royaume-Uni et dont aucun parent n'y était né (paragraphe 14 *b*) ci-dessus);
- c) elle réglementait l'acquisition de la citoyenneté britannique par les personnes nées après le 1^{er} janvier 1983;
- d) elle contenait, à l'article 6 et à l'annexe 1, des dispositions détaillées sur l'octroi de la citoyenneté britannique à raison de la résidence au Royaume-Uni, la délivrance d'un certificat de naturalisation relevant du pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Intérieur;

- e) elle amendait la loi de 1971 en précisant, à l'article 39, que seuls jouiraient désormais du droit de résidence illimitée au Royaume-Uni — elle renonçait à l'emploi des expressions "*patrial*" et "*non-patrial*" — et, par voie de conséquence, échapperaient au contrôle de l'immigration les citoyens britanniques et ceux des ressortissants du Commonwealth qui, au 31 décembre 1982, avaient ce droit en vertu de ladite loi.

2. Les règles de 1982 sur l'immigration

27. Le 6 décembre 1982, après des débats à la Chambre des Communes et à la Chambre des Lords, le ministre de l'Intérieur saisit le Parlement d'un texte modificatif des règles sur l'immigration (HC 66, "les règles de 1982"), lequel devait les adapter à la loi de 1981 sur la nationalité britannique et entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1983. Cependant, la Chambre des Communes vota le 15 décembre 1982 une résolution désapprouvant ce texte; certains de ses membres le trouvaient trop libéral et d'autres insuffisant. Aucune nouvelle version n'ayant été soumise au Parlement, les règles de 1982 ont pris effet le 1^{er} janvier 1983 en dépit de la résolution négative (paragraphe 17 ci-dessus).

28. Elles maintenaient tel quel le régime applicable aux épouses et fiancées (paragraphe 23-25 ci-dessus). Quant aux époux et fiancés, leur statut subissait pour l'essentiel les changements suivants:

- a) Pour qu'ils pussent avoir droit à un permis d'entrée ou de séjour, il ne fallait plus que leurs femmes ou fiancées fussent des citoyennes du Royaume-Uni et des Colonies, nées au Royaume-Uni ou dont un des parents y était né: d'après les articles 41, 54 et 126, il devait s'agir de citoyennes britanniques. Le lieu de naissance de l'intéressée ou de ses parents perdait son importance, puisque des personnes dépourvues de lien territorial de naissance pouvaient figurer parmi les citoyens britanniques (par exemple une femme née dans une ancienne colonie, mais ayant le droit de résidence illimitée au Royaume-Uni du fait des longues années passées dans ce pays, paragraphes 14 b) et 26 b) ci-dessus).

- b) Les articles 41, 54 et 126 renversaient la charge de la preuve: désormais, il incombait à l'homme cherchant à entrer ou rester d'établir que le mariage n'était pas "insuffisant" ou, dans les cas où s'appliquait l'article 126, qu'il n'y avait pas "fraude potentielle aux règles".
- c) Le permis de séjour après mariage, accordé à un homme admis à titre temporaire (paragraphe 24 c) ci-dessus), valait pour une première période de douze mois, suivie d'une seconde puis de la possibilité, sous réserve à nouveau des conditions indiquées à l'alinéa b) ci-dessus, d'une levée ultérieure de cette restriction (article 126).

29. Les règles de 1982 ne traitaient pas de la possibilité, pour les femmes établies au Royaume-Uni et n'ayant pas la citoyenneté britannique, de se faire rejoindre par leur mari; néanmoins, le ministre de l'Intérieur pouvait accorder un permis en exerçant sa liberté d'appréciation en marge des règles (paragraphe 19 ci-dessus). Les intéressées pouvaient aussi demander leur naturalisation sur le fondement de la résidence, en vertu de l'article 6 de la loi de 1981 sur la nationalité britannique (paragraphe 26 d) ci-dessus).

3. Les règles de 1983 sur l'immigration

30. Le 9 février 1983, le ministre a saisi le Parlement d'un nouveau texte d'amendements aux règles sur l'immigration (HC 169, "les règles de 1983"). La Chambre des Communes ayant repoussé une motion qui désapprouvait ces règles, elles sont entrées en vigueur le 16 février 1983.

31. Les règles de 1983 n'ont pas non plus touché au régime applicable aux épouses et fiancées. Quant au statut des maris, il suffit de signaler ici une modification: pour la durée du permis de séjour accordé à un homme se trouvant déjà au Royaume-Uni, l'article 126 retourne au système des règles de 1980 (permis initial de douze mois suivi éventuellement d'un permis illimité, paragraphe 24 c) ci-dessus). A quoi s'ajoutait une mesure transitoire (article 177) en faveur des hommes qui, sous l'empire des règles de

1982 (paragraphe 28 c) ci-dessus), avaient obtenu une prolongation de leur séjour pour une seconde période de douze mois: on leur donnait le droit de solliciter d'emblée un permis illimité, sans attendre l'expiration de cette période.

32. Rien n'a changé dans la situation des femmes établies au Royaume-Uni et n'ayant pas la citoyenneté britannique (paragraphe 29 ci-dessus).

F. *Sanctions*

33. Aux termes des articles 3 par. 5 a), 3 par. 6, 5, 6, 7, et 24 par. 1 b) de la loi de 1971, si une personne ne jouissant pas du droit de résidence illimitée au Royaume-Uni, et ne possédant qu'un permis limité d'entrée ou de séjour dans ce pays, dépasse le délai fixé ou ne respecte pas une condition prescrite:

- a) elle commet une infraction punissable — au maximum — d'une amende de 200 livres et de six mois d'emprisonnement, peines que le tribunal peut, sauf certaines exceptions, assortir d'une recommandation d'expulsion;
- b) elle est, sauf certaines exceptions, passible d'expulsion, bien qu'on ne puisse la contraindre à partir que si le ministre de l'Intérieur décide de prendre contre elle un arrêté d'expulsion.

G. *Recours*

34. La loi de 1969 sur les recours en matière d'immigration institue des organes d'appel. Il s'agit;

- a) des *adjudicators*, qui siègent seuls et sont nommés par le ministre de l'Intérieur;

b) de la commission de recours en matière d'immigration (*Immigration Appeal Tribunal*), qui siège par chambres d'au moins trois membres désignés par le Lord Chancelier et devant comprendre un certain nombre de juristes.

Il n'existe pas à proprement parler de droit de recours ultérieur aux juridictions de droit commun, mais les décisions des organes d'appel peuvent donner lieu à un contrôle juridictionnel de la *High Court* pour des motifs tels qu'erreur de droit ou caractère déraisonnable. Ce contrôle peut aussi porter sur le point de savoir si le ministre de l'Intérieur a commis un abus ou excès de pouvoir ou si un agent des services de l'immigration a agi de manière équitable et impartiale.

35. Aux termes des articles 13, 14 et 15 de la loi de 1971, un *adjudicator* peut, sous réserve de certaines exceptions, connaître d'un recours dirigé contre, notamment:

- a) le refus d'accorder un permis d'entrée au Royaume-Uni ou un titre d'admission;
- b) la modification, ou le refus de modification, d'un permis de séjour limité au Royaume-Uni;
- c) la décision de prendre un arrêté d'expulsion.

Un requérant n'a pas quitter le Royaume-Uni en raison de l'expiration de son permis tant que demeure pendant son recours contre le refus d'en proroger ou supprimer la limite de durée. Il ne peut toutefois attaquer le refus de prolonger une autorisation de séjour s'il a présenté sa demande après l'expiration du permis.

36. Sauf disposition contraire de la loi de 1971, un *adjudicator* ne doit, d'après l'article 19 par. 1, accueillir un recours que dans deux cas:

- a) si la décision ou mesure litigieuse lui paraît contraire à la loi ou aux règles sur l'immigration applicables en l'espèce;

- b) si à ses yeux, lorsqu'elle impliquait l'exercice d'un pouvoir d'appréciation par le ministre de l'Intérieur ou un fonctionnaire, ils auraient dû en user différemment.

Si, en revanche, elle lui semble conforme aux règles, il ne peut examiner le rejet, par le ministre de l'Intérieur, d'une demande de l'intéressé l'invitant à y déroger (article 19 par. 2).

Lorsqu'il accueille un recours, l'*adjudicator* doit donner les instructions qu'il estime nécessaires pour faire exécuter sa décision; il peut également formuler d'autres recommandations. Ses instructions lient le ministre de l'Intérieur sauf si un appel à la commission de recours peut être ou a été introduit (articles 19 par. 3 et 20 par. 2).

37. Toute partie en cause peut attaquer la décision d'un *adjudicator* devant la commission de recours en matière d'immigration. Celle-ci peut la confirmer ou adopter toute autre décision qu'il aurait pu prendre; elle aussi a des obligations et pouvoirs analogues en matière d'instructions et de recommandations. Selon le droit en vigueur à l'époque, il fallait en général obtenir l'autorisation d'interjeter appel; elle devait être accordée, notamment, si la solution du litige dépendait de la réponse à une question juridique douteuse (article 20 par. 1 de la loi de 1971 et article 14 du règlement de 1972 sur la procédure de recours en matière d'immigration).

H. Statistiques

38.

- a) Le gouvernement évalue à 500.000 personnes l'immigration totale au Royaume-Uni en provenance du Nouveau Commonwealth (à savoir le Commonwealth moins l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande) de 1955 à la fin du premier semestre de 1962. On pense qu'à cette dernière date 600 millions de personnes environ jouissaient du droit de résidence illimitée (paragraphe 13-14 ci-dessus) au Royaume-Uni. S'y seraient établies depuis lors, jusqu'à la fin de 1981, 900.000 personnes de plus originaires du Nouveau Commonwealth et du Pakistan, quelque 420.000 personnes arrivant de pays non membres du Commonwealth, autres que le

Pakistan, et près de 94.000 de l'Ancien Commonwealth (Australie, Canada et Nouvelle-Zélande); la majeure partie de cette immigration serait imputable à un nombre assez peu élevé de pays.

D'après les estimations officielles pour 1981, la population du Royaume-Uni (53,7 millions) comprenait 2,2 millions de personnes originaires du Nouveau Commonwealth et du Pakistan (dont approximativement un million dans l'agglomération londonienne) et 1,2 million d'autres personnes nées au dehors du Royaume-Uni (notamment dans l'Ancien Commonwealth, mais non en République d'Irlande). On prévoit que la population originaire du Nouveau Commonwealth et du Pakistan pourrait atteindre 2,5 millions d'ici à 1986 et 3 millions (5% de la population totale escomptée) d'ici à 1991.

- b) Selon le Gouvernement, environ 3.500 personnes par an sont entrées au Royaume-Uni en vertu de la "règle de l'ascendance britannique" (paragraphe 20 ci-dessus), mais beaucoup d'entre elles ont émigré après quelques années.
- c) En 1980-1983, le Royaume-Uni accusa un solde migratoire négatif de l'ordre de 44.000 en moyenne par an, mais la densité de population — 229 personnes au kilomètre carré, ou 355 pour l'Angleterre seule — était en 1981 supérieure à celle de tout autre Etat membre des Communautés européennes.
- d) Les statistiques fournies par le Gouvernement montrent qu'en 1981, en Grande-Bretagne, parmi les personnes en âge de travailler 90% des hommes et 63% des femmes appartenaient à la "population active" (c'est-à-dire étaient salariés, travailleurs indépendants ou chômeurs). Les chiffres correspondants pour les personnes originaires du sous-continent indien se montaient à 86% chez les hommes et 41% chez les femmes et, pour les personnes originaires des Antilles ou du Guyana, à 90% chez les hommes et 70% chez les femmes. Autre enseignement des statistiques: les femmes "économiquement actives" (surtout les épouses) se contentaient d'un travail à temps partiel dans une bien plus grande proportion que les hommes (47% de femmes mariées, contre 2,3% d'hommes).

Ces dernières années, le Royaume-Uni a connu un fort taux de chômage. En 1983, 15,3% des hommes "actifs" et 8,4% des femmes "actives" se trouvaient sans emploi, selon les chiffres officiels fondés sur le nombre des demandeurs d'allocations de chômage. On a enregistré une augmentation marquée entre 1980 et 1981, les pourcentages passant respectivement de 7,9 à 12,5 et de 4,3 à 6,4.

- e) Le Gouvernement a produit aussi devant la Cour des statistiques détaillées à l'appui de sa thèse selon laquelle les règles de 1980 ont eu pour effet global d'entraîner une diminution allant jusqu'à 5.700 par an (et non 2.000, comme il l'avait indiqué devant la commission) du nombre des maris originaires de toutes les régions du monde et admis à s'établir, ou ayant demandé avec succès l'autorisation de venir s'établir. Il a pourtant reconnu qu'une partie de ce chiffre — mais non la plus grande — pouvait s'expliquer par la conjoncture économique. A son avis, ladite diminution revêt une ampleur considérable si on la rapproche du nombre total des personnes admises à s'établir au Royaume-Uni. Ce dernier chiffre (dont les épouses et enfants d'hommes déjà établis dans le pays constituent chaque année près de la moitié) était supérieur à 80.000 en 1975 et 1976, de l'ordre de 70.000 chaque année de 1977 à 1980, de 59.100 en 1981, de 53.900 en 1982 et de 53.500 en 1983. Le nombre des hommes autorisés à s'établir en raison de leur mariage s'élevait à 11.190 en 1975, 11.060 en 1976, 5.610 en 1977, 9.330 en 1978, 9.900 en 1979, 9.160 en 1980, 6.690 en 1981, 6.070 en 1982 et 5.120 en 1983; celui des femmes admises dans les mêmes conditions atteignait 19.890 en 1977, 18.950 en 1978, 19.780 en 1979, 15.430 en 1980, 16.760 en 1981, 15.490 en 1982 et 16.800 en 1983.

Au sujet de la baisse annuelle de 5.700 ainsi invoquée, les requérantes expriment une série de doutes: elle reposerait sur une comparaison avec les chiffres de 1979, année marquée par un afflux artificiel de demandes en provenance du sous-continent indien; il serait plus significatif de confronter entre eux les chiffres de 1981 et 1983, pour prendre en compte les délais d'instruction des demandes et la période d'attente de douze mois avant l'octroi du permis de séjour illimité; le Gouvernement n'aurait pas eu égard au déclin

naturel des demandes, ni aux personnes régulièrement écartées (par exemple pour défaut d'authenticité de leur mariage).

II. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. *Mme Abdulaziz*

39. Mme Nargis Abdulaziz réside légalement et en permanence au Royaume-Uni avec le droit d'y rester indéfiniment. Née en 1948 au Malawi, elle y a été élevée; ses parents y sont nés eux aussi. D'après ses dires, elle avait la nationalité du Malawi à la naissance mais l'a perdue depuis lors en raison de son origine indienne; elle serait aujourd'hui apatride. Elle possède un titre de voyage malawien.

Arrivée au Royaume-Uni le 23 décembre 1977, la requérante obtint, en tant que "*non-patrial*" (paragraphe 13-15 ci-dessus), un permis d'entrée en qualité de visiteur, ultérieurement renouvelé par trois fois. Certains membres de sa famille ayant reçu des bons (*vouchers*) spéciaux grâce auxquels ils purent s'installer au Royaume-Uni, une demande de permis d'établissement illimité fut présentée en sa faveur. Elle aboutit le 16 mai 1979, en vertu d'une mesure discrétionnaire en marge des règles sur l'immigration (paragraphe 19 ci-dessus), essentiellement parce qu'il s'agissait d'une célibataire sans grandes perspectives de mariage et faisant partie d'une famille unie, dont son père et sa mère, établie au Royaume-Uni.

40. M. Ibramobai Abdulaziz est un ressortissant portugais né en 1951 à Daman, ancien territoire portugais situé em Inde. Il émigra au Portugal en 1978. Le 4 octobre 1979, en tant que "*non-patrial*", il fut accueilli au Royaume-Uni pour six mois à titre de visiteur. Il rencontra la requérante six jours plus tard. Ils se fiancèrent le 27 novembre, puis se marièrent six jours plus tard. il se fiancèrent le 27 novembre, puis se marièrent le 8 décembre 1979. La semaine suivante, Mme Abdulaziz demanda pour son

mari une autorisation de séjour illimité au Royaume-Uni. Peu après, le Conseil paritaire pour le bien-être des immigrants (*Joint Council for the Welfare of Immigrants*) en sollicita une lui aussi en sa faveur, mais pour douze mois.

41. Après avoir entendu le couple le 6 juin 1980, le ministère de l'Intérieur rejeta le 1^{er} juillet la demande de Mme Abdulaziz, car il ne s'agissait pas d'une citoyenne du Royaume-Uni et des Colonies née au Royaume-Uni ou dont l'un des parents y était né (article 117 des règles de 1980, paragraphe 24 a) ci-dessus).

M. Abdulaziz attaqua cette décision devant un *adjudicator* (paragraphe 34-36 ci-dessus), mais se vit débouter le 6 octobre 1981: il ne remplissait pas les conditions nécessaires, aux termes des règles de 1980, pour demeurer au Royaume-Uni. L'*Adjudicator* souligna que si la demande avait été introduite avant le 14 novembre 1979 ou la décision prise avant le 1^{er} mars 1980, M. Abdulaziz aurait été admis en vertu des règles antérieures (paragraphe 20 et 21 ci-dessus). Le 9 décembre 1981, la commission de recours en matière d'immigration refusa l'autorisation de la saisir, estimant que l'issue du litige ne dépendait pas de la réponse à une question juridique douteuse et qu'il n'existait pas d'autre raison d'accorder pareille autorisation (paragraphe 37 ci-dessus).

42. Depuis lors, M. Abdulaziz vit au Royaume-Uni sans permis. Il occupe actuellement un emploi de chef de cuisine dans un restaurant; sa femme ne travaille pas. Ils ont eu un fils en octobre 1982. Des démarches de parlementaires auprès du ministère de l'intérieur ont échoué, essentiellement au motif que le couple pouvait cohabiter au Portugal et que les circonstances de la cause ne justifiaient pas un traitement exceptionnel. Dans un lettre du 24 février 1982 à un député, le secrétaire d'Etat à l'intérieur précisa que les autorités conseilleraient sous peu à M. Abdulaziz de partir sans retard, ajoutant qu'à défaut "il faudra[it] envisager de l'y contraindre"; cependant, un lettre du 29 novembre 1982 à un autre parlementaire affirmait que le ministre "ne songe[ait] pas pour l'instant à prendre la moindre mesure concernant l'éloignement [de M. Abdulaziz]". De fait, les autorités n'ont engagé jusqu'ici contre ce dernier aucune procédure pénale ou d'expulsion (paragraphe 33 ci-dessus); d'après le Gouvernement, elles ont arrêté leur position à la lumière de toutes les données, dont la décision de

la Commission sur la recevabilité de la requête de Mme Abdulaziz (paragraphe 55 ci-dessus).

Les règles de 1982 et 1983 n'ont rien changé à la situation du ménage car Mme Abdulaziz, bien qu'établie au Royaume-Uni, n'a pas la citoyenneté britannique (paragraphe 27-32 ci-dessus). Elle a cependant demandé sa naturalisation le 16 août 1984, en vertu de l'article 6 de la loi de 1981 sur la nationalité britannique (paragraphe 26 *d*) ci-dessus).

43. Lors de leur audition au ministère de l'Intérieur, M. Abdulaziz déclara qu'on ne pouvait s'attendre à voir sa femme vivre au Portugal car elle avait toujours été attachée à sa famille et son père, alors madame — il est décédé en septembre 1980 — avait besoin de sa compagnie. Devant la Commission et la Cour, elle a soutenu que sa santé pâtissait des problèmes d'établissement de son mari et que des considérations humanitaires l'empêchaient de se rendre au Portugal, pays où elle n'avait aucune famille et dont elle ne parlait pas la langue. Selon le Gouvernement au contraire, absolument rien ne s'oppose à ce qu'elle aille s'installer au Portugal avec son mari.

B *Mme Cabales*

44. Mme Arcely Cabales réside légalement et en permanence au Royaume-Uni, avec le droit d'y rester indéfiniment. D'origine asiatique elle est née en novembre 1939 aux Philippines où elle a été élevée. Elle a eu la nationalité de ce pays jusqu'en 1984 (paragraphe 47 ci-dessous). Née aux Philippines, ses parents y habitent.

La requérante arriva au Royaume-Uni en 1967, munie d'un permis de travail comme aide-soignante; en tant que "*non-patrial*" (paragraphe 13-15 ci-dessus), elle fut admise pour douze mois. Elle continua par la suite d'occuper régulièrement son emploi; le 10 juin 1971, on leva les conditions liées à son séjour et on l'autorisa à rester au Royaume-Uni sans limitation de durée. Elle est maintenant infirmière titulaire au service de l'Etat.

45. Citoyen des Philippines, où il est né en 1937, M. Ludovico Cabales rencontra la requérante en 1977 à Manille où elle passait ses vacances. Il l'y revit en 1979 alors qu'elle s'y trouvait pour un ou deux mois. Ils se fiancèrent au cours de cete dernière période et une cérémonie de mariage eut lieu entre eux aux philippines le 23 avril 1980. La requérante regagna le Royaume-Uni peu après pour reprendre son travail. En mai 1980, elle informa le ministère de l'intérieur de son mariage et sollicita pour M. Cabales l'autorisation d'entrer au Royaume-Uni, démarche qu'elle renouvela en août. Le 27 novembre, M. Cabales, étant "*non-patrial*", demanda à l'ambassade britannique à Manille un visa pour pouvoir rejoindre sa femme au Royaume-uni et s'y établir.

46. Après que Mme Cabales eut fourni au ministère de l'Intérieur certains renseignements complémentaires exigés par lui, il lui écrivit le 23 février 1981 pour lui annoncer le rejet de la demande de visa au motif qu'elle n'était pas une citoyenne du Royaume-Uni et des Colonies née au Royaume-Uni ou dont l'un des parents y était né (article 50 des règles de 1980, paragraphe 23 a) ii. ci-dessus). La décision ne fut notifiée en mains propres à M. Cabales que le 12 novembre 1981, car il avait négligé de se présenter à cette fin à l'ambassade de manille ainsi qu'on l'y avait invité en mars 1981.

Par une lettre du 20 août 1981, le Conseil paritaire pour le bien-être des immigrants pria le service de l'immigration et de la nationalité du ministère de l'intérieur de reconsidérer cette décision. Toutefois, ledit service lui répondit le 13 janvier 1982, après avoir examiné la situation, qu'il avait résolu de confirmer le rejet. Le 8 décembre 1981 M. Cabales avait saisi un *adjudicator* (paragraphe 34-36 ci-dessus), mais celui-ci le débouta le 25 juillet 1983 au motif que la décision du fonctionnaire chargé de délivrer les visas cadrait avec la loi et les règles sur l'immigration. Relevant que Mme Cabales n'avait pas consulté un juriste mais avait cru, à l'époque de la cérémonie de mariage, qu'un changement de législation permettrait d'accueillir M. Cabales, l'*adjudicator* exprima l'espoir que les autorités étudieraient le cas avec bienveillance. Au début elles n'y virent pas une recommandation, mais le ministre de l'Intérieur conclut ensuite à l'absence de raisons suffisantes de déroger aux règles sur l'immigration. Il n'existe aucune trace d'une demande d'autorisation d'appel à la commission de recours en matière d'immigration. Des démarches auprès du ministère de l'Intérieur échouèrent elles aussi, principalement par le motif que le couple

désigné par elle a fourni ultérieurement à la Cour l'essentiel d'un avis qu'il avait reçu de juristes des Philippines; il en ressortait que le droit de ce pays imposait de réputer valide le mariage aussi longtemps qu'un tribunal ne l'aurait pas déclaré nul. Le Gouvernement a répondu que d'après ses renseignements il s'agissait d'une nullité *ab initio* et qu'il ne fallait aucune décision judiciaire pour constater l'invalidité du mariage. Une nouvelle consultation obtenue pour le compte de Mme Cabales a contredit cette thèse.

Interrogés par les autorités britanniques en août et septembre 1984, M. et Mme Cabales n'apportèrent pas de preuves de nature à modifier l'opinion du Gouvernement. Mme Cabales annonça cependant que si M. Cabales était accueilli au Royaume-Uni, une cérémonie de mariage y aurait lieu entre eux. C'est dans ces conditions qu'en octobre 1984 M. Cabales se vit refuser un permis d'établissement à titre de mari mais reconnaître vocation, aux termes des règles de 1983, pour séjourner temporairement au Royaume-Uni comme fiancé d'une citoyenne britannique.

49. Devant la Commission puis la Cour, Mme Cabales a fait valoir que de réels obstacles l'empêchaient de retourner vivre aux Philippines: elle était trop âgée, ses qualifications n'y étaient pas reconnues et, en travaillant au Royaume-Uni, elle pouvait subvenir aux besoins de ses parents et d'autres membres de sa famille. Le Gouvernement a combattu ces Philippines elle ne réussissait pas à bien tirer parti de ses compétences d'infirmière.

C. *Mme Balkandali*

50. Mme Sohair Balkandali réside légalement et en permanence au Royaume-Uni, avec le droit d'y rester indéfiniment. Elle est née en 1946 ou 1948 en Egypte. Ses parents y sont nés et y habitent.

La requérante arriva au Royaume-Uni pour la première fois en novembre 1973; on lui délivra, en tant que "*non-patrial*" (paragraphe 13-15 ci-dessus), un permis d'entrée d'un mois en qualité de visiteur. Par la suite, elle obtint plusieurs permis de séjour, à titre de visiteur ou d'étudiante; le

pouvait cohabiter aux Philippines et que le ministre n'avait pas de raisons suffisantes d'user de sa latitude em marge de la législation.

47. D'avril 1980 à décembre 1984, M. Cabales continua de vivre aux Philippines et le couple demeura séparé, sauf pendant une brève période en 1983 où Mme Cabales se rendit dans ce pays. En novembre 1982, toutefois, elle avait sollicité sa naturalisation sur la base de l'article 6 de la loi de 1981 sur la nationalité britannique (paragraphe 26 *d*) ci-dessus); elle se la vit accorder à compter du 18 avril 1984 et perdit ainsi la nationalité philippine. Le 10 juillet 1984, M. Cabales réclama un permis d'entrée aux fins de son établissement permanent comme époux d'une citoyenne britannique, en vertu de l'article 54 des règles de 1983 (paragraphe 30-31 ci-dessus). Par les motifs et dans les circonstances indiqués au paragraphe suivant, il essuya un refus le 1^{er} octobre 1984, mais le lendemain il demanda et obtint un visa lui conférant le droit de séjourner, pour son mariage, trois mois au Royaume-uni. Il y arriva le 19 décembre 1984 et la cérémonie eut lieu le 26 janvier 1985. Le 4 février, il a reçu l'autorisation de rester en qualité de mari pendant les douze mois à venir; à l'expiration de cette période, il pourra prétendre à un permis permanent.

48. Dans un mémoire déposé devant la Cour le 27 juillet 1984, le Gouvernement avait contesté la validité du mariage de 1980 (paragraphe 45 ci-dessus). Selon les articles 53 et 80 du code civil philippin, il faut considérer comme nul un mariage célébré sans licence, sauf dans le cas d'un "mariage de caractère exceptionnel", c'est-à-dire entre personnes ayant vécu ensemble comme mari et femme pendant au moins cinq ans (article 76). Le contrat de mariage des Cabales précise que la cérémonie accomplie en 1980 l'a été, sans licence, en vertu de l'article 76. Les parties ont affirmé à la même époque, dans un déclaration sous serment, avoir déjà cohabité au moins cinq ans, mais il ne saurait en aller ainsi puisque d'après sa propre version des faits Mme Cabales n'a rencontré M. Cabales qu'en 1977 (paragraphe 45 ci-dessus). Aux yeux du Gouvernement, les conditions de l'article 76 ne se trouvaient donc pas remplies, de sorte que le mariage devait passer pour nul.

Lors des audiences du 25 septembre 1984, le conseil de la requérante a plaidé que le vice, s'il en existait un, revêtait un caractère purement formel et l'on pouvait assimiler le statut de M. et Mme Cabales celui de personnes liées par un mariage de fait (*common-law marriage*); Le représentant

dernier valait jusqu'en août 1976. Dotée d'un bagage universitaire important, elle épousa en mai 1978 un certain M. Corbett, citoyen du Royaume-Uni et des Colonies; cinq jours plus tard, elle reçut un permis d'établissement illimité au Royaume-Uni, en raison de son mariage, en vertu des dispositions alors en vigueur. Le 26 octobre 1979, toujours grâce à son mariage, elle fut enregistrée comme citoyenne du Royaume-Uni et des Colonies en application de la loi de 1948 sur la nationalité britannique; elle devint ainsi une "*patrial*" (paragraphe 11 *in fine* et 14 *a*) ci-dessus). A l'époque, elle vivait déjà séparée de M. Corbett dont elle divorça en octobre 1980.

51. M. Bekir Balkandali est un ressortissant turc né en Turquie le 9 avril 1946. En janvier 1979 on lui accorda, en tant que "*non-patrial*", l'autorisation d'entrer au Royaume-Uni, en qualité de visiteur semble-t-il, pour un mois. On lui permit ultérieurement d'y demeurer comme étudiant jusqu'au 31 mars 1980. Il sollicita le 2 avril une prorogation mais essuya un refus le 23 septembre 1980 car il n'avait pas suivi ses cours et le ministre de l'Intérieur n'était pas convaincu d'avoir affaire à un authentique étudiant ayant l'intention de repartir à la fin de ses études. Ayant présenté sa demande après l'expiration de son permis, il n'avait pas de droit de recours aux termes de la loi de 1971 (paragraphe 35 ci-dessus); on lui conseilla de quitter le Royaume-Uni, en l'avertissant du risque de voir engager contre lui une procédure pénale ou d'expulsion (paragraphe 33 ci-dessus) dans le cas contraire.

52. La requérante vit avec M. Balkandali depuis l'automne 1979. En avril 1980, ils ont eu un fils qui jouit du droit de résidence illimitée au Royaume-Uni. Le 14 octobre 1980, le Conseil paritaire pour le bien-être des immigrants demanda que M. Balkandali pût rester dans le pays jusqu'à ce qu'il eût épousé sa fiancée, la requérante. Interrogés ensemble par des fonctionnaires du ministère de l'Intérieure le 30 mars 1981, ils produisirent des preuves de leur mariage, célébré en janvier 1981. La demande fut donc traitée comme tendant à l'octroi d'un permis d'établissement à titre d'époux d'une femme installée au Royaume-Uni.

L'autorisation fut refusée le 14 mai 1981: bien que citoyenne du Royaume-Uni et des Colonies, Mme Balkandali n'était pas née au Royaume-Uni, ni aucun de ses parents (article 117 des règles de 1980, paragraphes 24 *a*) i.) ci-dessus). Cette décision ne se prêtait pas à un appel,

car M. Balkandali ne disposait pas d'un permis de séjour valable au moment où il avait formulé sa demande (paragraphe 35 ci-dessus). Des démarches d'un parlementaire auprès du ministère de l'Intérieur échouèrent, principalement pour la raison que le couple pouvait cohabiter en Turquie et qu'il n'existait pas de considérations humanitaires assez impérieuses pour justifier une solution exceptionnelle en marge des règles sur l'immigration. Dans une lettre du 18 décembre 1981 au député, le secrétaire d'Etat à l'Intérieur écrivit que M. Balkandali devait maintenant se préparer à quitter sur-le-champ le Royaume-Uni, sans quoi on prendrait des mesures pour l'y contraindre. Cependant, une lettre du 3 décembre 1982 au même destinataire annonçait que le ministre n'envisageait pour l'instant aucune action à l'encontre de M. Balkandali. En fait, les autorités n'ont entamé à aucun moment contre ce dernier une procédure pénale ou d'expulsion (paragraphe 33 ci-dessus); selon le Gouvernement, elles ont arrêté leur décision à la lumière de toutes les circonstances, dont la décision de la Commission sur la recevabilité de la requête de Mme Balkandali (paragraphe 55 ci-dessus).

53. Le 20 janvier 1983 M. Balkandali obtint, conformément à l'article 126 des règles de 1982 (paragraphe 28 *a*) ci-dessus), un permis de séjour de douze mois au Royaume-Uni en qualité d'époux d'une citoyenne britannique. En effet, sa femme avait acquis automatiquement, le 1^{er} janvier 1983, la citoyenneté britannique en vertu de la loi de 1981 sur la nationalité (paragraphe 26 *b*) ci-dessus). Par la suite, M. Balkandali sollicite un permis d'établissement illimité; il se le vit accorder le 18 janvier 1984 en application de l'article 177 des règles de 1983 (paragraphe 31 ci-dessus). En septembre 1984 en application de l'article 177 des règles de 1983 (paragraphe 31 ci-dessus). En septembre 1984, il travaillait dans la restauration et projetait d'ouvrir à bref délai un restaurant; sa femme était employée des jours par semaine dans une crèche.

54. Devant la Commission puis la Cour, Mme Balkandali a fait valoir que de réels obstacles l'empêchaient d'aller vivre en Turquie avec son mari: elle a mentionné ses liens étroits avec le Royaume-Uni et affirmé qu'en sa qualité de femme instruite et de mère d'un enfant illégitime, on la traiterait en Turquie comme une paria. Le gouvernement plaide l'absence de véritable problème à cet égard.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

55. Mme Abdulaziz a saisi la Commission le 11 décembre 1980, Mmes Cabales et Balkandali le 10 août 1981. Chacune d'elles se prétendait victime d'une pratique autorisée par le Parlement, exposée dans les règles de 1980 et incompatible avec la Convention; elles invoquaient les articles 3,8 (considéré isolément et combiné avec l'article 14) et 13.

56. Le 11 mai 1982, la Commission a retenu les trois requêtes (n.º 9214/0, 9473/8 et 9474/8) et en a ordonné la jonction en vertu de l'article 29 de son règlement intérieur.

Dans son rapport du 12 mai 1983 (article 31 de la Convention), elle exprime l'avis:

- qu'il y a eu discrimination sexuelle contraire à l'article 14, combiné avec l'article (unanimité);
- qu'il n'y a pas eu de discrimination raciale enfreignant les mêmes articles (neuf voix contre trois)
- que l'application initiale des règles de 1980 dans le cas de Mme Balkandali a constitué une discrimination fondée sur la naissance, en violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 (onze voix, avec une abstention);
- que l'absence de recours internes effectifs pour les griefs tirés des articles 3, 8 et 14 a méconnu l'article 13 (onze voix contre une);
- qu'il ne s'impose pas d'examiner l'affaire plus avant sous l'angle des articles 3 et 8.

Le texte intégral de cet avis et de l'opinion dissidente dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt ⁽¹⁾.

(1) Omite-se a publicação do Parecer da Convenção.

CONCLUSIONS PRESENTEES A LA COUR PAR LE GOUVERNEMENT ET LES REQUERANTES

57. Lors des audiences du 25 septembre 1984, le Gouvernement a plaidé l'irrecevabilité *ratione materiae* de la requête de Mme Cabales.

Pour le reste, il a confirmé en substance les conclusions énoncées dans son mémoire du 12 mars 1984. Elles invitaient la Cour:

“1. Quant aux articles 8 et 14

- a) à décider et déclarer que les questions relatives au contrôle de l'immigration ne relèvent pas de l'article 8, si bien que des griefs fondés sur le fonctionnement dudit contrôle ne sauraient aboutir en vertu de l'article 8, ni de l'article 14 combiné avec l'article 8;
- b) à décider et déclarer qu'après examen des faits de la cause, les décisions litigieuses ne relèvent pas de l'article 8, avec les conséquences ci-dessus;
- c) à décider et déclarer, au besoin, que toute discrimination au regard de l'article 14 repose sur une justification objective et raisonnable et n'est pas disproportionnée par rapport aux buts des mesures en question;
- d) à décider et déclarer, au besoin, que s'il y a eu ingérence dans l'exercice de droits reconnus aux requérantes par l'article 8, elle était prévue par la loi et constituait une mesure nécessaire, dans une société démocratique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la protection des droits et libertés d'autrui;

2. Quant à l'article 3, à décider et déclarer que les faits de la cause ne peuvent constituer, ou, en ordre subsidiaire, ne constituent pas un traitement inhumain ou dégradant au sens de cet article;

3. A décider et déclarer que l'article 13 ne s'applique pas en l'espèce car les griefs échappent à l'empire des articles 3, 8 et 14; de toute manière, à juger que pour les règles sur l'immigration cet article n'oblige pas à fournir un recours interne;

subsidiairement, à juger que dans la mesure où il impose effectivement, en l'occurrence, l'obligation d'en fournir un pour l'un quelconque des griefs invoqués, cette obligation se trouve remplie”.

De leur côté, les requérantes ont maintenu en substance les conclusions formulées dans leur mémoire du 30 mars 1984; elles y demandaient à la Cour de décider et déclarer:

“1. qu’elles sont victimes d’une pratique contraire à leur droit au respect de leur vie familiale et violant l’article 8 de la Convention;

2. qu’elles sont en outre victimes, dans la jouissance de ce droit, d’une pratique de discrimination fondée..

a) sur le sexe et la race pour chacune d’elles;

b) sur la naissance dans le cas de Mme Balkandali,

et contraire à l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8;

3. que cette discrimination constitue un traitement dégradant incompatible avec l’article 3 de la Convention;

4. que l’absence de recours effectifs quant aux griefs tirés par elles des articles 3, 8 et 14 enfreint l’article 13 de la Convention;

5. que le gouvernement britannique doit verser aux requérantes une indemnité appropriée, y compris pour les frais, à titre de satisfaction équitable”.

EN DROIT

1. Sur la violation alléguée de l’article 8

58. Les requérantes se prétendent victimes d’une pratique contraire à leur droit au respect de leur vie familiale, consacré par l’article 8 aux termes duquel

“1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cete ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et 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”.

A. Applicabilité de l'article 8

59. En ordre principal, le Gouvernement plaide que ni l'article 8 ni aucun autre article de la Convention ne s'applique ao contrôle de l'immigration. Le Protocole n.º 4 constituerait ici le seul instrument pertinent. Ainsi que le précise son préambule, il a pour but de reconnaître des droits s'ajoutant à ceux que protège le Titre I de la Convention; il en ressortirait sans contredit que cette dernière, en particulier son article 8, n'en accordait pas encore dans le domaine considéré. En outre, les requérantes revendiqueraient un droit que même le Protocole, du reste non ratifié par le Royaume-Uni, n'assurerait pas aux étrangers.

La Commission a rejeté cete thèse en statuant sur la recevabilité des requêtes; elle a confirmé sa jurisprudence constante, sur laquelle les intéressées s'appuient à présent: si le droit pour un étranger, d'entrer ou demeurer dans un pays n'est pas garanti en soi par la Convention, le contrôle de l'immigration doit néanmoins s'exercer d'une manière compatible avec les exigences de celle-ci et le fait d'écarter quelqu'un du territoire d'un Etat où vivent des membres de sa famille peut poser un problème au regard de l'article 8.

60. La cour ne peut souscrire à l'opinion du Gouvernement.

Les requérantes ne sont pas les maris mais leurs épouses; elles se plaignent non d'un refus de les laisser enter eu demeurer au Royaume-uni, mais, en leur qualité de personnes régulièrement établies dans ce pays, de s'y voir privées (Mme Cabales) ou menacées d'être privées (Mmes Abdulaziz et Balkandali) de la compagnie de leur conjoint.

