

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE  
DE DOCUMENTAÇÃO  
E  
DIREITO  
COMPARADO**

LISBOA



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



**VII CONFERÊNCIA  
DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS  
EUROPEUS**

**(RELATÓRIOS NACIONAIS)**



BUNDESVERFASSUNGSGERICHT  
DER  
BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

**DIE VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG  
IM RAHMEN DER STAATLICHEN FUNKTIONEN**

INSBESONDERE ARTEN, INHALT UND  
WIRKUNGEN DER ENTSCHEIDUNGEN ÜBER DIE  
VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT VON  
RECHTSNORMEN

*Erstattet von Präsident*  
*Prof. Dr. WOLFGANG ZEIDLER*





## **GLIEDERUNG**

### *I — Einleitung*

1. Organe der Verfassungsrechtsprechung
2. Formen und Gegenstände der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle
3. Gesetzgeberisches Unterlassen
4. Prüfungsmaßstab

### *II — Inhalt der Entscheidungen*

1. Nichtigkeit — Vereinbarkeit
2. Teilnichtigkeit
3. Verfassungskonforme Auslegung
4. Neue Entscheidungsvarianten
5. Appellentscheidungen
6. Bloße Feststellung der Verfassungswidrigkeit (Unvereinbarerklärung)

### *III — Zeitliche Entscheidungswirkungen*

1. Bei Nichtigkeit
2. Bei Appellentscheidungen
3. Bei Unvereinbarerklärung

### *IV — Verbindlichkeit der Entscheidungen*

1. Rechtskraft und Gesetzeskraft
2. Bindungswirkung
3. Insbesondere: Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine eigenen Entscheidungen

### *V — Die Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts*

1. Gesetzesrecht und Richterrecht
2. Die Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber, zu den Fachgerichten und zu den internationalen bzw. supranationalen Gerichten

# **DIE VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG IM RAHMEN DER STAATLICHEN FUNKTIONEN**

## **INSBESONDERE ARTEN, INHALT UND WIRKUNGEN DER ENTSCHEIDUNGEN ÜBER DIE VERFASSUNGSMÄßIGKEIT VON RECHTSNORMEN**

### **I. EINLEITUNG**

#### **1. Organe der Verfassungsrechtsprechung**

Organ der Verfassungsrechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland ist vorrangig das Bundesverfassungsgericht (BVerfG).

Daneben bestehen in den meisten Bundesländern Landesverfassungsgerichte, die im wesentlichen die Einhaltung des Verfassungsrechts der Länder wahren (1). Besondere Bedeutung haben die Landesverfassungsgerichte insbesondere bei Streitigkeiten über Schul — und Schulorganisationsrecht und bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung von — durch Gesetz angeordneten — Gemeindegemeinschaften und anderen kommunalen Neuordnungen erhalten (2). Im übrigen kann sich die folgende Darstellung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beschränken.

---

(1) Schleswig-Holstein hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Entscheidung von Landesverfassungsstreitigkeiten dem Bundesverfassungsgericht zuzuweisen; in Berlin gibt es im Hinblick auf seinen besonderen Status kein Landesverfassungsgericht.

(2) Vgl. insgesamt die umfassende Darstellung «Landesverfassungsgerichtsbarkeit» in 3 Bänden, Baden-Baden 1983.

## 2. Formen und Gegenstände der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle

### 2.1 Präventive Normenkontrolle

Eine präventive Normenkontrolle ist nicht vorgesehen. Einzige von der Rechtsprechung entwickelte Ausnahme sind Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen, bei denen die Normenkontrolle bereits zulässig ist, nachdem das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen ist, aber bevor das Zustimmungsgesetz (innerstaatlich) in Kraft getreten ist, um eine völkerrechtliche Bindung vor der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu vermeiden<sup>(3)</sup>. Die ursprünglich im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) vorgesehene Möglichkeit, ein Gutachten des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wurde im Hinblick auf Schwierigkeiten bei der Bindungswirkung derartiger Entscheidungen bereits bald wieder abgeschafft<sup>(4)</sup>.

### 2.2 Abstrakte Normenkontrolle

Auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages (Parlament) hat das Bundesverfassungsgericht — losgelöst von einem konkreten Streitfall — über die Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit der Verfassung (Grundgesetz) sowie über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht zu entscheiden. Gegenstand der Prüfung können in dieser Verfahrensart alle Rechtsnormen sein, also — vom Parlament verabschiedete — Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen von Gemeinden oder anderen Körperschaften. Dieses Verfahren kann auch mit dem Ziel eingeleitet werden, die Gültigkeit einer Norm festzustellen, nachdem ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes das Recht als mit dem Grundgesetz unvereinbar nicht angewendet hat<sup>(5)</sup>.

In der Praxis ist die abstrakte Normenkontrolle häufig von der politischen Opposition im Bundestag oder einer von der Oppositionspartei geleiteten Landesregierung in Anspruch genommen worden. Daran knüpft die Kritik an, in Wirklichkeit würden nur die politischen Auseinandersetzungen von denjenigen, die im Parlament unterlegen sind, vor Gericht fortgeführt werden.

---

<sup>(3)</sup> BVerfGE I, 396 (410 ff.)

<sup>(4)</sup> § 97 BVerfGG in der Fassung vom 12. März 1951, gestrichen durch Gesetz vom 21. Juli 1956

<sup>(5)</sup> § 76 BVerfGG

Eine andere Kritik weist darauf hin, daß das Bundesverfassungsgericht in dieser Verfahrensart über die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm zu entscheiden hat, ohne über hinreichendes Anschauungsmaterial zu verfügen, wie diese Norm in der Praxis angewendet wird und zu welchen Auswirkungen dies führt.

### 2.3 Konkrete Normenkontrolle

Jedes eine Rechtsnorm anwendende Gericht hat zunächst selbst die Vereinbarkeit dieser Norm mit höherrangigem Recht, insbesondere der Verfassung, zu überprüfen. Kommt es zu dem Ergebnis, ein förmliches — also vom Parlament verabschiedetes — Gesetz stehe nicht im Einklang mit der Verfassung (bloße Zweifel genügen nicht), dann hat es (6) sein Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen (7). Das Bundesverfassungsgericht befindet nur darüber, ob die vorgelegte Rechtsnorm mit der Verfassung vereinbar oder unvereinbar ist (8), die konkrete Sachentscheidung ist dann anschließend wieder vom zuständigen Fachgericht zu treffen.