Qui plus est, la Convention et ses Protocoles, il échet de le rappeler, forment un tout, de sorte qu'une matière régie pour l'essentiel par l'une de leur clauses peut relever aussi, à certains égards, de telle autre d'entre elles (arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire "linguistique belge", série A n.º 6, p. 33, par 7) (2). Partant, on ne saurait exclure que des mesures prises dans le domaine de l'immigration risquent de porter atteinte au droit au respect de la vie familiale, garanti par l'article 8, bien que certains aspects du droit d'entrer dans un pays relèvent du Protocole n.º 4 pour les Etats liés par lui. La Cour marque donc son accord avec la Commission sur le point considéré.

61. A titre subsidiaire, le Gouvernement invoque deux arguments de plus pour démontrer l'inapplicabilité de l'article 8.

En premier lieu, celui-ci n'exigerait le respect que d'une vie familiale existante; or les couples dont il s'agit n'avaient pas, au moment de l'introduction de la demande de permis d'entrée ou de séjour de l'homme, établi pareille vie avec le légitime espoir de la mener au Royaume-Uni.

Deuxièmement, ils revendiqueraient en réalité le droit, non protégé par l'article 8, de choisir leur pays de résidence, car rien ne les empêcherait de vivre ensemble au Portugal, aux Philippines et en Turquie, selon le cas.

Les requérantes combattent cette thèse. La Commission n'a pas examiné les requêtes sous l'angle de l'article 8 considéré isolément, mais elles ne lui paraissent pas échapper à l'empire de cette disposition.

62. La Cour a jugé qu'en consacrant le droit au respect de la vie familiale, la Convention "présuppose l'existence d'une famille" (arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A n.º 31, p. 14, par. 31) (3). Il n'en résulte pourtant pas que toute vie familiale projetée sorte entièrement du cadre de l'article 8. Quoi que le mot "famille" puisse désigner par ailleurs, il englobe la relation née d'un mariage légal et non fictif, tel celui de M. et Mme Abdulaziz comme de M. et Mme Balkandali, même si une vie familiale du genre visé par le Gouvernement ne se trouve pas encore pleinement établie. Il faut regarder ces unions comme suffisantes pour mériter le respect que peut vouloir l'article 8.

(2) Sumariado sob n.º 6 em documentação e Direito comparado, 3, pag. 201.

(3) Sumariado n.º n.º 52 em Documentação e Direito Comparado, 9, pag. 45.

En outre, s'il s'agit d'un couple marité l'expression "vie familiale" implique normalement la cohabitation. L'article 12 le confirme car le droit de fonder une famille ne se conçoit guère sans celui de vivre ensemble. La Cour note de surcroît que M. et Mme Abdulaziz avaient non seulement contracté mariage, mais aussi cohabité pendant quelque temps avant que le premier se vît refuser l'autorisation de rester au Royaume-Uni (paragrapes 40-41 ci-dessus). De leur côté, les Balkandali avaient cohabité et eu un fils, bien qu'ils ne se soient mariés qu'après l'expiration du permis de séjour de M. Balkandali comme étudiant et la décision de ne pas le prolonger; leur vie commune se poursuivait lors du rejet de sa demande de permis de séjour en qualité d'époux (paragrapes 51-52 ci-dessus).

63. Quant à Mme Cabales, il faut traiter son cas séparément eu égard au problème relatif à la validité de son mariage (paragraphe 48 ci-dessus). D'après le Gouvernement, sa requête se révèle irrecevable *ratione materiae* et la Cour n'a pas à en connaître.

Aux yeux de la Cour, le moyen touche au fond quoique formulé en termes de recevabilité; partant, mieux vaut l'étudier sous cet angle (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Airey du 9 octobre 1979, série A n.º 32, p. 10, par. 1) (4).

La Cour ne pense pas avoir à trancher la controverse qui a surgi au sujet des incidences du droit philippin. Une cérémonie de mariage avait eu lieu entre M. e Mme Cabales (paragraphe 45 ci-dessus) qui, les pièces du dossier le montrent, se croyaient mariés et souhaitaient sincèrement cohabiter et mener une vie familiale normale, comme ils n'ont pas manqué de le faire par la suite. En l'occurrence, le lien noué ainsi était assez étroit pour entraîner la mise en jeu de l'article 8.

64. Reste l'argument avancé par le Gouvernement quant au choix du pays de résidence. Il paraît concerner davantage le degré de respect dû à la vie familiale, de sorte que la Cour l'examinera dans ce contexte (paragraphe 68 ci-dessus).

65. En résumé, chacune des requérantes avait entamé une "vie familiale" suffisante aux fins de l'article 8, lequel s'applique donc en l'espèce.

(4) Sumariado sob n.º 33 em Documentação e Direito Comparado, 9, pag. 50

En raison de l'importance des problèmes soulevés, la Cour s'estime, contrairement à la Commission, tenue de rechercher s'il y a eu violation de l'article 8 considéré isolément.

B. *Observation de l'article 8*

66. Selon les requérantes, le respect de la vie familiale — que le Royaume-Uni devait leur assurer sur son territoire — implique le droit d'établir son foyer dans l'Etat de sa nationalité ou de sa résidence régulière; sous l'unique réserve des termes du paragraphe 2 de l'article 8, le dilemme entre gagner l'étranger ou se séparer de son conjoint méconnaîtrait ce principe. En outre, un obstacle de fait entrerait en ligne de compte à l'égal d'un obstacle de droit; or vivre, respectivement, au Portugal, aux Philippines ou en Turquie, plongerait ou aurait plongé ces couples dans de graves difficultés (paragraphe 43, 49 et 54 ci-dessus), malgré l'absence d'empêchement juridique.

67. La Cour rappelle que si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale (arrêt *Marckx* précité, série A n.º 31, p. 15, par. 31)⁽⁵⁾. La notion de "respect" manque cependant de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les Etats contractants. Partant, il s'agit d'un domaine dans lequel ils jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention (voir entre autres, *mutatis mutandis*, l'arrêt précité en l'affaire "linguistique belge", série A n.º 6, p. 32, par. 5 ⁽⁶⁾, l'arrêt *Syndicat national de la police belge* du 27 octobre 1975, série A n.º 19, p. 18, par. 39 ⁽⁷⁾, l'arrêt *Marckx* précité,

(5) Sumariado sob N.º 32 em Documentação e Direito Comparado, 9, pág. 45.

(6) Sumariado sob N.º 6 em Documentação e Direito Comparado, 3, pág. 201.

(7) Sumariado sob N.º 19 em Documentação e Direito Comparado, 6, pág. 561.

série A n.º 31, p. 15, par 31 ⁽⁸⁾, et l'arrêt Rasmussen du 28 novembre 1984, série A n.º 87, p. 15, par. 40). Spécialement, dans la matière sous examen l'étendue de l'obligation, pour un Etat, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés, dépend de la situation des intéressés. De plus, la Cour ne saurait oublier que le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol.

68. L'affaire, il échet de le souligner, ne concerne pas des immigrants qui, déjà dotés d'une famille, l'auraient laissée derrière eux, dans un autre pays, jusqu'à la reconnaissance de leur droit de rester au Royaume-Uni: les requérantes n'ont contracté mariage qu'une fois établies dans cet Etat en tant que célibataires (paragraphe 39-40, 44-45 et 50-52 ci-dessus). Or l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays.

En l'espèce, les requérantes n'ont pas prouvé l'existence d'obstacles qui les aient empêchées de mener une vie familiale dans leur propre pays, ou dans celui de leur mari, ni de raisons spéciales de ne pas s'attendre à les voir opter pour une telle solution.

De plus, à l'époque de leur mariage

- i. Mme Abdulaziz savait que son mari, accueilli au Royaume-Uni à titre de simple visiteur et pour une période limitée, devrait présenter une demande pour y rester en permanence, et après la publication des dispositions projetées (paragraphe 20 ci-dessus) elle pouvait se douter de la probabilité d'un refus;
- ii. Mme Balkandali ne devait pas ignorer que son mari se trouvait en situation irrégulière au Royaume-Uni, depuis l'arrivée à échéance du permis de séjour temporaire obtenu par lui en qualité d'étu-

(8) Sumariado sob N.º 32 em Documentação e Direito Comparado, 9, pág. 45.

diant, ni qu'aux termes des règles de 1980, alors en vigueur, on ne pouvait escompter une décision favorable à son établissement.

De son côté, Mme Cabales, qui n'avait jamais cohabité avec M. Cabales au Royaume-Uni, aurait dû savoir qu'il aurait besoin de solliciter une autorisation d'entrée et que sous l'empire des textes applicables on ne la lui accorderait point.

69. En conséquence, il n'y a pas eu "manque de respect" pour la vie familiale, ni donc infraction à l'article 8 considéré isolément.

II. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 14 COMBINE AVEC L'ARTICLE 8

A. Introduction

70. Les requérantes prétendent avoir été victimes, dans la jouissance de leur droit au respect de leur vie familiale, d'une violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, du fait de distinctions injustifiées fondées sur le sexe, la race et aussi — pour Mme Balkandali — la naissance. L'article 14 se lit ainsi:

"La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation".

Pour le cas où la Cour estimerait l'article 8 applicable en l'espèce, le Gouvernement plaide l'absence de toute différence de traitement selon la race. Quant à celles qui reposaient sur le sexe et la naissance, il les tient pour compatibles avec l'article 14: justifiées par des considérations raisonnables et objectives, elles demeuraient proportionnées aux buts visés.

71. D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour "la jouissance des droits et libertés" qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir notamment l'arrêt Rasmussen précité, série A n.º 87, p. 12, par. 29).

La Cour a conclu à l'applicabilité de l'article 8 (paragraphe 65 ci-dessus). Si le Royaume-Uni n'avait pas l'obligation d'autoriser MM. Abdulaziz, Cabales et Balkandali à s'installer sur son territoire et si donc la Cour n'a pas constaté de violation de l'article 8 pris isolément (paragraphe 68-69 ci-dessus), les faits litigieux se situent néanmoins dans le domaine de cet article. On peut ici établir, *mutatis mutandis*, un parallèle avec l'affaire Syndicat national de la police belge (arrêt du 27 octobre 1975, série A n.º 19, p. 20, par 45)⁽⁹⁾.

L'article 14 s'applique dès lors également.

72. Au regard de l'article 14, une distinction est discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" (voir notamment les arrêts précités relatifs aux affaires "linguistique belge" ⁽¹⁰⁾, Marckx ⁽¹¹⁾ et

(9) Sumariado sob N.º 19 em Documentação e Direito Comparado, 6, pág. 561.

(10) Sumariado sob N.º 6 em Documentação e Direito Comparado 3, pag. 201.

(11) Sumariado sob N.º 32 em Documentação e Direito Comparado, 9, pág. 45.

Rasmussen, série A n.º 6, p. 34, par. 10, n.º 31, p. 16, par. 33, et n.º 87, p. 14, par. 38).

Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique (voir l'arrêt Rasmussen précité, *ibidem*, p. 15, par 40), mais la décision ultime sur ce point relève de la Cour.

73. Dans les circonstances particulières de la cause, la Cour estime devoir examiner successivement les trois fondements sur lesquels reposerait la discrimination dénoncée.

B. Discrimination sexuelle alléguée

74. Au sujet de la discrimination sexuelle alléguée, nul ne conteste que les règles de 1980 permettaient plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu'à une femme dans la même situation d'obtenir, pour son conjoint non national, l'autorisation d'entrer ou rester dans le pays à demeure (paragraphe 23-25 ci-dessus). Le débat se concentre sur le point de savoir si cette distinction avait une justification objective et raisonnable.

75. Le Gouvernement soutient qu'elle visait à freiner "l'immigration primaire" (paragraphe 21 ci-dessus) et répondait au besoin de protéger le marché national du travail à une époque de fort chômage. Il insiste sur la marge d'appréciation laissée en la matière aux Etats contractants et s'appuie particulièrement sur ce qu'il présente comme une donnée statistique: les hommes auraient plus tendance que les femmes à chercher un emploi, de sorte que les immigrants pèseraient plus lourd que les immigrantes sur ledit marché. Le Gouvernement souligne en outre la réduction d'environ 5.700 par an du nombre des maris autorisés à s'établir au Royaume-Uni (paragraphe 38 *e*) ci-dessus). Elle découlerait des règles de 1980 et revêtirait surtout de l'importance par ses effets cumulatifs au fil du temps et si on la rapproche de la somme des permis de séjour illimités.

Les requérantes combattent cette thèse. Elle méconnaîtrait le rôle moderne des femmes et le fait que les hommes peuvent exercer un travail indépendant voire, comme le montrerait l'exemple de M. Balkandali (paragraphe 53 ci-dessus), créer des emplois plutôt que d'essayer d'en trou-

ver. Quant au chiffre de 5.700 avancé par le Gouvernement, il serait insignifiant et, en tout cas, sujet à caution pour une série de raisons (paragraphe 38 e) *in fine* ci-dessus).

76. Le Gouvernement affirme de surcroît que les mesures en question se justifiaient par la nécessité de préserver un contrôle effectif de l'immigration, lequel profiterait aux immigrés comme à la population autochtone. L'immigration susciterait des tensions dans la société; le Gouvernement aurait pour but de promouvoir la tranquillité publique; or un contrôle strict mais équitable assurerait de bonnes relations entre les diverses communautés vivant au Royaume-Uni.

D'après les requérantes, on ne saurait invoquer les préjugés raciaux de la population du Royaume-Uni pour légitimer lesdites mesures.

77. Dans son rapport, la Commission considère que la réduction annuelle, estimée alors à 2.000 par le Gouvernement, du nombre des maris admis à s'installer au Royaume-Uni (paragraphe 38 e) ci-dessus), n'avait pas sur le marché nationale du travail, si on la replace dans le contexte de l'immigration d'autres groupes, de l'émigration annuelle et des taux de chômage et d'activité économique, une incidence assez grande pour justifier une différence de traitement fondée sur le sexe et les conséquences néfastes qu'elle entraîne pour la vie familiale des femmes concernées. En outre, l'attachement déjà ancien à la réunification des familles de hommes immigrés, dont le Gouvernement tire argument pour accueillir les épouses tout en excluant les époux, ne cadrerait plus avec les exigences modernes de l'égalité des sexes. Il ne serait pas davantage établi que les règles améliorent les relations raciales ou les contrôles de l'immigration: elles risqueraient d'inspirer du ressentiment à une partie de la population immigrée et rien ne montrerait qu'il soit plus difficile de limiter les abus des maris non nationaux que ceux des autres groupes d'immigrants. La Commission unanime en déduit que dans la jouissance de leur droit au respect de la vie familiale, les requérantes ont subi une discrimination sexuelle contraire à l'article 14, l'application des règles pertinentes n'étant pas proportionnée au but poursuivi.

Son délégué a déclaré devant la Cour, lors des audiences, que le nouveau chiffre d'environ 5.700, avancé par le Gouvernement pour la réduction

tion annuelle du nombre des maris autorisés à s'installer, n'affaiblit pas cette conclusion.

78. La Cour admet que les règles de 1980 tendaient à protéger le marché national du travail. Que l'abolition des règles de "l'ascendance britannique" et des "vacances de travail" (paragraphe 20 ci-dessus) y eût peut-être mieux contribué, comme l'affirment les requérantes, ne change rien à ce constat. Il ne se trouve pas davantage contredit de manière décisive, aux yeux de la Cour, par les débats parlementaires invoqués eux aussi par les requérantes. Sans doute, ainsi qu'elles le soulignent, le chômage au Royaume-Uni était-il moins intense en 1980 que depuis lors, mais il avait atteint déjà un niveau significatif et accusait une augmentation considérable par rapport aux années précédentes (paragraphe 38 *d*) ci-dessus).

A n'en pas douter il s'agissait là d'un but légitime, mais cela ne suffit pas à prouver la légitimité de la distinction que les règles de 1980 introduisaient quant à la possibilité, pour les immigrants et immigrantes installés au Royaume-Uni, d'obtenir les uns en faveur de leurs épouses ou fiancées non nationales, les autres au profit de leurs époux ou fiancés non nationaux, l'autorisation d'entrer ou rester dans le pays.

Assurément, les Etats contractants jouissent d'une certaine "marge d'appréciation" pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des traitements dissemblables, mais son étendue varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (arrêt Rasmussen précité, série A n.º 87, p. 15, par. 40).

Or quant au problème en jeu, on peut relever que la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des Etats membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe.

79. La Cour ne juge pas convaincante la thèse du Gouvernement résumée au paragraphe 75 ci-dessus.

Il se peut qu'en moyenne, le pourcentage des personnes économiquement actives par rapport à celles en âge de travailler soit plus grande chez les hommes que chez les femmes (en Grande-Bretagne 90% pour les premiers contre 63% pour les secondes) et que des chiffres comparables vailent pour les immigrants (selon les statistiques, 86% pour les hommes et

41% pour les femmes parmi les immigrants du sous-continent indien, 90% pour les hommes et 70% pour les femmes parmi ceux des Antilles et du Guyana) (paragraphe 38 *d*) ci-dessus).

Il n'en résulte pourtant pas que des différences analogues existent au Royaume-Uni, ou y auraient existé sans les règles de 1980, quant aux répercussions respectives de l'immigration des épouses et des maris sur le marché du travail. D'autres facteurs entrent aussi en ligne de compte à cet égard. Figurer parmi les "économiquement actifs" ne signifie pas toujours essayer de trouver un emploi auprès d'autrui. En outre, s'il y a peut-être plus d'hommes que de femmes enclins à chercher du travail, avant même l'entrée en vigueur des règles de 1980 le nombre des épouses immigrantes — dont beaucoup d'"économiquement actives" — dépassait de loin celui des maris (paragraphe 38 *d*) ci-dessus). Sans doute ces femmes, dans la mesure où elles étaient "économiquement actives", occupaient-elles souvent des emplois à temps partiel, mais il ne faut pas sous-estimer leur poids sur le marché national du travail par comparaison avec les hommes.

De toute manière, la Cour n'est pas persuadée que la différence pouvant néanmoins régner à cet égard entre les hommes et les femmes revête assez d'ampleur pour justifier la distinction, dont se plaignent les requérantes, relative à la possibilité pour une personne établie au Royaume-Uni d'y être rejointe qui par son épouse qui par son mari.

80. A ce propos, le Gouvernement insiste sur l'importance des effets que les restrictions édictées par les règles de 1980 aurait eus sur l'immigration des maris: il évalue à 5.700 (et non à 2.000 comme dans le rapport de la Commission) la réduction annuelle qu'elles auraient entraînée dans le nombre des époux autorisés à s'installer.

Sans se prononcer sur l'exactitude du chiffre ainsi avancé, la Cour note que la diminution en question coïncidait dans le temps avec un fort accroissement du chômage au Royaume-Uni et s'expliquait en partie, le Gouvernement le concède, par la situation économique et non par les règles de 1980 elles-mêmes (paragraphe 38 *d*) et *e*) ci-dessus).

En tout cas, pour les raisons énoncées au paragraphe 79 ci-dessus la baisse observée ne justifie pas la différence de traitement instaurée entre hommes et femmes.

81. La Cour admet que les règles de 1980 tendaient aussi, comme le plaide le Gouvernement, à promouvoir la tranquillité publique, mais elle

n'est pas convaincue qu'elles y aient contribué par la distinction introduite entre maris et femmes.

82. Reste un argument plus général du Gouvernement: le Royaume-Uni ne saurait enfreindre l'article 14 en menant à certains égards — en matière d'accueil de non-nationales épouses ou fiancées d'hommes établis sur son territoire — une action plus généreuse que ne l'exige la Convention.

La Cour ne souscrit pas à cette thèse. L'article 14, elle tient à le souligner, cherche à empêcher la discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention là où il existe diverses manières de se conformer aux obligations découlant de celle-ci. Au sens d'article 14, la notion de discrimination englobe d'ordinaire le cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable.

83. En conclusion, les requérantes ont été victimes d'une discrimination fondée sur le sexe, contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8.

C. Discrimination raciale alléguée

84. Pour la discrimination raciale alléguée, les requérantes reprennent l'opinion de la minorité de la Commission. Elles invoquent notamment tout l'historique et le contexte de la législation du Royaume-Uni en matière d'immigration (paragraphe 11-15 ci-dessus), ainsi que les débats parlementaires relatifs aux règles pertinentes.

Le Gouvernement, lui, soutient que celles de 1980 n'avaient pas de motivation raciale: elles visaient à freiner "l'immigration primaire" (paragraphe 21 ci-dessus).

La majorité de la Commission conclut à l'absence de violation de l'article 14 à ce titre. En limitant — comme elles le font — la liberté d'accès, les politiques d'immigration opéreraient d'ordinaire des distinctions fondées sur la nationalité des gens et indirectement sur leur race, leur origine ethnique voire leur couleur. Sans doute un Etat ne saurait-il mener "une politique de caractère purement raciste", mais accorder un traitement de faveur à ses nationaux, ou aux personnes venant de pays avec lesquels il

a les liens les plus étroits, ne constituerait pas pour autant de sa part une "discrimination raciale". La conséquence pratique des règles du Royaume-Uni ne les entacherait pas de pareil vice: rien ne révélerait une différence réelle de traitement reposant sur la race.

La minorité de la Commission, en revanche, relève que les règles conduisaient pour l'essentiel à empêcher l'arrivée d'immigrants du Nouveau Commonwealth et du Pakistan. Il ne s'agirait pas d'une coïncidence: l'intention de "réduire le nombre des immigrants de couleur" ressortirait de l'histoire législative. Les effets et le but des règles les rendraient indirectement racistes; il en résulterait une violation supplémentaire de l'article 14 dans le cas de Mmes Abdulaziz et Cabales.

85. Sur ce point, la Cour marque son accord avec la majorité de la Commission.

Les règles de 1980 valaient de façon générale pour tous les "*non-patrials*" désireux d'entrer et s'installer au Royaume-Uni; elles ne renfermaient pas de clause qui distinguât entre des individus ou des groupes sur la base de leur race ou de leur origine ethnique. En leur article 2, elles enjoignaient expressément aux services de l'immigration d'accomplir leur tâche sans avoir égard à la race, la couleur ou la religion des candidats à l'entrée (paragraphe 20 ci-dessus); elles s'appliquaient à chacun de ces derniers, de quelque partie du monde qu'il voulût venir, indépendamment de sa race ou origine.

Comme l'a déjà admis la Cour, elles avaient pour but principal de freiner "l'immigration primaire" afin de protéger le marché du travail dans une période de chômage intense. Elles renforçaient donc les obstacles à l'immigration en raison non pas d'objections touchant à l'origine des non-nationaux qui aspiraient à entrer dans le pays, mais de la nécessité d'endiguer le flot des immigrants à l'époque.

L'immigration de masse ainsi visée comprenait principalement des candidats en provenance du Nouveau Commonwealth et du Pakistan. Partant, les règles de 1980 frappaient alors moins de blancs que d'autres gens, mais cela ne constitue pas un motif suffisant pour qu'on leur attribue un caractère raciste: c'est là une conséquence non de leur contenu, mais de la prédominance numérique de certains groupes ethniques parmi les personnes souhaitant immigrer.

La Cour en déduit que lesdites règles ne créaient pas de distinction — ni donc de discrimination — fondée sur la race. Sa conclusion ne se

trouve pas ébranlée par les deux arguments suivants, invoqués par les requérantes.

- a) L'Exigence que l'épouse ou fiancée du candidat à l'immigration, ou l'un de ses parents, fussent nés au Royaume-Uni et la "règle de l'ascendance britannique" (paragraphe 23, 24 et 20 ci-dessus) auraient favorisé les individus d'une origine ethnique déterminée. La Cour estime toutefois que ces dispositions s'analysaient en exceptions ménagées au profit de personnes ayant des liens étroits avec le Royaume-Uni et ne changeaient pas le sens général des règles.
- b) La condition d'une rencontre préalable des parties au mariage célébré ou projeté (paragraphe 22-24 ci-dessus) aurait joué au détriment des individus du sous-continent indien, où les mariages négociés seraient de pratique courante. On ne saurait pourtant, aux yeux de la Cour, la considérer comme un indice de discrimination raciale: son but essentiel consistait à empêcher de tourner les règles au moyen de mariages ou fiançailles fictifs. En outre, elle n'a aucun rapport avec les présents cas d'espèce.

86. La Cour constate dès lors que les requérantes n'ont pas subi de discrimination raciale.

D. Discrimination alléguée fondée sur la naissance

87. Mme Balkandali se prétend aussi victime d'une discrimination fondée sur la naissance: parmi les citoyennes du Royaume-Uni et des colonies installées au Royaume-Uni, seules celles qui y étaient nées, ou dont un des parents y était né, pouvaient, sous l'empire des règles de 1980, obtenir l'admission de leur mari non national aux fins d'établissement (paragraphe 23-24 ci-dessus).

Nul ne conteste que lesdites règles introduisaient une distinction selon la naissance; il s'agit seulement de savoir si elles reposaient sur une justification objective et raisonnable.

Mme Balkandali répond par la négative. Tout en s'appuyant sur le rapport de la Commission, elle tire argument du fait que de nouvelles

règles ont éliminé la différence de traitement litigieuse. (paragraphe 28 a) ci-dessus).

D'après le Gouvernement, celle-ci se justifiait par un souci: épargner aux femmes ayant des liens étroits avec le Royaume-Uni les épreuves qu'elles auraient traversées si, après leur mariage, il leur avait fallu se rendre à l'étranger pour pouvoir rester avec leur mari.

Nonobstant l'abandon ultérieur de la distinction, la Commission estime que l'intérêt général et le caractère peut-être temporaire des règles relatives à l'immigration l'obligent à se prononcer. Une distinction fondée sur le simple hasard de la naissance, sans tenir compte de la situation ou des mérites personnels de l'intéressé, lui paraît constituer une discrimination contraire à l'article 14.

88. La Cour ne peut partager l'avis de la Commission. Le but invoqué par le Gouvernement est, sans nul doute, légitime au regard de l'article 14. A la vérité, une personne vivant dans un pays depuis plusieurs années, telle Mme Balkandali, peut avoir noué avec lui des liens étroits même sans y être née. Néanmoins, il existe en général des raisons sociales convaincantes d'accorder un traitement spécial à ceux dont les attaches avec un pays découlent de leur naissance sur son territoire. On doit donc considérer que la distinction dénoncée avait une justification objective et raisonnable; en particulier, rien ne montre que ses conséquences aient enfreint le principe de proportionnalité. Que les règles de l'immigration aient changé depuis lors en la matière n'affaiblit pas cette conclusion.

89. La Cour constate ainsi que Mme Balkandali n'a pas été victime d'une discrimination fondée sur la naissance.

III. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 3

90. Les requérantes prétendent avoir subi un traitement dégradant, contraire à l'article 3 aux termes duquel

“Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants”.

Elles voient dans la discrimination dont elles se plaignent un affront à la dignité humaine. Elles mentionnent aussi la longue séparation de M. et Mme Cabales, tout comme l’angoisse et la tension éprouvées par Mmes Abdulazis et Balkadali.

Le Gouvernement combat ce grief pour plusieurs raisons. D’après la Commission, l’article 14 implique une condamnation des aspects dégradants de la discrimination, sexuelle ou autre, et aucune question séparée ne se pose sur le terrain de l’article 3.

91. Aux yeux de la Cour, la différence de traitement litigieuse ne dénotait aucun mépris ou manque de respect pour la personnalité des requérantes; elle ne tendait pas à humilier ou rabaisser, et ne l’a pas fait, mais visait uniquement les buts indiqués aux paragraphes 75, 76, 78 et 81 ci-dessus (arrêt *Albert et Le Compte* du 10 février 1983, série A n.º 58, p. 13, par 22) ⁽¹²⁾. On ne saurait donc la considérer comme “dégradante”.

Partant, il n’y a pas eu infraction à l’article 3.

IV. SUR LA VIOLATION ALLEGUE DE L’ARTICLE 13

92. Les requérantes soutiennent qu’elles ne disposaient d’aucun recours effectif pour leurs griefs relatifs aux articles 3, 8 et 14. Il en résulterait un manquement aux exigences de l’article 13, ainsi libellé:

⁽¹²⁾ Sumariado sob n.º 61 em Documentação e Direito Comparado, 15, pág. 153.

“Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l’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”.

Pour le cas où la Cour estimerait applicables les article 3, 8 et 14, le Gouvernement plaide que si les règles d’immigration ne constituent pas une législation déléguée, elles n’en relèvent pas moins du principe énoncé par la Commission dans son rapport en l’affaire Young, James et Webster (série B n.º 39, p. 49): l’article 13 n’obligerait pas à fournir un recours assurant le contrôle de la conformité d’une loi avec la Convention. Subsidiairement, les recours qui s’offraient aux requérantes auraient été “effectifs”.

Selon la Commission, ledit principe ne vaut pas pour les règles sur l’immigration. Après examen des voies de recours ouvertes, elle conclut à la violation de l’article 13.

93. La Cour a constaté que la discrimination sexuelle dont Mmes Abdulaziz, Cabales et Balkandali ont été victimes découlait de normes incompatibles, à cet égard, avec la Convention. Il ne pouvait y avoir ici de “recours effectif” au sens de l’article 13, puisque le Royaume-Uni n’a pas incorporé la Convention à son droit interne (arrêt Silver et autres du 25 mars 1983, série A n.º 61, pp. 42-44, par 111-119 ⁽¹³⁾, arrêt Campbell et Fell du 28 juin 1984, série A n.º 80, p. 52, par. 127). L’utilisation des moyens existants — le système de recours en matière d’immigration, des démarches auprès du ministre de l’Intérieur, une demande de contrôle judiciaire (paragraphe 19 et 34-37 ci-dessus) — n’aurait pu aboutir que si la plaignante avait imputé la discrimination à une mauvaise application des règles de 1980. Or les requérantes n’ont rien allégué de tel; elles n’ont pas non plus prétendu que la discrimination était contraire au droit interne pour une autre raison.

La Cour en déduit qu’il y a eu infraction à l’article 13.

(13) Sumariado sob n.º 64 em Documentação e Direito Comparado, 15, pág. 161.

V. APPLICATION DE L'ARTICLE 50

94. Pour dommage moral ainsi que pour frais et dépens, Mmes Abdulaziz, Cabales et Balkandali sollicitent une satisfaction équitable en vertu de l'article 50, ainsi libellé:

“Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable”.

Comme les requérantes, y compris Mme Cabales, ont subi une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 (paragraphe 63 et 83 ci-dessus), l'article 50 s'applique à l'égard de chacune d'elles.

A. *Dommage*

95. Les requérantes réclament une réparation “importante”, mais non chiffrée, pour un préjudice non pécuniaire né de la détresse, l'humiliation et l'inquiétude. Elles relèvent que l'ingérence incriminée porte sur un élément vital dans une société, la vie familiale, que la discrimination sexuelle est universellement condamnée et que l'existence d'une pratique contraire à la Convention constitue une circonstance aggravante. Elles mentionnent aussi, entre autres, les effets néfastes sur le développement des liens familiaux et sur l'élaboration de plans à long terme, la menace d'une procédure pénale ou d'expulsion contre MM. Abdulaziz et Balkandali (paragraphe 33 ci-dessus), la longue séparation de M. et Mme Cabales et le fait que M. Abdulaziz, sous l'empire des règles en vigueur à l'époque de son mariage et de sa demande d'autorisation de rester, aurait pu s'établir au Royaume-Uni (paragraphe 41 ci-dessus). Mme Balkandali ajoute que l'octroi ultérieur de ladite autorisation à son mari (paragraphe 53 ci-dessus) n'a nullement réparé la souffrance qu'elle avait éprouvée auparavant.

Le Gouvernement soutient d'abord qu'il ne s'impose pas d'accorder une satisfaction équitable à Mmes Abdulaziz et Balkandali: rien ne prouverait le dommage allégué, ni que les infractions pouvant être constatées par la Cour en aient causé un. En tout cas, pareil constat représenterait en soi une satisfaction équitable suffisante: au moment de leur mariage, les couples en question savaient qu'ils n'avaient pas droit à vivre ensemble au Royaume-Uni; en réalité, les autorités ne les ont pas empêchés de le faire; et comme ils pouvaient s'installer au Portugal ou en Turquie, il n'y aurait pas eu atteinte aux liens familiaux ni à des plans à long terme. Le Gouvernement défend des thèses analogues au sujet de Mme. Cabales.

96. Par sa nature même, un préjudice moral du genre dont il s'agit ne peut pas toujours de démontrer de manière concrète. Il est cependant raisonnable d'admettre que des personnes qui, telles les requérantes, rencontrent des difficultés pour continuer ou commencer leur vie conjugale, peuvent en ressentir de la détresse et de l'inquiétude. Néanmoins, la Cour, eu égard en particulier aux arguments invoqués par le Gouvernement en ordre subsidiaire, estime qu'en l'occurrence ses constats de violation constituent par eux-mêmes une satisfaction équitable suffisante. Elle ne peut donc accueillir la demande de réparation pécuniaire formulée par les requérantes.

B. *Frais et dépens*

97. Pour frais et dépens attribuables à la procédure devant les organes de la Convention — moyennant déduction des montants déjà perçus au titre de l'assistance judiciaire et d'un don de 342 £ 83 —, les requérantes revendiquent les sommes suivantes (taxe sur la valeur ajoutée non comprise):

- a) 14.955 £ 61 pour les honoraires et débours de MM. Bindman et Associés, *solicitors*;
- b) 8.745 £ pour les honoraires de M. Michael Beloff, Q.C.;
- c) 5.411 £ pour ceux de *junior council* (Mme Dangor jusqu'en mars 1984, puis le professeur Higgins);
- d) 120 £ 75 (des Etats-Unis) soit la moitié, non remboursée par le fonds d'assistance judiciaire de la Cour, de la somme payée à MM.

Sycip, Salazar, Feliciano et Hernandez pour leur avis sur le droit philippin applicable au mariage de Mme. Cabaes.

98. Le Gouvernement se déclare prêt à payer tout montant conforme à la pratique de la Cour en la matière et non couvert par l'assistance judiciaire. Sauf sur les points mentionnés au paragraphe suivant, il ne soutient pas que les prétentions des requérantes s'écartent des critères de la Cour (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt Zimmermann et Steiner du 13 juillet 1983, série A n.º 66, p. 14, par. 36)⁽¹⁴⁾; en particulier, il ne conteste pas que les intéressées aient assumé des engagements allant au-delà de ladite assistance (comp., notamment, l'arrêt Airey du 6 février 1981, série A n.º 41, p. 9, par. 13)⁽¹⁵⁾. Sous réserve d'un examen de ces points, la Cour accueille donc l'ensemble de la demande.

99.

a) Le Gouvernement relève que les honoraires réclamés pour les *junior counsel* dépassent, si on les compare à la somme exigée pour le *leading counsel*, le montant qui serait versé de coutume dans une procédure nationale. Les requérantes discutent l'existence d'une règle absolue à cet égard.

La Cour rappelle qu'en tout cas les normes de la pratique interne ne s'imposent pas à elle dans le domaine considéré (arrêt Silver et autres du 24 octobre 1983, série A n.º 67, p. 10, par. 20)⁽¹⁶⁾. Vu les circonstances et la complexité de la cause, elle estime raisonnable le taux des honoraires en question.

b) D'après le Gouvernement, un abattement adéquat devrait frapper les honoraires de MM. Sycip, Salazar, Feliciano et Hernandez sauf si la personne qui a consulté ceux-ci agissait pour la compte de MM. Bindman et Associés. Mme Cabaes répond qu'il en a bien été ainsi et que le second cabinet a payé les honoraires. La

(14) Sumariado sob N.º 69 em Documentação e Direito Comparado, 16 pág. 73.

(15) Sumariado sob N.º 43 em Documentação e Direito Comparado, 11 pág. 51.

(16) Sumariado sob N.º 70 em Documentação e Direito Comparado, 16 pág. 74.

Cour note que le relevé a, de fait, été adressé à MM. Bindman et Associés.

100. Les frais et dépens retenus par la Cour atteignent 120\$75 plus, une fois défalqué de don de 342 £ 83, 28.768 £ 78. Il faut soustraire de ce dernier chiffre les 9.650 FF que les requérantes ont reçus de la Commission et de la Cour par voie d'assistance judiciaire, puis augmenter la différence de tout montant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, A L'UNANIMITE,

1. *Dit* que l'article 8 s'appliquait en l'espèce, mais qu'envisagé isolément il n'a pas été enfreint;
2. *Dit* que l'article 14 s'appliquait en l'espèce;
3. *Dit* que chacune des requérantes a subi une discrimination fondée sur le sexe et contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8;
4. *Dit* qu'il n'y a pas eu d'autre violation de ces deux article combinés;
5. *Dit* qu'il n'y a pas eu infraction à l'article 3;
6. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 13 quant au grief de discrimination fondée sur le sexe;
7. *Dit* qu le Royaume-Uni doit verser aux requérantes conjointement, pour frais et dépens, les sommes résultant des calculs à opérer conformément au paragraphe 100 des motifs.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le 28 mai 1985.

Le Greffier
Marc-André EISSEN

Le président
Gérard WIARDA

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux article 51 par. 2 de la Convention et 52 par. 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées, concordantes, de MM. Thor Vilhjálmsson, Bernhardt, Pettiti et Gersing.

G.W.

M.-A. E.

**OPINION CONCORDANTE
DE M. LE JUGE THOR VILHJALMSSON**

(traduction provisoire)

J'ai voté avec mes collègues, mais mes raisons de conclure à l'absence d'infraction à l'article 8 considéré isolément (point 1 du dispositif) diffèrent de celles qui figurent dans l'arrêt. J'estime l'article non violé bien qu'il y ait eu, à mon sens, manque de respect pour la vie familiale des requérantes; selon moi l'ingérence se justifiait au regard du paragraphe 2 de l'article 8 parce que prévue par la loi et nécessaire, dans une société démocratique, au bien-être économique de l'Etat défendeur.

**OPINION CONCORDANTE
DE M. LE JUGE BERNHARDT**

(traduction provisoire)

J'ai voté avec mes collègues, mais pour les articles 8 et 13 d la Convention mon raisonnement diffère, jusqu'à un certain point, de la motivation de l'arrêt.

1. D'après ce dernier, l'article 8 par. 1 s'applique mais il n'a pas été violé si on le considère isolément, car il n'y a pas eu "manque de respect" pour la vie familiale. Ce raisonnement exclut l'application du paragraphe 2 de l'article, et en réalité assortit de limitations implicites les droits garantis par le paragraphe 1. A mon avis, au contraire, les mesures litigieuses ne peuvent se justifier — et ne se justifient — que par le jeu du paragraphe 2.

2. Quant à l'article 13, le présent arrêt confirme la jurisprudence établie par la Cour depuis l'arrêt *Silver* et autres du 25 mars 1983. Or à mes yeux il faudrait le modifier car elle ne cadre pas avec l'objet et le but de l'article 13 — disposition dont le libellé, je l'admets, suscite des doutes.