Hintergrund für das Monopol des Bundesverfassungsgerichts, ein förmliches Gesetz für verfassungswidrig zu erklären, ist in erster Linie zu verhindern, daß jedes einzelne Gericht sich über den Willen des demokratischen Gesetzgebers hinwegsetzt, indem es von ihm beschlossene Gesetze als verfassungswidrig nicht anwendet. Hieraus hat das Bundesverfassungsgericht gefolgert, daß nur nach Inkrafttreten des Grundgesetzes beschlossene — nachkonstitutionelle — Gesetze diesem Monopol unterliegen, einschließlich derjenigen, die der — nachkonstitutionelle — Gesetzgeber in seinen Willen aufgenommen hat (9).

### 2.4 Verfassungsbeschwerden

Auch andere Verfahrensarten können zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen führen. Dies gilt insbesondere für die Verfassungsbeschwerde, die jedermann mit der Behauptung erheben kann, durch die öffentliche

---

(6) Wenn es auf die Gültigkeit der Norm für seine Entscheidung ankommt.

(7) Dies gilt auch, wenn Landesrecht das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht verletzt.

(8) Dabei kommt es in der Praxis häufig zu Konkretisierungen — Einschränkungen oder Erweiterungen — der Vorlagefrage durch das Bundesverfassungsgericht.

(9) Davon ist allmählich im Hinblick auf den Zeitablauf seit 1949 zunehmend auszugehen. Vgl. BVerfGE 63, 181 (188 ff.); 66, 248 (255); 70, 126 (130 ff.)

Gewalt, in einem seiner Grundrechte bzw. in bestimmten grundrechtsähnlichen Rechten (z. B. Recht auf rechtliches Gehör) verletzt zu sein. Die Verfassungsbeschwerde kann sich gegen jeden Akt öffentlicher Gewalt richten — also insbesondere Maßnahmen der Verwaltung oder Entscheidungen der Gerichte. Dabei muß grundsätzlich erst der jeweils gegebene Rechtsweg erschöpft worden sein (10). Unter bestimmten engen Voraussetzungen ist auch eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz oder eine andere Rechtsnorm zulässig; insbesondere muß der Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch das Gesetz betroffen sein, ferner — und dieser Gesichtspunkt wird in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunehmend betont — muß es ihm unzumutbar sein, gegen die behaupteten Eingriffe zunächst Abhilfe auf dem jeweiligen Rechtsweg zu suchen (Grundsatz der Subsidiarität) (11).

In jedem der genannten Fälle prüft das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der — mittelbar oder unmittelbar — zugrundeliegenden Rechtsnormen; entsprechend ist es bereits zu zahlreichen förmlichen Aussprüchen des Gerichts über die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit von Gesetzen und anderen Rechtsnormen mit der Verfassung in derartigen Verfahren gekommen. Dabei ist zu beachten, daß die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm im Rahmen des Verfassungsbeschwerde — Verfahrens dann bzw. insoweit ausgeschlossen ist, als keinerlei subjektive Rechtsposition des Beschwerdeführers, sondern nur andere objektive Vorschriften des Verfassungsrechts in Rede stehen (12). Die praktische Bedeutung dieser Begrenzung ist andererseits dadurch eingeschränkt, daß das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung Art. 2 Abs. 1 GG (13) dahingehend auslegt, daß sich die dort genannte Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit nicht in der allgemeinen Handlungsfreiheit erschöpft, sondern auch den grundrechtlichen Anspruch umfaßt, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung — d. h. den verfassungsgemäß zustande gekommenen Rechtsvorschriften — begrün-

---

(10) § 90 Abs. 2 BVerfGG

(11) Vgl. z. B. BVerfGE 71, 305 — Milchmengengarantie-Verordnung; Beschluß vom 25. Februar 1986 — 1 BvR 1384/85 und 30/86 — Hinterbliebenen-Erziehungszeiten

(12) BVerfGE 66, 39 (64)

(13) «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.»

det ist. Daher sind beispielsweise auch im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde die Rügen mangelnder Gesetzgebungskompetenz des Bundes oder fehlerhaften Zustandekommens eines Gesetzes zu prüfen (14).

### *2.5 Andere Verfahrensarten*

Auch im Rahmen von sogenannten Organstreitigkeiten, in denen um die Rechte und Pflichten oberster Bundesorgane, aber auch der Parlamentsfraktionen und Parteien gestritten wird, ist es — auch gerade in jüngster Zeit — mehrfach zu inzidenten Normenkontrollen gekommen. Beispielsweise hat das Bundesverfassungsgericht in derartigen Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit bestimmter Vorschriften, die die steuerliche Behandlung von Spenden und Beiträgen an politische Parteien betreffen, entschieden, ferner über in einem Gesetz verankerte Verfahrensvorschriften für die Bildung eines besonderen Gremiums zur Behandlung der geheimhaltungsbedürftigen Teile des Haushaltsplanes und über die im Haushaltsplan — einem sogenannten förmlichen Gesetz — vorgesehenen Globalzuschüsse an bestimmte, den politischen Parteien nahestehende Stiftungen befunden. Auch in derartigen Fällen kann es zu einer Begrenzung des Prüfungsmaßstabes kommen, da das Bundesverfassungsgericht nur zu prüfen hat, ob die beanstandete Maßnahme — dies kann auch ein Gesetz sein — verfassungsmäßige Rechte des Antragstellers verletzt oder unmittelbar gefährdet hat (15).

Die dem Bundesverfassungsgericht ebenfalls obliegende Kompetenz, über Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundestages zu befinden, die die Gültigkeit einer Wahl betreffen, führte zur Überprüfung des Bundeswahlgesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit hin (16).

### **3. Gesetzgeberisches unterlassen**

Gegenstand verfassungsgerichtlicher Entscheidung kann auch gesetzgeberisches Unterlassen sein. Derartige Fälle führen auch gerade zu den unter II noch

---

(14) BVerfGE 11, 105 (110); 40, 371 (378); Beschluß vom 13. Mai 1986 — 1 BvR 99/85 und 461/85.