D'après l'arrêt, l'article 13 se trouve toujours et automatiquement enfreint si les conditions suivantes sont réunies: 1) la Convention ne fait point partie du droit interne d'un Etat donné et 2) le droit interne du même Etat méconnaît — selon les constatations de notre Cour — d'autres droits garantis par la Convention (en l'occurrence l'article 8 combiné avec l'article 14). Conséquence de ce raisonnement: l'interprétation des clauses normatives de la Convention par la Cour influe aussi de manière décisive sur la violation ou non-violation de l'article 13. Il y a violation automatique de celui-ci chaque fois que la Cour relève une infraction aux articles 2 à 5 ou 8 à 12 de la Convention, résultant de l'existence et de l'application d'une norme juridique interne d'un Etat où la Convention ne fait point partie du droit interne. Cette conception me paraît discutable pour deux raisons au moins.

Tout d'abord, elle aboutit à soumettre les Etats à des régimes différents suivant la place de la Convention dans leur droit interne. Un Etat où la Convention n'est pas directement applicable peut posséder dans son droit interne un catalogue très complet de droits de l'homme ou un système perfectionné de protection judiciaire, ou les deux; il n'en violera pas moins l'article 13 pour peu qu'une norme juridique interne quelconque se révèle incompatible avec la Convention. J'ai peine à le comprendre.

En second lieu, on doit, me semble-t-il, attribuer à l'article 13 un sens indépendant de l'existence d'une violation d'une autre clause de la Convention. Dès qu'une personne se plaint de la violation, par une autorité nationale (administrative ou exécutive), soit de l'une des dispositions de la Convention elle-même, soit d'une garantie ou d'un principe similaires consacrés par le système juridique interne, l'article 13 trouve d'après moi à s'appliquer et un recours doit s'ouvrir à l'intéressé.

Malgré ces réflexions j'ai voté avec la majorité, car je m'estime lié dans une certaine mesure par la jurisprudence antérieure de la Cour; en outre, le droit du Royaume-Uni n'offrait pas en l'espèce, à ce que je vois, les recours nécessaires aux fins de l'article 13 même si l'on interprète ce dernier de la manière indiquée dans la présente opinion.

**OPINION CONCORDANTE
DE M. LE JUGE PETTITI**

Je souscris aux idées que M. le Juge Bernhardt a exprimées, dans son opinion concordante, au sujet de l'article 13 de la Convention.

**OPINION CONCORDANTE
DE M. LE JUGE GERSING
(traduction)**

Je souscris aux idées que M. le juge Bernhardt a exprimées, dans son opinion concordante, au sujet de l'article 13 de la Convention.

COMITÉ DE MINISTROS

RESOLUÇÃO DH (85) 7 DORES E SILVEIRA CONTRA PORTUGAL

- I. Não se formando uma maioria de dois terços no sentido da violação ou da não violação da Convenção, o Comité de Ministros manda arquivar o “caso” sem tomar qualquer decisão.
- II. Não obsta a tal arquivamento, sem decisão, o facto de a Comissão Europeia dos Direitos do Homem se ter pronunciado, por unanimidade, no sentido da violação.

P. F.

RESOLUÇÃO:

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 32 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après dénommée “la Convention”).

Vu le rapport de la Commission européenne des Droits de l'Homme établi conformément à l'article 31 de la Convention au sujet des requêtes introduites para MM. Vilar Dores et Cancio Silveira contre le Portugal (N.ºs 9345/81 et 9346/81).

Considérant que la Commission a transmis ledit rapport au Comité des Ministres le 15 septembre 1983 et que le délai de trois mois prévu à l'article 32, paragraphe 1, de la Convention s'est écoulé sans que l'affaire ait été déférée à la Cour européenne des Droits de l'Homme, par application de l'article 48 de la Convention;

Considérant que dans leurs requêtes introduites le 30 mars 1981, les requérants se sont plaints que leurs affaires devant le tribunal du travail n'ont pas été jugées dans un "délai raisonnable" et que, par conséquent, l'article 6, paragraphe 1 de la Convention a été violé";

Considérant que la Commission, après avoir décidé de joindre les deux requêtes et après les avoir déclarées recevables a, dans son rapport, adopté le 6 juillet 1983, exprimé à l'unanimité l'avis qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention;

Ayant procédé au vote conformément aux dispositions de l'article 32, paragraphe 1 de la Convention et ayant constaté que la majorité des deux tiers requises par l'article 32, paragraphe 1 de la Convention n'a pas été atteinte).

Décide qu'il ne peut donner d'autres suites à cette affaire et par conséquent, raye l'examen de cette affaire de son ordre du jour.

COMISSÃO DE RECURSO

JOHAN VAN LAMOEN CONTRA O SECRETÁRIO GERAL

- I. O regime aplicável aos agentes das Comunidades Europeias não traduz princípios gerais do regime da função pública internacional.
- II. Não são análogas as situações de agente permanente e agente temporário do Conselho da Europa, podendo uns e outros ter remunerações diferentes.

P. F.

SENTENÇA:

La Commission de Recours, composé de:

M. Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Président*

M. Raul VENTURA,

Sir Donald TEBBIT, *membres*

après en avoir délibéré en chambre du Conseil à Strasbourg, les 28-29 novembre 1984, assistés de

M. Michele DE SALVIA, *Secrétaire et de*

Mme Margaret KILLERBY, *Secrétaire suppléant,*

a rendu, en public, la présente sentence.

PROCEDURE

1. Le requérant a introduit son recours le 15 mai 1984. Ce recours a été enregistré le même jour sous le numéro de dossier 100/1984.

2. Le mémoire ampliatif a été communiqué le 16 mai 1984 au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

3. Par lettre du 16 mai 1984, le Secrétaire Général a été invité à présenter ses observations sur le recours dans un délai échéant le 18 juin 1984. Celles-ci sont parvenues le 18 juin 1984 et ont été communiquées pour réponse au requérant dans un délai échéant le 23 juillet 1984.

4. Le 5 juillet 1984, le représentant du requérant, Me Vandersanden, avocat un Barreau de Bruxelles (Belgique), a demandé une prorogation du délai imparti par le Président jusqu'au 24 septembre 1984.

Par lettre du 19 juillet 1984 le Président a accordé une prorogation dudit délai jusqu'au 23 août 1984.

5. Le 7 août 1984 le représentant du requérant a fait parvenir sa réplique.

6. Le 18 septembre 1984 la Commission a décidé d'entendre comme témoin MM. Marquardt, Leuprecht et Mme Dinsdale.

7. Par lettre du 20 septembre 1984, les parties ont été informées de la date de l'audience, fixée au 6 novembre 1984.

8. L'audience publique a eu lieu le 6 novembre 1984 au Conseil de l'Europe, en présence de M. Van Lamoen, représenté par Me Vandersanden, avocat au Barreau de Bruxelles, et de M. G. Buquicchio, Chef de la Section Centrale de la Direction des Affaires Juridiques, représentant le Secrétaire Général, ainsi que de Mme G. Podestà, Administrateur Principal au Cabinet du Secrétaire Général, assistés de M. P. Dewaguet, assistant administratif à la Direction des Affaires Juridiques. Les témoins susmentionnés ont été entendus.

EN FAIT

Les faits exposés par les parties peuvent se résumer comme suit:

9. M. Johan Van Lamoen, de nationalité néerlandaise, est entré au service du Conseil de l'Europe le 1^{er} mars 1973, en qualité d'agent temporaire de grade A1 assimilé, pour la période du 1^{er} mars au 31 décembre 1973, avec affectation à la Direction des Affaires juridiques.

10. Le 1^{er} janvier 1974, le requérant a été nommé sur concours au Secrétariat de la Commission européenne des Droits de l'Homme, en qualité d'administrateur de grade A2 et promu au grade A3 le 1^{er} juillet 1977.

11. Le 11 octobre 1982, l'intéressé a présenté sa démission, qui a pris effet le 31 décembre 1982.

12. N'ayant pas été nommé aux fonctions auxquelles il était candidat dans une autre organisation internationale, le requérant a été recruté par le Conseil de l'Europe en qualité d'agent temporaire sur la base de 7 contrats mensuels, le premier engagement prenant effet le 6 juin 1983, et affecté à la Direction des Droits de l'Homme à l'occasion du départ en congé de maternité de Mme Dinsdale, fonctionnaire au Conseil de l'Europe.

13. M. Van Lamoen soutient que lors des discussions préalables, l'Administration lui avait promis un engagement temporaire de grade B6.

Le Secrétaire Général affirme, quant à lui, que la rémunération qui devait être versée à l'intéressé, correspondait au grade B5 échelon 1 et qu'il n'a pas été question de lui attribuer un grade B6.

Le Secrétaire Général affirme, quant à lui, que la rémunération qui devait être versée à l'intéressé, correspondait au grade B5 échelon 1 et qu'il n'a pas été question de lui attribuer un grade B6.

14. Au cours de l'exécution des contrats, il s'est avéré, aux dires du requérant, que ses fonctions à la Direction des Droits de l'Homme ont consisté dans le remplacement effectif de Mme Dinsdale, administrateur de grade A3. En conséquence de quoi, M. Van Lamoen a demandé une augmentation de sa rémunération qui, selon lui, aurait dû correspondre à celle d'un grade A assimilé.

15. Il a saisi le Secrétaire Général, par lettre du 28 décembre 1983, d'une réclamation tendant à ce que l'Administration revoie les contrats mensuels qui le concernaient.

16. Le Secrétaire Général a rejeté ladite réclamation par lettre du 13 mars 1984.

17. Le présent recours est dirigé contre le refus de l'Administration de revoir les conditions de l'engagement temporaire du requérant par l'Organisation.

ARGUMENTATION DES PARTIES

18. Le requérant demande l'annulation des décisions du Secrétaire Général, considérant que de ces décisions découlent des conséquences préjudiciables continues. Il sollicite le versement d'une indemnité en réparation du dommage subi. Il estime que les indemnités d'expatriation et de vie chère lui sont également dues.

I. LES ARGUMENTS DU *REQUERANT* PEUVENT SE RESUMER COMME SUIVANT :

- a. Quant à la violation du principe de correspondance du grade et de l'emploi

19. Le requérant soutient qu'il y a eu violation de ce principe général de la fonction publique tant nationale qu'internationale. L'affirmation de ce principe implique qu'à certaines tâches doit correspondre en raison de leur nature même, de leur contenu et de leur niveau, un grade déterminé et que les fonctions et attributions confiées à un agent doivent partant être conformes à l'emploi correspondant au grade qu'il détient dans la hiérarchie.

20. Le même principe se trouve énoncé à l'article 4, paragraphe 1, du Statut des agents du Conseil de l'Europe qui dispose: "A chaque emploi correspond un grade", et à l'article 5, paragraphe 1, du Règlement sur les

nominations qui prévoit que “tout agent peu faire connaître au Secrétaire Général son désir d’être affecté à un autre emploi de son grade”.

21. Le requérant observe que la même règle d’équivalence s’applique aux agents temporaires, conformément aux dispositions de l’article 10 du “Régime applicable aux autres agents des Communautés européennes”: “Les dispositions de l’article 5 paragraphes 1, 2, 4 et de l’article 7 du statut concernant respectivement la classification des emplois en catégories, cadres et grades et l’affectation des fonctionnaires, sont applicables par analogie. Le contrat de l’agent temporaire doit préciser le grade et l’échelon auxquels l’intéressé est engagé...” (cf. Règlement (CEE, Euratom, CECA) n.º 259/68 du Conseil du 29/2/68).

22. Dans l’exécution des contrats litigieux, la violation du principe de correspondance du grade et de l’emploi a consisté dans l’inadéquation entre la rémunération proposée dans lesdits contrats d’engagement, correspondant au grade B5, et le grade attribué au poste occupé à titre temporaire ainsi que les fonctions que le requérant a exercées pendant cette période qui, loin de pouvoir être considérées comme un simple surcroît de travail, constituent, en réalité, le remplacement d’un agent de grade A3.

Par conséquent, pour le requérant, l’Administration aurait dû lui octroyer une rémunération équivalente à celle de l’agent remplacé.

23. A cet égard, le requérant qu’aux Communautés Européennes, les traitements des agents temporaires de grade A et B sont identiques aux rémunérations des agents permanents (article 66 du statut des fonctionnaires des Communautés Européennes et article 20 du “Régime applicable aux autres agents de ces Communautés”).

24. En outre, l’intéressé estime qu’il n’a pas été tenu compte non plus de sa position et de son grade antérieurs, ni de son expérience professionnelle acquise au sein de l’organisation.

b. Quant à la violation du principe de non-discrimination.

25. Le requérant soutient que l’Administration a méconnu le principe de non-discrimination, en appliquant une différence injustifiée de traite-

ment entre agents permanents et agents temporaires affectés au même emploi.

26. Tout en reconnaissant que ces derniers sont soumis à un régime contractuel, il soutient qu'il existe une discrimination entre les agents temporaires exerçant des fonctions de grade B et C dont la rémunération est équivalente à celle versée aux agents permanents de même grade et d'autre part les agents temporaires, assumant les responsabilités d'un agent permanent de grade A, mais dont la rémunération est celle d'un grade B5.

27. Il estime pouvoir relever de surcroît l'existence d'une discrimination entre un agent temporaire de grade B, exerçant les fonctions d'un agent permanent de grade A en congé de maladie ou de maternité, et un agent temporaire de grade A assimilé exerçant les mêmes fonctions en remplacement d'un agent permanent de grade A en congé de convenance personnelle.

28. Il estime ainsi que l'Administration, dans le domaine contractuel, exerce son pouvoir discrétionnaire de manière discriminatoire et arbitraire.

29. Le requérant se réfère à cet effet à la Charte Sociale Européenne qui, à l'article 4, paragraphe 3, dispose: "... les Parties Contractantes s'engagent à reconnaître le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale".

c. Quant aux autres moyens.

30. Le requérant fait état du déséquilibre existant entre les parties au contrat et qui peut en vicier le caractère équitable. Il n'a pas pu, au moment de la signature du contrat, en discuter effectivement les conditions de rémunération, étant selon lui, dans une position d'infériorité face à l'Administration. Il mentionne à cet égard la jurisprudence qui interdit les pactes léonins dans les contrats d'adhésion.

31. En ce qui concerne l'indemnité d'expatriation et de vie chère, le requérant considère que l'article 6, paragraphe 1, du Règlement concernant les traitements et indemnités des agents, aux termes duquel il n'est pas tenu compte, pour l'indemnité d'expatriation, du temps passé au service d'autres

organisations internationales, lui est également applicable, au titre de la période de son engagement au Conseil de l'Europe en qualité d'agent permanent.

II. LES ARGUMENTS DU *SECRETARE GENERAL* PEUVENT SE RESUMER COMME SUIVIT:

a. Quant à la compétence de la Commission de Recours

32. Tout en déclarant ne pas contester la compétence de la Commission, le Secrétaire Général soutient néanmoins qu'en application des articles 59, paragraphe 1 et 60, paragraphe 2, du Statut des agents, la Commission ne peut procéder à l'examen de la validité d'un acte réglementaire pris par le Comité des Ministres. Tel est le cas en l'espèce, s'agissant du barème de rémunération applicable aux agents temporaires. Ayant été approuvé par le Comité des Ministres, ce barème revêt donc une valeur réglementaire.

b. Quant à la rémunération versée au requérant.

33. Le Secrétaire Général rappelle que le requérant a été recruté en qualité d'agent temporaire. Sa situation a été de ce fait régie par les stipulations de son contrat d'engagement, ainsi que par l'ensemble de la réglementation propre à cette catégorie d'agents. C'est ainsi que le Statut des agents dans son article 1^{er} et 2 dispose: "Le présent Statut s'applique à toute personne, qui dans les conditions qu'il détermine, a été nommée à un emploi permanent du Conseil de l'Europe, à l'exclusion du personnel temporaire. Les conditions d'emploi du personnel temporaire sont déterminées par le Secrétaire Général dans des contrats types, qui pourront rendre applicables certaines dispositions du présent Statut".

34. En ce qui concerne la rémunération versée au requérant, elle est fixée dans un barème, élaboré au sein des organisations coordonnées et approuvé par le Comité des Ministres. Le Secrétaire Général a partant

l'obligation de choisir l'un des taux prévus par ledit barème, sans pouvoir les modifier ni en créer de nouveaux. Il suit en cela la jurisprudence internationale (voir l'Affaire Doronzo, OCDE, Décision n.º 35 du 24/7/63). Etant donné que le niveau de rémunération le plus élevé prévu par le barème, équivaut au grade B5, le Secrétaire Général n'a pu tenir compte d'une façon plus adéquate des qualités professionnelles du requérant. Dès lors le Secrétaire Général estime que l'argument faisant état de ce que l'Administration aurait abusé à son encontre du déséquilibre existant entre les parties contractantes, n'est pas fondé.

c. Quant à la violation du principe de l'équivalence du grade et de l'emploi.

35. Le Secrétaire Général soutient qu'il s'agit d'un grief mal fondé, le requérant étant soumis aux seules règles dont relèvent les agents temporaires, à l'exclusion de celles qui sont applicables aux agents permanents.

C'est le cas notamment de l'article 4, paragraphe 1, du Statut des agents et de l'article 5, paragraphe 1, du Règlement sur les nominations.

36. Le Secrétaire Général d'autre part observe, en ce qui concerne la référence fait aux Communautés européennes que la Cour de Justice dans l'affaire Deshormes du 1/2/79, a défini l'agent temporaire comme celui dont l'emploi est prévu par le tableau des effectifs.

37. Le Secrétaire Général précise que la catégorie d'agent temporaire aux Communautés européennes correspond, au Conseil de l'Europe, à l'agent recruté sur un emploi temporaire spécifique; un contrat d'assimilé peut lui être offert, à condition qu'il ait passé avec succès un concours de recrutement comme administrateur, et que la durée prévisible des fonctions soit de 6 mois au moins. La rémunération dans ce cas sera identique à celle de l'agent permanent.

38. Le principe de l'équivalence du grade et de l'emploi n'intervient pas dans le cas d'un agent contractuel car celui-ci n'occupe aucun emploi. Il est engagé pour assister et renforcer un service face à des difficultés provisoires. Il ne saurait exister de liste précise et préétablie de fonctions permettant d'en déduire un grade analogue à celui des agents permanents.

39. Le Secrétaire Général fait observer au surplus que le requérant ne remplissait pas les conditions exigées par la réglementation interne qui régit le recrutement des anciens agents au sein de l'organisation. Le requérant en l'espèce n'est donc pas fondé à réclamer une rémunération en rapport avec les fonctions exercées par un agent permanent.

40. Le Secrétaire Général rappelle que la situation du requérant et celle de Mme Dinsdale ne sont comparables ni en fait, ni en droit.

d. Quant à la réclamation des indemnités d'expatriation et de "vie chère".

41. Le Secrétaire Général rappelle que le requérant, en qualité d'agent temporaire, ne peut pas bénéficier des dispositions prévues par le Statut des agents, au nombre desquelles figurent les indemnités d'expatriation et des résidence.

42. En outre, quand bien même le Statut des agents serait applicable au requérant, le Secrétaire Général souligne qu'après sa démission, celui-ci a continué à résider à Strasbourg, à son ancienne adresse. Il a donc été recruté localement par l'Administration et ne pouvait bénéficier de cette indemnité.

43. En ce qui concerne l'indemnité de "vie chère", le Secrétaire Général relève qu'une telle indemnité n'existe pas dans la réglementation du Conseil de l'Europe applicable aux agents. L'Administration procède toutefois à une adaptation périodique des rémunérations, qui suit l'évolution du coût de la vie et qui se traduit sous la forme d'un rappel de traitement, dont le requérant a bénéficié.

EN DROITS

44. Le requérant a exercé son recours contre les décisions successives et identiques du Secrétaire Général, lui offrant, à 7 reprises, un engagement temporaire en qualité d'assistant.

45. A la suite de l'ensemble de ces décisions, le requérant fait valoir deux moyens:

- a. il y aurait violation cumulée du principe général de correspondance du grade et de l'emploi ainsi que du principe de correspondance du grade et du traitement.
- b. il y aurait violation du principe de non-discrimination en ce que ces décisions établiraient une différence injustifiée de traitement entre agent permanent et agent temporaire affectés à un même emploi.

46. Au surplus, il soutient avoir droit aux indemnités d'expatriation et de vie chère prévues en faveur des agents permanents.

Il demande aussi que lui soit versée une indemnité équitable en réparation du préjudice subi. Sur le premier moyen.

47. Il n'est pas contesté que les décisions litigieuses ont été prises quant à la forme selon les dispositions réglementations et l'article 1^{er}, paragraphe 2, du Statut des agents qui dispose: "Les conditions d'emploi du personnel temporaire sont déterminées par le Secrétaire Général dans des contrats types, qui pourront rendre applicables certaines dispositions du présent Statut".

48. Il appartient à la Commission de Recours d'exercer son contrôle sur les actes d'ordre administratif qui feraient, quant au fond, grief au requérant et de vérifier si la décision a été prise conformément aux dispositions réglementaires ainsi qu'aux principes généraux du droit tels qu'ils s'imposent dans l'ordre juridique des organisations internationales (cf. CRCE 76/81 Pagni c/Secrétaire Général, sentence du 21/4/82, paragraphe 25).

49. La Commission relève à cet égard qu'une des différences essentielles entre agents permanents et agents temporaires réside dans le fait que l'agent permanent remplit des tâches bien définies qui correspondent à la description de l'emploi qu'il occupe, alors que l'agent temporaire, par définition, fait partie d'un personnel de renfort, dont les qualifications et les

attributions, dès lors, ne coïncident pas nécessairement avec celles d'un agent permanent.

50. Sans doute le principe de correspondance du grade et de l'emploi comme celui de la correspondance du grade et du traitement s'appliquent-ils à tous les agents permanents de l'organisation (cf. article 4, paragraphe 1 et article 41 du Statut des agents et article 5, paragraphe 1, du Règlement sur les nominations et Règlement concernant les traitements et indemnités des agents), mais la question ici est de savoir si, comme le soutient le requérant, ces principes sont applicables également aux agents temporaires.

51. Le requérant estime pouvoir déduire des règles applicables aux agents temporaires des Communautés européennes que de tels principes existent dans la fonction publique internationale, se fondant sur l'article 10 du "Régime applicable aux autres agents des Communautés" (cf. Règlement (CEE, Euratom, CECA) n.º 259/68 du Conseil du 29/2/68) qui dispose que "les dispositions de l'article 5, paragraphes 1, 2, 4 et de l'article 7 du Statut concernant respectivement la classification des emplois en catégories, cadres et grades et l'affectation des fonctionnaires, sont applicables par analogie. Le contrat de l'agent temporaire doit préciser le grade et l'échelon auxquels l'intéressé est engagé...".

52. Ces principes ne peuvent pas être déduits, en ce qui concerne les agents temporaires, des règles du Statut des agents du Conseil de l'Europe, ce Statut ne s'appliquant qu'aux agents permanents, sans préjudice des dispositions rendues applicables aux agents temporaires conformément à l'article 1, paragraphe 2, du Statut des agents.

D'autre part, rien ne permet de conclure du régime applicable aux agents des Communautés européennes, où il existe trois catégories d'agents — agents permanents, agents temporaires et auxiliaires — qu'il s'agit de principes généraux du droit de la fonction publique internationale et dès lors applicables au Conseil de l'Europe.

53. En ce qui concerne le Statut des agents du Conseil de l'Europe, le Secrétaire Général dispose d'un large pouvoir d'appréciation, lorsqu'il estime devoir s'assurer les services d'agents autres que les agents permanents, c'est-à-dire des agents temporaires ou collaborateurs occasionnels, en vue d'atteindre les buts de l'organisation et notamment pour faire face à

un surcroît de travail dû à l'absence momentanée d'un membre du personnel administratif, en évitant tout détournement de pouvoir qui lui conférerait un caractère arbitraire. Il en serait notamment ainsi si, en se servant de la possibilité d'offrir des engagements temporaires, le Secrétaire Général pourvoyait à la vacance d'un poste permanent en y affectant un ou des agents temporaires de manière continue au-delà d'un laps de temps raisonnable. A cet égard, la Commission de Recours ne saurait tenir compte rétroactivement de toute disposition réglementaire relative au Statut des agents postérieure à la date d'introduction de la requête devant la Commission.

54. La circonstance pour le requérant d'avoir, avant sa démission, occupé de façon satisfaisante un emploi permanent d'un certain grade et correspondant à un certain niveau de rémunération, ne lui confère pas, ipso facto, le droit d'être affecté en qualité d'agent temporaire, aux mêmes conditions de grade et de rémunération à un service que le Secrétaire Général a jugé devoir renforcer durant une période limitée, pour répondre à un besoin ponctuel.

55. Il suit de ce qui précède que le requérant ne saurait, à l'appui de sa prétention, invoquer la violation, par le Secrétaire Général, des principes généraux du droit visés au premier moyen.

a. Sur le deuxième moyen

56. Le requérant allègue que les décisions incriminées ont revêtu le caractère d'une mesure discriminatoire.

57. Sans doute, la règle de non-discrimination constitue-t-elle un des principes généraux du droit qui s'impose à l'ordre juridique du Conseil de l'Europe (article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme).

58. Comme la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'a relevé dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme n'interdit pas toute distinction de traitement. (Cour. eur. D.H.

Affaires linguistiques belges, arrêt du 23/7/68, série A, n.º 6, p. 34, paragraphe 10). (1)

59. La Commission relève d'autre part que dans l'affaire Van der Mussele, la Cour a estimé que "l'article 14 protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues". (Cour eur. D.H., Affaire Van der Mussele, décision du 23/11/83, Série A, n.º 70, paragraphe 46). (2) Lorsque tel est le cas, l'égalité de traitement est violée, si la distinction manque de justification objective et raisonnable, et s'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (Affaires linguistiques belges... loc. cit.).

60. Or il existe en l'espèce entre agent permanent et agent temporaire du Conseil de l'Europe des différences fondamentales: différences quant au statut, aux conditions d'accès à la carrière, à la nature des fonctions, à leur modalité d'exercice.

61. La Commission observe que lorsqu'elle est appelée à apprécier si dans un cas déterminé il y a eu une différence de traitement injustifiée, il faut tenir compte de la spécificité de la fonction publique internationale de même que des nécessités propres à l'Organisation intéressée. (cf. CRCE 76/81, Pagani c/Secrétaire Général, sentence du 21/4/42, paragraphe 33).

62. Au surplus, étendre le principe de l'interdiction de la discrimination de telle façon à mettre sur un pied d'égalité dans les matières considérées, agents permanents et agents temporaires, serait susceptible, dans une organisation internationale comme le Conseil de l'Europe, d'entraver toute la bonne marche des services (mutatis mutandis CRCE 76/81 Pagani c/Secrétaire Général, sentence du 21/4/82, paragraphe 33).

63. Il résulte de ce qui précède que les situations propres aux agents permanents d'une part et celles qui concernent les agents temporaires d'au-

(1) Sumariado no n.º 3 de Documentação e Direito Comparado, sob n.º 6.

(2) Sumariado sob n.º 73 in Documentação e Direito Comparado.

tre part ne sont pas analogues (Arrêt Van der Mussele précité loc. cit.) et peuvent donner lieu à un traitement différencié sans revêtir le caractère d'un traitement discriminatoire.

64. D'autre part ces différences entraînent légitimement des répercussions correspondantes en matière de rémunération des agents temporaires.

65. La Commission conclut dès lors que les contrats proposés par le Secrétaire Général et acceptés par le requérant n'ont pas violé le principe de non-discrimination.

66. En ce qui concerne le grief invoqué par le requérant selon lequel le déséquilibre existant entre les parties au contrat a eu pour effet d'en vicier le caractère équitable, rien ne permet d'affirmer qu'en acceptant les contrats qui lui étaient proposés, le requérant se trouvait dans une situation d'infériorité par rapport à tout candidat qui, dans des conditions normales, postule à un emploi dans une organisation internationale, ni que le Secrétaire Général ait exercé une pression sur lui, susceptible d'affecter la validité des contrats ou qui aurait vicié le consentement de l'intéressé.

67. La Commission estime que les considérations ci-dessus développées valent également pour ce qui est des demandes d'indemnités formulées à titre accessoire par le requérant.

68. Il suit de ce qui précède que les décisions dont le requérant a été l'objet ne relèvent de violation ni du Statut des agents, ni des principes généraux de la fonction publique internationale.

Par ces motifs,

la Commission de Recours:

Déclare le recours non fondé;

Le rejette,

Décide que chaque partie supportera les frais exposés par elle.

Prononcé à Strasbourg, en audience publique, le 20 décembre 1984, le
texte français de la sentence faisant foi.

Le Secrétaire
de La Commission de Recours

Le Président
de la Commission de Recours

M. DE SALVIA

W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH

ESTUDOS
SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM

JOÃO DE DEUS PINHEIRO FARINHA
Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

**O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM
E A PROTECÇÃO DO INDIVÍDUO
CONTRA OS ACTOS DA ADMINISTRAÇÃO (a)**

**COMUNICAÇÃO APRESENTADA NA MESA REDONDA
COM OS PROVIDORES DE JUSTIÇA EUROPEUS**

(Madrid, 6 de Junho de 1985).

(a) O autor agradece à Dr.^a Marta Santos Pais, do Gabinete de Documentação e Direito Comparado a valiosa colaboração prestada.

I GENERALIDADE

- 1) A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — o indivíduo e o Estado
- 2) Protecção do indivíduo contra actos do Estado:
 - a) Dos órgãos legislativos,
 - b) Dos órgãos judiciais,
 - c) Dos actos da Administração.

II PROTECÇÃO DO INDIVÍDUO CONTRA OS ACTOS DA ADMINISTRAÇÃO

- 3) Actos da Administração:
 - a) De autoridade,
 - b) De empregador,
 - c) Do Governo e de outras autoridades
- 4) Protecção de civis e militares
- 5) Decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, visando a protecção dos direitos:
 - a) a não sujeição a tratamentos desumanos (art.º 3.º),
 - b) a liberdade e segurança (art.º 5.º),
 - c) a julgamento por tribunal independente e imparcial estabelecido na lei nos casos de contestação sobre direitos e obrigações de carácter civil e de acusação penal (art.º 6.º)
 - d) ao respeito pela vida privada e correspondência (art.º 8.º)
 - e) à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação (art.º 11.º)
 - f) ao direito de propriedade (Protocolo n.º 1, art.º 1.º)
 - g) ao direito à instrução com respeito pelas convicções religiosas e filosóficas (Protocolo n.º 1, art.º 2.º).

I

1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem representou a tomada das primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem ⁽¹⁾, daí que as Altas Partes Contratantes reconheçam certos direitos a todos os que dependam da respectiva jurisdição. É quanto se dispõe no artigo 1.º.

“As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”.

Não se trata de um tratado criando obrigações e direitos entre Estados, mas da atribuição de direitos ao indivíduo face ao Estado, direitos estes garantidos pela Comunidade Internacional, podendo a Convenção considerar-se como o Código europeu dos direitos do Homem ⁽²⁾, daí que, como decidiu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em 27 de Junho de 1968 ⁽³⁾ — caso Wemhoff:

“Se haja de interpretar a Convenção, dada a sua natureza de tratado normativo, do modo que melhor realize os seus objectivos e permita atingir os seus fins, e não procurando dar-lhe o entendimento mais limitativo dos compromissos das Altas Partes Contratantes”.

2. Contra os actos do Estado, violadores da Convenção, pode a vítima reagir perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, esgo-

(1) Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Preâmbulo;

(2) Discurso pronunciado pelo Presidente da Comissão Europeia dos Direitos do Homem. Professor Waldock, citado por transcrição no Anuário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, V. 377;

(3) In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XI, 797. Sumariado in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 3, sob n.º 7.

Heinz Wemhoff queixava-se da sua longa prisão preventiva — 3 de Novembro de 1961 a 7 de Abril de 1965 — e demora no julgamento.

Dada a complexidade do processo e outras circunstâncias e ainda porque o arguido não ofereceu caução idonea para ser libertado, o Tribunal entendeu não ter havido violação da Convenção.

tados que sejam os recursos internos, tal como entendidos segundo os princípios do direito internacional geralmente reconhecidos (4) e se a competência da Comissão na matéria tiver sido reconhecida pelo Estado requerido (5).

Também qualquer dos Estados parte da Convenção poderá denunciar à Comissão Europeia dos Direitos do Homem violação da Convenção que possa ser imputada a outra Parte Contratante (6). A queixa por parte do Estado foi concebida como um meio de pôr em marcha a solidariedade intrínseca das democracias europeias, já que pode ser apresentada por um Estado contra outro Estado, sem que entre eles haja qualquer diferendo, e não tendo o Estado requerente de provar o seu interesse no caso. Quando pela queixa um Estado faz sua a causa dos indivíduos, submetendo as violações que os atingem à Comissão europeia, não o faz no âmbito da protecção diplomática, indo a sua legitimidade (direito de acção) muito além dos interesses dos seus próprios cidadãos. Os autores da Convenção quiseram conceder a cada um dos Estados contratantes um direito de interpelação sobre a conduta de qualquer dos outros Estados Contratantes, no âmbito dos direitos do homem. Por outras palavras, todos os Estados parte na Convenção têm legitimidade para submeter ao controle europeu actos legislativos dos Parlamentos, actos administrativos das autoridades administrativas, actos judiciais dos tribunais dos outros Estados Contratantes, susceptíveis de ofender os direitos e liberdades garantidos pela Convenção” (7).

Resulta do artigo 19.º da Convenção — “A fim de assegurar o respeito dos *compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes da presente Convenção, criam-se:*

- a) Uma Comissão Europeia dos Direitos do Homem, a seguir designada “a Comissão”;

(4) Convenção, art.º 26.º;

(5) Convenção, art.º 25.º;

(6) Convenção, art.º 24.º;

(7) La Solidarité Internationale et les Droits de l'Homme — l'expérience du Conseil de l'Europe (Relatório apresentado pelo Director dos Direitos do Homem ao Congresso de San Remo — Setembro de 1980), pag. 11;

b) Um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir designado “O Tribunal”^{fi}

— que só os actos do Estado são passíveis de apreciação pelos órgãos da Convenção, isto mesmo se concluindo dos artigos 24.º “... qualquer infracção das disposições da presente Convenção que *julgue possa ser imputada a outra Parte Contratante*” e 25.º “... que se considere vítima de uma *violação cometida por uma das Altas Partes Contratantes...*”.

Não distingue a Convenção entre as várias actividades do Estado e os vários órgãos e autoridades que podem praticar ou omitir actos que façam nascer a responsabilidade do Estado.

Dizemos actos ou omissões, já que:

“Certas obrigações que decorrem da Convenção postulam, por vezes, medidas de conteúdo positivo por parte do Estado”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 9 de Outubro de 1979 — Caso Airey) (8).

Pode, pois, a actividade do órgão legislativo, do Parlamento, fazer incorrer o Estado em responsabilidade internacional, por violação da Convenção, já que:

“Face ao artigo 1.º, cada Estado contratante reconhece “a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e as liberdades definidos no... da... Convenção”; consequentemente, quando a violação de um

(8) In *Annuaire*, XXII, 431. Sumariado no N.º 9 de Documentação e Direito Comparado, sob n.º 33, pág. 50.

Johanna Airey queixava-se das dificuldades em intentar acção na High Court em ordem a obter a separação de pessoas e bens — nomeadamente em virtude das custas e encargos.

O Tribunal entendeu terem sido violados o § 1.º do art.º 6.º e o art.º 8.º da Convenção.

deles derive de uma falta do legislador nacional à tal obrigação, a responsabilidade incumbe ao Estado”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 13 de Agosto de 1981 — caso Young, James e Webster) ⁽⁹⁾.

Não é abundante a jurisprudência do Tribunal no que se refere à conformidade da lei interna com a Convenção, o que bem se compreende, já que:

“O Tribunal, quando a Comissão Europeia dos Direitos do Homem haja sido requerida por um particular, não é chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade da lei interna com a Convenção.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 27 de Março de 1962 — caso Becker) ⁽¹⁰⁾.

No entanto,

“O artigo 25.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem permite a queixa individual, com base na violação da Convenção pela lei interna, só por si e independentemente de qualquer acto de execução, desde que o requerente esteja sujeito a sofrer directamente os efeitos da lei”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 13 de Junho de 1979, caso Marckx) ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ In *Annuaire*, XXIV, pág. 44 e *Documentação e Direito Comparado*, 7, 253; Young entrou ao serviço da British Rail em 1972, como empregado de escritório; Noel Henry Hames, em 1974, como chefe de equipe; Ronald Roger Webster em 1958, como empregado de escritório.

Em 1975 a British Rail celebrou um acordo com 3 sindicatos em que fazia depender a manutenção ao serviço dos seus empregados à filiação num deles (*closed shop*).

Os três indivíduos referidos não se inscreveram num dos 3 sindicatos e foram despedidos, sem qualquer indemnização.

O Tribunal considerou que o art.º 11.º da Convenção tinha sido violado.

⁽¹⁰⁾ In *Annuaire*, V. 321. Sumariado sob n.º 4, a pág. 351 do n.º 2 de *Documentação e Direito Comparado*.

Raymond De Becker havia sido condenado, por ter colaborado com as autoridades alemãs de ocupação, além do mais na privação do exercício da profissão de jornalista com carácter perpétuo.

Porque modificação posterior da lei interna (belga) tornou possível voltar ao exercício do jornalismo, De Becker deu-se por satisfeito e o Tribunal mandou arquivar o processo.

“É admissível a queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem independentemente de um acto concreto de aplicação, quando a vítima sofra de angústia e medo na sua vida privada, provocados pela mera existência da lei”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 22 de Outubro de 1981, caso *Dudgeon*) ⁽¹²⁾.

Também a actividade dos órgãos judiciais pode fazer incorrer o Estado em responsabilidade internacional, por violação da Convenção. Não abunda a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quanto a decisões dos tribunais, o que bem se compreende, já que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não é uma instância de recurso supranacional para a qual se possa recorrer das decisões dos tribunais nacionais, não tendo competência para conhecer de quaisquer erros de facto ou de direito das decisões dos tribunais internos.

Só quando o tribunal nacional tiver actuado em condições de processo violadoras dos direitos fundamentais consagrados na Convenção ou que a decisão por si mesma infrinja tais direitos, elas poderão ser submetidas à apreciação e crítica dos órgãos da Convenção (Comissão e Tribunal).

É, sem dúvida, sobre a actividade da Administração que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem mais abunda e dela nos ocuparemos a seguir.

⁽¹¹⁾ In *Annuaire*, XXII, 411. Sumariado in *Documentação e Direito Comparado*, 9, pág. 45, sob n.º 32.

Alexandra Marchx é filha da jornalista Paula Marchx e nasceu fora do casamento. A mãe reconheceu-a como filha e seguidamente adoptou-a para que lhe fosse permitido gosar de direitos sucessórios mais amplos. Por força da lei interna, o filho nascido fora do matrimónio, ainda que reconhecido pela mãe, não adquire a qualidade de membro da família desta.

O Tribunal declarou terem sido violados os artigos 8.º, 8.º combinado com o 14.º e art.º 1.º do 1.º Protocolo, combinado com o art.º 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁽¹²⁾ In *Annuaire*, XXIV, pag. 445. Sumariado in *Documentação e Direito Comparado*, 12, pag. 81, sob n.º 470.

Dudgeon queixava-se de ter sido objecto de perseguição policial pelo fato de ser homossexual e de a homossexualidade masculina ser sempre considerada infracção penal na Irlanda do Norte.

O Tribunal considerou violado o art.º 8.º da Convenção.

Antes, porém, referiremos que segundo o artigo 15.º da Convenção:

- “1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da Nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.
2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2.º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3.º, 4.º (Parágrafo 1.º e 7.º).
- 3.º “.....”
sendo certo que:

“O “caso de guerra ou de outro perigo público ameaçando a vida da nação”, possibilitando a derrogação de algumas das obrigações assumidas com a ratificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nos termos do art.º 15.º, integra uma situação de crise ou perigo excepcional afectando o conjunto da população e ameaçando a vida organizada do Estado. Compete ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apreciar se os factos e circunstâncias invocados pelo Estado cabem na noção de “caso de guerra” ou “de perigo público ameaçando a vida da Nação” e se as medidas derogatórias e de excepção se limitam ao mínimo que a situação exige”.
(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 1 de Julho de 1961 — caso Lawless) (13)

“Nas situações previstas no art.º 15.º da Convenção pode haver derrogações, na medida do necessário, aos artigos 5.º e 6.º.

A margem nacional de apreciação no que concerne a derrogações permitidas pelo art.º 15.º está sujeita ao controle europeu, tendo o Tribu-

(13) In *Annuaire*, IV, pag. 439. Publicado in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 2, pag. 355.

Gerard Richard Lawless foi preso por determinação do Ministro da Justiça, ao abrigo de uma lei irlandesa contra os atentados à segurança do Estado.

O Tribunal concluiu pela não violação da Convenção.

nal Europeu dos Direitos do Homem competência para decidir se foi excedida a estrita medida imposta pela situação de crise”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 18 de Janeiro de 1978 — caso Irlanda contra o Reino Unido) (14).

II

3) No actuar do dia a dia da Administração se situa a maior tentação de conscientemente e a maior possibilidade de inconscientemente se violar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

É que a Convenção pode ser violada não só pela prática de actos de autoridade como por actos de prática corrente de gestão dos vários órgãos e autoridades do Estado.

Na verdade:

“Em parte alguma a Convenção distingue expressamente entre as atribuições de poder público dos Estados contratantes e as suas responsabilidades de dadores de trabalho.

O Artigo 11 aplica-se conseqüentemente ao Estado empregador, sejam as relações com os empregados reguladas pelo direito público ou pelo direito privado”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Fevereiro de 1976 — Caso do Sindicato Sueco de Condutores de Locomotivas) (15)

(14) In *Annuaire*, XXI, 603. Sumariado sob n.º 26, a pag. 111 de *Documentação e Direito Comparado*, n.º 8.

(15) In *Annuaire*, XIX, 479. Sumariado in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 6, pag. 562, sob. n.º 20.

Jean Salmon escreve a este respeito:

“Para que se verifique a responsabilidade do Estado importa que existam duas condições — e só duas — isto é, que o comportamento seja:

- a) atribuível, face ao direito internacional, ao Estado, é a condição da *imputabilidade*;
- b) desrespeite uma obrigação internacional do mesmo Estado é a condição da *ilicitude*...

Ainda aqui o artigo 6.º do projecto da comissão de direito internacional não consente qualquer dúvida:

“A conduta de um órgão do Estado é, em conformidade com o direito internacional, considerado como um acto do próprio Estado, pertença tal órgão ao poder constitucional, legislativo, executivo, judiciário, ou a qualquer outro, exerça funções de carácter internacional ou interno, seja a sua posição na hierarquia e orgânica do Estado a de entidade superior ou subordinada” (16).

Tem o Tribunal sido chamado a curar da compatibilidade com a Convenção de actos do Governo, de actos de Comissões, de actos de autoridades policiais, de actos de autoridades escolares, de autoridades penitenciárias, etc.

4. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem protege tanto os civis como os militares, como claramente resulta do seu artigo 1.º:

“As Altas Partes Contratantes reconhecem a *qualquer pessoa dependente da sua jurisdição* os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”.

Isso mesmo foi já decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

“A Convenção protege em princípio os membros das forças armadas e não somente os civis. Nos seus artigos 1.º e 14.º estipula que “qual-

(16) Jean G. A. Salmon, in *Journal des Tribunaux*, n.º 5211, pag. 446.

quer pessoa dependente da jurisdição” dos Estados contratantes deve gozar “sem qualquer distinção” dos direitos e liberdades definidos no título I. A alínea b) do § 3 do art.º 4.º que subtrai o serviço militar à proibição do trabalho forçado ou obrigatório, confirma que, por regra, as garantias da Convenção se estendem aos militares. O mesmo resulta do § 2 in fine do art.º 11.º que permite aos Estados estabelecer restrições especiais ao exercício das liberdades de reunião e associação dos membros das forças armadas.

Interpretando e aplicando as regras da Convenção a um caso concreto, o Tribunal deve, contudo, estar atento às especificidades da condição militar e consequências decorrentes da mesma sobre a situação dos membros das forças armadas”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 8 de Junho de 1976 — Caso Engel e outros) (17).

5. Postos estes princípios, passamos a referir alguma jurisprudência do Tribunal Europeu dos direitos do Homem de defesa do indivíduo contra os actos da Administração:

I

ARTIGO 3.º

O artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem preceitua:

“Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

(17) In *Annuaire*, XIX, 491. Sumariado sob n.º 22 e pag. 248 de *Documentação e Direito Comparado*, n.º 7.

Cornelis Engel, Peter Van der Wiel, Johannes Dona e Willem Schul queixam-se de lhes ter sido imposta prisão militar e ainda a afectação a unidade disciplinar, bem como de não terem sido julgados de forma equitativa.

O Tribunal concluiu pela violação dos artigos 5.º, § 1 e 6.º § 1.º da Convenção.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, apreciando a conduta das autoridades e as cinco técnicas usadas no interrogatório — “de pé contra uma parede, capuz negro enfiado na cabeça, privação de sono e privação de alimentação sólida e líquida” — disse:

“Empregadas cumulativamente, com premeditação e por longas horas, as cinco técnicas causaram aos que as sofreram, se não verdadeiras lesões, pelo menos vivos sofrimentos físicos e morais; acarretaram-lhe ainda, durante o interrogatório, perturbações psíquicas. Constituem assim um tratamento desumano, como o define o art.º 3.º. Revestiam ainda um carácter degradante, na medida em que lhes causaram sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capazes de os humilhar, aviltar, quebrando eventualmente a resistência física e moral.

.....
Para determinar se as cinco técnicas constituíam ainda tortura, importa ter em consideração a distinção feita no artigo 3.º entre esta noção e a de tratamentos desumanos ou degradantes.

No seu modo de ver, tal distinção procede principalmente da diferente intensidade dos sofrimentos infligidos.

O Tribunal entende que se existem violências, condenadas pela moral e muitas vezes pelo direito interno dos Estados contratantes, não enquadráveis no artigo 3.º da Convenção, esta, distinguindo entre “tortura” e “tratamentos desumanos e degradantes” quiz com o primeiro dos termos carregar de infâmia especial os tratamentos desumanos deliberados e causando graves e cruéis sofrimentos”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 18 de Janeiro de 1978 — caso Irlanda contra o Reino Unido) (18).

Ainda o Tribunal, embora neste caso haja concluído pela não violação do artigo 3.º da Convenção, teve oportunidade de afirmar;

“Considera que o simples risco de condutas proibidas pelo artigo 3.º pode, por si mesmo, cair na alçada do art.º 3.º, se for suficientemente

(18) In *Annuaire*, XXI, 603. Sumariado sob n.º 26, a pag. 111 do n.º 8 do *Boletim de Documentação e Direito Comparado*.

real e imediato. Assim, ameaçar alguém de o torturar poderá, em certas circunstâncias, constituir pelo menos um “tratamento desumano”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 25 de Fevereiro de 1982 — caso Campbell e Cosans) ⁽¹⁹⁾.

ARTIGO 5.º

O artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem preceitua:

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:
 - a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;
 - b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;
 - c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;

⁽¹⁹⁾ In *Documentação e Direito Comparado*, 8, 123.

Grace Campbell e Jane Cosans queixavam-se de, contra o seu pensar e vontade, na escola frequentada por seus filhos se usarem castigos corporais (palmatoadas), tendo o filho de Grace sido mandado comparecer na reitoria para lhe ser aplicado o castigo e, face à sua recusa, suspenso da escola.

O Tribunal julgou no sentido de ter sido violado o artigo 2.º do 1.º Protocolo Adicional.

- d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;
 - e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico ou de um vagabundo;
 - f) Se se tratar da prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.
2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.
 3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgado num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.
 4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.
 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou de detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indemnização”.

Deste artigo podemos aproximar o artigo 2.º do 4.º Protocolo Adicional à Convenção:

- “1. Qualquer pessoa que se encontre em situação regular em território de um Estado tem direito a nele circular livremente e a escolher livremente a sua residência.
2. Toda a pessoa é livre de deixar um país qualquer, incluindo o seu próprio.

3. O exercício destes direitos não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas pela lei, constituem providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a manutenção da ordem pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde ou da moral ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros.
4. Os direitos reconhecidos no parágrafo 1 podem igualmente, em certas zonas determinadas, ser objecto de restrições que, previstas pela lei, se justifiquem pelo interesse público numa sociedade democrática.

Na verdade:

“Entre privação e restrição de liberdade há mera diferença de grau e de intensidade, que não de natureza. O enquadramento numa ou noutra destas categorias apresenta-se por vezes difícil e em certos casos limites, trata-se de mera apreciação”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Novembro de 1980 — caso Guzzardi) ⁽²⁰⁾.

Resulta do artigo 5.º que a detenção ou prisão não pode ser arbitrária e, em princípio, deve ser ordenada por um tribunal; quando o não tiver sido impõe-se, na generalidade dos casos, a pronta apresentação em juízo e o detido terá sempre o direito de recurso a um tribunal.

Quanto aos alienados:

“O Tribunal enumera três condições indispensáveis à detenção regular “de um alienado”; para efeitos da alínea c) do § 1 do artigo 5.º ressalvados os casos de urgência, deve mostrar-se provada a alienação, isto é, ter-se demonstrado perante a autoridade competente, por meio de um exame médico objectivo, a existência da doença mental,

⁽²⁰⁾ In *Annuaire*, XXIII, 485. Sumariado sob o n.º 45, a pag. 45 do n.º 11 do Boletim de Documentação e Direito Comparado.

Michele Guzzardi queixava-se de estar internado na ilha de Assinara, ao abrigo da lei italiana, de 1956, relativa a pessoas perigosas para a segurança e moralidade pública e da lei de 1965 contra a mafia.

O Tribunal considerou violado o art.º 5.º da Convenção.

com um carácter e amplitude que legitime o internamento, que não se pode validamente prolongar quando tal estado desapareça.

.....
Quando um dos fins das disposições da lei interna é o de permitir o internamento urgente das pessoas que representem um perigo para outro, não se pode, na prática, exigir um exame médico completo antes da detenção. As circunstâncias postulam que a autoridade nacional competente tenha uma grande latitude.

.....
Face ao § 4 do art.º 5.º, um alienado internado em estabelecimento psiquiátrico por tempo ilimitado ou prolongado tem o direito, pelo menos nos casos de ausência de controlo judiciário periódico e automático, de interpor, com intervalos razoáveis, recursos para um tribunal que aprecie a legalidade — no significado que lhe dá a Convenção — do seu internamento, não importando que este haja sido ordenado por um tribunal civil ou criminal ou por qualquer outra autoridade”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 5 de Novembro de 1981 — caso X contra o Reino Unido) (21).

Em relação aos “entregues ao Governo” — pena prevista pela lei belga, o Tribunal decidiu:

“A Convenção exigia um processo próprio que possibilitasse ao Tribunal determinar, em prazo breve, a pedido de ..., se o ministro da justiça tinha razões para decidir que o internamento continuava a justificar-se face ao fim e objecto da lei de 1964. Face ao parágrafo 4 do art.º 5.º, não se trata de simples questão de oportunidade,

(21) In *Annuaire*, XXIV, 451. Sumariado no n.º 12 de *Documentação e Direito Comparado*, sob n.º 48.º.

(O nome é omitido a pedido da família), cidadão britânico, foi mandado internar em estabelecimento psiquiátrico por decisão judicial, em 1968; em 1971 foi libertado condicionalmente, passando a viver com a mulher; por denúncia desta, o Ministro do Interior ordenou o seu reinternamento no estabelecimento psiquiátrico em 1974; o médico entendeu que deveria ser mantido internado e em 1976 voltou a ser libertado condicionalmente.

O Tribunal considerou violado o § 4.º do art.º 5.º da Convenção.

recaindo sobre a própria legalidade da continuação da privação da liberdade”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 24 de Junho de 1982 — Caso Van Droogenbroeck) (22).

Permitindo a Convenção a apresentação do detido não só ao “juiz” como a um “magistrado habilitado” pela lei a exercer funções judiciais, importa referir o que a tal respeito decidiu o Tribunal:

“...o “magistrado” não é o mesmo que o “juiz”, importando porém que satisfaça a certos requisitos, isto é que preencha condições que sejam garantidas para a pessoa detida.

A primeira é a independência face ao executivo e às partes (...). Não se exclue a subordinação hierárquica a outros juizes ou magistrados que gozem de tal independência. Ainda o § 3 do art.º 5.º faz exigências do processo e de fundo. O magistrado está obrigado a ouvir pessoalmente o indivíduo apresentado (...) e a examinar todas as circunstâncias militando pela detenção ou contra a mesma, pronunciando-se em conformidade com critérios jurídicos sobre a existência de razões que a justifiquem e, na falta delas, ordenando a soltura”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 4 de Dezembro de 1979 — caso Schiesser) (23).

(22) Sumariado sob n.º 52 em *Documentação e Direito Comparado*, n.º 13.

Valery Van Droogenbroeck foi condenado judicialmente em determinada pena de prisão e “entregue ao governo”. Cumprida a pena, foi posto em liberdade e depois reincarcerado, por ordem do Ministro da Justiça.

O Tribunal julgou violado o § 4.º do artigo 5.º da Convenção.

(23) In *Annuaire*, XXII, 433. Sumariado sob n.º 35.º, a pag. 54 do n.º 13 de *Documentação e Direito Comparado*.

Friedrich Schiesser queixava-se de não ter sido, após a sua detenção, apresentado a um juiz ou Magistrado habilitado por lei a exercer funções judiciais, mas sim ao Procurador.

O Tribunal considerou não ter havido violação da Convenção.

Esta jurisprudência foi reafirmada nas decisões de 22 de Maio de 1984 (casos Duinhof e Duijf; De Jong, Baljet e Van den Brink; Van der Sluijs, Zuiderveld e Klappe) ⁽²⁴⁾.

ARTIGO 6.º

“1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

(24) Cour, Série A, n.ºs 79, 77 e 78.

Trata-se de recrutas do exército holandês que se recusaram ao cumprimento de certos deveres militares, sob a alegação de objecção de consciência. Presos, foram presentes ao Auditor Militar.

O Tribunal julgou violados os §§ 3.º e 4.º do art.º 5.º da Convenção.

- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.”

Não pode, pois, a Administração arrogar-se o direito de dirimir as contestações sobre direitos e obrigações de carácter civil, nem subtrair aos tribunais diferendos de tal natureza que se levantem entre a Administração e os particulares.

Na verdade:

“Para que o § 1 do art.º 6.º seja aplicado a uma contestação, não é forçoso que... as duas partes em litígio sejam pessoas privadas. O comando do § 1 do art.º 6.º é muito mais amplo; o texto francês “*contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil*” abarca qualquer processo cujo resultado fôr determinante para direitos e obrigações de carácter privado. O texto inglês que visa “*the determination of (...) civil rights and obligations*” confirma esta interpretação. Pouco interessam a natureza da lei reguladora da matéria (lei civil, comercial, administrativa, etc.) e a da autoridade competente para dela se ocupar (Tribunais comuns, órgão administrativo, etc). No caso sub judice, Ringeisen, tendo comprado bens ao casal Roth, tinha direito à aprovação de tal contrato de venda, desde que ... satisfizesse às condições legais”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 16 de Julho de 1971 — caso Ringeisen) (25).

(25) In *Annuaire*, XIV, 839. Sumariado sob n.º 14, e pag. 274 do n.º 4 de *Documentação e Direito Comparado*.

Michael Ringeisen queixava-se de não ter sido autorizado pela Comissão de Transacções Imobiliárias um contrato de compra e venda de um terreno, da longa detenção sofrida (15 de Março de 1965 a 20 de Março de 1967), bem como da longa duração do processo crime.

O Tribunal julgou violado o § 3.º do art.º 5.º da Convenção.

“Embora o Tribunal conclua pela autonomia da noção de “direitos e obrigações de carácter civil”, não considera contudo desprovida de interesse, na matéria, a legislação interna do Estado. Na verdade, face não à qualificação jurídica, mas ao conteúdo material e efeitos conferidos pelo direito interno do Estado em causa, deverá cada direito ser considerado ou não como revestindo o carácter civil, com o significado que este termo tem na Convenção.

.....
“Se a contestação opõe um particular a uma autoridade pública daí não resulta necessariamente que esta tenha agido como pessoa privada ou como detentora do poder público.

Do que se disse resulta que para saber se uma contestação recai sobre direito de carácter civil só importa o carácter de tal direito”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 28 de Junho de 1978) — Caso König) (26).

“A capacidade de gerir por si o seu património requiere o exercício de direitos privados e, conseqüentemente, reporta-se a “direitos e obrigações de carácter civil” no sentido do § 1 do art.º 6.º (...) Tirá-la a Winterwerp equivalerá a “decidir” sobre direitos e obrigações de tal natureza.”

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 24 de Outubro de 1979 — Caso Winterwerp) (27).

“Pouco importa que a contestação vise um acto administrativo praticado pela autoridade competente no exercício das atribuições do poder público (...)

.....
Resumindo, a autorização de expropriar os imóveis dos requerentes

(26) In *Annuaire*, XXI, 619 e *Documentação e Direito Comparado*, 2, 373.

Eberhard König queixava-se da longa duração do processo em que se discutia a decisão administrativa de privação do exercício da medicina e da autorização de explorar uma clínica.

O Tribunal julgou o § 1.º do art.º 6.º da Convenção violado.

(27) In *Annuaire*, XXII, 427. Sumariado no n.º 9 de *Documentação e Direito Comparado*, sob n.º 34).

Frits Winterwerp queixava-se de não ter tido possibilidade de discutir as decisões de internamento em estabelecimento psiquiátrico e os relatórios médicos que lhe respeitavam.

O Tribunal considerou violados o § 4.º do art.º 5.º e § 1.º do art.º 6.º da Convenção.

respeitava a um “direito de carácter civil, dando lugar, no que se refere à respectiva duração e validade a uma “contestação” para os efeitos do § 1 do artigo 6.º.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 3 de Setembro de 1982 — caso Sporrong e Lonroth) ⁽²⁸⁾

Não pode ainda o Estado retirar da competência dos tribunais, ilícitos penais, reduzindo-os a meras infracções disciplinares ou contravenções administrativa (contra-ordenações).

Decidiu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

“Sem sombra de dúvida que a Convenção permite aos Estados, como guardiões do interesse público, manter ou estabelecer a distinção entre direito penal e direito disciplinar, fixando-lhes os limites, mas respeitando certas condições”.

Deixa-os livres de considerar infracção penal qualquer acção ou omissão que não constitua o exercício normal de um dos direitos protegidos na Convenção; isso o que resulta, de maneira clara, do seu artigo 7.º. Tal escolha, tornando aplicáveis os artigos 6.º e 7.º, escapa em princípio ao controle do Tribunal.

A escolha inversa está sujeita a regras mais apertadas. Se os Estados contratantes podessem à sua vontade qualificar uma infracção de disciplinas em vez de infracção penal, ou proceder contra o autor de infracção “mixta” disciplinarmente em vez de seguir o procedimento criminal, ficaria dependente da sua vontade soberana a aplicação das cláusulas fundamentais dos artigos 6.º e 7.º. Tal latitude poderia levar a resultados incompatíveis com o fim e objecto da Convenção.

O Tribunal tem competência para verificar, face ao art.º 6.º e sem necessidade de invocar os artigos 17.º e 18.º, se o disciplinar ocupou indevidamente o lugar do penal.

⁽²⁸⁾ In *Documentação e Direito Comparado*, 10, pag. 105.

A “herança” de Sporrong e a Sra. Lonroth queixavam-se de ter sido declarada expropriável uma zona, onde se situavam bens seus, e de ter sido decretada a proibição de construir sobre os mesmos prédios.

Passados vários anos, foi levantada a proibição de construir e revogada a declaração de expropriação.

O Tribunal concluiu pela violação do art.º 1.º e do 1.º Protocolo Adicional e § 1.º do art.º 6.º da Convenção.

Concluindo, a “autonomia” do conceito de materia penal”, vai por assim dizer, numa só direcção.

.....
para o efeito, importa saber antes de mais se o texto ou textos, incriminadores pertencem, segundo a técnica jurídica do Estado em causa, ao direito penal, ao disciplinar ou a ambos simultaneamente. Isto é porém mero ponto de partida. A indicação daí resultante tem apenas um valor formal e relativo; importa examiná-lo à luz do denominador comum das legislações dos vários Estados contratantes.

A própria natureza da infracção representa um elemento de apreciação de maior peso.

.....
Não fica, porém, por aí o controle do Tribunal.

Há que atender ainda ao grau de severidade da sanção aplicável. Numa sociedade ligada à proeminência do direito, constituem “matéria penal” as privações de liberdade, aplicáveis a título repressivo, salvo se por natureza, duração ou modalidades de execução não forem susceptíveis de causar prejuízo de monta. Assim o exigem a gravidade da situação, tradições dos Estados contratantes e o valor atribuído pela Convenção ao respeito pela liberdade física da pessoa”. (Decisão do Tribunal dos Direitos do Homem de 23 de Novembro de 1976 — caso Engel e outros) ⁽²⁹⁾

.....
“O legislador que retira certos comportamentos do número de infracções penais no seu direito interno, pode servir simultaneamente o interesse do indivíduo (...) e os imperativos de uma boa administração da justiça, nomeadamente na medida em que liberta os tribunais da repressão de faltas, numerosas mas de pouca importância, às regras da circulação estradal.

A Convenção não desaprova as tendências de “descriminalização” — sob as formas mais diversas — existentes nos Estados membros do Conselho da Europa.

.....
No entanto, se aos Estados Contratantes fosse lícito, qualificando uma infracção de “administrativa”, em vez de a qualificar de penal,

⁽²⁹⁾ In *Annuaire*, XIX, 491. Sumariado sob n.º 22, a pag. 248 do n.º 7 de *Documentação e Direito Comparado*.

afastar a aplicação das cláusulas fundamentais dos artigos 6.º e 7.º, tal aplicação ficaria subordinada à vontade soberana dos mesmos. Tal latitude poderia levar a resultados incompatíveis com o objecto e fim da Convenção”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 21 de Fevereiro de 1984 — caso Ozturk) ⁽³⁰⁾.

ARTIGO 8.º

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Indicaremos alguma jurisprudência no que respeita a este artigo:

“A proibição de enviar correspondência constitui a mais radical forma de “ingerência” (art.º 8.º, § 2.º), no exercício do “direito ao respeito da correspondência”.

.....
O Tribunal admite, ... que a “necessidade” de ingerência no exercício do direito do preso em cumprimento de pena ao respeito da sua cor-

⁽³⁰⁾ In *Documentação e Direito Comparado*, 13, pag. 191.
Ozturk, cidadão turco, queixava-se de o tribunal o ter condenado no pagamento dos honorários do intérprete num processo em que era arguido de infracção ao direito estradal.
O Tribunal julgou violado o § 3, alínea e) do art.º 6.º da Convenção.

respondência seja apreciado em função das normais e razoáveis exigências de detenção. A “defesa da ordem” e a “prevenção das infracções penais” podem, nomeadamente, justificar maior ingerência para certo recluso do que para as pessoas em liberdade. Nesta medida, mas só nesta medida, uma privação regular da liberdade, em conformidade com o art.º 5.º, repercute-se na aplicação do art.º 8.º.” (Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 21 de Fevereiro de 1975 — Caso Golder) (31).

“A principal questão que se põe no caso concreto no âmbito do art.º 8.º é a de saber se o seu § 2 justifica a ingerência constatada. Tal parágrafo, fazendo excepção a um direito garantido pela Convenção, exige uma interpretação estreita. O poder de vigiar secretamente os cidadãos, característica do Estado policial, só é tolerado pela Convenção na medida estritamente necessária à salvaguarda das instituições democráticas”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 18 de Novembro de 1977 — Caso Klass e outros) (32).

“O Tribunal reconhece que um certo controlo da correspondência dos presos é recomendável e não ofende, em si mesmo, a Convenção”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 25 de Março de 1983 — caso Silver e outros) (33).

“O Tribunal recorda que, no seu entender, a frase “prevista pela lei” não se limita a reenviar para o direito interno, mas respeita ainda à

(31) In *Annuaire*, XVIII, 291. Sumariado sob n.º 18 a pag. 560 do n.º 6 de *Documentação e Direito Comparado*.

Sidney Elmer Golder queixava-se de não lhe ter sido autorizado que escrevesse uma carta a advogado e que instaurasse acção contra um guarda da prisão em que se encontrava a cumprir pena.

O Tribunal considerou violados os art.º 6.º, § 1.º e 8.º da Convenção.

(32) *Cour*, Série A, n.º 28. Sumariado sob n.º 29, a pag. 119 do n.º 8 de *Boletim de Documentação e Direito Comparado*.

Os alemães Gerhard Klass, procurador, Peter Lubberger, advogado, Jurgen Nussbruch, juiz, Hans-Jurgen Pohl e Dieter Selb, advogados, queixavam-se de poderem ter visto controladas correspondência e telefonemas por ordem do Ministro, sendo certo que

qualidade da “lei” ; esta deverá ser compatível com o primado do direito, mencionado no preâmbulo da Convenção (decisão no caso Silver e outros, § 90; decisão no caso Golder, de 21 de Fevereiro de 1975 (série A, n.º 18, § 34). Implica assim — o que resulta do objecto e fim do artigo 8.º — que o direito interno ofereça uma certa protecção contra as ofensas arbitrárias da autoridade aos direitos garantidos pelo § 1 (parecer da Comissão, pág. 121). Ora, o perigo do arbítrio é grande quando o poder executivo se exerce em segredo (decisão Klass e outros, §§ 42 e 49).

Na verdade — com razão tal é alegado pelo Governo — os imperativos da Convenção, nomeadamente quanto à previsibilidade, não podem ser exactamente os mesmos no contexto especial da interceptação de comunicações por necessidade de averiguações policiais ou quando a lei procura limitar a conduta dos indivíduos. Não pode a exigência da previsibilidade significar que importa permitir ao indivíduo que preveja se e quando as suas comunicações poderão ser interceptadas pelas autoridades, possibilitando-lhe acautelar a sua conduta. No entanto, importa que a lei use termos claros permitindo a qualquer pessoa, saber em que circunstâncias e sob que condições o poder público poderá agir secretamente, quiçá de maneira perigosa, desrespeitando a vida privada e correspondência.

.....
Houve violação do artigo pela interceptação de comunicações e informação da contagem à polícia” (34).

era suficiente o controle previsto na lei, efectuado a posteriori, por um comité de parlamentares e comissão por este nomeada.

O Tribunal não entendeu que tivesse havido violação da Convenção.

(33) Cour, Série A, n.º 61. Sumariado sob n.º 64.º em Documentação e Direito Comparado, 15, 161.

Reuben, Silver, Clifford Dixon Noe, James Henry Tuttle, Gary Cooper, Michael McMahon, Desmond Roy Carne, reclusos em prisões do Reino Unido e Judith Colne, correspondente de um deles, queixavam-se da interceptação da correspondência e censura da mesma.

O Tribunal considerou violados os artigos 6.º, § 1.º, 8.º e 13.º da Convenção.

(34) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 2 de Agosto de 1984, caso Malone.

ARTIGO 11.º

1. pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e a liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrém, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.
2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado”.

Também nesta matéria, o Tribunal se pronunciou na defesa do indivíduo perante a Administração. Assim:

“A convenção exige que a legislação nacional permita aos sindicatos, segundo formas não contrárias ao artigo 11, lutar para a defesa dos interesses dos seus membros”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Fevereiro de 1976 — caso Sindicato dos Condutores Suecos de Locomotivas) ⁽³⁵⁾.

“A convenção protege a liberdade de defender os interesses profissionais dos aderentes de um sindicato através da acção colectiva deste, acção que aos Estados incumbe autorizar e tornar possível”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Fevereiro de 1976 — caso Schmidt e Dahlstrom) ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ In *Annuaire*, XIX, 479, Sumariado in *Documentação e Direito Comparado*, 6, pag. 562, sob n.º 20.

⁽³⁶⁾ In *Annuaire*, XIX, 484. Sumariado in *Documentação e Direito Comparado*, 7, pág. 247, sob n.º 21.

Folke Schmidt, professor de Direito e Hans Dahlstrom capitão, queixavam-se de desrespeito pelos seus direitos sindicais.

O Tribunal não encontrou qualquer violação da Convenção.

“Admitindo que o artigo 11 não garante o lado negativo desta liberdade, tal como o faz para o aspecto positivo, a obrigação de inscrição em determinado sindicato nem sempre contrariará a Convenção.

No entanto, a ameaça de despedimento implicando a perda dos meios de existência constitui forma gravíssima de constrangimento; no caso concreto pesava sobre pessoas contratadas pela British Rail, antes de ser obrigatória a filiação em determinado sindicato.

O Tribunal entende que em tais circunstâncias, o constrangimento atinge a própria substância da liberdade de associação consagrada na Convenção”. (37)

PROTOCOLO N.º 1

ARTIGO 1.º

“Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional.

As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos e outras contribuições ou de multas”.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu;

“Embora tenham deixado juridicamente intacto o direito dos interessados à disposição e uso dos bens, a permissão de expropriação redu-

(37) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 13 de Agosto de 1981 — Caso Young, James e Webster. Cour, Série A, n.º 44.

zirá em larga medida, o respectivo exercício. Bulirão também com a própria substância da propriedade, reconhecendo antecipadamente a legalidade de determinada expropriação e autorizando a cidade de Estocolmo a efectivá-la, quando o entendesse oportuno. Tornou-se assim o direito de propriedade dos requerentes precário.

Por outro lado, as proibições de construir limitaram, sem sombra de dúvida, o direito dos requerentes ao uso dos seus bens.

.....
Sofreram, pois, os requerentes, uma ingerência no seu direito de propriedade, cujas consequências se agravaram, sem sombra de dúvida, pela utilização combinada das autorizações para expropriar e proibições de construir durante longo período.

.....
O Tribunal deve averiguar se foi mantido o justo equilíbrio entre as exigências do interesse geral da comunidade e os imperativos da salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo (...)

Inerente ao conjunto da Convenção, a necessidade de assegurar tal equilíbrio reflete-se também na estrutura do artigo 1.º.

.....
“O Tribunal considera natural que num domínio tão complexo e difícil como é a administração das grandes cidades, os Estados gozem de apreciável margem de apreciação para realizar a sua política urbanística, sem no entanto o Tribunal renunciar ao seu poder de controle. Incumbe-lhe verificar se o necessário equilíbrio foi respeitado de forma compatível com o direito dos requerentes ao respeito pelos seus bens, tal como resulta da 1.ª frase do artigo 1.º.

.....
As duas séries de medidas, assim combinadas, causaram uma situação que rompeu o equilíbrio entre o respeito pelo direito de propriedade e as exigências do interesse geral; tanto a herança Sporrong como a Sra. Lonroth suportaram um ónus particular e exorbitante que as legitimava para pedir o encurtamento dos prazos ou a correspondente indemnização”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 23 de Setembro de 1982 — caso Sporrong e Lonroth) ⁽³⁸⁾.

(38) Cour, Série a, n.º 52.

ARTIGO 2.º

A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.

Antes de referir a jurisprudência do Tribunal, seja-me permitido recordar a intervenção do delegado belga Vallé-Poussin, na sessão da Assembleia Consultiva, de 8 de Setembro de 1949:

“Na tradição europeia — direi de toda a humanidade — é seguro que a criança tem os seus protectores naturais, que são os pais, e qualquer poder de subtrair a criança aos seus protectores naturais será, a meu ver, algo de abominável.

.....
Para mim, nada mais perigoso que o totalitarismo educativo” (39).

De recordar ainda a intervenção da delegada alemã, Rehling, na sessão da Assembleia Consultiva, de 8 de Dezembro de 1951:

“Permito-me lembrar que os pais cristãos tomam solenemente, quando fazem batizar os filhos, o compromisso de os educar na fé cristã. A minha convicção de mãe cristã é a de ser responsável pelos meus filhos e que nenhum Ministro de Estado poderá substitui-me em tal tarefa”.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já se pronunciou sobre o tema:

“O Tribunal esclarece que a educação é o somatório dos processos usados pelos adultos, em qualquer sociedade democrática, para transmitir aos mais jovens as suas crenças, costumes, e outros valores, enquanto o ensino ou instrução visará nomeadamente a transmissão de conhecimentos e formação intelectual.

(39) Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, II, 63.

Crê algo de artificioso isolar as questões de administração interna como se todas elas escapassem ao comando do art.º 2.º. Pode dizer-se que, de certo modo, os castigos corporais são matéria de âmbito da administração interna da escola que os usa, mas constituem também um dos meios para que consiga os fins visados para que a mesma foi criada, nomeadamente o desenvolvimento e formação de carácter e espírito dos alunos.

.....
Face à Convenção no seu todo, onde se situa o art.º 17.º, a expressão “convicções filosóficas” abrange no caso, este o entendimento do Tribunal, as convicções merecedoras de respeito, numa “sociedade democrática” (...) compatíveis com a dignidade da pessoa e não contrariando o direito fundamental do jovem à instrução, sendo certo que a primeira frase do art.º 2.º domina toda a disposição.

.....
“Respeitar”, tal é confirmado pela substituição por este termo, durante a elaboração do artigo 2.º, de “ter em conta”. (...) significa mais que “reconhecer” ou “levar em consideração”; para além de um compromisso negativo, este verbo implica para o Estado uma certa obrigação positiva”.

(Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 25 de Fevereiro de 1982 — caso Campbell e Cosans) (40).

Procuramos dar uma vista de conjunto sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em defesa do indivíduo perante os actos da Administração.

Termino, recordando que a “defesa dos direitos do Homem não é uma questão de circunstância ou um valor que se possa subordinar a outras considerações” (41) e que a eminente dignidade da pessoa humana é superior a todas as coisas, sendo os seus direitos e deveres universais e invioláveis. (42).

(40) In Documentação e Direito Comarado, 8, 123.

(41) Presidente da República Portuguesa, General Ramalho Eanes, no colóquio do Funchal sobre os direitos do homem dos estrangeiros na Europa.

(42) Gaudim et Spes, 26, § 2.º.

Marc-André Eissen(**)

**JURISPRUDENCE RELATIVE
A L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION**

(**) Mais um importante estudo de Marc-André Eissen sobre a Convenção que o autor, por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, autorizou fosse publicado em "Documentação e Direito Comparado".

Agradecidos ao Sr. Eissen e ao Conselho da Europa que, indo publicar o estudo, deu a sua concordância à inserção neste Boletim.

TABLE DES MATIERES

Introduction

I. GENERALITES

A. But de l'article

B. Importance du droit ainsi protégé

C. Champ d'application de l'article 5 (notion de privation de liberté)

1. Interprétation

2. Application

II. LES PRIVATIONS DE LIBERTE AUTORISEES: LE PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 5

A. Généralités

1. Enumération limitative d'interprétation restrictive

2. "Selon les voies légales"

3. "Régularité"

a) Interprétation

b) Application

B. Les diverses hypothèses énumérées au paragraphe 1

1. Alinéa a)

a) "Régulièrement"

b) "Après"

c) "Condamnation"

d) "Tribunal compétent"

2. Alinéa b)

- a) 'Insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal'
- b) "En vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi"

3. Alinéa c)

- a) "Régularité"
- b) "En vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente"
- c) "Lorsqu'il y a (...) "
- d) "Raisons plausibles de soupçonner" quelqu'un d'avoir "commis une infraction"
- e) "Motifs raisonnables de croire à la nécessité" d'empêcher quelqu'un "de commettre une infraction"
- f) "Motifs raisonnables de croire à la nécessité" d'empêcher quelqu'un "de s'enfuir après l'accomplissement" d'une infraction

4. Alinéa e)

- a) Aliénés
 - i. Notion
 - ii. "Détenition régulière d'un aliéné"
- b) Vagabonds

III. LES GARANTIES ACCORDEES AUX PERSONNES PRIVEES DE LEUR LIBERTE

A. Paragraphe 2 de l'article 5

•
B. Paragraphe 3 de l'article 5

1. Champ d'application
2. Droit à être "aussitôt" traduit "devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires"
 - a) "Juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires"
 - i. Interprétation
 - ii. Application
 - b) "Aussitôt"
3. Droit à être "jugé dans un délai raisonnable, ou libéré pendant la procédure", moyennant au besoin des garanties de représentation
 - a) Portée
 - b) "Délai"
 - i. Point de départ
 - ii. Terme ou point final
 - iii. Prise en compte de la détention postérieure à la saisine de la Commission
 - iv. Périodes entrant ainsi en ligne de compte
 - c) "Raisonné"
 - i. Relativité de la notion
 - ii. Méthode à utiliser
 - iii. Indépendance de l'article 5 par. 3 (par rapport à l'article 6 par. 1)
 - d) Garanties de représentation
 - e) Bilan

C. Paragraphe 4 de l'article 5

1. Possibilité d'une application cumulative des paragraphes 3 et 4
2. "Toute personne privée de sa liberté"
3. "Droit d'introduire un recours"
 - a) Le "contrôle incorporé"
 - b) Portée réelle de la théorie du "contrôle incorporé"
 - i. Applicabilité à la décision privative de liberté
 - ii. "Questions nouvelles de légalité" pouvant se poser en cours de détention
 - 1.º) Internement d'un aliéné
 - 2.º) Internement d'un récidiviste ou délinquant d'habitude
 - 3.º) Internement d'un vagabond
 - c) Nécessité d'une voie de recours existant "avec un degré suffisant de certitude"
4. "Devant un tribunal"
5. "Afin qu'il statue", "et ordonne"
6. "A bref délai"
7. "Sur la légalité de la détention"
8. Nécessité d'une vue globale du système incriminé
9. Bilan

D. Paragraphe 5 de l'article 5

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

JURISPRUDENCE RELATIVE A L'ARTICLE 5 DE LA CONVENTION

par
Marc-André Eissen (*)

Texte complexe à “disséquer” (1), l'article 5 de la Convention “alimement” à lui seul une grande partie de la jurisprudence de la Cour. En gros, il contient deux séries de dispositions:

- les unes proclament et circonscrivent le “droit à la liberté et à la sûreté” (paragraphe 1);
- les autres reconnaissent diverses garanties aux personnes privées de leur liberté (paragraphe 2 à 5);
- le tout dominé par certaines idées générales.