(15) Vgl. z. B. Urteil vom 14. Juli 1986 — 2 BvE 2/84 und 2 BvR 442/84 — Parteifinanzierung — Umdruck S. 34

(16) BVerfGE 16, 130 — vgl. unten II 5.1 a)

zu erörternden Problemen und neuen Lösungswegen, insbesondere der Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines gegenwärtigen Rechtszustandes und Appellen an den Gesetzgeber. Als Beispielfälle seien an dieser Stelle nur genannt: Unerfüllt gebliebene Verfassungsaufträge; die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die grundlegenden Rechte und Pflichten eines Personenkreises durch Gesetz zu regeln; die Verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, veränderten tatsächlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen und mit dem Gleichheitssatz unvereinbare Disparitäten. Die Skala reicht von Fällen echten Unterlassens — der Gesetzgeber handelt entgegen einer verfassungsrechtlichen Pflicht überhaupt nicht — über eine fehlende Aktualisierung — der Gesetzgeber hat schon seit längerem nicht mehr gehandelt — bis zu einer zu beanstandenden Ungleichbehandlung — der Gesetzgeber hat gehandelt, es aber unterlassen, eine bestimmte Gruppe ebenfalls zu berücksichtigen.

#### 4. Prüfungsmaßstab

Prüfungsmaßstab der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle ist die Verfassung — Grundgesetz — (ferner sonstiges Bundesrecht, soweit es um die Vereinbarkeit von Landesrecht mit diesem geht) (17). Dabei ist die Verfassung nicht nur als die Summe einzelner Rechtsverbürgungen und Organisationsvorschriften zu verstehen, sondern als eine Einheit, als ein von bestimmten Wertentscheidungen, besonders den Grundrechten dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip geprägtes System. Die Grundrechte wirken nicht nur als individuelle Abwehrrechte gegen den Staat, sondern zugleich als objektive Prinzipien, im Rahmen bestimmter Grenzen können sie auch subjektive Ansprüche auf Teilhabe an staatlichen Leistungen gewähren und ferner Folgerungen für Organisation und Verfahren des staatlichen Entscheidungsprozesses begründen (18).

---

(17) Davon unabhängig hat das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 2 GG darüber zu entscheiden, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des (unter der Verfassung stehenden) Bundesrechts ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt. Auf eine behauptete Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention kann eine Verfassungsbeschwerde nicht gestützt werden. Vgl. BVerfGE 64, 135 (157)

(18) Vgl. hierzu die Landesberichte von Hesse — Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ 1978, 427 ff. — und Rupp-v. Brünneck — Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, AöR 102 (1977) 1 ff. -



## II. INHALT DER ENTSCHEIDUNGEN

### 1. Nichtigkeit — Vereinbarkeit

1.1 Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß ein Gesetz mit der Verfassung nicht vereinbar ist, «erklärt es das Gesetz für nichtig» (1). Dieser gesetzlichen Vorschrift liegt die traditionelle in Deutschland geltende Doktrin zugrunde, wonach eine Norm, die gegen höherrangiges Recht verstößt, eo ipso und ex tunc nichtig ist (2). In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes kam dies noch deutlicher zum Ausdruck, indem die Formulierung «stellt (das Gericht) ... die Nichtigkeit fest», gebraucht wurde (3).

Bereits das Bundesverfassungsgerichtsgesetz selbst schränkt die Wirkungen der Nichtigkeit einer verfassungswidrigen Norm wieder ein: Zwar ist gegen ein rechtskräftiges *Strafurteil*, das auf einer für verfassungswidrig erklärten Norm beruht, die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig, in allen übrigen Fällen bleiben unanfechtbare Entscheidungen jedoch erhalten, wobei aus ihnen allerdings nicht mehr vollstreckt werden kann (4).

Das Gesetz gibt dem Bundesverfassungsgericht auch die Möglichkeit, weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes gleichfalls für nichtig zu erklären, falls diese aus denselben Gründen mit der Verfassung unvereinbar sind (5).

1.2 Kommt das Bundesverfassungsgericht in den Fällen der Normenkontrolle zu dem Ergebnis der Verfassungskonformität, spricht es die Vereinbarkeit der gesetzlichen Vorschrift mit dem Grundgesetz aus. Auch im Verfassungsbeschwerde-Verfahren kann es ein Gesetz ausdrücklich im Entscheidungstenor als mit dem Grundgesetz vereinbar erklären (6); häufig findet sich diese Aussage auch nur in den Gründen einer Entscheidung, die eine Verfassungsbeschwerde zurückweist (7).

---

(1) § 78 Satz 1 BVerfGG

(2) Daß diese Doktrin historisch gesehen auch ihre Verdienste hatte, indem sie das richterliche Prüfungsrecht zu begründen und zu legitimieren vermochte, kann hier nur angedeutet werden.

(3) § 78 Satz 1 BVerfGG in der Fassung vom 12. März 1951

(4) § 79 BVerfGG

(5) § 78 Satz 2 BVerfGG

(6) Vgl. z. B. BVerfGE 68, 193; anders z. B. BVerfGE 68, 176 (185)

(7) Zu den unterschiedlichen Wirkungen siehe unten IV

## 2. Teilnichtigkeit

Nur selten ist es geboten, ein Gesetz oder eine andere Norm vollständig für nichtig zu erklären. Es erfolgt beispielsweise, wenn die Kompetenz zum Erlaß eines derartigen Gesetzes der Körperschaft (z. B. Bund oder Land) völlig fehlt<sup>(8)</sup> und/oder wenn die an sich verbleibenden, mit der Verfassung zu vereinbarenden Bestimmungen keine selbständige Bedeutung mehr haben bzw. wenn die verfassungswidrigen Vorschriften Teil einer Gesamregelung sind, die ihren Sinn und ihre Rechtfertigung verlöre — nähme man einen ihrer Bestandteile heraus —, wenn also die nichtige Bestimmung mit den übrigen Bestimmungen so verflochten ist, daß sie eine untrennbare Einheit bilden, die nicht in ihre einzelnen Bestandteile zerlegt werden kann<sup>(9)</sup>.

Auch eine einzelne gesetzliche Vorschrift ist nicht stets vollständig für mit der Verfassung unvereinbar und nichtig zu erklären.

Eine erste Einschränkung ergibt sich bereits aus dem Streitgegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens, bei konkreten Normenkontrollen der Reichweite der (vom Bundesverfassungsgericht oft noch präzisierten) Vorlagefrage<sup>(10)</sup>. Ferner kann das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis kommen, nur ein Teil einer sprachlich teilbaren Vorschrift sei verfassungswidrig, beispielsweise eine von mehreren alternativen Voraussetzungen für bestimmtes staatliches Handeln oder eine von mehreren Folgerungen, die sich aus dem Zusammenwirken mehrerer Vorschriften ergeben, beispielsweise soweit Wahlvorschläge zum Personalrat von mindestens einem Zehntel der Wahlberechtigten unterzeichnet sein müssen oder soweit ein Gesetz die Zulassung zur Steuerberaterprüfung davon abhängig macht, daß der Bewerber seine Entlassung aus dem Dienst der Finanzverwaltung beantragt haben muß<sup>(11)</sup>.