I. GÉNÉRALITÉS

A. *Le but de l'article 5* consiste à “protéger la liberté et la sûreté de la personne contre les arrestations et détentions arbitraires” (Lawless 1.7.1961, série A n.º 3 (2), p. 52; Engel et autres 8.6.1976, série A n.º 22, p. 25, par.

(*) Greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il s'agit, à l'origine, d'un exposé présenté par l'auteur sous une forme plus concise, le 7 décembre 1984, aux participants à une session sur “Les libertés”, organisée à Paris par l'Ecole nationale de la Magistrature sous la direction de M. Roger Errera. — L'analyse essentiellement documentaire qui suit n'engage en aucune manière la Cour.

(1) On le trouvera en annexe. Omitte-se nesta publicação.

(2) Série A = série A des publications de la Cour (arrêts et décisions), éditées par le Carl Heymans Verlag (Cologne).

58; Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, p. 16, par. 37; Schiesser 4.12.1979, série A n.º 34, p. 13, par. 30; Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, p. 33, par. 92, et p. 39, par. 102 *in fine*; X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 19, par. 43; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 22, par. 40; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.º 77, p. 22, par. 44 *in fine*; Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, p. 21, par. 44).

B. *L'importance du droit ainsi protégé* a été soulignée par l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971: la Cour y a rejeté l'argument tiré par le gouvernement belge de la "constitution volontaire" des requérants, sur le caractère "volontaire" de laquelle elle avait du reste commencé par exprimer quelques doutes (série A n.º 12, p. 36, par. 64-65; voir aussi Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, p. 16, par. 37).

Mais que faut-il entendre par "liberté de la personne", par "droit à la liberté"?

C. *Champ d'application de l'article 5*

1. **Interprétation**

"En proclamant le 'droit à la liberté'", l'article 5 "vise la liberté individuelle dans son acception classique, c'est-à-dire la liberté physique de la personne (...). Il ne concerne pas les simples restrictions à la liberté de circuler", régies par l'article 2 du Protocole n.º 4 à la Convention.

Comment distinguer entre une atteinte à la "liberté physique" et une "simple restriction à la liberté de circuler"? Il faut "partir de [la] situation concrète" de l'intéressé, "prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée".

Il n'existe entre les deux notions "qu'une différence de degré ou d'intensité" laissant place à des "cas marginaux" (Engel et autres 8.6.1976, série A n.º 22, p. 25, par. 58-59; Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, p. 33, par. 92-93; Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, p. 19, par. 41).

2. Application

La Cour a rencontré le problème dans trois ou quatre affaires jusqu'ici:

a) *Engel et autres*: dans le contexte spécifique du service militaire obligatoire aux Pays-Bas, elle a qualifié de privations de liberté les “arrêts de rigueur” et l’“affectation à une unité disciplinaire”, mais non les “arrêts simples” ni les “arrêts aggravés” (8.6.1976, série A n.º 22, pp. 25-27, par. 59-66) ⁽³⁾.

b) L'affaire *Guzzardi* concernait l'assignation à résidence d'un “mafioso” présumé dans un secteur délimité d'une île peu hospitalière des environs de la Sardaigne, l'Asinara. Par 11 voix contre 7, la Cour a estimé se trouver en présence d'une privation de liberté. Il s'agissait sans doute d'un “cas marginal” (6.11.1980, série A n.º 39, pp. 32-35, par. 90-91 et 94-95).

c) *M. Van Droogenbroeck*, lui, se plaignait de sa “mise à la disposition du gouvernement” pour dix ans, après l'expiration d'une peine d'emprisonnement, à titre de récidiviste. Prise en vertu de la loi de “défense sociale” du 1^{er} juillet 1964, pareille mesure passe en Belgique pour privative de liberté. L'arrêt rendu par la Cour le 24 juin 1982 lui reconnaît aussi ce caractère au moins lorsqu'elle revêt — comme en l'espèce — la forme d'un internement (série A n.º 50, p. 19, par. 34 *in fine*). Peut-être y a-t-il là l'un des nombreux exemples de l’“autonomie” des notions de la Convention par rapport aux classifications du droit interne.

d) De son côté, *M. Ashingdane* reprochait aux autorités britanniques compétentes d'avoir longtemps tardé à l'envoyer de l'hôpital psychiatrique “spécial” de Broadmoor à celui, “ordinaire”, d'Oakwood, malgré des avis médicaux favorables et en raison du refus du personnel infirmier qui invoquait le manque de moyens suffisants. La Cour a constaté que nonobstant les importantes différences de régime entre les deux établissements, le

⁽³⁾ A l'unanimité quant aux arrêts simples, par 12 voix contre 1 quant aux arrêts aggravés.

requérant avait continué à subir dans le second une privation de liberté et non, comme il l'affirmait, de simples restrictions à sa liberté de circuler (28.5.1985, Série A n.° 93, pp. 19-20, par. 40 et 42 — unanimité) ⁽⁴⁾.

II. LES PRIVATIONS DE LIBERTÉ AUTORISÉES: LE PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 5

A. Généralités

1. Il s'agit d'une *énumération limitative appelant une interprétation restrictive*; la Cour tire argument des mots "dans les cas suivants", ainsi que de l'article 17.

(Engel et autres 8.6.1976, série A n.° 22, p. 24, par. 57; Irlande contre Royaume-Uni 18.1.1978, série A n.° 25, p. 74, par. 194; Winterwerp 24.10.1979, série A n.° 33, p. 16, par. 37; Guzzardi 6.11.1980, série A n.° 39, p. 35, par. 96, p. 36, par. 98, 3^e alinéa *in fine*, et p. 37, par. 100; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.° 50, p. 18, par. 33, sol. impl.; Luberti 23.2.1982, série A n.° 75, p. 12, par. 25, sol. impl.; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.° 77, pp. 21-22, par. 44, sol. impl.; Ashingdane 28.5.1985, série A n.° 93, pp. 17-18, par. 35, sol. impl.)

Même quand les conditions de l'article 5 par. 1 de la Convention se trouvent remplies, les Etats parties au Protocole n.° 4 doivent respecter de

⁽⁴⁾ Voir aussi, mais dans le contexte de l'article 6, l'arrêt Campbell et Fell du 28 juin 1984: la perte de 570 jours de remise de peine, infligée à M. Campbell par la voie disciplinaire, "s'est aparentée à une privation de liberté même si juridiquement elle n'en constituait pas une" (série A n.° 80, p. 38, par. 72).

surcroît l'article 1 de cet instrument, aux termes duquel "nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle". La Cour n'a pas encore eu l'occasion d'interpréter ni d'appliquer ce texte.

2. Dans chacune des hypothèses du paragraphe 1, il y a lieu d'agir "selon les voies légales".

a) Ces mots "se réfèrent pour l'essentiel à la *législation nationale*; ils consacrent la nécessité de *suivre la procédure fixée*" par elle.

"La Cour a compétence pour rechercher si [cette] procédure (...) a été observée", mais "l'économie du système de sauvegarde instauré par la Convention assigne des limites à l'ampleur de [son] contrôle". En effet, "il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et appliquer le droit interne, même dans les domaines où la Convention s'en 'approprie' les normes: par la force des choses, elles sont spécialement qualifiées pour trancher les questions surgissant à cet égard".

Cette démarche intellectuelle paraît assez typique de la conception que la Cour se fait de sa tâche, même en d'autres matières.

b) D'un autre côté, "il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris les principes généraux énoncés ou impliqués par elle": "à la base du membre de phrase précité se trouve la notion de procédure équitable et adéquate, l'idée que toute mesure privative de liberté doit émaner d'une autorité qualifiée, être exécutée par une telle autorité et ne pas revêtir un caractère arbitraire".

(Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, pp. 19-20, par. 44-46, ainsi que p. 17 *in fine*)

Jamais jusqu'ici la Cour n'a constaté un écart par rapport aux "voies légales".

(De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, série A n.º 12, p. 38, par. 69; Engel et autres 8.6.1976, série A n.º 22, p. 28, par. 68; Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, pp. 20-21, par. 47-50; Schiesser 4.12.1979, série A n.º 34, p. 16, par. 37; X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 19, par. 42; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 22, par. 41; Luberti 23.2.1984, série A n.º 75, p. 12, par. 26; Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, p. 18, par. 35)

3. Outre le respect des “voies légales”, l'article 5 exige la “régularité” de la privation de liberté.

a) Interprétation

i. A la vérité, l'adverbe “régulièrement” (ou l'adjectif “régulière”) “ne figure pas dans le texte français de l'alinéa c)” du paragraphe 1, “qui contraste sur ce point avec les alinéas a), b), d), e) et f)”, mais “la version anglaise en utilise l'équivalent (*lawful*) et l'idée qu'il exprime domine l'ensemble” du paragraphe.

Il s'agit donc bien d'une notion de caractère général qui vaut pour l'ensemble de l'article 5 par 1.

(Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, p. 38, par. 102; De Jong Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.º 77, p. 21-22, par. 43-44)

ii. La “régularité” — comme le “respect des voies légales” — “suppose d'abord la conformité au droit interne mais aussi, l'article 18 le confirme, au but des restrictions autorisées” par l'article 5 par. 1; “elle doit marquer tant l'adoption que l'exécution de la mesure privative de liberté (...)”.

(Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, p. 17, par. 39; X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, pp. 18-19, par. 41 et 43; Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, p. 21, par. 44)

iii. En ce qui concerne “la conformité au droit interne”, “l'adjectif ‘régulier’ englobe à la fois la procédure et le fond”, d'où “un certain chevauchement” — pour ce qui est de la première — avec “l'exigence générale” du “respect des voies légales”.

(Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, p. 17, par. 39)

iv. “Il faut un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de la détention” (Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, p. 21, par. 44).

v. La Cour a “compétence pour s'assurer de la ‘régularité’ de la détention”, mais non sans “reconnaître aux autorités nationales un certain pouvoir discrétionnaire”, du moins “quand elles se prononcent sur l'internement d'un individu comme ‘aliéné’” (Winterwerp 24.10.1979, série A

n.º 33, p. 18, par. 40; X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, pp. 19-20, par. 41 et 43).

b) Application

Plusieurs arrêts ont relevé — après contrôle lorsqu'il pouvait exister un doute et presque toujours à l'unanimité — la "régularité" de la privation de liberté litigieuse (De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, série A n.º 12, pp. 37-39, par. 67-70; Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, pp. 18-19, par. 41-42; X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 17, par. 39, pp. 19-21, par. 42-47, et p. 25, par. 57; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 22, p. 41; Luberti 23.2.1984, série A n.º 75, p. 12, par. 26; De Jong, Baljet et Van der Brink 22.5.1984, série A n.º 77, pp. 21-22, par. 43-44; Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, pp. 19-22, par. 40, 42, 43 et 45-49, 6 voix contre 1).

La Cour a estimé en revanche, par 10 voix contre 3, que dans l'affaire Engel et autres les "arrêts provisoires de rigueur" du premier requérant n'avaient pas été "réguliers" en tant qu'ils avaient dépassé la durée maximale de vingt-quatre heures prescrite en pareil cas par la loi néerlandaise du 27 avril 1903 sur la discipline militaire.

(8.6.1976, série A n.º 22, p. 29, par. 69 — voir aussi Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, p. 38, par. 102)

B. *Les diverses hypothèses énumérées au paragraphe 1 de l'article 5*

Les alinéas d) et f) n'ont encore donné lieu à aucune jurisprudence véritable de la Cour (voir cependant Irlande contre Royaume-Uni 18.1.1978, série A n.º 25, p. 74, par. 195; Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, p. 39, par. 103; X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 17, par. 36, sol. impl.; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 18, par. 33; Luberti 23.2.1984, série A n.º 75, p. 12, par. 25; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.º 77, p. 21, par. 42, sol. impl.).

La Cour admet la possibilité d'une application cumulative des alinéas a) et e) (X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, pp. 17-18, par. 38-39; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 24, par. 47), mais

son arrêt Wemhoff du 27 juin 1968 a implicitement écarté — par 4 voix contre 3 seulement — celle des alinéas a) et c) (série A n.º 7, pp. 23-24, par. 9) ⁽⁵⁾.

1. Alinéa a)

a) “*Régulièrement*”: voir les pages 186-187 ci-dessus (X contre Royaume-Uni 5.11.1981 et Van Droogenbroeck 24.6.1982).

b) “*Après*”; cette préposition “n’implique pas” ici “un simple ordre chronologique de succession entre ‘condamnation’ et ‘détention’: la seconde doit en outre résulter de la première, se produire ‘à la suite et par suite’ —ou ‘en vertu’ — ‘de celle-ci.’”

(Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 19, par 35, avec référence à X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 17, par. 39, ainsi qu’à Engel et autres 8.6.1976, série A n.º 22, p. 27, par. 68)

Cette condition se trouvait manifestement remplie dans les affaires — X contre Royaume-Uni (*loc. cit.*);

— Engel et autres (*loc. cit.*): l’affectation de deux des requérants à une unité disciplinaire n’avait eu lieu qu’après la décision, judiciaire selon la Cour européenne (11 voix contre 2), de la Haute Cour militaire des Pays-Bas, car les recours exercés contre les décisions antérieures du supérieur hiérarchique, puis de l’“officier de recours” avaient produit un effet suspensif (perdu de vue par la Commission européenne des Droits de l’Homme dans son rapport).

La question apparaissait plus délicate dans *l’affaire Van Droogenbroeck*: quoique autorisés par une décision judiciaire au titre de la mise du requérant “à la disposition du gouvernement”, les internements litigieux avaient été exécutés sur l’ordre ultérieur du ministre de la Justice de Belgique et non de plein droit; il fallait donc rechercher s’il existait “un lien suffisant (..) entre ladite décision et la privation de liberté en cause”. La Cour (unanime) a répondu par l’affirmative “car le pouvoir d’appréciation [du] ministre s’exer[çait] à l’intérieur d’un cadre tracé à la fois par la loi et par la

⁽⁵⁾ Voir plus loin, à propos de l’article 5 par. 3 et plus précisément du terme du “délai raisonnable” (p. 203).

‘condamnation’ qu[avait] prononcée le ‘tribunal compétent.’” Elle a certes reconnu que “le lien entre [les] décisions [ministérielles] de non-élargissement ou de réinternement et le jugement ou arrêt initial se distend peu à peu” et “risquerait de se rompre à la longue si lesdites décisions en arrivaient à se fonder sur des motifs étrangers aux objectifs du législateur et du juge ou sur une appréciation déraisonnable au regard de ces objectifs”: “en pareil cas, un internement régulier à l’origine se muerait en une privation de liberté arbitraire et, dès lors, incompatible avec l’article 5”. L’arrêt du 24 juin 1982 a cependant constaté qu’il n’en avait pas été ainsi en l’espèce.

(série A n.º 50, pp. 19-22, par. 36-40)

c) “Condamnation”

i. Le paragraphe 1 a) ne s’applique pas en cas d’acquiescement pour démente, même accompagné d’une mesure d’internement dans un hôpital psychiatrique (Luberti 23.2.1984, série A n.º 75, p. 12, par. 25).

ii. “Le rapprochement de l’article 5 par. 1 a) avec les articles 6 par. 2 (6) et par. 1 (7) montre qu’aux fins de la Convention il ne saurait y avoir ‘condamnation’ sans l’établissement légal d’une infraction”; “employer ce terme pour une mesure préventive ou de sûreté ne s’accorderait ni avec le principe de l’interprétation étroite, à observer en la matière (...) (8), ni avec le libellé anglais de l’alinéa car ‘conviction’ implique une déclaration de culpabilité”.

(Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, p. 37, par. 100 (9); voir aussi De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, série A n.º 12, p. 39, par. 71)

(6) Présomption d’innocence.

(7) Légalité des délits et des peines.

(8) Voir plus haut (p. 184).

(9) Or en l’espèce il s’agissait d’une mesure préventive prise sur la base d’indices dénotant une propension à la délinquance (16 voix contre 2).

iii. Peut importe qu'il s'agisse d'une infraction "pénale" ou "disciplinaire" selon le droit interne de l'Etat en cause.

(Engel et autres 8.6.1976, série A n.° 22, p. 27, par. 68; Guzzardi 6.11.1980, série A n.° 39, p. 37, par. 100)

iv. Il faut en outre que la déclaration de culpabilité s'accompagne sinon de l'infliction d'une véritable peine, du moins d'une autre mesure privative de liberté.

(X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.° 46, p. 17, par. 39; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.° 50, p. 19, par. 35)

d) "Tribunal compétent"

i. Il peut s'agir d'une juridiction de première instance, même si sa décision fait l'objet d'un recours qui en suspend l'exécution (du moins d'après l'arrêt Wemhoff du 27.6.1968, série A n.° 7, pp. 23-24, par. 9 ⁽¹⁰⁾).

ii. La notion de "tribunal" implique non seulement l'indépendance de l'organe compétent, mais aussi "les garanties d'une procédure judiciaire" (jurisprudence constante depuis l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18.6.1971, série A n.° 12, pp. 40-41, par. 76 et 78).

La Cour a estimé ces conditions remplies dans les affaires

— X contre Royaume-Uni (5.11.1981, série A n.° 46, p. 17, par. 39 — unanimité);

— Van Droogenbroeck (24.6.1982, série A n.° 50, pp. 18-19, par. 34 — unanimité);

— Engel et autres, en ce qui concerne les requérants Dona et Schul (8.6.1976, série A n.° 22, pp. 27-28, par. 68 — 11 voix contre 2).

En revanche, ne relevaient manifestement pas de l'alinéa 1 a) de l'article 5

— les "arrêts provisoires de rigueur" de M. Engel (8.6.1976, série A n.° 22, p. 28, par. 69 — 9 voix contre 4);

⁽¹⁰⁾ Voir plus loin, à propos de l'article 5 par. 3 et plus précisément du terme du "délai raisonnable" (p. 203).

— les mesures privatives de liberté incriminées dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni (18.1.1978, série A n.º 25, p. 74, par. 195) ⁽¹¹⁾.

2. Alinéa b) — Il prévoit deux cas distincts:

a) *“Insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal”*

Ici encore, par “tribunal” il faut entendre un organe non seulement indépendant, mais aussi offrant les garanties d'une procédure judiciaire (De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, série A n.º 12, p. 41, par. 78 *obiter dictum*).

Dans l'affaire Guzzardi, l'assignation à résidence litigieuse aurait pu être précédée d'une sommation (*diffida*) du chef de la police, dont elle aurait en quelque sorte sanctionné l'inobservation, mais même dans cette hypothèse — non réalisée en l'espèce — il ne se serait pas agi de l'ordonnance d'un “tribunal” (6.11.1980, série A n.º 39, p. 37, par. 101 — unanimité).

Les conditions voulues ne se trouvaient pas davantage réunies dans les affaires Lawless (1.7.1961, série A n.º 3, p. 51, par. 12 — unanimité) et Irlande contre Royaume-Uni (18.1.1978, série A n.º 25, p. 74, par. 195), mais l'article 15 entraînait en jeu ⁽¹²⁾.

b) *“En vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi”*

Selon la Cour, ces mots “concernent seulement les cas où la loi autorise à détenir quelqu'un pour le forcer à exécuter une obligation spécifique et concrète qu'il a négligé jusqu'ici de remplir”: “une interprétation extensive entraînerait des résultats incompatibles avec l'idée de prééminence du droit dont s'inspire la Convention tout entière”; “elle justifierait, par exemple, un internement administratif tendant à contraindre un citoyen à s'ac-

⁽¹¹⁾ Une large majorité de la Cour (16 voix contre 1) les a cependant considérées comme justifiées par le recours au pouvoir de dérogation que l'article 15 de la Convention reconnaît aux Etats contractants en cas de guerre ou d'“autre danger public menaçant la vie de la nation”.

⁽¹²⁾ Voir la note précédente.

quitter, sur un point quelconque, de son devoir général d'obéissance à la loi" (Engel et autres 8.6.1976, série A n.º 22, p. 28, par. 69; Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, par. 37-38, par. 101).

Jamais jusqu'ici une détention n'a paru à la Cour se justifier au regard de cette seconde branche du paragraphe 1 b): Lawless 1.7.1961, série A n.º 3, p. 51, par. 12 (unanimité) ⁽¹³⁾; Engel et autres 8.6.1976, série A n.º 22, pp. 28-29, par. 69 ("arrêts provisoires de rigueur" du premier requérant — 9 voix contre 4); Irlande contre Royaume-Uni 18.1.1978, série A n.º 25, p. 74, par. 195 ⁽¹⁴⁾; Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, p. 38, par. 101 *in fine* (12 voix contre 6).

3. Alinéa c)

a) "Arrêté et détenu": il y a lieu d'ajouter "*régulièrement*" (page 186 ci-dessus).

b) "*En vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente*"

i. Que faut-il entendre par "*autorité judiciaire compétente*"? Il s'agit d'un "synonyme abrégé de 'juge' (...) ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires", au sens de l'article 5 par. 3 (Schuesser 4.12.1979, série A n.º 34, p. 12, par. 29 - voir plus loin, pages 198-199).

ii. *Buts de la comparaison*: "examen du problème de la privation de liberté", ou "jugement sur le fond"; l'autorité judiciaire compétente doit pouvoir prescrire l'élargissement.

(Lawless 1.7.1961, série A n.º 3, p. 52, premier alinéa; Irlande contre Royaume-Uni 18.1.1978, série A n.º 25, p. 76, par. 199; Schuesser 4.12.1979, série A n.º 34, p. 14, par. 31 *in fine*) ⁽¹⁵⁾

iii. *Champ d'application de cette condition*: elle vaut pour chacune des trois hypothèses de l'alinéa c) et non pas uniquement pour la première (existence de "raisons plausibles de soupçonner" quelqu'un d'avoir "commis une infraction") Le gouvernement irlandais avait plaidé le contraire

⁽¹³⁾ et ⁽¹⁴⁾ Toutefois, l'article 15 entrerait en jeu (page 191, note 11).

⁽¹⁵⁾ Voir aussi plus loin, à propos de l'article 5 par. 3 (pages 198-199).

dans l'affaire Lawless, mais la Cour a écarté sa thèse en se fondant sur le libellé, "suffisamment clair", du texte à interpréter, sur sa combinaison avec le paragraphe 3 et sur le but de la Convention: empêcher les "arrestations et détentions arbitraires". Bref, *le paragraphe 1 c) "forme un tout" avec le paragraphe 3.*

(Lawless 1.7.1961, série A n.º 3, pp. 51-53, par. 13-14; Irlande contre Royaume-Uni 18.1.1978, série A n.º 25, p. 75, par. 196 *in fine*, et p. 76, par. 199; Schiesser 4.12.1979, série A n.º 34, p. 12, par. 29; Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, p. 38, par. 102, deuxième et troisième alinéas; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.º 77, p. 22, par. 44)

iv. La Cour a constaté le respect de ladite condition dans les affaires Wemhoff (27.6.1968, série A n.º 7, p. 21, par. 2) et Schiesser (4.12.1979, série A n.º 34, p. 11, par. 25); elle en a au contraire relevé l'inobservation dans les affaires Lawless (1.7.1961, série A n.º 3, p. 53, par. 15) ⁽¹⁶⁾, Engel (8.6.1976, série A n.º 22, p. 29, par. 69 — quant au premier requérant), Irlande contre Royaume-Uni (18.1.1978, série A n.º 25, p. 75, par. 196 *in fine*) ⁽¹⁷⁾ et Guzzardi (6.11.1980, série A n.º 39, p. 38, par. 102) ⁽¹⁸⁾.

c) "*Lorsqu'il y a (...)*": la liste des trois hypothèses énumérées à l'alinéa c) revêt un *caractère limitatif* (De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.º 77, pp. 21-22, par. 44).

En particulier, ce texte ne saurait justifier l'arrestation d'une personne à seule fin "de se procurer auprès d'elle des renseignements sur des tiers": une telle pratique ne peut se concilier avec la Convention que "dans une situation très exceptionnelle" couverte par l'article 15.

(Irlande contre Royaume-Uni 18.1.1978, série A n.º 25, p. 74, par. 196, et p. 81, par. 212 *in fine*)

d) Première hypothèse: existence de "*raisons plausibles de soupçonner*" *quelqu'un d'avoir "commis une infraction"*

⁽¹⁶⁾ et ⁽¹⁷⁾ Mais l'article 15 entrainé en jeu (page 191, note 11).

⁽¹⁸⁾ Voir aussi plus loin, pages 200-201, à propos de l'article 5 par. 3 (trois arrêts du 22.5.1984).

i. Il doit s'agir d'une infraction, *quod non* dans l'affaire De Wilde, Ooms et Versyp (18.6.1971, série A n.º 12, p. 39, par. 71).

ii. La détention ne saurait se prolonger sans la persistance des soupçons (Stögmüller 10.11.1969, série A n.º 9, pp. 39-40, par. 4; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.º 77, pp. 21-22, par. 43-44) ⁽¹⁹⁾.

iii. La Cour a estimé les exigences de cette partie de l'article 5 par. 1 c) — observées dans les affaires Wemhoff (27 juin 1968, série A n.º 7, p. 21, par. 2), Ringeisen (16.7.1971, série A n.º 13, p. 42, par. 103 *in fine*), Schiesser (4.12.1979, série A n.º 34, p. 11, par. 25) et De Jong, Baljet et Van den Brink (22.5.1984, série A n.º 77, pp. 21-22, par. 43-44); — inapplicables ou non respectées dans les affaires De Wilde, Ooms et Versyp (*loc. cit.*), Irlande contre Royaume-Uni (18.1.1978, série A n.º 25, p. 74, par. 196) ⁽²⁰⁾ et Guzzardi (6.11.1980, série A n.º 39, p. 38, par. 102).

e) Deuxième hypothèse: existence de "*motifs raisonnables de croire à la nécessité*" d'empêcher quelqu'un "*de commettre une infraction*"

Ce membre de phrase "ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou catégorie de personnes qui, à l'instar des *mafiosi*, se révèlent dangereuses par leur propension permanente à la délinquance; il se borne à ménager aux Etats contractants le moyen d'empêcher une infraction concrète et déterminée" (Guzzardi 6.11.1980, série A n.º 39, pp. 38-39, par 102).

La condition dont il s'agit ne se trouvait pas remplie dans les affaires Irlande contre Royaume-Uni (18.1.1978, série A n.º 25, p. 74, par. 196) ⁽²¹⁾ et Guzzardi (*loc. cit.*).

⁽¹⁹⁾ Le premier de ces arrêts a réservé la question de savoir "si une détention prolongée malgré la disparition des soupçons qui ont motivé l'arrestation enfreint l'article 5 par. 1, ou l'article 5 par. 3, ou les deux dispositions réunies".

⁽²⁰⁾ et ⁽²¹⁾ Du moins pas nécessairement, mais l'article 15 entrainé en jeu (page 191, note 11).

f) Troisième hypothèse: existence de “*motifs raisonnables de croire à la nécessité d’empêcher quelqu’un de s’enfuir après l’accomplissement d’une infraction.*”

Il en allait ainsi dans l’affaire Wemhoff (27.6.1968, série A n.º 7, p. 21, par. 2), mais non dans les affaires Irlande contre Royaume-Uni (18.1.1978, série A n.º 25, p. 74, par. 196) ⁽²²⁾ et Guzzardi (6.11.1980, série A n.º 39, pp. 38-39, par. 102) ⁽²³⁾.

4. Alinéa e)

Jusqu’ici, la Cour n’a pas eu l’occasion d’élaborer une jurisprudence en ce qui concerne les personnes susceptibles de propager une maladie contagieuse, les alcooliques et les toxicomanes.

a) *Aliénés*

i. *Notion*

“La Convention ne précise pas ce qu’il faut entendre par ‘aliéné’. Ce terme ne se prête pas à une interprétation définitive: (...) son sens ne cesse d’évoluer avec les progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d’attitude de la communauté envers les maladies mentales (...).

En tout cas, on ne saurait évidemment considérer que l’alinéa e) de l’article 5 par. 1 autorise à détenir quelqu’un du seul fait que ses idées ou son comportement s’écartent des normes prédominant dans une société donnée.”

La Cour a estimé que ni la législation néerlandaise dans l’affaire *Winterwerp*, ni, dans les affaires *X contre Royaume-Uni*, *Ashingdane* et *Luberti*, le droit anglo-gallois et le droit italien n’étaient incompatibles avec le sens à attribuer au mot “aliéné” dans le contexte de la Convention

⁽²²⁾ Voir les notes 20 et 21.

⁽²³⁾ En définitive, la Cour a conclu à la violation de l’article 5 par. 1 par 12 voix contre 6.

(24.10.1979, série A n.º 33, pp. 16-17, par. 37-38; 5.11.1981, série A n.º 46, sol. impl.; 23.2.1984, série A n.º 75, sol. impl.; 28.5.1985, série A n.º 93, sol. impl.).

ii. Pour qu'il y ait "*détention régulière d'un aliéné*", les "trois conditions minimales suivantes" doivent se trouver réunies:

— "l'aliénation doit être établie de manière probante" au moyen "d'une expertise médicale objective" démontrant à "l'autorité compétente (...)" l'existence d'un trouble mental réel", expertise qui "en cas d'urgence" peut suivre la privation de liberté au lieu de la précéder;

— "le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement";

— "celui-ci ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble".

Aux yeux de la Cour, ces conditions étaient remplies dans chacune des quatre affaires dont elle a eu à s'occuper en la matière (Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, pp. 17-19, par. 39-43; X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, pp. 18-21, par. 40-47; Luberti 23.2.1984, série A n.º 75, pp. 12-15, par. 27-29; Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, p. 18, par. 36-38).

Dans le domaine considéré comme en beaucoup d'autres, la Cour reconnaît aux autorités nationales une "*marge d'appréciation*" (série A n.º 33, p. 18, par. 40; série A n.º 46, p. 19, par. 41, et p. 20, par. 43; série A n.º 75, p. 12, par. 27).

iii. "En principe, la 'détention' d'une personne comme malade mental ne sera 'régulière' (...) que si elle se déroule dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié à ce habilité", sans quoi manquerait le lien nécessaire entre le motif invoqué à l'appui de la privation de liberté et le lieu, ainsi que le régime, de celle-ci. "Le traitement ou régime adéquats ne relèvent (...) pas" pour autant, "en principe, de l'article 5 par. 1 e)" (Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, pp 21-22, par. 44 et 47-48, 6 voix contre 1; Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, p. 21, par. 51).

b) *Vagabonds*

Dans son arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971*, la Cour a

suivi pour les vagabonds une démarche semblable, avant la lettre, à celle adoptée depuis lors par l'arrêt Winterwerp quant aux vagabonds:

“La Convention ne contient pas de définition du terme ‘vagabond’. La définition qui figure à l'article 347 du code pénal belge (...) ne paraît nullement inconciliable avec l'acception usuelle du mot (...)”.

En l'espèce, elle a estimé à l'unanimité que l'état de vagabondage ressortait “non seulement de l'initiative des intéressés, qui s'étaient présentés à la police”, mais encore “des déclarations faites par eux à l'époque” et des renseignements recueillis par les juridictions compétentes (série A n.º 12, pp. 37-39, par. 66-70 — unanimité).

Elle semble avoir admis, là aussi, que l'internement peut devenir “irrégulier” si le détenu perd la qualité de vagabond, mais elle n'a rien aperçu de tel en l'occurrence (*ibidem.*, p. 43, par. 82).

Dans l'affaire *Guzzardi*, le gouvernement italien a plaidé que les “*mafiosi*”, tel le requérant, étaient des “vagabonds” et “quelque chose de plus”, mais l'arrêt du 6 novembre 1980 n'a pas souscrit à cette thèse (série A n.º 39, pp. 35-37, par. 97-98 — unanimité).

III LES GARANTIES ACCORDÉES AUX PERSONNES PRIVÉES DE LEUR LIBERTÉ

A. *Paragraphe 2 de l'article 5*

Le paragraphe 2 de l'article 5 n'a donné lieu jusqu'ici qu'à peu de jurisprudence de la Cour. Celle-ci en a relevé l'inobservation dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni* (18.1.1978, série A n.º 25, p. 75, par. 198)

(²⁴), le respect dans les affaires Wemhoff (27. 6. 1968, série A n.° 7, p. 21, par. 2) et Schiesser (4.12.1979, série A n.° 34, p. 11, par. 25). Elle a réservé la question — plus délicate — qui se posait à cet égard dans l'affaire X contre Royaume-Uni, considérant que dans les circonstances de la cause il s'agissait d'un "simple aspect" du grief relatif à la violation alléguée — et constatée par l'arrêt du 5 novembre 1981 — du paragraphe 4 du même article (série A n.° 46, pp. 27-28, par. 63-66; 6 voix contre 1) (²⁵).

B. *Paragraphe 3 de l'article 5*

En revanche, elle a déjà précisé sa position sur plusieurs aspects des garanties qu'offre le paragraphe 3 (²⁶).

1. *Champ d'application*

L'article 5 par. 3 vaut pour chacune des trois hypothèses du paragraphe 1 c), avec lequel il "forme un tout", mais non en dehors d'elles (De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, série A n.° 12, p. 39, par. 71, au sujet de l'internement de "vagabonds" — unanimité).

2. *Premier droit garanti: être "aussitôt" traduit "devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires"*

a) *Que faut-il entendre par "juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires"?*

(²⁴) Toutefois, l'article 15 entrainé en jeu (page 191, note 11).

(²⁵) A noter en outre: les mentions de l'article 5 par. 2 dans l'arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire "linguistique belge", série A n.° 6, p. 31, par. 3, et p. 35, par. 11, ainsi que dans l'arrêt Luedicke, Belkacem et Koç du 28 novembre 1978, série A n.° 29, p. 19, par. 45.

(²⁶) On laissera ici de côté les arrêts Skoogström, Vallon et Can des 2 octobre 1984, 3 juin 1985 et 30 septembre 1985 (radiation du rôle, décidée par 4 voix contre 3 seulement dans le premier cas, à l'unanimité dans le deuxième et le troisième: série A n.° 83, 95 et 96).

i. *Interprétation*

Eu égard à la lettre de l'article 5 par. 3, mais aussi au contexte ainsi qu'à l'objet et au but de l'ensemble de l'article, la Cour a déclaré dans son *arrêt Schiesser du 4 décembre 1979*, et confirmé depuis lors, que le "magistrat" en question peut appartenir soit au siège soit au parquet, à condition d'"offrir des garanties appropriées aux fonctions 'judiciaires' que la loi lui attribue":

"La première d'entre elles réside dans l'*indépendance* à l'égard de l'exécutif et des parties (...). Elle n'exclut pas toute subordination à d'autres juges ou magistrats pourvu qu'ils jouissent eux-mêmes d'une indépendance analogue.

A cela s'ajoutent (...) une exigence de procédure et une de fond. A la charge du 'magistrat', la première comporte l'obligation *d'entendre personnellement l'individu* traduit devant lui (...); la seconde, celle *d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons* la justifiant et, *en leur absence, d'ordonner l'élargissement* (...)."

(série A n.º 34, pp. 11-14, par. 26-31; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.º 77, pp. 22-23, par. 47; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe 22.5.1984, série A n.º 78, pp. 17-18, par. 41; Duinhof et Duijf 22.5.1984, série A n.º 79, pp. 14-15, par. 32)

ii. *Application*

1.º) *L'affaire Schiesser* concernait le "procureur de district" de Winterthour (canton de Zurich), magistrat élu au suffrage universel et subordonné au procureur général. Il avait placé en détention provisoire le requérant, qui avait comparu devant lui. La législation zurichoise lui permettait de cumuler diverses fonctions: celle d'autorité de poursuite pour certaines infractions, celle de magistrat instructeur et celle de juge du fond dans des cas déterminés. En l'espèce, il n'avait eu et, semble-t-il, ne pouvait avoir à exercer que la deuxième.

Cela étant, la Cour a jugé, par 5 voix contre 2, que les conditions voulues se trouvaient remplies; elle a noté qu'elle n'était pas appelée à rechercher ce qu'il en eût été s'il y avait eu cumul des fonctions d'instruction avec des fonctions de poursuite.

(série A n.º 34, pp. 14-16, par. 32-38)

2.º) Des affaires de *droit pénal militaire néerlandais* ont donné lieu à trois *arrêts du 22 mai 1984*, adoptés à l'unanimité et constatant différents manquements aux exigences de l'article 5 par. 3 (27).

a') *L'auditeur militaire* (autorité de poursuite devant le conseil de guerre)

Avant le renvoi en jugement l'auditeur militaire entendait les prévenus, mais n'avait pas le pouvoir d'ordonner leur élargissement.

Après la saisine du conseil de guerre il jouissait de ce pouvoir, mais non — pas plus qu'auparavant — “du type d'indépendance que postule l'article 5 par. 3”: quoique indépendant des autorités militaires, il pouvait lui incomber de jouer, dans la même affaire, le rôle d'organe de poursuite après le renvoi en jugement”; “il se trouvait alors engagé dans le procès pénal” et devenait l'une des parties. Avant le renvoi en jugement, la simple perspective d'en devenir une impliquait du reste un défaut d'indépendance.

(De Jong, Balket et Van den Brink, série A n.º 77, pp. 23-24, par. 48-49; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe, série A n.º 78, pp. 18-19, par. 43-44; Duinhof et Duijf, série A n.º 79, pp. 15-16 et 17, par. 34 et 38)

b') Le *renvoi en jugement devant le conseil de guerre* n'assurait pas à lui seul la comparution et l'examen voulus par l'article 5 par. 3; de plus, en l'espèce l'élargissement des requérants n'avait pas eu lieu “aussitôt” avant qu'un contrôle judiciaire de la détention eût pu se réaliser, sans quoi il n'y aurait pas eu violation.

(série A n.º 77, pp. 24-25, par. 51-52; série A n.º 78, p. 19, par. 46; série A n.º 79, p. 16, par. 36)

(27) Voir aussi plus loin, sous “aussitôt” (pp. 201-202).

c') L' "officier commissaire", organe d'instruction auprès du conseil de guerre, remplissait peut-être les autres conditions mais il lui manquait le pouvoir d'ordonner la mise en liberté (série A n.º 78, p. 20, par. 48; série A n.º 79, pp. 17-18, par. 40).

d') Quant à la comparution devant le *conseil de guerre*, l'indépendance de ce dernier a prêté à contestation dans l'une des trois affaires, mais la Cour n'a pas eu besoin de se prononcer (série A n.º 77, p. 24, par. 51; série A n.º 78, p. 19, par. 46; série A n.º 79, p. 18, par. 42).

3.º) Dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*, la Cour a relevé que le "comité consultatif en matière d'internement" n'avait pas le pouvoir d'ordonner l'élargissement (19.1.1978, série A n.º 25, p. 76, par. 199) (28).

b) "*Aussitôt*". L'adverbe utilisé par le texte anglais, "*promptly*", paraît plus souple; la Cour l'a laissé entendre dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni* (18.1.1978, série A, n.º 25, p. 76, par. 199).