Schließlich kann Teilnichtigkeit bei einer bestimmten im Gesetz an keiner Stelle ausdrücklich benannten Voraussetzung oder überhaupt hinsichtlich eines Teils seines Anwendungsbereichs anzunehmen sein. Beispielsweise sah das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1982 gesetzliche Vorschriften als nichtig an, «soweit die Zulassung zu einem medizinischen Zweitstudium auch bei solchen

---

<sup>(8)</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 61, 149 (151) — Staatshaftungsgesetz -

<sup>(9)</sup> BVerfGE 57, 295 (334); 65, 325 (358)

<sup>(10)</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 70, 115 (116)

<sup>(11)</sup> BVerfGE 67, 369 (370); BVerfGE 69, 209 (210)

Bewerbern vom Erfordernis der sinnvollen Ergänzung des Erststudiums abhängig ist, die dieses bis einschließlich Wintersemester 1974/75 im Vertrauen auf die damals bestehende Möglichkeit zu einem solchen Zweitstudium begonnen haben»<sup>(12)</sup>.

### 3. Verfassungskonforme Auslegung

Von Anbeginn an hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungskonforme Auslegung praktiziert. Funktionell hat sie Ähnlichkeiten mit der genannten teilweisen Nichtigkeitserklärung einer Norm, sie vermeidet jedoch gerade die Nichtigkeitserklärung. Damit schonen sie zumindest vordergründig den Gesetzgeber, also die Parlamentarier, indem sie das in der politischen Öffentlichkeit zuweilen auch überbewertete Verdikt, es sei gegen die Verfassung verstoßen worden, nicht auszusprechen braucht.

Erlaubt der Wortlaut eines Gesetzes mehrere Auslegungen, so ist diejenige zu wählen, die zu einem Ergebnis führt, das mit der Verfassung im Einklang steht. Eine andere Auslegung, die zu einem verfassungswidrigen Resultat führen würde, scheidet aus <sup>(13)</sup>. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde, der normative Gehalt der auszulegenden Norm darf nicht grundlegend neu bestimmt, das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden <sup>(14)</sup>. Dies gilt allerdings nur für die in der Norm erkennbar ausgeprägten und in ihr angelegten Grundentscheidungen, Wertsetzungen und Regelungszwecke; konkrete Vorstellungen, die von Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern der gesetzgebenden Körperschaften über die nähere Bedeutung oder Reichweite einer einzelnen Bestimmung, eines Normbestandteils oder eines Begriffs und ihrer Handhabung wie Wirkung geäußert werden, stellen für die Gerichte jedenfalls nicht eine bindende Anleitung dar, so erhellend sie im Einzelfall für die Sinnermittlung auch sein mögen. Die Abgrenzung kann sich im Einzelfall als äußerst problematisch erweisen; eine derartige Frage führte 1980

---

<sup>(12)</sup> BVerfGE 62, 117 (119)

<sup>(13)</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die Verpflichtung aller Gerichte und Rechtsanwender, den Entscheidungen der Verfassung im Einzelfall die größtmögliche Wirkungskraft zu verleihen, beispielsweise der Meinungsfreiheit bei der Interpretation zivilrechtlicher oder standesrechtlicher Vorschriften; dies wird zuweilen als verfassungsorientierte Auslegung bezeichnet. Vgl. z. B. Simon im Generalbericht für die 2. Konferenz, EuGRZ 1974, 85 (86 f.)

<sup>(14)</sup> Ständige Rechtsprechung; vgl. nur BVerfGE 54, 277 (299 f.) mit weiteren Nachweisen.

sogar zu einer der bisher seltenen Entscheidungen durch das Plenum des Bundesverfassungsgerichts, das nur bei einer Divergenz beider Senate angerufen zu werden braucht. Das Plenum kam — stark vereinfacht — zu dem Ergebnis, daß die im Wege verfassungskonformer Auslegung gebotene Einschränkung des Wortlauts einer Vorschrift, die den Zugang zum Bundesgerichtshof als Revisionsgericht in Zivilsachen neu regelte, die erkennbar gewordene Absicht des Gesetzgebers allenfalls in geringem Umfang beeinträchtigte und daher noch zulässig sei (15).

In einer anderen Entscheidung interpretierte das Bundesverfassungsgericht beispielsweise eine Vorschrift des Steuerrechts, nach der Mütter nichtehelicher Kinder und Pflegeeltern bestimmte Vergünstigungen genossen, verfassungskonform: Es kam zu dem Ergebnis, daß auch Väter von nichtehelichen Kindern — die der Wortlaut des Gesetzes nicht ausdrücklich erwähnte — im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Pflicht einer Gleichstellung nichtehelicher Kinder (16) zumindest dann als «Pflegeeltern» angesehen werden könnten, wenn sie mit der Mutter und dem Kind zusammen in einer Lebensgemeinschaft lebten (17). Das Gericht ging davon aus, daß der Gesetzgeber die Vorschrift in diesem Sinn ergänzt hätte, wenn ihm die Lücke deutlich geworden wäre.

Dagegen sah es beispielsweise eine aus der Zeit des Nationalsozialismus und damit dem Verwaltungsdemokratismus des totalitären Staates stammende Verwaltungsanordnung, die in jeder Hinsicht rechtsstaatlichen Anforderungen an die Bestimmtheit nicht genügte, als verfassungskonformer Auslegung nicht zugänglich an. Es sei nicht möglich, diese zu vage Regelung derartig umzuinterpretieren, ohne zu prüfen, ob das dann entstehende Ergebnis überhaupt noch den Intentionen des demokratischen Gesetzgebers entspreche. Eine verfassungskonforme Auslegung würde den normativen Gehalt grundlegend neu bestimmen; dies sei aber nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts (18).

In der Tat darf die Gefahr nicht aus dem Auge verloren werden, daß dem Gesetzgeber mit dem Mittel verfassungskonformer Auslegung Ergebnisse aufgezwungen werden, die er nicht gewollt hat. Ebenfalls nicht ganz unproblema-

---

(15) BVerfGE 54, 277 (298 ff.)

(16) Art. 6 Abs. 5 GG

(17) BVerfGE 36, 126

(18) BVerfGE 8, 71; ähnlich BVerfGE 20, 150 (160 f.)

tisch ist das funktionelle Verhältnis zwischen dem Verfassungsgericht und den — zu einer verfassungskonformen Auslegung ebenfalls befugten — (insbesondere obersten) Fachgerichten, wenn das Bundesverfassungsgericht eine Auslegung als verfassungskonform vorschreibt, zu der die Fachgerichte aus wohlerwogenen Gründen gerade nicht gelangt sind. Nach seiner Stellung und Aufgabe ist das Bundesverfassungsgericht ferner nur befugt, auszusprechen, daß eine bestimmte Auslegung mit der Verfassung nicht vereinbar ist. Dazu muß es zwar aufzeigen, daß überhaupt eine andere Interpretation als die verfassungswidrige möglich ist. Dagegen hat es offen zu lassen, ob nur diese eine oder ob auch weitere verfassungsgemäße Interpretationen möglich sind; es darf nicht den Fachgerichten *eine* bestimmte andere Auslegung vorschreiben.

#### 4. Neue Entscheidungsvarianten

Über diese gleichsam klassischen Entscheidungstechniken hinaus hat das Bundesverfassungsgericht ein weiteres Instrumentarium entwickelt, durch das die oft unerwünschten Folgen einer Nichtigkeit mit *ex-tunc*-Wirkung vermieden werden können, ohne daß andererseits ein als verfassungswidrig angesehener Zustand auf Dauer hingonnen werden muß.

Es hat zum einen ausgesprochen, ein Gesetz oder eine Rechtslage sei “noch” nicht verfassungswidrig, also noch hinnehmbar und dies mit einem Appell an den Gesetzgeber verbunden, den Zustand — eventuell innerhalb eines bestimmten vom Gericht ausdrücklich benannten Zeitraums — zu ändern. In anderen Fällen hat es ein Gesetz (nur) als mit der Verfassung unvereinbar — aber nicht auch nichtig — angesehen. Diese Entscheidungsvariante ist in der Zwischenzeit vom Gesetzgeber selbst in das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht aufgenommen worden (19).

Die für die Verwendung dieser Entscheidungsvarianten maßgeblichen Gründe überschneiden sich teilweise und sollen durch die nachfolgenden Beispielfälle (unten 5. und 6.) noch verdeutlicht werden.

Zum einen sollte ein durch die Erklärung eines Gesetzes als nichtig entstehendes Regelungsdefizit oder gar rechtliches Chaos vermieden werden. Noch allgemeiner gesagt, sollte durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgericht

---

(19) § 31 Abs. 2 BVerfGG

nicht ein Zustand herbeigeführt werden, der dann mit der Verfassung noch weniger vereinbar wäre als der gegenwärtige. Eine große Rolle spielte für das Bundesverfassungsgericht ferner die Achtung vor dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Dieser Gesichtspunkt verbindet sich gelegentlich mit dogmatisch-systematischen Gründen: Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgericht, die maßgeblichen Entscheidungen zu treffen, wenn der Gesetzgeber es verfassungswidrigerweise unterlassen hat, ein Rechtsgebiet durch Gesetz zu regeln. Ein Unterlassen dürfte ohnehin schwerlich als «nichtig» bezeichnet werden können. Ähnliches gilt für die Fälle, in denen der Gesetzgeber dadurch gegen die Verfassung verstößt, daß er eine Leistung die er nur einer Gruppe gewährt — unter Verstoß gegen die Verfassung —, einer anderen verweigert. Zuweilen hat auch die allmähliche wirtschaftliche, technische, soziale oder rechtliche Entwicklung dazu geführt, daß eine bei ihrer Verabschiedung möglicherweise nicht zu beanstandende Norm — eventuell erst im Zusammenwirken mit anderen Vorschriften — in der Zwischenzeit verfassungswidrig geworden ist bzw. daß die Verfassungswidrigkeit erst mit der Zeit erkennbar wurde. In allen diesen Fällen mag als Faustformel gelten, daß das Bundesverfassungsgericht zwar ausspricht, beim gegenwärtigen Rechtszustand dürfe es nicht bleiben, es aber dem Gesetzgeber überläßt, die politische Entscheidung zu treffen, wie eine künftige Regelung aussehen solle.

## 5. Appellentscheidungen

5.1 Bereits einige der ersten sogenannten Appellentscheidungen vereinigten mehrere der genannten Charakteristika, wobei das Bemühen, verfassungspolitisches «Chaos» zu vermeiden, eine vorrangige Rolle spielte.

a) Im Rahmen seiner Zuständigkeit zur letztinstanzlichen Überprüfung der Gültigkeit der Wahlen zum Bundestag hatte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Rüge auseinanderzusetzen, durch eine Verschiebung der Bevölkerungszahlen sei es mit der Zeit zu einer verfassungswidrigen Ungleichheit der Wahlkreise gekommen.

Das Bundesverfassungsgericht entschied, der Zustand sei *noch* hinzunehmen. Da es sich um eine allmähliche Entwicklung gehandelt habe, sei es auch nicht einfach, den Zeitpunkt zu bestimmen, an dem die ursprünglich verfassungsmäßige Wahlkreiseinteilung verfassungswidrig geworden sei. Zugleich machte es deutlich, daß der Gesetzgeber von Verfassungs wegen verpflichtet sei, noch während

der laufenden Legislaturperiode eine neue Wahlkreiseinteilung zu verabschieden, damit die nächsten Wahlen auf korrekter Grundlage abgehalten werden könnten (20). Hätte das Bundesverfassungsgericht das Wahlgesetz hinsichtlich der grundlegenden Festlegung der Wahlkreise für nichtig erklärt und der Wahlanfechtung im Ergebnis stattgegeben, hätte sich dagegen bereits die schwierige Frage gestellt, welches Gremium eigentlich wirksam ein neues Wahlgesetz mit unbedenklichen Wahlkreisen hätte verabschieden können.

b) Ein plastisches Beispiel bietet auch der Umsatzsteuer-Fall.