Elle a estimé la condition

— remplie dans les affaires *Wemhoff* (27.6.1968, série A n.º 7, p. 21, par. 2) et *Schiesser* (4.12.1979, série A n.º 34, p. 11, par. 25) (29);

— non observée dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni* (18.1.1978, série A n.º 25, pp. 75-76, par. 199), mais l'article 15 entrainé en jeu;

— enfreinte dans les trois affaires néerlandaises précitées, même eu égard aux "impératifs de la vie et la justice militaires", ainsi que dans une affaire suédoise.

(22.5.1984: *De Jong, Baljet et Van den Brink*, série A n.º 77, pp. 24-25, par. 52-53 (30); *Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe*, série A n.º 78, pp. 19 et 20, par. 46 et 49 (31); *Duinhof et Duijf*, série A

(28) Toutefois l'article 15 entrainé en jeu (page 191, note 11).

(29) Comparaison immédiate dans la seconde espèce, en l'espace de moins de 24 h dans la première.

(30) Sept, onze et six jours respectivement.

(31) Cinq, trois et deux jours d'une part; douze, onze et quatorze jours d'autre part.

n.º 79, pp. 16 et 18, par. 36 et 41 ⁽³²⁾; 26.10.1984: McGoff, série A n.º 83, pp. 26-27, par. 27) ⁽³³⁾.

3. *Second droit protégé: être “jugé dans un délai raisonnable, ou libéré pendant la procédure”, moyennant au besoin des garanties de représentation*

a) *Portée*

Dès ses deux tout premiers arrêts en la matière (27 juin 1968), la Cour a écarté l'interprétation littérale selon laquelle les autorités judiciaires auraient le choix “entre l'obligation de conduire la procédure jusqu'au jugement dans un délai raisonnable et celle de libérer l'accusé”. Se fondant sur l'intention des Etats contractants, le risque de contradiction avec l'article 6 par. 1 ⁽³⁴⁾ et le contexte, elle estime que “c'est (...) la détention provisoire (...) qui ne peut [continuer] au-delà des limites raisonnables”; “même si la longueur de l'instruction ne prête pas à critique, celle de la détention ne saurait excéder un laps de temps qui soit raisonnable”.

(Wemhoff, série A n.º 7, pp. 21-22, par. 4-5; Neumeister, série A n.º 8, p. 37, par. 4; Stögmüller 10.11.1969, série A n.º 9, p. 40, par. 5)

b) *“Délai”*

i. La détermination du *point de départ* du “délai” ne soulève normalement pas de difficultés: il s'agit de la date de la privation de liberté. Pour le cas particulier de deux périodes de détention provisoire, séparées par un intervalle et dont la première a cessé plus de six mois avant la saisine de la Commission ⁽³⁵⁾, il y a lieu de consulter les arrêts Neumeister du 27 juin

⁽³²⁾ Cinq et trois jours d'une part, huit et douze jours d'autre part.

⁽³³⁾ Quinze jours.

⁽³⁴⁾ Droit à ce que la “cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable” en “matière pénale”.

⁽³⁵⁾ Parmi les conditions de recevabilité des requêtes adressées à la Commission figure le respect d'un “délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive” (article 26 de la Convention).

1968 (série A n.º 8, pp. 37-38, par. 6), et Ringeisen du 16 juillet 1971 (série A n.º 13, pp. 41-42, par. 101).

ii. Une question beaucoup plus délicate a surgi quant au *terme* ou *point final* de la période à considérer.

Dans l'affaire Wemhoff, gouvernement allemand et Commission européenne des Droits de l'Homme plaidaient que le "délai" s'achevait, au plus tard, avec la *comparution devant la juridiction de jugement*. La Cour a repoussé cette "interprétation restrictive", compatible avec le texte anglais de l'article 5 par. 3 mais contraire au texte français ainsi qu'au but et à l'objet de la Convention. Elle a opté pour le "*jour du prononcé du jugement*", mais que fallait-il entendre par là: "le jour où est devenu définitif un jugement de condamnation ou simplement celui où il est statué sur le bien-fondé de l'accusation ⁽³⁶⁾, fût-ce seulement en *première instance*"?

Par 4 voix contre 3, la Cour a choisi la seconde solution: d'après elle, dès le jugement de première instance commence à s'appliquer le paragraphe 1 a) de l'article 5 et non plus le paragraphe 1 c) (27.6.1968, série A n.º 7, pp. 22-24, par. 6-9).

Décision discutée au sein de la Cour ⁽³⁷⁾ et au dehors ⁽³⁸⁾. Dans l'affaire Ringeisen, la Commission a invité la Cour à réexaminer sa position, mais l'arrêt du 16 juillet 1971 a éludé le problème (série A n.º 13, pp. 44-45, par. 109), peut-être pour éviter un dessaisissement de la chambre compétente au profit de la Cour plénière ⁽³⁹⁾.

Bien entendu, le "délai" dont il échet d'apprécier le caractère "raisonnable" prend fin avec la mise en liberté de l'intéressé si elle se produit avant

⁽³⁶⁾ Termes empruntés à l'article 6 par. 1 de la Convention.

⁽³⁷⁾ Opinions séparées des juges Wold, Favre et Bilge (série A n.º 7, pp. 29-31, 33-34 et 27).

⁽³⁸⁾ On peut notamment se demander si elle cadre avec la manière dont la Cour a interprété, plus récemment, la préposition "après" au sens de l'article 5 par. 1 a) p. 188 ci-dessus): une détention qui se prolonge après un jugement de condamnation frappé d'un appel à effet suspensif se déroule-t-elle "par suite" ou "en vertu" de ce jugement? Ne se fonde-t-elle pas sur un titre juridique distinct, "une décision particulière confirmant le mandat" de dépôt (série A n.º 7, p. 24, par. 9)?

⁽³⁹⁾ Article 48 du règlement de la Cour en vigueur à l'époque (article 50 du règlement actuel).

le jugement de première instance (Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, p. 37, par. 6; Stögmüller 10.11.1969, série A n.º 9, p. 41, par. 7, et p. 43, par. 14; Matznetter 10.11.1969, série A n.º 10, p. 31, par. 4, et p. 21, par. 20).

iii. *Le contrôle de la Cour s'étend à la période de détention provisoire postérieure à la saisine de la Commission*: à trois reprises, la Cour a rejeté la thèse contraire du gouvernement autrichien (Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, p. 38, par. 7, et p. 20, par. 27; Stögmüller 10.11.1969, série A n.º 9, pp. 41-43, par. 6-12, et p. 27, par. 45; Matznetter 10.11.1969, série A n.º 10, pp. 31-32, par. 4-6, et p. 33, par. 10).

iv. *Périodes entrant ainsi en ligne de compte*: plus de deux ans dans les affaires Neumeister, Stögmüller, Matznetter et Ringeisen (série A n.º 8, p. 37, par. 6; n.º 9, pp. 8-9, par. 5, et p. 23, par. 58; n.º 10, p. 18, par. 10 *in fine*; n.º 13, p. 41, par. 100), plus de trois dans l'affaire Wemhoff (série A n.º 7, p. 24, par. 9 *in fine*).

c) "*Raisonné*"

i. *Relativité de la notion*: le caractère raisonné de la durée de la détention "doit s'apprécier dans chaque cas suivant les circonstances de la cause", lesquelles "sont d'une extrême variété"; d'où le risque "de fortes divergences d'opinion" et la nécessité d'une certaine méthode (Wemhoff 27.6.1968, série A n.º 7, p. 24, par. 10, et, *mutatis mutandis*, Handyside 7.12.1976, série A n.º 24, p. 22, par. 48).

ii. *Méthode à utiliser*

La Cour a écarté un système de "sept critères" imaginé à l'origine par la Commission. D'après elle, il convient

— d'abord d'examiner les "*motifs indiqués dans les décisions relatives aux demandes de mise en liberté provisoire*" et les "*faits non controuvés indiqués par le requérant dans ses recours*", afin de déterminer si lesdits motifs sont "pertinents et suffisants";

— dans l'affirmative, de rechercher ensuite si la durée de la détention s'explique par des *lenteurs anormales* dans le déroulement de l'instruction, la préparation de l'acte d'accusation ou celle du procès.

(Wemhoff 27.6.1968, série A n.º 7, pp. 24-26, par. 12 et 16; Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, p. 37, par. 5, et p. 38, par. 8; Stögmüller 10.11.1969, série A n.º 9, pp. 39-40, par. 3-4; Matznetter 10.11.1969,

série A n.º 10, p. 31, par. 3; Ringeisen 16.7.1971, série A n.º 13, p. 42, par. 104 - voir aussi, *mutatis mutandis*, Sunday Times 26.4.1979, série A n.º 30, p. 37, par. 59 *in fine*)

Parmi les motifs pris en compte de la sorte, à la lumière des décisions rendues en l'espèce dans l'ordre juridique interne, figuraient le *risque de suppression des preuves* ⁽⁴⁰⁾, le *risque de répétition des infractions* ⁽⁴¹⁾ et le *danger de fuite* ⁽⁴²⁾. Ce dernier ne doit "pas s'apprécier uniquement sur la base de (...) considérations" touchant à la gravité de la peine encourue: "d'autres circonstances", concernant notamment le "caractère de l'intéressé", "sa moralité", "son domicile, sa profession, ses ressources, ses liens familiaux, ses liens de tous ordres avec le pays où il est poursuivi, peuvent soit confirmer l'existence du danger de fuite soit le faire apparaître à ce point réduit qu'il ne peut justifier une détention provisoire". Du reste, il "décroit nécessairement avec le temps (...) puisque l'imputation probable de la durée de la détention préventive sur celle de la privation de liberté à laquelle l'intéressé peut craindre d'être condamné est de nature à lui faire apparaître cette éventualité comme moins redoutable et à réduire sa tentation de fuir" (Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, p. 39, par. 10) ⁽⁴³⁾.

iii. *L'article 5 par. 3 "ne se confond pas" avec l'article 6 par. 1* ⁽⁴⁴⁾; "disposition indépendante", il "produit ses effets propres quels qu'aient pu être les faits qui ont motivé l'arrestation ou les circonstances qui ont causé la longueur de l'instruction". Dans le domaine du premier, la Cour se livre à un *contrôle plus rigoureux* que dans celui du second car il y va de la

⁽⁴⁰⁾ Série A n.º 7, p. 25, par. 13-14, et n.º 13, p. 43, par. 105-106.

⁽⁴¹⁾ Série A n.º 9, p. 43, par. 13-14; n.º 10, pp. 32-34, par. 7, 9 et 11; n.º 13, pp. 43-44, par. 105, 107 et 108.

⁽⁴²⁾ Série A n.º 7, pp. 25-26, par. 13-15; n.º 8, pp. 38-40, par. 9-12; n.º 9, pp. 43-44, par. 13 et 15; n.º 10, p. 32, par. 7-8, et p. 34, par. 11; n.º 13, p. 43, par. 108.

⁽⁴³⁾ Dans l'affaire Stögmüller, la Cour a eu aussi égard à deux arguments invoqués par le gouvernement défendeur bien que non mentionnés dans les décisions nationales incriminées (10.11.1969, série A n.º 9, pp. 44-45, par. 16; voir également pp. 40-41, par. 5 *in fine*).

⁽⁴⁴⁾ Droit à ce que "cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable" en "matière pénale".

liberté d'une personne présumée innocente (article 6 par. 2) et un “*devoir de diligence particulière*” incombe en la matière aux autorités nationales (Wemhoff 27.6.1968, série A n.° 7, p. 27, par. 20; Stögmüller 10.11.1969, série A n.° 9, pp. 40-41, par. 5; Matznetter 10.11.1969, série A n.° 10, p. 34, par. 12).

d) *Garanties de représentation*

“Déterminer le taux de la garantie (...) exclusivement en fonction du montant du préjudice (...) imputé” au prévenu “ne paraît pas conforme à l'article 5 par. 3”: la garantie en question “a pour objet d'assurer non la réparation du préjudice, mais la présence de l'accusé à l'audience”; partant, “son importance doit (...) être appréciée principalement par rapport à l'intéressé, à ses ressources, à ses liens avec les personnes appelées à servir de cautions et pour tout dire à la confiance qu'on peut avoir que la perspective de perte du cautionnement ou de l'exécution des cautions en cas de non-comparution (...) agira sur lui comme un frein suffisant pour écarter toute velléité de fuite” (Neumeister 27.6.1968, série A n.° 8, p. 40, par. 12-14; voir aussi Wemhoff 27.6.1968, série A n.° 7, p. 25, par. 15).

e) *Bilan*

La Cour a constaté

— l'absence de manquement aux exigences de cette partie de l'article 5 par. 3 dans les affaires Wemhoff (27.6.1968, série A n.° 7, pp. 25-26, par. 13-15 et 17 — 6 voix contre 1) et Matznetter (10.11.1969, série A n.° 10, pp. 32-35, par. 7-9 et 11-12 — 5 voix contre 2) ainsi que dans l'affaire Schiesser (4.12.1979, série A n.° 34, p. 11, par. 25 — unanimité);

— leur violation dans les affaires Neumeister (27.6.1968, série A n.° 8, pp. 38-41, par. 8-15 — unanimité), Stögmüller (10.11.1969, série A n.° 9, pp. 43-45, par. 13-16 — unanimité) et Ringeisen (16.7.1971, série A n.° 13, pp. 42-45, par. 102-109 — 5 voix contre 2 sur un point, 4 contre 3 sur un autre) ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁵⁾ Voir aussi Lawless 1.7.1961, série A n.° 3, p. 53, par. 15, et Irlande contre Royaume-Uni 18.1.1978, série A n.° 25, p. 76, par. 199 *in fine*, mais l'article 15 entrainait ici en jeu (page 191 ci-dessus, note 11).

Elle a donc parfois abouti à des conclusions opposées à celles de juridictions nationales sur l'existence, par exemple, d'un danger de fuite (*Sunday Times* 26.4.1979, série A n.º 30, p. 37, premier alinéa).

C. Paragraphe 4 de l'article 5

1. La Cour admet la *possibilité d'une application cumulative des paragraphes 3 et 4*, possibilité contestée par le gouvernement néerlandais et une minorité de la Commission dans l'affaire De Jong, Baljet et Van den Brink (22.5.1984, série A n.º 77, pp. 25-26, par. 56-57, avec les références à plusieurs arrêts antérieurs paraissant consacrer implicitement la même solution).

2. "Toute personne privée de sa liberté"

Beaucoup plus général par son libellé que le paragraphe 3, le paragraphe 4 vaut pour toute privation de liberté, "régulière" ou non, couverte ou non par l'un des alinéas du paragraphe 1; même si elle n'aperçoit aucune infraction à ce dernier, la Cour peut avoir à contrôler le respect des exigences du paragraphe 4.

(De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, série A n.º 12, pp. 39-40, par. 73; Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, p. 22, par. 53; X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, pp. 21-22, par. 48-62, sol. impl.; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 23, par. 43; Luberti 23.2.1984, série A n.º 75, p. 15, par. 31; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.º 77, pp. 21-22 et 25-27, par. 44 et 55-59, sol. impl.; Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, pp. 22-23, par. 50 et 52, sol. impl.)

3. "Droit d'introduire un recours"

Quid si la décision privative de liberté a été prise elle-même par un "tribunal" (46)?

(46) Sauf à rechercher ce qu'il faut entendre par là (voir les pages 210-212 ci-dessous).

a) *Le “contrôle incorporé”*

Dans l'affaire De Wilde, Ooms et Versyp, la Cour a écarté l'interprétation littérale que semblait dicter le texte français: nécessité, dans tous les cas, d'un recours judiciaire. S'appuyant sur la version anglaise et sur le but de l'article 5 par. 4, elle a précisé ce qui suit:

“Si la décision privative de liberté émane d'un organe administratif, l'article 5 par. 4 astreint sans nul doute les Etats contractants à ouvrir au détenu un recours auprès d'un tribunal”, mais “quand elle est rendue par un tribunal statuant à l'issue d'une procédure judiciaire (...) le contrôle voulu par l'article 5 par. 4 se trouve incorporé à la décision; tel est le cas, par exemple, d'une 'condamnation' à l'emprisonnement prononcée 'par un tribunal compétent' (article 5 par. 1 a) de la Convention). (...) L'article 5 par. 4 se contente de l'intervention d'un organe unique, mais à condition que la procédure (...) ait un caractère judiciaire et donne à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit.”

(18.6.1971, série A n.º 12, p. 40-41, par. 75-78; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, série A n.º 84, pp. 25-26, par. 57)

Dans son arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, la Cour a constaté que deux des requérants avaient bénéficié de pareil contrôle incorporé — sans jeu de mots! — devant la Haute Cour militaire des Pays-Bas (série A n.º 22, p. 32, par. 77).

b) *Le “contrôle incorporé” suffit-il tout au long de la détention, quelles que soient la nature et la durée de celle-ci?*

Une lecture hâtive de l'arrêt du 18 juin 1971 pouvait le donner à penser. Sans doute manquait-il de clarté sur ce point, car la Commission l'interpréta de la sorte; elle crut s'en distancier en estimant — par exemple dans l'affaire Winterwerp — la théorie du “contrôle incorporé” inapplicable à l'internement d'une personne comme aliéné, “du moins lorsqu'il est prononcé pour une durée indéterminée” (série A n.º 33, p. 22, par. 55).

Plusieurs arrêts ultérieurs ont dissipé le malentendu ou, si l'on préfère, infléchi l'apparente rigueur de la doctrine primitive de la Cour.

i. En réalité, “le passage précité ne par[ait] que de la décision privative de liberté”; “il ne vis[ait] pas la détention ultérieure dans la mesure où

des questions nouvelles de légalité la concernant [pouvaient surgir] après coup”. L’arrêt du 18 juin 1971 “avait du reste pris en considération, sous l’angle de l’article 5 par. 4, non seulement les décisions initiales d’internement pour vagabondage relatives à trois requérants (...), mais aussi la procédure régissant l’examen des demandes d’élargissement des intéressés pour autant qu’elles soulevaient des questions quant à la légalité de la poursuite de cet internement”.

(Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 23, par. 45; x contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 22, par. 51; De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, série A n.º 12, pp. 43-44, par. 81-84)

ii. Or des “questions nouvelles de légalité” peuvent fort bien se poser en cours de détention, au moins dans certaines hypothèses:

1.º) *Internement d’un aliéné*

“Les motifs justifiant pareil internement (...) peuvent cesser d’exister (...). Par nature, la privation de liberté dont il s’agit paraît appeler la possibilité” d’un “contrôle ultérieur de légalité”, “à exercer à des intervalles raisonnables” (Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, pp. 22-23, par. 55).

Partant,

“(…) un aliéné détenu dans un établissement psychiatrique pour une durée illimitée ou prolongée a (...) en principe le droit, au moins en l’absence de contrôle judiciaire périodique et automatique, d’introduire à des intervalles raisonnables un recours devant un tribunal pour contester la ‘légalité’ (...) de son internement, que ce dernier ait été prescrit par une juridiction civile ou pénale ou par une autre autorité” (X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 23, par. 52) (47).

2.º) *Internement d’un récidiviste ou délinquant d’habitude, en vertu de la loi belge “de défense sociale” du 1^{er} juillet 1964*

(47) Voir aussi Luberti 23.2.1984, série A n.º 75, p. 15, par. 31, qui s’exprime en des termes plus — trop? — catégoriques.

Semblable mesure se fonde sur des notions — “tendance persistante à la délinquance” ou “dangerosité sociale” — “contingentes par essence”, lesquelles “amènent à suivre le condamné dans l’évolution de sa personnalité comme de son comportement, afin d’adapter son statut à un changement, favorable ou défavorable, des circonstances”. Le législateur national l’a reconnu jusqu’à un certain point en ménageant la possibilité d’une mainlevée par la cour d’appel, le gouvernement en associant des médecins aux décisions ministérielles. Il ne faut pas non plus oublier “la gravité de l’enjeu, le risque d’une perte de liberté qui peut atteindre dix ans (...), voire davantage”. Et la Cour d’en déduire:

“Un tel internement ne cadrerait plus avec la Convention s’il cessait de se fonder sur des motifs plausibles et conformes aux finalités de la loi (...); (...) il acquerrait un caractère ‘illégal’ ou ‘irrégulier’. Partant, l’intéressé doit pouvoir saisir un ‘tribunal’ compétent pour statuer sur l’existence ou l’absence de pareil manquement; il doit en avoir la faculté pendant sa ‘détention’ — un certain temps après le début de celle-ci, puis à des intervalles raisonnables (..) — ainsi qu’au moment d’un réinternement éventuel s’il se trouvait en liberté.”

(Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, pp. 24-27, par. 46-49)

3.º) *Internement d’un vagabond*: arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A n.º 12, p. 43, par. 81-82 (possibilité d’un recours au Conseil d’Etat).

c) Lorsque l’article 5 par. 4 en exige une, la “*voie de recours doit exister avec un degré suffisant de certitude, sans quoi lui manquent l’accessibilité et l’effectivité requises*” (Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 30, quatrième alinéa).

4. “*Devant un tribunal*”

Que faut-il entendre par là? On rencontre ici un exemple d’“*autonomie*” d’un concept de prime abord familial, mais qui doit se comprendre “au sens de la Convention”, notamment parce que son contenu varie d’un

ordre juridique interne à l'autre. La jurisprudence de la Cour a évolué en la matière.

a) D'après les arrêts *Neumeister* du 27 juin 1968 et *Matznetter* du 10 novembre 1969, le mot "tribunal", tel qu'il figure à l'article 5 par. 4, "ne se rapporte aucunement à la procédure à suivre": il "implique seulement que l'autorité appelée à statuer doit avoir un caractère judiciaire, c'est-à-dire être indépendante du pouvoir exécutif comme des parties en cause"; le principe de l'"égalité des armes" entre parquet et "accusé" ne s'applique donc pas à l'examen des demandes de mise en liberté en cours de détention provisoire (série A n.º 8, p. 44, par. 24, et n.º 10, p. 35, par. 13).

b) *L'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971 a marqué un net infléchissement:*

"Il ressort (...) du but et de l'objet de l'article 5, ainsi que des propres termes du paragraphe 4 (...), que pour constituer un (...) 'tribunal' un organe doit offrir les garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté (...).

(...)

Les modalités de la procédure voulue par la Convention ne doivent (...) pas nécessairement être identiques dans chacun des cas où celle-ci requiert l'intervention d'un tribunal (...). Il faut avoir égard à la nature particulière des circonstances dans lesquelles [la procédure] se déroule."

Suivait un rappel de la solution adoptée dans l'affaire *Neumeister*, mais la Cour ajoutait:

"il pourrait (...) ne pas en aller de même dans un contexte différent, et par exemple dans une autre hypothèse régie elle aussi par l'article 5 par. 4." (série A n.º 12, pp. 40-42, par. 76 et 78)

Bref, l'indépendance ne suffit pas; la procédure entre elle aussi en ligne de compte (48).

(48) A noter que l'arrêt du 18 juin 1971 émanait de la Cour plénière et non, comme ceux des 27 juin 1968 et 10 novembre 1969, de chambres de sept juges.

Dans le cas de l'internement d'une personne comme "aliéné", l'arrêt *Winterwerp du 24 octobre 1979* précise ce qui suit:

"Certes, les instances judiciaires relevant de l'article 5 par. 4 ne doivent pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 par. 1 prescrit pour les litiges civils ou pénaux (...). Encore faut-il que l'intéressé ait accès à un tribunal et l'occasion d'être entendu lui-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation (...). Les maladies mentales peuvent amener à restreindre ou modifier ce droit dans ses conditions d'exercice (...), mais elles ne sauraient justifier une atteinte à son essence même. En vérité, des garanties spéciales de procédure peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte."

(série A n.º 33, pp. 23-24, par. 57-60; voir aussi X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, pp. 22-23, par. 52-53)

c) *Il peut ne pas s'agir d'une "juridiction de type classique", "intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays"* (X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 23, par. 53).

5. "*Afin qu'il statue*", "*et ordonne*"

Ces mots impliquent la nécessité d'un pouvoir de décision conféré au "tribunal" (X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 26, par. 61; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, pp. 27-28, par. 50-51).

6. "*A bref délai*"

La célérité constitue le "souci dominant" de l'article 5 par. 4 d'après l'arrêt Neumeister du 27 juin 1968. Ce dernier a invoqué l'adverbe anglais "*speedily*", "plus expressif encore", pour soustraire les demandes de mise en liberté provisoire à la nécessité d'une "complète procédure écrite" ou de "débat contradictoire" (série A n.º 8, p. 44, par. 24) ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Voir aussi Golder 21.2.1975, série A n.º 18, p. 16, par. 33 *in fine*: "les exigences de l'article 5 par. 4 apparaissent (...) plus strictes que celles de l'article 6 par. 1 (...) en matière de 'délai'."

7. "Sur la légalité de la détention"

La jurisprudence de la Cour conçoit la "légalité" de manière assez ample.

Déjà l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971 laissait entendre que si les questions de pure opportunité sortent du cadre de l'article 5 par. 4, y entre en revanche tout le contentieux de la légalité, y compris le contrôle de la réunion des conditions de fait requises pour l'application de la loi (série A n.º 12, pp. 43-44, par. 82-83).

Le problème a rebondi dans l'affaire *Winterwerp*: "le contrôle de 'légalité' imposé par l'article 5 par. 4 porte-t-il non seulement sur la régularité formelle de la procédure suivie, mais aussi sur la justification matérielle de la privation de liberté?" Le gouvernement britannique, que la Cour avait autorisé à déposer un mémorandum sur ce point par l'intermédiaire de la Commission, plaidait pour l'interprétation étroite tandis que le gouvernement néerlandais (défendeur), la Commission et le requérant s'accordaient à préconiser l'interprétation large. Pour finir, la Cour n'a pas eu besoin de se prononcer en l'espèce (24.10.1979, série A n.º 33, pp. 26-27, par. 68).

Il lui a fallu trancher depuis lors dans l'affaire *X contre Royaume-Uni* (arrêt du 5 novembre 1981):

"(...) Le paragraphe 1 e) (...) subordonne la 'régularité' (*lawfulness*) d'une privation de liberté du genre de celle subie par X à des exigences qui vont au-delà de la simple concordance avec le droit interne (...). Or l'article 5 doit se lire comme un tout; rien ne donne à penser que pour une seule et même privation de liberté, le mot '*lawfulness*' change de sens quand on passe du paragraphe 1 e) au paragraphe 4.

(...)

(...) Sans doute l'article 5 par. 4 (...) ne consacre-t-il pas le droit à un examen judiciaire d'une portée telle qu'il habiliterait le tribunal, sur tous les aspects de la cause, à substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en veut pas moins un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables, selon la Convention, à la 'régularité' ou 'légalité' ⁽⁵⁰⁾ de la déten-

⁽⁵⁰⁾ Le texte anglais de l'article 5 utilise un seul terme (*lawfulness*) là où la version française en emploie deux ("régularité" au paragraphe 1, "légalité" au paragraphe 4).

tion d'un individu comme aliéné, d'autant que les motifs propres à justifier cette détention à l'origine peuvent cesser d'exister (...)." (série A n.º 46, p. 25, par. 57-58)

Sur le terrain cette fois de l'alinéa a) du paragraphe 1, l'arrêt *Van Droogenbroeck du 24 juin 1982* opte pour une solution analogue dans le cas des personnes internées en Belgique en qualité de récidivistes ou délinquants d'habitude au titre de la loi "de défense sociale" du 1^{er} juillet 1964 (série A n.º 50, pp. 26-27, par. 49).

Le paragraphe 4 "ne garantit pas" pour autant "le droit à un examen, par le juge, de la légalité de tous les aspects ou modalités de la détention", par exemple la question de savoir s'il y a lieu d'héberger et traiter un malade mental dans tel hôpital psychiatrique plutôt que dans tel autre (Ashingdane 28.5.1985, série A n.º 93, p. 23, par. 52).

8. Nécessité d'une vue globale du système incriminé

a) "Les lacunes d'une certaine procédure peuvent être comblées par les garanties qu'en offrent d'autres" (Winterwerp 24.10.1979, série A n.º 33, p. 25, par. 62; X contre Royaume-Uni 5.11.1981, série A n.º 46, p. 26, par. 60; Van Droogenbroeck 24.6.1982, série A n.º 50, p. 32, par. 56).

b) Inversement, les insuffisances d'une procédure donnée peuvent, au moins pour le "bref délai", en empêcher une autre d'assurer le résultat voulu par l'article 5 par. 4 (Luberti 23.2.1984, série A n.º 75, p. 16, par. 33 *in fine*, et pp. 17-18, par. 36-37; voir aussi, *mutatis mutandis*, Irlande contre Royaume-Uni 18.1.1978, série A n.º 25, p. 77, premier alinéa *in fine*).

9. Bilan

A quelles conclusions la jurisprudence résumée plus haut a-t-elle conduit la Cour *in concreto*?

a) Ont constaté l'absence de violation de l'article 5 par. 4 les arrêts:

— Neumeister du 27 juin 1968 et Matznetter du 10 novembre 1969 (série A n.º 8, pp. 43-44, par. 24-25 — unanimité, et n.º 10, p. 35, par. 13 — unanimité);

— De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, mais uniquement quant au rejet des demandes de mise en liberté adressées par les requérants

aux autorités administratives pendant leur internement (série A n.º 12, pp. 43-44, par. 81-84 — 15 voix contre 1) ⁽⁵¹⁾;

— Engel et autres du 8 juin 1976 (série A n.º 22, pp. 31-32, par. 75-77 — 12 voix contre 1);

— McGoff du 26 octobre 1984 (série n.º 83, p. 27, par. 28-29 — unanimité);

— Ashingdane du 28 mai 1985 (série A n.º 93, pp. 22-23, par. 51-52 — unanimité) ⁽⁵²⁾.

b) Une série d'autres arrêts, au contraire, ont relevé divers *manquements aux exigences de l'article 5 par. 4*.

i. *De Wilde, Ooms et Versyp, 18 juin 1971*

Bien que prises par un juge de paix, les décisions initiales d'internement pour vagabondage étaient considérées à l'époque, en Belgique, comme administratives. On en déduisait que ni la voie de l'appel ni même celle du pourvoi en cassation ne s'ouvriraient contre elles, mais elles ne pouvaient pas davantage faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, du moins jusqu'à un revirement tardif de la jurisprudence de celui-ci. En outre la procédure applicable, malgré l'indépendance du juge de paix et certains aspects judiciaires, ne s'entourait pas de garanties suffisantes aux yeux de la Cour.

(série A n.º 22, pp. 41-42, par. 77 et 79-80 — 9 voix contre 7)

ii. *Irlande contre Royaume-Uni, 18 janvier 1978*

Il y avait sur certains points absence complète de recours, sur d'autres défaut de pouvoir de décision et de garanties adéquates, sur d'autres encore

⁽⁵¹⁾ La Cour a estimé, entre autres, que "rien ne permet[tait] d'affirmer *a priori* que [le Conseil d'Etat] n'aurait pas statué à bref délai". A ce sujet, voir *ibidem*, p. 63 (doutes exprimés par le juge Zekia), et, *mutatis mutandis*, l'arrêt Deweer du 27.2.1980, série A n.º 35, p. 17, par. 29, dernier alinéa.

⁽⁵²⁾ Dans l'affaire Schiesser, la Cour s'est déclarée incompétente pour connaître du grief tiré de la violation alléguée de l'article 5 par. 4 (4.12.1979, série A n.º 34, pp. 16-17, par. 39-41 — unanimité).

durée incompatible avec l'idée de "bref délai", sur d'autres enfin contrôle de légalité trop étroit (série A n.º 25, pp. 76-77, par. 200) ⁽⁵³⁾.

iii. *Winterwerp, 24 octobre 1979*

"(...) Les diverses décisions qui ordonnèrent ou autorisèrent la détention ⁽⁵⁴⁾ (...) émanaient, selon le cas, d'organes ne présentant pas les traits distinctifs d'un 'tribunal' ou n'offrant pas les garanties de procédure judiciaire exigées par l'article 5 par. 4; l'intéressé [n'avait] pas davantage eu accès à un 'tribunal', ni joui de ces garanties, lors de l'examen de ses demandes d'élargissement à l'exception de la première (...)."

(série A n.º 33, pp. 22-26, par. 54, 56 et 58-67 — unanimité)

iv. *X contre Royaume-Uni, 5 novembre 1981*

La procédure d'*habeas corpus* n'assurait pas en la matière un contrôle d'une étendue suffisante. En outre ni le médecin traitant, ni un parlementaire ni le ministre compétent ne pouvaient, bien entendu, passer pour des "tribunaux". Enfin, la commission de contrôle psychiatrique ne possédait que des attributions consultatives, à supposer même qu'elle constituât un "tribunal" offrant les garanties de procédure voulues.

(série A n.º 46, pp. 23-26, par. 55-62 — unanimité)

v. *Van Droogenbroeck, 24 juin 1982*

La "commission pour récidivistes" ne s'analysait pas en un tribunal, ne fournissait pas les garanties d'une procédure judiciaire et jouissait "d'attributions purement consultatives".

De son côté, une plainte ou citation directe au pénal pour séquestration arbitraire aurait tendu à la constatation non seulement d'une illégalité, mais aussi d'une culpabilité personnelle; le tribunal éventuellement saisi, quand bien même il eût statué "à bref délai", n'aurait pu "ordonner" l'élar-

⁽⁵³⁾ Toutefois, l'article 15 entrain en jeu (page 191, note 11).

⁽⁵⁴⁾ Dans un hôpital psychiatrique aux Pays-Bas.

gissement et l'action aurait risqué de rester inopérante si le prévenu avait invoqué le "commandement de l'autorité légitime".

Quant à la ressource consistant à porter devant la juridiction d'appel un litige relatif à l'exécution de l'arrêt de "mise à la disposition du gouvernement", elle ne ressortait que de décisions anciennes (1897 et 1914) et isolées, d'ailleurs étrangères à la législation en cause.

L'article 26 de la loi "de défense sociale" du 1^{er} juillet 1964 ménageait la possibilité d'une instance en mainlevée devant la cour d'appel, mais le contrôle s'exerçait sur l'ensemble de la mesure de "mise à la disposition du gouvernement", non sur le seul internement, et concernait moins la légalité de ce dernier que l'opportunité d'une extinction anticipée de la peine. En outre, les intervalles prévus par la loi — trois ans, voire cinq — étaient trop longs pour être "raisonnables" et l'examen des deux demandes du requérant avait pris des mois, situation peu conforme à la notion de "bref délai".

Recours au juge des référés? Dans le domaine considéré, il s'agissait de "questions de droit interne" encore "indécises", "d'une jurisprudence très récente, en train de se former et qui prêt[ait] à controverse", de sorte qu'il manquait "un degré suffisant de certitude". D'autre part, le juge des référés ne statuait qu'"au provisoire" et l'on ignorait, pour le moment, "si le contrôle de 'légalité' opéré par [lui] présent[ait] l'ampleur voulue par l'article 5 par. 4"; on ne savait trop non plus quel juge serait "habilité à vider le contentieux au principal", ni s'il pourrait se prononcer "à bref délai".

Restait l'hypothèse d'une action fondée sur l'article 5 par. 4, directement applicable dans l'ordre juridique interne belge; là encore, la jurisprudence nationale se trouvait en mouvement et nul n'était en mesure d'indiquer jusqu'où elle irait dans l'affirmation d'un pouvoir judiciaire de contrôle en la matière.

Sans exclure "en aucune manière que l'exercice combiné, parallèle ou successif (...) d'un recours au juge des référés et d'une action 'au principal' sur la base de l'article 5 par. 4" conduise un jour, "au terme de l'évolution frappante analysée" par elle, "à un résultat conforme aux prescriptions de ce texte", la Cour a dû "constater que pareil résultat n'a[vait] pas été atteint en l'espèce".

(série A n.º 50, pp. 27-32, par. 50-56 — unanimité)

vi. *Luberti*, 23 février 1984: il y avait eu inobservation du "bref délai", non par la juridiction italienne qui pour finir statua: "sur la légalité" de

l'internement psychiatrique litigieux mais par d'autres, saisies auparavant, et cela même eu égard au comportement du requérant sur qui pesait une part de la responsabilité du retard (série A n.º 75, pp. 15-18, par. 33-37 —unanimité).

vii. *L'arrêt De Jong, Baljet et Van den Brink, du 22 mai 1984*, a relevé un dépassement du "bref délai", même compte tenu des "impératifs de la vie et de la justice militaires" (série A n.º 77, pp. 26-27, par. 58 —unanimité).

D. *Paragraphe 5 de l'article 5*

Le paragraphe 5 de l'article 5 n'a donné lieu à aucune jurisprudence de la Cour jusqu'ici, sauf en ce qui concerne ses relations avec l'article 50 (Neumeister 7.5.1974, série A n.º 17, pp. 12-14, par. 29-30; voir aussi Van Droogenbroeck 25.4.1983, série A n.º 63, p. 7, par. 13) ⁽⁵⁵⁾.

(à jour au 31 mars 1986)

⁽⁵⁵⁾ L'article 50 habilite la Cour à octroyer à la victime d'une violation relevée par elle une "satisfaction équitable", sous certaines conditions.

ANEXO (1)

Indicamos as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem referidas pelo autor e publicadas ou sumariadas em *Documentação e Direito Comparado*:

DEWEER, 10,98(S);
DROOGENBROECK (VAN), 13.173(S);
ENGEL E OUTROS, 7,248(S);
GUZZARDI, 11,45(S);
HANDYSIDE, 7,251(S);
IRLANDA CONTRA O REINO UNIDO, 8,111(S);
LAWLESS, 2,350(S);
LUEDICKE, BELKACEM E KOÇ, 8,121(S);
MATZNETTER, 3,205 (S);
NEUMEISTER, 3,203(S);
RINGEISEN, 4,274(S);
SCHIESSER, 9,54(S);
STÖGMÜLLER, 3, 204 (S);
SUNDAY TIMES, 9,43(S);
WEMHOFF, 3,203(S);
WILDE (DE), OOMS E VERSYP, 4,273(S);
WINTERWERP, 9,52(S);
X CONTRA O REINO UNIDO, 12,83(S).

P.F.