Das alte System der Umsatzsteuer, nach dem (anders als bei der Mehrwertsteuer) bei jedem Veräußerungsvorgang eine Steuer von 4 Prozent auf den Erlös zu zahlen war, führte zu einer gewissen Wettbewerbsverzerrung zugunsten größerer Firmen, die mehrere Produktions- oder Vertriebsstufen in sich vereinigen konnten und zu Lasten kleinerer Unternehmen, die die einzelnen Stufen des Produktions- und Vertriebsvorgangs unter sich aufteilten. Der Gesetzgeber hatte diese Ungleichheit vermeiden wollen und die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, daß nicht alle Umsätze besteuert werden müßten. Diese Rechtsverordnung war jedoch vom Bundesverfassungsgericht selbst einige Jahre zuvor als nichtig angesehen worden, weil sie den verfassungsmäßigen Anforderungen hinsichtlich der Präzision einer Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung nicht genügte (21).

Das gesamte Umsatzsteuergesetz für nichtig zu erklären, hätte praktisch nahezu den Staatsbankrott bedeutet. Nur einen Teil der Vorschriften für verfassungswidrig und damit nichtig zu erklären, schied aus, weil es praktisch unmöglich war, eine Formulierung zu finden, die den nichtigen Teil von dem gültigen in einer auch für die Praxis brauchbaren Weise abgrenzen würde. Das Parlament hatte sich in der Zwischenzeit auch durchaus um eine Reform des Umsatzsteuerrechts bemüht, die aber noch zusätzlich durch die anzustrebende Harmonisierung der Vorschriften innerhalb der Europäischen Gemeinschaften erschwert wurde. Das Bundesverfassungsgericht kam angesichts all dessen zu dem Ergebnis, daß die an sich bestehende Ungleichbehandlung vorläufig von den benachteiligten Unternehmen noch hinzunehmen sei. Dem Gesetzgeber müsse noch eine

---

(20) BVerfGE 16, 130

(21) BVerfGE 7, 282

gewisse Frist eingeräumt werden, bis er das ins Auge gefaßte neue Recht verabschiedet haben werde. Das Bundesverfassungsgericht formulierte dann aber noch ausdrücklich, es gehe davon aus, daß der Gesetzgeber die begonnene Reform nun ohne Verzögerungen, soweit sie sich nicht aus der Natur der Sache ergäben, abschließen und die beanstandete Ungleichheit behebe (22).

5.2 Bei einigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen es den Ausspruch, die Rechtslage sei verfassungsrechtlich noch hinnehmbar, mit einem Appell an den Gesetzgeber verbunden hat, ging es um die Neukodifikation ganzer Rechtsgebiete.

a) Eine erste Entscheidung betrifft den ausdrücklichen Verfassungsauftrag — ohne Fristsetzung —, nichtehelichen Kindern gleiche Bedingungen wie ehelichen Kindern zu schaffen (23).

Im Jahre 1969 — 20 Jahre nach Verabschiedung der Verfassung (24) — kam das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, inzwischen sei genügend Zeit vergangen, die es dem Gesetzgeber erlaubt hätte, diesem eindeutigen Verfassungsauftrag nachzukommen. Der gegenwärtige Zustand könne nur noch bis zum Ende der laufenden Legislaturperiode hingenommen werden. Der Auftrag der Verfassung sei auch hinreichend deutlich, um gegebenenfalls von den Gerichten unmittelbar, insbesondere im Familien — und Erbrecht, umgesetzt zu werden.

Zu der auffallend kurzen Frist von nur etwa einem halben Jahr bis zum Ende der laufenden Legislaturperiode sei angemerkt, daß dem Bundestag bereits ein verabschiedungsreifer Entwurf vorlag, mit dem dem Verfassungsgebot Rechnung getragen werden sollte, seine Annahme jedoch zunächst an bestimmten interessierten Kreisen gescheitert war.

Die Ankündigung des Gerichts, falls der Gesetzgeber den Verfassungsauftrag nicht innerhalb des genannten Zeitraums erfülle, sei der Wille der Verfassung so weit wie möglich von der Rechtsprechung unmittelbar zu verwirklichen, konnte sich bereits auf Erfahrungen mit einem anderen Verfassungsauftrag stützen. Das

---

(22) BVerfGE 21, 12 (42)

(23) Art. 6 Abs. 5 GG — BVerfGE 25, 167

(24) Bereits die Verfassung von 1919 hatte in Art. 121 einen vergleichbaren Auftrag enthalten

(25) Art. 117 Abs. 1 GG



Grundgesetz hatte ausdrücklich angeordnet, daß dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau entgegenstehendes Recht bis zu seiner Anpassung, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1953, in Kraft bleiben solle (25). Nach Ablauf dieses Zeitraumes haben die mit dem Familienrecht befaßten Zivilgerichte den Grundsatz der Gleichbehandlung unmittelbar angewandt und für etwa drei Jahre, bis es dann zu einer gesetzlichen Neuregelung kam, in weiten Teilen das Familienrecht fortentwickelt. Das Bundesverfassungsgericht hatte diese Praxis, deren Berechtigung von einem Gericht in Frage gestellt worden war, bereits 1953 als verfassungsrechtlich geboten angesehen (26).

b) In späteren Entscheidungen kam das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, das Fehlen jeglicher gesetzlicher Regelung über die Rechte und Pflichten von Strafgefangenen sei an sich mit der Verfassung nicht vereinbar. Vielmehr bedürfe es einer Normierung der wesentlichen Rechtsgrundlagen durch vom Parlament verabschiedetes Gesetz.

Aus folgenden Gründen sei jedoch der bisherige Zustand für eine gewisse Übergangszeit noch hinzunehmen: Früher war man allgemein insoweit von einer anderen Auffassung ausgegangen und hatte die Anordnungen der Justizverwaltungen für ausreichend gehalten; die Notwendigkeit, den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes auch auf derartige besondere Statusverhältnisse anzuwenden, hatte sich auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur erst allmählich durchgesetzt und die Bundesregierung hatte bereits eine Kommission eingesetzt, die ein derartiges Gesetz erarbeiten sollte. Als Ende der Übergangszeit nannte das Gericht den Ablauf der laufenden Legislaturperiode, der damals etwa eineinhalb Jahre bevorstand (27).

Im Hinblick auf die danach erfolgte vorzeitige Auflösung des Bundestages verlängerte das Gericht in einer späteren Entscheidung diesen Zeitraum nochmals (28).