ESTUDOS



ÁLVARO DE VILHENA DE OLIVEIRA E SILVA
Juiz de Direito

**A SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE DOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS NA
REPÚBLICA FEDERAL ALEMÃ**

SUA ANÁLISE
NUMA TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO
COM A ACTUAL LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Lisboa, Novembro, 1985

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO

- 1.1 Significado e Conteúdo da Suspensão da Executoriedade
- 1.2 Pressupostos da Suspensão da Executoriedade
- 1.3 Suspensão da Executoriedade e Providência Cautelar

2. EFECTIVAÇÃO DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

- 2.1 Começo da Suspensão da Executoriedade
- 2.2 Duração da Suspensão da Executoriedade
- 2.3 O § 80 da VwGO e a Suspensão da Executoriedade

3. O PROCESSO DE SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

- 3.1 O Processo Pré-Contencioso
- 3.2 O Requerimento de Suspensão da Executoriedade
 - 3.2.1 Forma do requerimento
 - 3.2.2 Conteúdo do requerimento
 - 3.2.3 Momento e prazo para apresentação do requerimento
- 3.3 Partes no Processo de Suspensão da Executoriedade
- 3.4 Assistência Judiciária
- 3.5 Processo Urgente
 - 3.5.1 Discussão oral facultativa
 - 3.5.2 Suspensão do processo
 - 3.5.3 Intervenção de terceiros
 - 3.5.4 Instrução do processo

4. DECISÃO JUDICIAL DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

- 4.1 Forma da decisão
- 4.2 Conteúdo da decisão
- 4.3 Efeito da decisão
- 4.4 Custas do processo

5. IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO JUCIDICIAL

- 5.1 Caso em que há recurso
- 5.2 Recurso do indeferimento da suspensão
- 5.3 Recurso da decisão do presidente do Tribunal

6. ALTERAÇÃO DA DECISÃO DA SUSPENSÃO DE EXECUTORIEDADE

- 6.1 Obrigatoriedade de requerimento
- 6.2 Critério decisório do Tribunal
- 6.3 Recurso da deliberação de alteração da suspensão

7. CONCLUSÃO

8. RESUME

9. ZUSAMMENFASSUNG

10. BIBLIOGRAFIA

A SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NA R.F.A.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da suspensão da executoriedade dos actos administrativos definitivos e executórios assume no Direito Administrativo da R.F.A. uma importância de extraordinário relevo, porquanto o § 19 (4) da sua Constituição, ao conceder uma protecção total e sem lacunas dos direitos dos cidadãos face à Administração — de modo a impedir que o Poder Público os possa ferir na sua esfera jurídica — instituiu um sistema preventivo de protecção provisória dos seus direitos, consagrado no § 80 da Lei Orgânica dos Tribunais Administrativos (VwGO), de tal modo eficiente que, desde que seja praticado um acto administrativo que lese os direitos dum particular, este tem o direito de recorrer graciosamente, num processo pré-contencioso (Vorverfahren) bastando a simples interposição de recurso para obrigar a Administração a suspender imediatamente a execução desse acto. (1)

A protecção provisória do direito constitui assim a característica essencial da eficácia da segurança jurídica dos cidadãos face à Administração, e consiste na eliminação da imediata execução de que gozam os actos administrativos, transformando-se deste modo no âmago do sistema de protecção da jurisdição administrativa o qual traduz e consagra o princípio de Estado de Direito garantido pela Constituição Federal Alemã (2).

(1) Sempre que seja citado qualquer §, subentender-se-á que é da Lei Orgânica dos Tribunais Administrativos (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO), a menos que se indique outro texto.

(2) Gert-Dieter Buhren — Der gerichtliche Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit drittbelastender Doppelwirkung, Dissertationsdruck Schön-München, 1973, 97.

A eficácia da protecção jurisdicional do direito não tem apenas a ver com as numerosas possibilidades de interposição de recurso, pois é igualmente necessário garantir aos interessados uma ampla protecção do direito através de medidas provisórias.

Sinal de garantia da protecção provisória do direito está em que — consoante o estado em que o processo se encontre — é possível mantê-la antes da produção dos denominados factos consumados ⁽³⁾.

Esta eficácia jurídica provisória do acto administrativo ilegal conduz por vezes a resultados que não são desejados no caso desse acto ser imediatamente executado, pois posteriormente já não é possível evitar os efeitos dessa execução — como sucede no caso da imediata demolição da casa em ruína ou do abate do cão raivoso — mesmo que o Tribunal venha a declarar posteriormente a ilegalidade de tal acto.

É por isso que, nos termos do § 80, tanto o recurso gracioso (Widerspruch) como o contencioso (Anfechtungsklage) têm efeito suspensivo (Suspensiveffekt) isto é, suspendem a executoriedade do acto administrativo até ser proferida uma decisão judicial.

Em contrapartida goza a Administração do poder de executar imediatamente o acto administrativo, e também à Autoridade Recorrida assiste o direito de suspender a execução do acto que praticou e que foi impugnado ⁽⁴⁾.

Importa ainda referir que aquilo que caracteriza o recurso administrativo gracioso não é tanto o facto de possibilitar a interposição de recurso contencioso mas sim o facto dele próprio ter já efeito suspensivo do acto administrativo recorrido, nos termos do § 80 ⁽⁵⁾.

Vimos assim que a Lei Orgânica dos Tribunais Administrativos da R.F.A. (VwGO) concede protecção provisória do direito através da Suspensão da Executoriedade ou Efeito Suspensivo (aufschiebende Wirkung oder Suspensiveffekt) sendo certo que há casos em que essa protecção é assegurada pela “einstweilige Anordnung” ou seja uma espécie de provi-

⁽³⁾ Dieter Just — Die vorläufige Vollstreckbarkeit verwaltungsgerechlicher Urteile, Dissertationsvervielfältigung Schmidt und Meyer — Würzburg, 1967, 1.

⁽⁴⁾ Klaus Vogel — Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der Vollziehenden Gewalt — Carl Heymanns Verlag KG, 1969, 159.

⁽⁵⁾ Bruno Schmidt — Bleibtreu — Der Rechtsschutz des Bürgers gegen den Staat, Beck dtv, 1971, 38 e 39.

dência cautelar urgente regulada no § 123 e apreciada também pelos Tribunais Administrativos (Verwaltungsgerichte).

Deste modo, o princípio constitucional da protecção provisória do direito, vertido para a lei administrativa, deu lugar a dois institutos de raiz e objectivo comuns e que se completam, podendo afirmar-se — apoiado em alguns autores alemães — que assim se conseguiu o fecho da abóbada do Estado de Direito (Schlusstein im Gewölbe des Rechtsstates).

Para concluir esta breve nota introdutória gostaria de acentuar que, a regra no Direito Administrativo da R.F.A., consiste em os particulares, quando se sentem lesados pelos actos administrativos (belastende Verwaltungsakte), recorrerem graciosamente dos mesmos. Normalmente 95% destes recursos ficam logo decididos pela Administração. Daqui se vê que apenas 5% dos recursos de actos administrativos acabam por ir parar a um dos 30 Tribunais Administrativos de 1.ª Instância, cabendo da decisão destes Tribunais (Beschluss), recurso para um dos 11 Tribunais Administrativos de 2.ª Instância, existentes na R.F.A., incluindo o de Berlim Ocidental.

Excepcionalmente recorre-se à via contenciosa sem primeiramente se esgotar a via graciosa, como no caso do recurso directo para o Supremo Tribunal Administrativo Federal Alemão (Bundesverwaltungsgericht) (6).

1.1 SIGNIFICADO E CONTEÚDO DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

Para Gert-Dieter Buhren, não é líquida a essência da suspensão da executoriedade. Segundo este autor, para uns ela consubstancia-se num travão da eficácia; para outros consiste num obstáculo à execução do acto administrativo (7).

(6) Gerhard Sigmund-Schultz — Die vorläufige Vollziehung angefochtener Verwaltungsakte — Dissertation — Göttingen, 1957, 64.

(7) Op. cit. 107

Para Klaus Finkelburg, se não fosse a suspensão da executoriedade dos actos administrativos, a protecção jurídica dos direitos dos cidadãos seria absolutamente ineficaz, pois através da imediata execução do acto administrativo produzir-se-iam factos que não mais poderiam ser anulados.

Na realidade, o efeito suspensivo impede a imediata executoriedade (Vollziehbarkeit) do acto administrativo, produzindo uma suspensão da execução — não suspensão da eficácia — devendo a Administração abster-se de praticar quaisquer actos enquanto não estiver decidido o recurso ⁽⁸⁾.

Hoje pode dizer-se que, para a maioria dos autores, a suspensão da executoriedade actua como um travão da execução dos actos administrativos.

Como já atrás ficou sublinhado, esta regra de ouro do Direito Administrativo da R.F.A. — a impugnação do acto suspende a sua execução — está consagrada no § 80 e emana do § 19 (4) da Constituição que diz textualmente o seguinte: “Toda a pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra competência, a jurisdição cabe aos tribunais ordinários...”.

1.2. PRESSUPOSTOS DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

O § 80 diz que o recurso gracioso e o recurso contencioso têm efeito suspensivo, mas não diz expressamente em que consiste esse efeito.

Tal como entre nós só se suspende a executoriedade dos actos administrativos definitivos e executórios, também na R.F.A. só se suspende a executoriedade dos “belastende Verwaltungsakte”, ou seja, dos actos administrativos cuja execução lesa os direitos dos particulares e dos “rechtsgestaltende Verwaltungsakte”, isto é, dos actos administrativos constitutivos de direitos.

Quanto aos “Begünstigungsverwaltungsakte” — os que concedem vantagens ou benefícios para os particulares — a sua impugnação, faz-se

(8) Klaus Finkelburg — Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren — Beck, 1973, 91 e 92

através de outro instituto: a “*einstweilige Anordnung*”, que é uma espécie de providência cautelar urgente.

Relativamente aos “*Verwaltungsakte mit Doppelwirkung*” — actos administrativos com duplo efeito — dado que são um misto de actos que lesam direitos e de actos que concedem benefícios, ficam absorvidos — quanto à suspensão da executoriedade — pelos “*belastende Verwaltungsakte*” e só nesta parte nos interessam.

Agora que já são conhecidas as espécies de actos administrativos cuja execução pode ser impedida através da suspensão da executoriedade, vamos então ver quais são os pressupostos da “*aufschiebende Wirkung*”.

São dois os pressupostos da suspensão da executoriedade:

- a) Prática de um acto administrativo ilegal (*rechtswidrig*) que atinja os direitos dos particulares causando-lhes uma lesão (*Erlass eines belastenden Verwaltungsakts*), cfr. § 42 (2) e § 113 (1);
- b) Interposição de recurso gracioso ou contencioso (*Erhebung eines Anfechtungswiderspruchs oder Anfechtungsklage*). Com efeito, nos termos do § 80 (1) quer o recurso gracioso quer o recurso contencioso suspendem a executoriedade do acto administrativo impugnado.

Estes são, pois, os pressupostos legais que comportam, contudo, algumas excepções que serão tratadas aquando da análise do § 80.

Há depois os pressupostos materiais, de apreciação judicial, que serão tratados em sede própria.

1.3. SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE E PROVIDÊNCIA CAUTELAR

Tanto a suspensão da executoriedade como a providência cautelar (*einstweilige Anordnung*) se traduzem, na prática, na protecção provisória do direito.

Como já atrás se referiu, só há lugar a suspensão da executoriedade de actos administrativos viciados (fehlerhaft) que lesem direitos do recorrente (der kläger in seinen Rechten verletzt ist), enquanto que em relação aos restantes actos administrativos o meio jurídico (Rechtsmittel) a utilizar para a protecção provisória do Direito tem de ser a “einstweilige Anordnung”, isto é, a providência cautelar prevista no § 123.

Para maior facilidade de apreensão da diferença que existe entre estes dois institutos nada melhor do que dar um exemplo. Se A, funcionário público, desejar ausentar-se para o Estrangeiro a fim de ir assistir a um Congresso da sua especialidade, e se o seu superior hierárquico não lhe conceder um subsídio — como havia sido requerido — destinado a custear as despesas de deslocação e estadia durante o referido Congresso, como não se trata de um acto administrativo ilegal ou viciado que lesa os seus direitos (se o funcionário quiser ir à sua custa nada o impede de ir), A, só pode impugnar este acto mediante a “einstweilige Anordnung” e não mediante requerimento (Antrag) pedindo a suspensão da executoriedade do acto que lhe indeferiu o pedido de pagamento de ajudas de custo; isto mesmo resulta do disposto no § 123 (5).

Note-se que na R.F.A. esta impugnação é da competência exclusiva dos Tribunais Administrativos, conforme dispõe o aludido § 123.

Com efeito, a Lei Orgânica dos Tribunais Administrativos da R.F.A. consagra no seu § 40 uma cláusula geral (General Klausel) segundo a qual os Tribunais Administrativos são sempre competentes para julgamento de todos os processos de Direito Público, isto é, é sempre admissível o recurso à via jurisdicional administrativa (Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges).

Portanto, no exemplo dado, A, parte interessada (Betroffener), tinha que requerer à Autoridade Recorrida (Antragsgegner), a suspensão da execução do acto (indeferimento do pedido de ajudas de custo) devendo logo apresentar toda a prova para fundamentar o seu pedido.

O objectivo destes dois institutos consiste em evitar que, antes da decisão definitiva do juiz, se esteja perante a situação do facto consumado (vollendete Tatsachen geschaffen werden).

Tanto a suspensão da executoriedade como esta providência cautelar, apresentam uma raiz comum: na suspensão da executoriedade devem evitar-se os inconvenientes que advêm duma execução prematura do con-

teúdo do acto administrativo impugnado; na “*einstweilige Anordnung*” devem evitar-se os prejuízos que podem surgir através duma modificação do status quo ⁽⁹⁾.

2. EFECTIVAÇÃO DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

Como já se referiu, no Direito Administrativo da R.F.A., em regra os actos administrativos têm efeito suspensivo, isto é, a sua execução é meramente provisória. Se houver uma efectiva execução do acto e dela resultarem prejuízos irreparáveis, dá-se a interrupção da execução (*Aussetzung der Vollziehung*): por força da lei; da Administração; ou do Tribunal, e é restabelecido o primitivo efeito suspensivo.

Assim, se o Tribunal ordenar a suspensão de um despejo e este se efectuar, esta execução é ilegítima, e, como tal, a ordem de despejo é suspensão. Neste caso está excluído retroactivamente o efeito suspensivo porque a execução do despejo produziu neste lapso de tempo danos irreparáveis, restando ao lesado apenas o direito a ser indemnizado pelos prejuízos sofridos.

2.1 COMEÇO DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

A suspensão da executoriedade do acto administrativo inicia-se com a interposição de recurso gracioso ou contencioso, nos termos dos §§ 69 e 70, e 81, respectivamente.

⁽⁹⁾ Gert-Dierter Buhren — op. cit. 98.

Até lá, a Administração goza do direito de executar o acto sem necessidade de determinação especial para essa execução, conforme dispõe o § 80 (2), 4.. Contudo, apenas em relação aos actos administrativos constitutivos (*feststellende Verwaltungsakte*) se segue a execução no curto lapso de tempo que medeia entre a prática do acto e a interposição de recurso gracioso ou contencioso.

Se esta norma for infringida, isto é, se à prática do acto se não seguir a sua execução antes da interposição de recurso, o responsável será punido, ainda que mais tarde esse acto administrativo venha a ser revogado.

A suspensão da executoriedade retrotrai-se à data da prática do acto administrativo. Por analogia pode o Tribunal revogar a execução que entretanto a Administração tenha ordenado, de acordo com o disposto no § 80 (5) 3..

Finalmente importa referir que o prazo para a impugnação do acto — no caso do recorrente ter tido conhecimento do acto administrativo através do correio — se conta a partir do 3.º dia da distribuição do correio, mesmo que não chegue às mãos do destinatário ⁽¹⁰⁾.

2.2 DURAÇÃO DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

Quanto à duração da suspensão da executoriedade, importa dizer, antes de mais, que é absolutamente indiferente tratar-se de recurso gracioso ou contencioso, porque em ambos os casos a suspensão apenas cessa — a menos que o acto não seja imediatamente executado — se não for interposto atempadamente recurso gracioso do acto administrativo; se o recurso for julgado impertinente e o recorrente dentro do prazo de um ano (previsto no § 76) não recorrer contenciosamente; se for negado provimento ao recurso; ou se o recurso for rejeitado definitivamente (*rechtskräftig abgewiesen wird*), tendo neste último caso, a cessação da suspensão da executoriedade, efeito retroativo.

⁽¹⁰⁾ Bruno Schmidt — Bleibtreu — op. cit. 31

A suspensão da executoriedade não se interrompe pelo facto da Administração se opôr ao recurso.

Como já atrás ficou a florado, nem sempre o recurso gracioso precede o contencioso, embora esta seja a regra. Cada um destes tipos de recurso deve ser encarado separadamente pois quando se pretende que seja a Administração a determinar a suspensão da executoriedade, interpõe-se recurso gracioso (Anfechtungswiderspruch), quando se pretende que a suspensão seja decretada judicialmente utiliza-se o recurso contencioso (Anfechtungsklage).

No caso da Administração, depois de controlar a legalidade e oportunidade do acto administrativo impugnado, achar que o recurso (Widerspruch) não tem razão de ser, rejeita-o numa decisão fundamentada, que dá pelo nome de “Widerspruchsbescheid” (11).

2.3. O § 80 DA VwGO E A SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

A suspensão da executoriedade entra em vigor por força da lei — § 80 (1) — e está excluída dos actos administrativos que não atingem a esfera jurídica dos particulares, como já foi acentuado.

Referindo agora o exemplo clássico da autorização para a construção, vemos que, se a A foi concedida autorização para construção duma casa consoante o plano de urbanização previamente aprovado para o local, com a condição dessa casa ficar afastada 7 metros da frente da rua, e se A construir a casa nessas precisas condições, não pode B, vizinho, vir recorrer do acto administrativo (licenciamento da construção “Baugenehmigung”), porquanto não foi lesado na sua esfera jurídica pois o vizinho construiu nos moldes previstos no plano de urbanização (12).

(11) Bruno Schmidt — Bleibtreu — op. cit. 40 e 41.

(12) Willi Wieseler — Der Vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte — Duncker & Humblot — Berlin — 1967, 42

Mas esta regra fundamental do Direito Administrativo da R.F.A. — a suspensão da executoriedade ex vi legis — sofre, contudo, três excepções legais (gesetzliche Ausnahmen) constantes do § 80. Vejamos o que diz o referido texto.

§ 80 (1) - Os recursos gratuitos e contenciosos suspendem a executoriedade do acto administrativo. Esta regra é válida também no caso dos actos administrativos constitutivos de direitos.

(2) — Só está afastada a suspensão da executoriedade nos seguintes casos:

1. Pagamento de impostos ou custas.
2. Determinações e medidas de polícia de urgente execução.
3. Determinação da Lei Federal.
4. O interesse público ou interesse prevalecente da Administração determinarem a imediata execução do acto administrativo.

(3) — Nos casos previstos em (2), 4., a razão que determina a imediata execução do acto administrativo deve ser fundamentada por escrito. Nos casos de perigo iminente, especialmente no caso de perigo de vida, prejuízo para a saúde ou dano a propriedade, pode a Administração, por precaução e na defesa do interesse público, tomar medidas urgentes, não carecendo tais actos de ser fundamentados.

(4) — Após a interposição de recurso gratuito pode a Autoridade Recorrida, nos casos previstos em (2), suspender a execução se outra coisa não for determinada pela Lei Alemã Federal. A Autoridade Recorrida pode ainda, por precaução, suspender a execução no caso de pagamento de impostos ou custas. Nestes casos, desde que haja uma séria dúvida acerca da legalidade do acto administrativo impugnado, ou se o prejuízo resultante da execução for superior ao da ofensa do interesse público, deve ser suspensa a execução.

(5) O Tribunal pode, a requerimento do interessado, decretar total ou parcialmente a suspensão, nos casos previstos em (2) 1. a 3., e pode ainda restabelecer total ou parcialmente a suspensão da executoriedade, nos termos referidos em (2) 4. É permitido requerer a suspensão ainda antes da interposição de recurso contencioso. No caso do acto administrativo já

estar executado no momento da decisão judicial, pode o Tribunal anular essa execução. O restabelecimento da suspensão da executoriedade pode ficar dependente do cumprimento de certas obrigações. A suspensão pode ser temporária.

(6) As decisões judiciais da suspensão da executoriedade referidas em (5) podem a todo o tempo ser alteradas ou revogadas.

(7) — Nos casos urgentes pode o Presidente do Tribunal decidir. Da sua decisão cabe recurso que tem de ser interposto no prazo de duas semanas a contar da data do conhecimento da decisão.

Após a transcrição integral do § 80, que é a chave da solução de todos os problemas suscitados pela suspensão da executoriedade restará apenas acrescentar algumas notas.

Em primeiro lugar, e como se infere do § 80 (7), o incidente da suspensão é decidido pelo Tribunal Colectivo havendo apenas a considerar a excepção legal dos casos urgentes em que o Presidente do Tribunal julga sozinho. Em todos os outros casos o julgamento é sempre feito pelo Tribunal Colectivo que é constituído — na 1.^a instância — por três juizes e dois jurados (*ehrenamtliche Richter*) que, nos julgamentos de processos de suspensão de executoriedade, não estão presentes.

Vimos também que o § 80 (2) previa 4 excepções à regra da suspensão da executoriedade. No entanto, na maior parte das vezes estas excepções acabam por ser afastadas: quer pela Administração (§ 80 (4), suspendendo a execução nos casos aí previstos; quer pelos Tribunais Administrativos (§ 80 (5), que restabelecem a suspensão da executoriedade do acto administrativo já executado, anulando essa execução nos termos aí estatuídos.

Assim, é lícito concluir que os actos administrativos desde que atinjam a esfera jurídica dos particulares, lesando-os nos seus direitos, têm sempre efeito suspensivo pois as 4 excepções legais acabam na prática por ser anuladas como se viu.

Como diz Finkelnburg, o § 80, que tem por principal objectivo a defesa dos direitos dos particulares, evitando a imediata execução do acto administrativo como um facto consumado, exige que não haja lacunas na suspensão da executoriedade desde a interposição do primeiro recurso até à decisão final. ⁽¹³⁾

⁽¹³⁾ Klaus Finkelnburg — *op. cit.* 99 e 100.

Por outras palavras poderá dizer-se que a protecção jurídica provisória no processo contencioso de anulação, na R.F.A., mais não é do que o corolário do poder coercivo e executório da Administração.

Com efeito, como refere Schultz, uma vez que a decisão judicial dos processos administrativos é relativamente longa, o único meio capaz de assegurar uma eficiente protecção jurídica contra a intervenção dos Poderes Públicos, consiste na suspensão da executoriedade ou na interrupção judicial da execução do acto administrativo. (14)

3. O PROCESSO DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

Como nota introdutória convirá desde já referir que, relativamente à impugnação contenciosa do acto administrativo, há dois processos completamente distintos, que correm em separado, são decididos em ocasiões diferentes e nem mesmo após a decisão se procede à sua apensação: um é o processo urgente da suspensão (Eilverfahren), que é decidido através de “Beschluss”; o outro é o processo que corre normalmente onde é lavrada a decisão de fundo (Sachentscheidung).

Também já foi referido que tanto as Autoridades Administrativas como os Tribunais podem suspender a executoriedade, nos termos do § 80 (4) e (5), respectivamente.

Pressuposto deste travão da execução é a existência de um interesse privado preponderante e considerável de molde a superar o interesse público na execução.

A lei não toma nenhuma posição sobre a interrupção da execução do acto administrativo ordenada pela Administração, no recurso gracioso, nos termos do § 80 (4). Contudo, se a Administração reconhecer — no decurso do processo gracioso — que é necessária a interrupção da execução, não só não seria processualmente económico, mas também significaria um encurtamento das garantias jurídicas se não pudesse suspender a

(14) Gerhardt Siegmund — Schultz — op. cit. 120.

execução já realizada, e se limitasse a remeter o interessado para a possibilidade prevista no § 80 (5), isto é, submeter ao Tribunal o pedido de suspensão de exequibilidade formulado previamente perante a Administração.

Essa prática seria incompatível com o princípio de Estado de Direito, pelo que a Autoridade Recorrida que julgue o recurso gracioso, é sempre competente para interromper a execução ou ordenar o seu restabelecimento, nos casos em que após a suspensão o acto retomou a sua força executória normal. ⁽¹⁵⁾

3.1 O PROCESSO PRÉ-CONTENCIOSO

Como já foi assinalado, é normal antes da interposição do recurso contencioso, recorrer-se graciosamente seguindo-se uma tramitação pré-contenciosa denominada “Vorverfahren”, prevista no § 80 (1).

Este recurso tem a vantagem de, eventualmente, ficar logo satisfeita a pretensão do recorrente, além de paralizar de imediato a execução do acto, e, por outro lado, dá à Administração a possibilidade de proceder ao controlo da regularidade, legitimidade, oportunidade e conveniência do acto administrativo impugnado, podendo dizer-se que este “Vorverfahren” é um pressuposto do processo contencioso, sendo certo que comporta algumas excepções como no caso dos impostos, patentes, etc. ⁽¹⁶⁾

Tal recurso gracioso, chamado “Widerspruchsverfahren”, está regulado no já referido § 68. Assim, nos termos do § 68 (1), 1. e 2., não é exigido o recurso gracioso quando o acto administrativo dimanar de um alto funcionário administrativo (Presidente da República, Presidente do Parlamento, Chanceler, Ministros Federais, Supremo Tribunal Constitucional Federal, Supremo Tribunal de Contas) ou dimanar de um alto funcionário administrativo de um Land, ou se uma lei especialmente assim determinar,

⁽¹⁵⁾ Willi Wieseler — op. cit. 62 e segs.

⁽¹⁶⁾ Klaus Vogel — op. cit. 158.

pois nestes casos o interessado pode recorrer imediatamente para os Tribunais Administrativos, chamando-se a esse recurso contencioso “Anfechtungsklage”. (17)

3.2 O REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

O pedido de suspensão da executoriedade tem de ser formulado através de um requerimento (Antrag) escrito e assinado pelo requerente (Antragsteller), não carecendo de ser subscrito por advogado.

No caso do acto administrativo ter sido executado pela Administração, que indeferiu o pedido de suspensão de executoriedade, então o expediente é o mesmo. O recorrente dirige-se ao Tribunal Administrativo competente e apresenta aí o seu requerimento de suspensão de executoriedade; se o Tribunal deferir o requerimento, ordena o restabelecimento da suspensão (Wiederherstellung) nos termos do § 80 (5).

3.2.1 FORMA DO REQUERIMENTO

No recurso gracioso o requerimento de suspensão é análogo ao previsto no § 81 para a interposição de recurso contencioso (Klageerhebung).

Tem de ser apresentado na Secretaria do Tribunal Administrativo, devidamente minutado.

Só no Supremo Tribunal Administrativo se exige que o requerimento seja subscrito por advogado. Nos outros casos deve juntar-se procuração, nos termos do § 82 do Código de Processo Civil (ZPO) subsidiariamente

(17) Bruno Schmidt — Bleibtreu — op. cit. 34.

aplicável ex vi do § 173 (equivalente ao art.º 862.º do nosso Código Administrativo).

O requerimento pode ainda ser ditado para a acta quando se trate de interposição de recurso contencioso (Anfechtungsklage). ⁽¹⁸⁾

3.2.2 CONTEÚDO DO REQUERIMENTO

O requerimento deve ser redigido de modo análogo ao estipulado no § 82, isto é, deve indicar o nome do requerente, do requerido, acto impugnado, e assinalar que exige a protecção do seu direito perante a imediata execução desse acto.

Não é necessário fazer qualquer referência ao § 80 (5) (deferimento judicial da suspensão ou ao seu restabelecimento) pois “jus novit curia”. O requerente apenas deve salientar que exige compreensão e justiça.

A esse requerimento deve juntar-se o texto original ou cópia do acto administrativo impugnado, bem como a eventual decisão de indeferimento, nos termos do § 82 (1) 2.

O requerente deve logo apresentar todos os factos e provas que sirvam para fundamentar o pedido; é permitido o juramento como meio de prova.

Se o requerimento não preencher estes requisitos, o Presidente do Tribunal, de acordo com o disposto no § 82 (2), prolonga o prazo para aperfeiçoamento da petição de recurso. ⁽¹⁹⁾

Por outro lado, como sublinha Bleibtreu, o recorrente não está impedido de apresentar detalhadamente a sua maneira de ver o problema e de indicar os pontos que devem ser tratados, na sua perspectiva. ⁽²⁰⁾

⁽¹⁸⁾ Klaus Finkelnburg — op. cit. 135.

⁽¹⁹⁾ Klaus Finkelnburg — op. cit. 135

⁽²⁰⁾ Bruno Schmidt — Bleibtreu — op. cit. 38.

3.2.3. MOMENTO E PRAZO DE APRESENTAÇÃO DO REQUERIMENTO

É permitido requerer a suspensão da executóriedade ainda antes da interposição do recurso contencioso, nos termos do § 80 (5).

Pressuposto desse requerimento é que o requerente tenha recorrido graciosamente, visto que apenas deste modo se pode desencadear a suspensão da executóriedade que será decretada, se o acto não tiver sido executado, ou restabelecido no caso do acto administrativo já ter sido executado por determinação da Administração que não atendeu às razões invocadas pelo requerente no processo gracioso.

Uma vez que com a interposição do recurso gracioso se desencadeia a suspensão da executóriedade, que vai permanecer até ao momento em que o acto administrativo é executado, é permitida a apresentação de requerimento de suspensão no lapso de tempo que medeia entre a recusa da suspensão da executóriedade por parte da Administração e a interposição do recurso contencioso. ⁽²¹⁾

O prazo de interposição do recurso gracioso é de um mês a contar do momento em que o requerente foi lesado no seu direito por esse acto administrativo, nos termos do disposto no § 70 (1).

Finalmente, há que salientar o seguinte: no caso do lesado não recorrer graciosamente por ter deixado expirar o prazo, depois é-lhe vedado recorrer contenciosamente. ⁽²²⁾

3.3. PARTES NO PROCESSO DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

As partes (Beteiligte) neste tipo de processo são, em princípio, apenas duas: o requerente, que é o destinatário do acto administrativo, e o requerido, que é a entidade que determinou a imediata execução do acto administrativo, nos termos do § 80.

⁽²¹⁾ Klaus Finkelnburg - op. cit. 136.

⁽²²⁾ Bruno Schmidt — Bleibtreu — op. cit. 36 e 37.

Contudo, no caso de haver terceiros interessados na decisão do processo, pode o Tribunal, oficiosamente ou a requerimento dos interessados, convidá-los a participar no processo (Beiladung), nos termos do § 65.

3.4. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Nos termos do § 166, as normas do Código de Processo Civil que regem a assistência judiciária (Armenrecht) aplicam-se integralmente no processo administrativo.

Daqui resulta que pode ser concedida a assistência judiciária no processo de suspensão de executoriedade, tal como pode ser concedida no caso de “einstweilige Anordnung”.

De notar, contudo, que a concessão da assistência judiciária no processo principal não abrange o processo incidental, até porque, como já atrás foi sublinhado, estes processos correm em separado e mesmo em caso de recurso, sobem em separado.

Contudo, normalmente a apreciação do pedido no processo de suspensão ocorre antes da apreciação do pedido feito no processo principal. ⁽²³⁾

3.5. PROCESSO URGENTE

O processo de suspensão da executoriedade é um processo urgente (Eilprozess). Curiosamente a lei não determina nem o prazo para a instrução nem o prazo para o julgamento deste tipo de processos.

Normalmente o incidente de suspensão é decidido pelo Tribunal Colectivo — sem estarem presentes os dois juízes laicos (ehrenamtliche Richter) — num curto lapso de tempo: 3 a 7 dias.

Contudo, nenhuma sanção é aplicável aos juízes que demorem mais tempo a decidir este incidente, restando ao recorrente o habitual recurso aos meios de comunicação escrita e audio-visual ou até a outros menos ortodoxos.

⁽²³⁾ Klaus Finkelberg — op. cit. 47 e 136.

3.5.1. DISCUSSÃO ORAL FACULTATIVA

Não se exige nestes processos discussão oral (*mündliche Verhandlung*), mas é admissível. A inexistência de discussão oral tem por finalidade possibilitar à entidade recorrida uma tomada de posição sobre o requerimento, segundo princípio do contraditório enunciado no § 103 (1) da Constituição Alemã Fedral (*Grund Gesetz*).

Este processo, apesar de ser urgente, pode ser temporariamente interrompido, não sendo as partes ouvidas, daí resultando um benefício e defesa da segurança do recorrente ao mesmo tempo que é possibilitada a audiência da entidade recorrida antes da decisão definitiva sobre o requerimento do pedido de suspensão.

No caso de haver a audiência para discussão oral então aplica-se o disposto nos §§ 84 e segts.

3.5.2. SUSPENSÃO DO PROCESSO

Tendo em vista que se trata de um processo urgente, não há lugar a interrupção da audiência, como nos casos previstos no § 94.

Finkelburg, contrariando a opinião dominante, que admite a suspensão da executoriedade do acto administrativo com fundamento na inconstitucionalidade da lei, entende, de acordo com leis formalmente constitucionais, que é necessário recorrer para o Tribunal Constitucional, porquanto o monopólio que detém o Supremo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) de decidir todos os outros processos judiciais, abarca também a decisão da protecção provisória do direito pelo que, no caso de acto administrativo inconstitucional, a suspensão da executoriedade deve ser ordenada por este Tribunal. ⁽²⁴⁾

3.5.3. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Tanto no processo de suspensão da executoriedade como no caso de providência urgente (*einstweilige Anordnung*) pode haver lugar à interven-

(24) Klaus Finkelburg — op. cit. 137.

ção de terceiros, nos termos do § 65. Assim, enquanto não houver decisão com trânsito em julgado pode o Tribunal oficiosamente ou a requerimento de terceiros, permitir a sua intervenção desde que tenham interesse na decisão do processo, isto é, desde que os seus interesses possam ser afectados pela decisão.

A intervenção de terceiros interessados, que eventualmente haja no processo principal, não se estende oficiosamente aos processos incidentais referidos.

Desde a sua admissão judicial, podem os terceiros tomar parte na audiência oral, bem como no processo escrito, antes de ser proferida a decisão.

3.5.2. INSTRUÇÃO DO PROCESSO

No processo de suspensão da excoutoriedade é válido o princípio de averiguação oficiosa dos meios probatórios. O Tribunal não está deste modo sujeito às razões alegadas pela Administração que determinaram a imediata execução do acto administrativo. Todas as provas estão à disposição do Tribunal, que pode, nomeadamente, ouvir testemunhas ou efectuar inspecção ao local.

No processo ordinário toda a prova é feita sob compromisso de honra e basta uma forte probabilidade para se considerarem os factos provados.

Por outro lado, não é válida a limitação dos meios de prova, nos termos do disposto no § 294 do Código de Processo Civil (ZPO), visto que tal limitação é incompatível com o princípio da averiguação oficiosa da prova. ⁽²⁵⁾

4. DECISÃO JUDICIAL DA SUSPENSÃO DA EXECUTORIEDADE

Nem sempre o processo de suspensão culmina na decisão judicial. Com efeito, este processo pode findar sem ter sido judicialmente decidido, em três casos:

⁽²⁵⁾ Klaus Finkelnburg — op. cit. 138.

- a) Desistência do pedido de suspensão, nos termos do § 92;
- b) Acordo — sempre permitido — previsto no § 106 pois a Administração (Entidade Recorrida) está autorizada à execução do acto ou, nos casos previstos no § 80 (4), a suspender essa execução; e
- c) Decisão do processo principal, nos termos do § 161, por meio de “Beschluss”, isto é, como a causa principal terminou em virtude da Administração haver suspenso a executoriedade, nos termos do § 80 (4), resta ao Tribunal apenas a decisão sobre as custas que são da responsabilidade da recorrida, nos termos do § 80 (3).

Mas, quando o Tribunal tem de proceder ao julgamento do requerimento de suspensão, quid juris?

Há que distinguir dois tipos de situações, previstas no § 80 (5):

I — O Tribunal pode decretar total ou parcialmente a *suspensão da executoriedade naqueles casos em que o efeito suspensivo está legalmente afastado*, nos termos do § 80 (2), isto é, nos casos de:

- a) Impostos e custas;
- b) Determinações e medidas inadiáveis de Polícia; e
- c) Determinação da Lei Alemã Federal.

II — O Tribunal pode decretar total ou parcialmente o *restabelecimento do efeito suspensivo*, ou seja, suspender a executoriedade do acto já executado, nos termos do § 80 (5) parte final.

Portanto, se o acto ainda não foi executado, o Tribunal pode decretar a suspensão da executoriedade; se o acto já foi executado, ao tribunal não resta outra alternativa senão ordenar o restabelecimento da suspensão da executoriedade, interrompendo a execução do acto.

Assim, nos actos administrativos *ainda não executados*, a suspensão da executoriedade surge:

I — Por força da lei — § 80 (1);

2 — Por determinação da Administração — § 80 (4); e

3 — Por decisão do Tribunal — § 80 (5).

Nos actos administrativos *já executados* só já é possível a interrupção da execução com o restabelecimento da suspensão da executoriedade que produz efeitos *ex tunc*.

No entanto, casos há em que já não é possível, melhor, é absolutamente ineficaz, o restabelecimento do efeito suspensivo.

Assim, no caso de danos irreparáveis devido à prática do acto administrativo, pode dizer-se que, abstractamente, está excluído o restabelecimento da suspensão da executoriedade pois a interrupção da execução só tem significado se com ela se paralizarem os efeitos nocivos do acto.

Voltemos aos exemplos clássicos, da casa em ruínas e do cão contaminado de raiva. Se a casa for demolida ou o cão abatido, então, na realidade não é mais possível fazer retroceder esta execução, isto é, a reintegração “*in natura*”, sendo absolutamente indiferente que seja ou não interrompida a execução do acto pois a casa já foi demolida e não é possível tornar a erguê-la como estava e o cão foi abatido não sendo possível restituir-lhe a vida.

Nestes casos ao Tribunal restará apenas — e só nos casos do acto administrativo estar viciado — condenar a Administração no pagamento de uma indemnização ao lesado.

Vamos agora ver quais são os casos de actos administrativos já executados em que o Tribunal pode restabelecer a suspensão da executoriedade.

São os previstos no § 80 (4). 2., isto é, todos aqueles em que o interesse público impõe que a Administração execute imediatamente o acto.

Como se pode ver, há aqui um amplo campo de acção que permite à Administração, no exercício do seu poder discricionário, considerar que se encontram preenchidos os requisitos para a imediata execução do acto.

É aqui que a acção dos Tribunais Administrativos da R.F.A. tem um grande papel a desempenhar, na busca de um critério homogéneo e constante do interesse público (que não está consagrado em nenhum texto legal) bem como na definição e âmbito do exercício do poder discricionário (*Ermessensausübung*).

Assim, os Tribunais antes de decidirem o restabelecimento da suspensão da executoriedade, têm de ponderar o interesse público aferindo-o com o interesse particular; se este último for julgado superior ao primeiro, por-

que da execução do acto executado emergem prejuízos irreparáveis, então pode o Tribunal conceder o restabelecimento da suspensão da executoriedade.

Mas, apesar do prejuízo ser irreparável para o particular, mesmo assim, pode o interesse público ser superior, como no exemplo atrás dado, do cão raivoso. Se o cão for abatido, resulta para o dono um prejuízo irreparável pois não mais é possível dar vida àquele animal porventura raríssimo e valioso. Só que a defesa da Saúde Pública representa um interesse público (interesse da comunidade em ser preservada da raiva) obviamente superior ao prejuízo irreparável alegado e demonstrado pelo particular lesado com a execução do acto.

Segundo Vogel, a corrente hoje dominante entende que há interesse público na imediata execução do acto administrativo, se for evidente a sua legalidade, devendo nesse caso improceder o pedido de suspensão da executoriedade. ⁽²⁶⁾

Tal opinião está, porém, em contradição com a lei — § 84, pois a manifesta improcedência do recurso não é só por si fundamento para a imediata execução do acto administrativo, porquanto o simples facto de o recurso poder vir a ser provido — apesar do poder discricionário de que goza a Administração na imediata execução do acto quando fundado em interesse público — deve ser tomado em linha de conta, por ter peso decisivo na determinação da imediata execução.