Für die Zwischenzeit verdeutlichte das Bundesverfassungsgericht, die Befugnisse der Behörden und Gerichte zu Eingriffen in verfassungsrechtlich geschützte Positionen reduzierten sich auf das, was im konkreten Fall unerläßlich ist, um den Strafvollzug aufrechtzuerhalten und geordnet durchzuführen. Auf dieser

---

(26) BVerfGE 3, 225

(27) BVerfGE 33, 1

(28) BVerfGE 40, 276

Grundlage überprüfte es in beiden Fällen auch die konkreten angegriffenen Maßnahmen der Vollzugsbehörden auf ihre — materielle — Verfassungsmäßigkeit mit dem Ergebnis, daß die Verfassungsbeschwerde im ersten der genannten Verfahren aus Gründen, die sich aus dem konkreten Einzelfall ergaben, erfolgreich war.

c) In ähnlicher Weise entschied das Bundesverfassungsgericht zu den Rechtsverhältnissen der Schüler. Auch hier sind wesentliche Fragen, beispielsweise die grundlegenden Voraussetzungen für den Ausschluß eines Schülers aus der Schule, gesetzlich zu regeln. Für eine Übergangszeit war die Regelung allein durch ministerielle Erlasse (der Bundesländer) noch hinzunehmen (29).

Inzwischen haben sowohl der Bundesgesetzgeber ein Gesetz über den Strafvollzug verabschiedet als auch die hierfür zuständigen Bundesländer ihre Schulgesetze dahingehend erweitert, daß sie die wesentlichen Regelungen insbesondere für weitreichende Eingriffe selbst enthalten. Im Ergebnis hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidungstechnik das verfassungsrechtliche Gebot durchgesetzt, daß bestimmte Grundrechtseingriffe einer Ermächtigung durch Gesetz bedürfen; auf der anderen Seite hat es den Gesetzgebern von Bund und Ländern die Wahrnehmung der ihnen und nicht dem Gericht obliegenden Funktionen, die entsprechenden Gesetze zu verabschieden, überlassen.

5.3 Einige Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht eine gesetzliche Regelung zwar als noch verfassungsrechtlich hinnehmbar ansah, zugleich aber deutlich zum Ausdruck brachte, daß eine Änderung von Verfassungs wegen geboten sei, haben gemeinsam, daß ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz allmählich durch wirtschaftliche Veränderungen und dadurch zunehmende Disparitäten entstanden bzw. Verfassungsrechtlich erheblich geworden ist. Zugleich handelt es sich im allgemeinen um komplexe Regelungsmaterien, deren — möglicherweise grundlegende — Neuordnung vorrangig Aufgabe des Gesetzgebers und nicht eines Gerichts ist.

a) Einer Entscheidung aus dem Jahre 1968 lag die unterschiedliche Bewertung und damit Besteuerung verschiedener Vermögensarten zugrunde: Während insbesondere Wertpapiervermögen auf der Grundlage des aktuellen Marktwertes bewertet wurden, hinkten die Bewertungen für Grundstücke weit zurück, so

---

(29) BVerfGE 41, 251

daß die zwischenzeitliche wirtschaftliche Entwicklung, die zu einer Wertsteigerung geführt hatte, nicht berücksichtigt war. Die Verfassungsbeschwerde eines Wertpapierbesitzers, für den die aktualisierten — und somit richtigen — Werte zugrunde gelegt wurden, konnte mit seiner Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg haben, weil das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis kam, in keinem Fall könne damit gerechnet werden, daß der Gesetzgeber die Besitzer an sich «richtig» bewerteter Vermögen in Zukunft deswegen besser — nämlich zu niedrig — stellen werde, weil die Einheitsbewertung noch nicht in allen Fällen aktualisiert und damit richtig geworden sei. Eine Schlechterbehandlung der Inhaber anders bewerteter Vermögensgegenstände für die Vergangenheit sei im Hinblick darauf ausgeschlossen, daß diese Verfahren abgeschlossen seien. Der Gesetzgeber habe die Ungleichheit erkannt. Es sei seine Aufgabe, die von ihm als bedenklich erklärte Diskrepanz in angemessener Frist zu beseitigen <sup>(30)</sup>.

Dieser deutliche Appell des Gerichts hat jedoch bis jetzt noch nicht zu einer grundlegenden Beseitigung der sich verschärfenden Disparitäten geführt <sup>(31)</sup>.

b) Ungleichheiten konstatierte das Gericht auch hinsichtlich der Besteuerung der Pensionen der Beamten, die voll versteuert werden, und der Renten der Arbeitnehmer, bei denen nur ein Teil der Besteuerung unterliegt. Wegen des ursprünglich sehr geringen Rentenniveaus hatte sich die steuerliche Begünstigung der Rentner gegenüber den pensionierten Beamten jedoch zunächst nicht erheblich ausgewirkt. Im Laufe der Zeit hatten sich jedoch die tatsächlichen Verhältnisse geändert. Die Renten waren nominell und auch real derart gestiegen, daß sie eine Höhe erreichten, bei der sie ohne die umstrittenen Vorschriften der Steuerpflicht unterliegen würden. Bei seiner Entscheidung im Jahre 1980 hatte das Bundesverfassungsgericht über eine Besteuerung für die Jahre 1969/1970 zu befinden. Für diesen Zeitraum kam es zu dem Ergebnis, daß die an sich festzustellende Ungleichheit noch nicht so erheblich sei, um einen verfassungsrechtlichen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz zu begründen. Die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich erst allmählich verändert und es handele sich um relativ komplizierte Regelungsmaterien, deren Novellierung nicht schnell und einfach möglich sei, die vielmehr eine grundlegende Neugestaltung erforderten.

---

<sup>(30)</sup> BVerfGE 23, 242

<sup>(31)</sup> Vgl. auch BVerfGE 65, 160

Der gesetzgeber sei aber verpflichtet, eine Neuregelung in Angriff zu nehmen, wobei es seine Sache sei, in welcher Weise und mit welchen gesetzgeberischen Mitteln er die inzwischen eingetretenen Verzerrungen nunmehr beseitigen wolle. Einen Zeitraum für eine derartige Neuregelung nannte das Gericht nicht (32). Eine gesetzliche Regelung ist nicht in Sicht (33).

c) Dagegen führte eine andere Appellentscheidung inzwischen zu einer weitreichenden Reform: Das Recht der Rentenversicherung sah vor, daß Witwen nach dem Tode ihres Mannes in jedem Falle eine Witwenrente erhalten, während der Witwer diese nur erhält, wenn die Ehefrau vor ihrem Tod den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten hat.