Para Wieseler interesse público é aquele que, na defesa e realização da igualdade material do bem comum, tem por principal missão a protecção da dignidade e dos direitos do homem. ⁽²⁷⁾

Em conclusão: os juízes da R.F.A. antes de decidirem o restabelecimento da suspensão da executoriedade têm de ponderar o interesse público na execução do acto (öffentliches Vollzugsinteresse) conjugando-o com a irreparabilidade do dano causado pelo acto, sem perder de vista o poder discricionário da Administração.

São estes os pressupostos materiais da decisão judicial da suspensão.

⁽²⁶⁾ Klaus Vogel — op. cit. 112.

⁽²⁷⁾ Willi Wieseler — op. cit. 54.

4.1. FORMA DA DECISÃO

Quanto à forma de decisão há que distinguir entre a decisão do recurso contencioso (Anfechtungsklage) da decisão do requerimento de suspensão da executoriedade (Widerspruch).

Assim, enquanto no primeiro caso a decisão tem o nome de “Urteil”, no segundo chama-se “Beschluss”, como resulta da leitura do § 107.

A deliberação que o Tribunal tomar sobre o requerimento de suspensão da executoriedade tem de ser sempre fundamentada, nos termos do disposto no § 122 (2), e enquanto impugnável, conter instruções sobre o modo de recorrer (Rechtsmittelbelehrung); esta deliberação é notificada nos termos do § 56.

Anote-se, como curiosidade, que esta “Beschluss”, do ponto de vista formal, é constituída, normalmente por 5 partes distintas:

- I — Identificação das partes, da causa de pedir, e do Tribunal;
- II — Decisão;
- III — Fundamentação “de facto”;
- IV — Fundamentação “de juris”;
- V — Indicação dos direitos das partes ou interessados em recorrer bem como das vias de recurso (Rechtsmittelbelehrung).

Por vezes a III e V partes fundem-se numa só.

4.2. CONTEÚDO DA DECISÃO

Como já vimos, o Tribunal pode decretar a suspensão da executoriedade total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, ou determinar o restabelecimento da suspensão, nos termos do § 80 (5).

A deliberação de suspensão tem efeitos “ex nunc”. O Tribunal pode, no entanto, suspender a execução do acto administrativo com efeitos

retroactivos, nos termos do § 80 (5), parte final, que permite que seja decretada a suspensão de um acto já executado (*Wiederherstellung*), o que equivale a um efeito retroactivo da suspensão.

O Tribunal pode, nesse caso, fazer depender o restabelecimento da suspensão da executoriedade do cumprimento de certas obrigações.

No caso do acto administrativo já ter sido executado pela Administração ou espontaneamente aceite pelo particular, pode o Tribunal, além de decretar o restabelecimento ou a suspensão da executoriedade, ainda suspender a execução do acto, a menos que isso já não seja possível por se tratar de acto de execução instantânea. ⁽²⁸⁾

4.3. EFEITO DA DECISÃO

A deliberação de suspensão da executoriedade tem efeito constitutivo (*rechtsgestaltende Wirkung*), entra em vigor com a sua publicação e elimina a imediata executoriedade do acto administrativo. Futuras medidas de execução são ilegais e como tal susceptíveis de recurso. Além disso, a suspensão dessa deliberação não afasta a proibição da execução.

O deferimento ou restabelecimento da suspensão da executoriedade dura até ao momento em que se dá a execução — por o acto administrativo não ser recorrível — desde que não seja temporária, ou posteriormente o Tribunal venha a restringi-la ou suspendê-la.

Esta deliberação impede a Administração de tornar a executar o acto. No caso de pretender proceder à imediata execução tem de requerer ao Tribunal que modifique a deliberação da suspensão da executoriedade, nos termos do § 80 (6).

Pode pois concluir-se que a decisão judicial da suspensão da executoriedade nos termos do § 80 tem eficácia até à decisão dos Tribunais Superiores (*Wirkt bis zum Abschluss des Revisions Verfahrens*).

4.4. CUSTAS DO PROCESSO

A deliberação do Tribunal Colectivo que recair sobre o requerimento de suspensão de executoriedade deve fixar o montante das custas, por força do disposto nos §§ 154 e 161.

⁽²⁸⁾ Klaus Finkelburg — op. cit. 139.

A decisão sobre o pagamento de custas não espera pela decisão do processo principal pois como se trata de dois processos distintos em cada um são fixadas as respectivas custas.

Apesar disso, logo que o processo finda, vai à conta para liquidação e pagamento das custas, segundo o que está contido na decisão da causa principal, nos termos do § 120.

Uma eventual alteração da deliberação da suspensão é irrelevante quanto à decisão das custas.

O valor da causa tem em consideração a parte correspondente ao valor do processo principal.

Na suspensão de excecutoriedade de actos administrativos respeitantes a pagamentos de impostos, é cobrado geralmente 1/10 do processo principal, segundo Finkelnburg. ⁽²⁹⁾

5. IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A impugnação da decisão (*die Anfechtung der Entscheidung*) faz-se pela via de recurso que pode ter diversos nomes consoante o tipo de decisão que se impugna.

Assim, se se pretende impugnar a decisão do Presidente do Tribunal [§ 80 (6)] o recurso tem o nome de “Beschwerde” e igual nome recebe o recurso da decisão do Tribunal, nos termos do § 80 (5).

“Beschwerde” ocupa dentro da hierarquia dos recursos o escalão mais baixo. Segue-se-lhe o recurso de apelação “Berufung” e no topo está o recurso de revisão, “Revision”, que é julgado pelo “Bundesverwaltungsgericht”, sediado em Berlim.

Estes três tipos de recursos (“Beschwerde”, “Berufung” e “Revision”) são “Rechtsmittel”. Todos os outros tipos de recurso (*Anfechtungsklage*), “Widerspruch”, “Verpflichtungsklage”, “Widerspruchsbescheid”, “Einspruch”, etc. são “Rechtsbehelf”.

Em conclusão: todos os recursos à excepção de “Beschwerde”, “Berufung” e “Revision” são “Rechtsbehelf”.

⁽²⁹⁾ Klaus Finkelnburg — op. cit. 141.

5.1. CASO EM QUE NÃO HÁ RECURSO

Obviamente não há recurso contencioso quando o recurso gracioso de suspensão de executoriedade (*Widerspruch*) é deferido, isto é, quando a Administração suspende a execução do acto. Quanto a isto não há dúvidas nem excepções pois o § 72 é bem claro: “Se a Entidade Recorrida entende que o recurso está fundamentado, defere-o e decide sobre as custas”.

Uma parte da jurisprudência afirma que, nos actos administrativos com duplo efeito, se o lesado com a imediata execução do acto administrativo consegue do Tribunal o restabelecimento da suspensão da executoriedade, então, em contrapartida, deve ser dada àquele que é favorecido com a execução do acto, a possibilidade de recorrer, nos termos do § 80.

No entanto, Finkelnburg não está de acordo com esta jurisprudência pois entende que ao recorrido particular não assiste o direito de recorrer da suspensão da executoriedade determinada pela Administração, mesmo que a execução do acto impugnado fosse para si uma garantia, pois não tem necessidade de recorrer, porque, no caso de ser chamado pelo Tribunal a participar no processo (*Beigeladenwerden*), a decisão do recurso é não só ilegal como não tem o menor efeito (*Wirkunglos*). ⁽³⁰⁾

5.2. RECURSO DO INDEFERIMENTO DA SUSPENSÃO

No caso do Tribunal não deferir o requerimento de suspensão ou só parcialmente o deferir, tem o requerente direito a interpor recurso que será julgado nos termos do § 148 e decidido pelo Tribunal Administrativo de 2.^a Instância, após discussão oral, nos termos do § 150.

Ainda nos termos do § 148, pode o Tribunal ou o Presidente reparar o agravo se julgar que o mesmo está fundamentado.

É ainda lícito apresentar o recurso no Tribunal a quo, se através do recurso interposto no Tribunal onde corre o processo principal, aí for decretada ou restabelecida a suspensão da executoriedade.

⁽³⁰⁾ Klaus Finkelnburg — op. cit. 142.

Este processo rege-se pelas normas gerais e, nos termos do § 149, não tem efeito suspensivo.

Caso o Tribunal, no momento da decisão, ache que o recurso está devidamente fundamentado, pode suspender ou restabelecer a suspensão da executoriedade, parcial ou totalmente. Pode igualmente, de forma análoga ao disposto no § 130 rejeitar o recurso.

5.3 RECURSO DA DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL

Como já foi referido, nos casos urgentes (*in dringenden Fällen*), pode o Presidente do Tribunal decidir a suspensão da executoriedade [§ 80 (7)].

Desta decisão cabe recurso que tem de ser interposto dentro de duas semanas, podendo ou não, haver discussão oral.

Segundo Finkelnburg, mesmo no caso do Presidente do Tribunal decidir favoravelmente o pedido de suspensão, pode ser interposto recurso ⁽³¹⁾.

Não é possível a reabertura do processo de suspensão uma vez que as decisões destes requerimentos nunca transitam em julgado, como dispõe o § 80 (6).

Face ao disposto no § 80 forçoso é concluir que os recursos dos processos de suspensão de executoriedade nunca terão efeito devolutivo.

6. ALTERAÇÃO DA DELIBERAÇÃO DE SUSPENÇÃO DA EXECUTORIEDADE

Nos termos do § 80 (6) as deliberações tomadas pelo Colectivo sobre os requerimentos de suspensão podem a todo o tempo ser modificadas ou

⁽³¹⁾ Klaus Finkelnburg — op. cit. — 143

revogadas, num processo autónomo denominado “Abänderungsverfahren” que se destina a estudar a questão de saber se a manutenção dessa decisão (Beschluss) ainda se justifica.

Com efeito, ao contrário do que acontece com as sentenças (Urteile), que transitam em julgado, e, portanto, só podem ser alteradas pelos Tribunais Superiores por meio de recurso de apelação (Berufung) ou de revisão (Revision) a deliberação da suspensão (Beschluss), nunca transita em julgado pelo que pode ser alterada pelo mesmo Tribunal.

O Tribunal competente é o do processo principal (Hauptsache), nos termos do § 80 (5).

6.1 OBRIGATORIEDADE DE REQUERIMENTO

Muito embora o § 80 nada estipule acerca desta matéria, o Tribunal não pode oficiosamente conhecer da suspensão, pois o Processo Administrativo da R.F.A. é todo ele dominado pela exigência de apresentação de requerimento.

Por esta razão, também o pedido de suspensão de executoriedade do acto administrativo tem de ser requerido.

O recorrente ou requerente (Antragsteller) pode usar uma de três vias para a formulação do pedido:

- a) Envia o requerimento pelo correio;
- b) Apresenta-se no Tribunal e expõe verbalmente o seu pedido, que o escrivão se encarrega de transcrever para uma acta (Niederschrift);
- c) Formula verbalmente, no processo principal, aquando da discussão oral (mündliche Verhandlung) esse pedido, que o Presidente do Tribunal se encarrega de ditar para a acta, nos termos dos §§ 105 e 104.

6.2 CRITÉRIO DECISÓRIO DO TRIBUNAL

Tal como no requerimento de suspensão, o Tribunal decide também os requerimentos para alteração dessa deliberação segundo a sua convic-

ção, sendo livre a apreciação da prova (*freie Beweiswürdigung*), tendo sempre em linha de conta o disposto no § 80 (2) 4.

Como nos termos do § 80 a decisão de suspensão da executóriedade pode ser remodificada a todo o tempo, não se exige uma alteração das circunstâncias; no caso de haver modificação das circunstâncias pode o Tribunal alterar a deliberação da suspensão, a qual, segundo Finkelnburg, nunca tem efeito retroactivo ⁽³²⁾.

6.3 RECURSO DA DELIBERAÇÃO DE ALTERAÇÃO DA SUSPENSÃO

Contra a decisão tomada no “*Abänderungsverfahren*” não é possível recorrer a não ser que o recurso não respeite o requerimento em que o tribunal decidiu restringir a suspensão da executóriedade ou suspendê-la. Nos outros casos é admissível recurso (*Beschwerde*) que tem sempre efeito devolutivo.

7. CONCLUSÃO

Para concluir este modesto trabalho gostaria de fazer uma curta referência à Jurisdição Administrativa da R.F.A., bem como um esboço comparativo da suspensão da executóriedade dos actos administrativos em França e em Portugal.

Em cada Land há um Tribunal Administrativo de 1.^a Instância — *Landesverwaltungsgericht* ou somente *Verwaltungsgericht*, e ainda um Tribunal Administrativo de 2.^a Instância — *Oberverwaltungsgericht* ou *Verwaltungsgerichtshof*.

Actualmente, em toda a República Federal da Alemanha, incluindo o Tribunal Administrativo de Berlim, há 30 Tribunais Administrativos de 1.^a Instância e 11 Tribunais Superiores.

⁽³²⁾ Klaus Finkelnburg — *op. cit.* — 145

Em Berlim está sediado o “Bundesverwaltungsgericht” Supremo Tribunal Administrativo Federal Alemão, que foi criado por uma lei de 23 de Setembro de 1952, e desempenha o duplo papel de Tribunal de Revisão em Relação aos Tribunais Administrativos dos Länder e de Tribunal de 1.^a e última Instância.

Todos os Tribunais Administrativos estatuem sob a forma colegial, recebendo o nome de “Kammer” o Tribunal Colectivo de 1.^a Instância, e designa-se “Senat” o Tribunal Colectivo de 2.^a Instância.

Os Colectivos dos Tribunais Superiores são constituídos por 3 ou 5 juizes de carreira (Berufsrichter) e por 2 juizes laicos (Ehrenamtliche Richter) ⁽³⁴⁾.

Os Tribunais Colectivos de 1.^a Instância são constituídos por 3 juizes de carreira e dois Juizes laicos [como já atrás se disse mesmo o processo de suspensão da executoriedade é decidido por 3 juizes, comportando uma única excepção legal — § 80 (6)].

Os juizes, na sua maior parte, exercem as suas funções a título principal, como juizes administrativos. Contudo, há alguns professores de Direito Público que também exercem funções de juiz administrativo ⁽³⁵⁾.

Como já ficou exposto, a protecção dos direitos dos cidadãos face à Administração, é assegurada na R.F.A. pelos Tribunais Constitucionais que, em certa medida, concedem igualmente protecção jurídica contra actos da Administração.

Com efeito, o Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), além de assegurar a protecção dos direitos fundamentais impedindo a sua violação por normas ou leis anti-constitucionais, concede ainda protecção jurídica no caso de violação de direitos por decisões dos Tribunais Administrativos, ou da Administração.

O recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) pode ser interposto por qualquer cidadão que se sinta lesado nos seus direitos desde que estejam esgotadas todas as outras vias judiciais de recurso ⁽³⁶⁾.

Excepcionalmente pode interpor-se recurso directamente para o Supremo Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsge-

⁽³⁴⁾ Otto Bachhof-Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 154

⁽³⁵⁾ Op. cit. — 161

⁽³⁶⁾ Op. cit. — 186

richt) mesmo antes de estarem esgotadas as outras vias de recurso, no caso de se tratar de uma questão de extraordinária importância ou em caso de séria ameaça de prejuízos para o recorrente.

Por esta razão, existem em todos os Länder Tribunais Constitucionais, mas na prática só o Tribunal Constitucional da Baviera desempenha um papel activo na protecção dos direitos dos particulares face às medidas tomadas pela Administração ⁽³⁷⁾.

Os Tribunais Administrativos da R.F.A. retomaram uma enorme importância a partir de 1945, tendo visto a sua jurisdição extremamente ampliada com a introdução da Cláusula Geral de Competência Ilimitada (Generalklausel) bem como a interpretação extensiva da noção de acto administrativo ⁽³⁸⁾.

Como escreve o Prof. Bachof, na obra que tem vindo a ser citada "...a restauração do regime de Estado de Direito, a seguir ao período de férias da legalidade, sob o regime Nacional-Socialista... ficou a dever-se em grande parte aos Tribunais Administrativos, que restabeleceram normas seguras por onde a Administração se devia pautar e souberam impor o respeito perante a resistência da Administração".

No moderno Estado Social, que, de um modo mais ou menos forçado, vai estendendo cada vez mais os seus tentáculos, invadindo com a sua enorme esfera de influência os domínios íntimos do indivíduo, é preciso encontrar uma contrapartida para lhe fazer frente, portegendo o indivíduo contra o abuso da concentração do poder do Estado.

Essa contrapartida, essa oposição à "Administração Total", de actuação rápida e eficaz, dá pelo nome na R.F.A., de Suspensiveffekt ou aufschiebende Wirkung.

Quanto à suspensão da excoutoriedade dos actos administrativos em França, importa desde já referir que aí a regra é precisamente a inversa do direito alemão.

Com efeito, a regra do direito administrativo francês é a ausência de efeito suspensivo, isto é, os recursos de anulação contenciosa dos actos administrativos não suspendem a execução.

A excepção, rara nos Tribunais Administrativos, e raríssima no Conseil d'Etat, é a suspensão da execução do acto administrativo.

⁽³⁷⁾ Op. cit. — 186 e 187

⁽³⁸⁾ Op. cit. — 189

Nos casos de extrema urgência em que da execução do acto resultaria grave prejuízo, irreparável ou de difícil reparação para o particular, pode o juiz decretar a suspensão da executoriedade mas, trata-se tão só de uma faculdade, pois, mesmo estando preenchidos os requisitos legais o juiz não é obrigado a suspender o acto impugnado pois goza de um total poder discricionário nesta matéria ⁽³⁹⁾.

Excepcionalmente, e para fazer face à lentidão da instância, pode o juiz administrativo resolver num curto lapso de tempo, um caso urgente enquanto não é decidido de mérito o recurso do acto administrativo impugnado.

Neste caso segue-se uma tramitação urgente, nomeadamente o processo do “référé” ou do “constat d’urgence”. O juiz administrativo decreta então medidas urgentes tais como a suspensão da executoriedade de uma decisão administrativa.

Esta tramitação urgente — que é a excepção no Direito Administrativo Francês — tem um carácter excepcional e extraordinário sendo rarisimamente usada pelo “Conseil d’Etat”, sendo da competência do Presidente da Secção do Contencioso, e de rara aplicação nos Tribunais Administrativos de 1.^a instância, onde, em regra, é da competência do Presidente do Tribunal.

O que distigue essencialmente o “référé” do “constat d’urgence” é a inexistência do princípio do contraditório neste último processo, o que se compreende dada a maior celeridade na tramitação processual.

Em França, a instância principal e a instância “en référé”, não se confundem. A primeira tende a pôr fim ao litígio; a segunda visa evitar o prejuízo criado pelo decurso do tempo.

O juiz competente para estatuir acerca do pedido de aplicação de medidas urgentes deve ser, em princípio, o mesmo que é competente para decidir a instância principal.

O requerimento onde se pede a suspensão da executoriedade, pode ser apresentado mesmo na ausência duma decisão prévia da Administração, e isto para impedir que o pedido incidental fique paralisado durante meses pela recusa da decisão da Administração, quando se impõe que sejam ordenadas medidas urgentes.

Este incidente é decidido pelo juiz do Tribunal Administrativo através de despacho, do qual se pode recorrer de apelação para o “Conseil d’Etat”,

⁽³⁹⁾ Charles Debbasch — Contentieux Administratif — Précis Dalloz — 1978, 452

dentro de quinze dias, mas este recurso de apelação não tem efeito suspensivo.

Além disso, em França, o pedido de suspensão de executoriedade deve ser sempre formalizado num processo anexo ao principal, isto é, esse pedido incidental deve ser apresentado em requerimento separado no prazo do recurso por excesso de poder, sendo obrigatória a constituição de advogado, nos casos em que é obrigatória no processo principal.

A suspensão da executoriedade é, pois, no Direito Administrativo Francês, um proceso extraordinário, que apesar de tudo, não permite evitar todos os prejuízos irreparáveis. Os direitos dos recorrentes particulares — contrariamente ao que sucede na República Federal da Alemanha — estão, assim, insuficientemente protegidos com a suspensão da executoriedade.

E em Portugal? Bom, entre nós a suspensão da executoriedade dos actos administrativos está regulamentada no art.º 76.º até ao art.º 81.º da Lei de Processo administrativo, de 16 de Julho de 1985, em vigor desde o dia 1 de Outubro.

Trata-se de um processo urgente, tal como em França e na R.F.A., mas em Portugal o juiz administrativo decide este tipo de recursos sempre sózinho e não colegialmente, num curto lapso de tempo: 3 dias após a vista ao M.º P.º por 2 dias, e a resposta ou ausência de resposta da Administração, em 14 dias.

Para decretar a suspensão da executoriedade têm que estar preenchidos, cumulativamente, três requisitos:

- a) Probabilidade de prejuízo de difícil reparação para o requerente ou para os interesses por si defendidos, causado pela execução do acto;
- b) Ausência de grave lesão do interesse público, determinada pela suspensão;
- c) Inexistência de fortes indícios de ilegalidade da interposição do recurso.

O Tribunal competente é o do recurso principal e o pedido de suspensão de executoriedade que é apresentado em requerimento próprio, pode

ser feito juntamente com a petição do recurso, ou previamente à interposição do recurso. No primeiro caso é autuado por apenso, e no segundo o processo é apensado ao recurso pendente logo que transite em julgado a decisão sobre a suspensão.

Tal como sucede na R.F.A., a suspensão da executoriedade do acto administrativo, pode ser decretada condicional e/ou temporariamente, podendo a Administração executar o acto, antes do trânsito em julgado da decisão do pedido, quando em resolução fundamentada, reconheça grave urgência para o interesse público na imediata execução.

No caso de execução indevida, o Tribunal, a requerimento do interessado e ouvindo a autoridade requerida, pelo prazo de 7 dias, e o M.º P.º, pelo prazo de 2 dias, pode declarar ineficazes, para efeitos de suspensão, os actos de execução praticados, sem prejuízo da responsabilidade que couber.

A recente legislação nacional sobre a suspensão da executoriedade, deu um grande passo em frente relativamente à anterior legislação, e mesmo em relação à legislação francesa, onde a Administração goza ainda hoje de um enorme poder, quas intocável mesmo pelo “Conseil d’Etat”, mas ainda estamos bem longe do modelo da Alemanha Ocidental, onde um simples requerimento dirigido à Administração, basta para paralisar de imediato, e por força da lei, a suspensão da executoriedade do acto impugnado.

Na Alemanha Federal a Autoridade Administrativa resolve quase 95% dos recursos, dando satisfação às pretensões dos requerentes, deixando seguir para os Tribunais administrativos apenas 5% dos restantes recursos, cabendo, assim, aos juizes desses Tribunais, a tarefa de julgar os casos mais difíceis que a Administração não conseguiu resolver.

Penso que o legislador nacional deveria avançar na direcção do modelo alemão — muito mais evoluído que o actual modelo francês — não somente porque é aquele que melhor defende, provisoriamente, os direitos dos cidadãos, mas ainda porque deixando à Administração — no sentido mais amplo do termo — a possibilidade de decidir graciosamente muitos dos recursos que invadem os nossos Tribunais Administrativos — nomeadamente os recursos em matéria disciplinar — a Justiça Administrativa Portuguesa seria certamente mais rápida e o número de recursos contenciosos baixaria muito provavelmente ao nível actual (aceitável) das acções administrativas.

Para tanto duas medidas se impõem:

- a) A rápida publicação do Código de Direito Administrativo Gracioso;
- b) Urgente formação de quadros administrativos, capazes de resolver a maior parte dos recursos gratuitos, como sucede em França com a “Ecole Nationale d’Administration” e na R.F.A. com a “Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer”, por onde, obrigatoriamente, passam todos os altos funcionários administrativos.

8. RESUME

L’institut de l’effet suspensif des actes administratifs exécutoirs dans le Droit Administratif de la République Fédérale d’Allemagne jouit d’une importance extraordinaire, puis qu’il est basé dans le n.º 4 de l’Article 19 de la Loi Fondamentale, laquelle prévoit des mesures de protection des droits des citoyens face à l’Administration.

Les mesures provisoires sont réglées dans La Loi de l’Organisation Judiciaire des Tribunaux Administratifs (VwGO) dans l’article 80 et 123, mais seulement la première mesure — l’effet suspensif — est l’objet de cette étude.

Où est consacré l’effet suspensif? La réponse nous est donnée par le n.º 1 de l’article 80. Les recours gracieux ou contentieux ont effet suspensif, c’est à dire, il suffit de présenter une requête à l’Administration ou devant les Tribunaux Administratifs pour que l’acte administratif illégal et vicieux qui lése les droits du requérant voit son exécution paralysée ou interrompue.

En règle ou recourt d’abord gracieusement et seulement au cas où l’Administration ne satisfait pas la prétention du requérant, aura lieu le recours contentieux.

En des cas exceptionnels il est admit le recours à la voie contentieuse sans préalablement être épuisée la voie gracieuse, comme dans le cas du recours direct à la Cour Suprême Administrative, siège à Berlin Occidental.

L'effet suspensif est une procédure d'urgence soit pour l'Administration soit pour les Tribunaux Administratifs mais néanmoins aucun délai est fixé par la loi pour le jugement des procès urgents.

Il y a deux procès séparés et autonomes: l'un est celui de la procédure d'urgence où est demandée la paralisation ou l'interruption de l'exécution de l'acte administratif; l'autre c'est la procédure du fond où est demandée l'annulation de l'acte entaché par un quelconque vice.

Même la procédure d'urgence doit être décidée collégalement par trois juges. Cette décision n'a pas la force de chose jugée et peut être modifiée par la même tribunal.

Dans le cas d'extrême urgence le Président du Tribunal, peut décider et accorder ou nier l'effet suspensif de l'acte administratif.

Quant au sursis à l'exécution il faut tenir en considération deux cas:

I — L'acte administratif n'est pas d'exécution intantannée;

II — L'acte administratif se trouve déjà exécuté.

Dans la premier cas le Tribunal peut ordonner le sursis à l'exécution; dans la second, une fois que l'exécution est en marche, le tribunal n'a d'autre alternative que d'ordonner l'interruption de l'exécution de l'acte et rétablir l'effet suspensif, comme le prévoit l'article 80, n.º 5.

En France, par contre, la règle est l'absence d'effet suspensif. En effet, les recours contentieux formés devant la juridiction administrative contre des actes de l'administration n'en suspendent pas l'exécution ⁽⁴⁰⁾.

Exceptionnellement, pour contrer la lenteur de l'instance, le juge administratif peut résoudre en un bref délai un problème urgent, en attendant la solution définitive, en faisant usage de la procédure d'urgence, notamment du référé ou du constat d'urgence.

Le juge administratif ordonne alors des mesures urgentes telles que le sursis à l'exécution d'une décision administrative.

Il faut dire que cette procédure d'urgence, par son caractère exceptionnel, est très peu usité au Conseil d'Etat où elle appartient au Président de la Section du Contentieux, et même dans les Tribunaux Administratifs elle relève, en principe, de leur Président.

(40) Charles Debbasch — Contentieux Administratif — Précis Dalloz — 1978, 435.

Ce qui distingue le référé du constat d'urgence c'est l'abandon du principe du contradictoire de cette dernière procédure.

Le juge administratif peut prononcer le sursis à l'exécution pour retarder jusqu'à la décision au fond, l'exécution d'un acte administratif attaqué devant le Tribunal Administratif, quand cette exécution aurait des conséquences difficilement réparables.

En France l'instance principale et l'instance en référé ne se confondent pas. La première tend à mettre fin au litige; la seconde vise à éviter le dommage créé par le découlement du temps. Aussi, les Tribunaux Administratifs reçoivent-ils les demandes urgentes, même si le juge du fond est déjà saisi de l'instance principale. C'est pourquoi le juge compétent pour statuer sur la demande de mesures d'urgence doit être, en principe, le juge de la compétence duquel sera l'instance principale.

La requête de référé peut être formée même en l'absence d'une décision préalable de l'administration et ceci pour empêcher que la demande soit paralysée pendant des mois par le refus de décision de l'administration alors que des mesures urgentes s'imposent ⁽⁴¹⁾.

L'ordonnance rendue par le juge administratif est exécutoire par provision. Il est possible d'appeler au Conseil d'Etat, dans les quinze jours, mais ce recours d'appelation n'est pas suspensif de l'exécution.

En France la demande de sursis à l'exécution doit toujours être l'annexe d'un recours principal: elle doit être présentée par requête séparée dans le délai du recours pour excès de pouvoir et le ministère d'avocat est obligatoire si la requête principale n'en est pas dispensée.

Le sursis à l'exécution reste une procédure extraordinaire qui, malgré tout, ne permet pas d'éviter tous les préjudices irréparables. Les droits des particuliers — contrairement à ce qui arrive dans la République Fédérale d'Allemagne — sont donc insuffisamment protégés par l'existence du sursis.

Et au Portugal? Chez nous le sursis à l'exécution des actes de l'administration se trouve réglé dans l'article 76 et jusqu'à l'article 81 de la Loi de la Procédure Administrative, du 16 juillet 1985, en vigueur depuis le 1^{er} Octobre.

Il s'agit d'une procédure d'urgence telle qu'en France et en R. F.A., mais au Portugal le juge administratif statue toujours seul dans un délai fixé par la loi en trois jours.

⁽⁴¹⁾ Op. cit. 443.

Por ordonner le sursis à l'exécution il faut que trois conditions soient cumulativement remplies:

- a) Probabilité de dommage de difficile réparation pour le demandeur, en résultat de l'exécution de l'acte;
- b) Absence de grave lésion de l'intérêt public, en résultat du sursis;
- c) le bien fondé du recours.

Le tribunal compétent est celui de l'instance principale et la demande du sursis peut être annexe et simultanée à la demande principale, ou alors préalable à celle-ci.

L'Administration a un délai de quatorze jours pour se prononcer sur la demande du sursis mais, au contraire de ce qui arrive en R.F.A., où 95% de ces procès sont décidés par l'Administration dans une procédure gracieuse pré-contentieuse (Vorverfahren), chez nous la décision appartient toujours au juge administratif.

Telle qu'en R.F.A., le sursis à l'exécution de l'acte administratif, peut être ordonné sous conditions et temporairement, et l'Autorité Administrative peut donner exécution à l'acte dès que soit reconnu l'urgence de l'intérêt public dans l'immédiate exécution, et ceci dans une décision fondée.

La récente législation sur le sursis à l'exécution, a fait un grand pas en avant par rapport à la législation précédent et même relativement à la législation française, où l'administration jouit encore d'un pouvoir presque intouchable même par le Conseil d'Etat. Mais on est encore loin du modèle allemand occidental où une simple requête est suffisante pour l'imédiat sursis à l'exécution et où l'Autorité Administrative résout presque 95% des recours en donnant satisfaction aux prétentions des requérants laissant aux juges des Tribunaux Administratifs la tâche de trancher les cas plus difficiles.

Je pense que le législateur national devrait avancer dans la direction du modèle allemand, non seulement parce que c'est celui qui mieux défend, provisoirement, les droits des citoyens, mais aussi car en laissant à l'Administration — au sens large du terme — la possibilité de décider gracieusement beaucoup de recours qu'envahissent nos Tribunaux Administratifs, notamment ceux qui versent en matière disciplinaire, la Justice Administrative Portugaise serait sûrement plus rapide et le nombre de recours

contentieux baisserait au niveau (accéptable) de celui des actions administratives.

9 ZUSAMMENFASSUNG

Das Institut der aufschiebende Wirkung der Verwaltungsakte im deutschen Verwaltungsrecht ist von sehr grosser Bedeutung, weil es im Art. 19 Abs. 4 GG verankert ist, der den Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt vorsieht.

Der vorläufige Rechtsschutz ist in den §§ 80 und 123 der Verwaltungsgerichtsordnung festgelegt, aber nur die aufschiebende Wirkung wird der Gegenstand von dieser Untersuchung sein.

Wo ist aber dieses Rechtsinstitut im Gesetz vorgesehen? Die Antwort finden wir im § 80. VwGO. Der Widerspruch und die Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung, d.h., es genügt den Antrag bei der Behörde oder beim Verwaltungsgericht einzulegen, um die Vollziehung des rechtswidrigen und fehlerhaften Verwaltungsakts auszusetzen.

In der Regel, erhebt man zuerst Widerspruch und nur im Fall, dass die Behörde den Verwaltungsakt nicht rüchnimmt, findet die Anfechtungsklage statt.

Ausnahmsweise kann man gleich die Anfechtungsklage erheben, ohne vorher auf den Widerspruchsverfahren zu greifen, wie in bestimmten Fällen beim Bundesverwaltungsgericht vorkommt.

Die aufschiebende Wirkung ist ein Eilverfahren, sei es bei den Behörden, sei es bei den Verwaltungsgerichten, aber trotzdem gibt es keine Frist für die Entscheidung dieser Verfahren.

Es gibt zwei selbständige und getrennte Verfahren: das Eilverfahren, wo die Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsakts angeordnet wird, und das Hauptverfahren, wo die Entscheidung über die Anfechtung des Verwaltungsakts erlassen wird.

Das Eilverfahren wird immer von drei Berufsrichtern entschieden. Dieser Beschluss ergeht in Rechtskraft nicht, und in dringenden Fällen kann der Vorsitzende allein entscheiden.

Über die Aussetzung der Vollziehung der Verwaltungsakte muss man zwei Situationen berücksichtigen:

I — Es handelt sich um einen dauernden Verwaltungsakt; oder

II — Der Verwaltungsakt ist schon vollzogen, weil er sich in einem einmaligen Akt erschöpft hat.

Im ersten Fall kann das Gericht die Vollziehung aussetzen; im zweiten Fall da der Verwaltungsakt schon vollzogen ist, kann das Gericht ganz oder teilweise wiederherstellen (s. § 80 (5)).

In Frankreich, im Gegenteil, hat die Anfechtung der Verwaltungsakte, im Regelfall, keine aufschiebende Wirkung, die aber in ausnahmefällen (dringenden Fällen) zuerkannt werden kann, indem der Verwaltungsrichter die Vollziehung eines Verwaltungsakts aussetzt.

Die Aussetzung der Vollziehung der Verwaltungsakte ist in Frankreich ein Ausnahmehinstitut, das keinen so umfassenden Rechtsschutz der Bürger wie in der Bundesrepublik Deutschland gewährleistet.

Und in Portugal? Bei uns ist die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsakte in den Art. 76 bis 81 des Verwaltungsprozessgesetzes vorgesehen, dass am 16 Juli 1985 in Kraft trat.

Es handelt sich, wie in Frankreich, um ein Eilverfahren, das aber vom Einzelrichter, in einer Frist von drei Tagen, entschieden wird.

Die Voraussetzungen, um die aufschiebende Wirkung auszusprechen sind drei:

- A) Die Wahrscheinlichkeit irreparable Schäden für den Antragsteller, infolge der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts;
- B) Das Nichtvorhandensein einer schweren Verletzung des öffentlichen Interesses infolge der Aussetzung der Vollziehung des Verwaltungsakts;
- C) Die Erfolgsaussicht der Anfechtungsklage.

Das zuständige Gericht für die Hauptklage ist auch zuständig für die Beurteilung des Antrag auf die Aussetzung der Vollziehung des Verwaltungsakts, die entweder im Hauptverfahren oder durch einen selbständigen Antrag beansprucht werden kann.

Die Behörde hat eine Frist von 14 Tagen, um den Aussetzungsantrag zu antworten. Wie in der Bundesrepublik Deutschland, die Aussetzung der Vollziehung des Verwaltungsakts kann auch unter Bedingungen und zeitlich begrenzt angeordnet werden.

Die jüngste portugiesische Gesetzgebung ist weiter gekommen als die vorige Regelung und auch als die französische Gesetzgebung, die der öffentlichen Verwaltung eine fast eingeschränkte Macht zuerkennt; aber sie ist nicht so weit gekommen wie die deutsche Gesetzgebung wo die Einlegung des Aussetzungsantrags genügt, um die beantragte Wirkung hervorzurufen.

10 BIBLIOGRAFIA

- 1 — Bruno SCHMIDT — BLEIBTREU — Der Rechtsschutz des Bürgers gegen den Staat — Beck dtv 1971.
- 2 — Carl HERMANN ULE — Verwaltungsprozessrecht — Beck 8. Auflage 1984.
- 3 — Dieter JUST — Die vorläufige Vollstreckbarkeit Verwaltungsgerichtlichen Urteile — Dissertation 1967 vervielfältigung Schmidt und Meyer — Würzburg.
- 4 — Gert — DIETER BUHREN — Der gerechliche Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit drittbelastender Doppelwirkung — Dissertation 1973 — Dissertationsdruck Schon — München.
- 5 — Hans CHRISTIAN KOPF — Der vorläufige Rechtsschutz bei der baurechtlichen Nachbarklage — Dissertation 1976 — Fotodruck Franz Frank — München.
- 6 — Hans DE CLERCK — Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten — N J W 1961.
- 7 — Henning GLEIM — Das Vorverfahren der Verwaltungsgerichtsordnung — Dissertation 1970 — Hamburg.

- 8 — Klaus — DIETRICH DAUMANN — Der Suspensiveffekt des 80 § VWGO als Vollzugs — oder Wirkungshemmung — Dissertation — Berlin 1964.
- 9 — Klaus FINKELNBURG — Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren — Beck — München, 1973.
- 10 — Klaus VOGEL — Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der B.R.D. — Carl Heymanns Verlag KG, 1969.
- 11 — Otto BACHHOF — Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland.
- 12 — Rudolf BERNHARDT — Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte — JZ 1963.
- 13 — Siegmund-SCHULTZ-GERHARD — Die vorläufige Vollziehung angefochtener Verwaltungsakte.
- 14 — Willi WIESELER — der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte — Duncker & Humblot — Berlin, 1967.
- 15 — Charles DEBBASEH — Contentieux Administratif — Précis Dalloz — 1978.

INDÍCE

DIREITO COMUNITÁRIO

- O conceito de medida de efeito equivalente: critérios e limites — *Carlos Botelho Moniz* 7

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

- Sumários das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (n.ºs 76 a 80)
- | | |
|---|----|
| Oztürk contra a República Federal da Alemanha | 31 |
| Sutter contra a Suíça | 33 |
| Luberti contra a Itália | 35 |
| Goddi contra a Itália | 36 |
| Jong, Baljet e Van den Brink contra a Holanda | 37 |
- Sumário e texto da decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem na queixa de Joaquim Pereira Baraona contra Portugal 40
- Sumário e texto da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra o Reino Unido 68
- Sumário e texto da Resolução DH(85)7 do Comité de Ministros relativa à queixa de Dores e Silveira contra Portugal 125

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Conselho da Europa

- Sumário e texto da sentença da Comissão de recurso do Conselho da Europa na queixa de Johan van Lamoen contra o Secretário Geral 127

ESTUDOS SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM

- O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a protecção do indivíduo contra os actos da Administração
Pinheiro Farinha 145
- Cour Europeenne des Droits de l'Homme — Jurisprudence relative à l'article 5 de la Convention
Marc-André Eissen 175

ESTUDOS

- A suspensão da executoriedade dos actos administrativos na República Federal Alemã
Álvaro de Vilhena de Oliveira e Silva 223

Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
LISBOA