Noch 1963 war das Bundesverfassungsgericht selbst zu dem Ergebnis gelangt, ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau sei darin nicht zu sehen, da Ehefrauen — wenn sie überhaupt berufstätig gewesen waren — allenfalls sehr viel weniger als der Ehemann verdienten und daher auf die Witwenrente weit stärker angewiesen seien als überlebende Männer. Die geringe Zahl von Ausnahmefällen könne als untypisch unberücksichtigt bleiben (34).

1975 sah sich das Bundesverfassungsgericht einer sowohl rechtlich wie tatsächlich veränderten Situation gegenüber: Im Familienrecht wurden die Rollen der Ehepartner nicht mehr gesetzlich vorgeschrieben, sondern der freien Entscheidung der Ehepartner überlassen. Ferner war der Anteil der berufstätigen Ehefrauen auf 30% — mit zunehmendem Trend — angestiegen.

Das Bundesverfassungsgericht sah die rentenversicherungsrechtlichen Vorschriften als noch mit dem Verfassungsgrundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau vereinbar an. Dem gesetzgeber müsse ausreichend Zeit gelassen werden, auf die sich verändernde Situation zu reagieren und die schwierige Materie neu zu regeln. Das Gericht gehe jedoch davon aus, daß eine Novellierung bis zum Ende der übernächsten Legislaturperiode in Kraft gesetzt werden müsse (35). Mit gerin

---

(32) BVerfGE 54,11

(33) Allerdings haben sich Sachverständigengremien mit einer noch weiterreichenden Harmonisierung der Altersversorgungssysteme befaßt, die auch die oben angesprochenen Fragen einschließt. Einzelne Experten und Interessenten vertreten die Auffassung, die vom Bundesverfassungsgericht konstatierte Verzerrung habe sich wieder vermindert.

(34) BVerfGE 17,1

(35) BVerfGE 39, 169

(36) die auch auf die zwischenzeitliche Auflösung des Bundestages zurückzuführen sein mag.

ger Verspätung (36) hat der Gesetzgeber dem Appell des Bundesverfassungsgerichts entsprochen und dabei zugleich eine weiterreichende Reform eingeleitet.

## 6. Bloße Feststellung der Verfassungswidrigkeit (unvereinbarerklärung)

6.1 Unter dem Gesichtspunkt, daß eine Nichtigerklärung gesetzlicher Vorschriften mit der Verfassung noch weniger vereinbar wäre als die Aufrechterhaltung eines an sich als verfassungswidrig erachteten Gesetzes, hat das Bundesverfassungsgericht bereits relativ früh Vorschriften, die die Besoldung der Beamten regelten, nur als mit dem Grundgesetz unvereinbar bezeichnet, da es andernfalls überhaupt an der — nach deutschem Recht notwendigen — gesetzlichen Grundlage für die Zahlung von Gehältern fehlen würde (37).

6.2.—a) Anlaß zu einer grundlegenden systematischen Entscheidung bot eine gesetzliche Regelung, wonach sich Witwen unter bestimmten Voraussetzungen geleistete Beiträge zur Altersversorgung erstatten lassen konnten, Waisen hingegen nicht. In allen Fällen, in denen vom Staat einer bestimmten Personengruppe eine Leistung oder Vergünstigung gewährt wird und Angehörige einer anderen Personengruppe vortragen, es verstoße gegen den Gleichheitssatz, ihnen die Leistung oder Vergünstigung zu verweigern, wird das Dilemma offenkundig: Würde das Bundesverfassungsgericht die begünstigenden Vorschriften — im Ausgangsfall zugunsten der Witwen — für nichtig erklären, wäre zwar die Ungleichbehandlung beseitigt; den Petenten wird damit jedoch nicht geholfen, denn letztlich streben diese an, ebenso gut — nicht ebenso schlecht — gestellt zu werden wie die andere Gruppe. Sie rügen damit eine nach ihrer Auffassung verfassungswidrige Lücke im Gesetz; eine Lücke dürfte aber bereits rechtsdogmatisch schwerlich als nichtig bezeichnet werden können. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten hat, den Verfassungsverstoß zu heilen: Er kann die Begünstigung auch denen entziehen, die sie bisher erhielten (dies mag zwar häufig politisch unrealistisch sein, auch hierfür ließen sich jedoch Beispielsfälle anführen), er kann sie auch der Gruppe zuerkennen, die bisher von ihr nicht profitiert hat

---

(37) z. B. BVerfGE 8, 1 (19 f.); 26, 79; 32, 199; 40, 296; 56, 146; 56, 175; 64, 367

(und dabei eventuell über den Kreis derer hinausgehen, über die im verfassungsgerichtlichen Verfahren zu befinden war) oder eine völlig neue Regelung und Abgrenzung finden (im Ausgangsfall etwa darauf abstellen, ob Witwe bzw. Waise zuletzt im Haushalt des Verstorbenen gelebt haben).

Der Respekt vor dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gebietet, daß das Bundesverfassungsgericht in derartigen Fällen nur feststellt, die umstrittene Ungleichbehandlung verstoße gegen die Verfassung. Prozessual bedeutet dies, daß die mit dem Rechtsstreit befaßten Fachgerichte das Verfahren (eventuell erneut) auszusetzen haben, um die Entscheidung des Gesetzgebers abzuwarten (38).

Auf der Grundlage dieser Überlegungen ist es in der Zwischenzeit zu einer Reihe von Entscheidungen gekommen, in denen gesetzliche Vorschriften wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (nur) für mit der Verfassung nicht vereinbar erklärt worden sind (39).

*b)* Hervorgehoben sei noch die Entscheidung über die Besteuerung der Alleinstehenden mit Kindern (sogenannte Halbfamilie).

Das Bundesverfassungsgericht gelangte nach eingehender Analyse der gesetzlichen Vorschriften und ihrer Auswirkungen zu dem Ergebnis, im Vergleich zu den Gruppen der Eheleute mit Kindern und erst recht der Eheleute ohne Kinder stelle die steuerliche Behandlung der Alleinstehenden mit Kindern eine verfassungswidrige Benachteiligung dar. Sie verstoße gegen den Gleichheitssatz in Verbindung mit dem in der Verfassung enthaltenen Gebot, Ehe und Familie zu schützen und zu fördern (40). Auch in diesem Fall hatte sich die Diskrepanz erst durch das starke Ansteigen der Nominallöhne allmählich verschärft verfassungsgericht hob ausdrücklich hervor, dem Gesetzgeber blieben verschiedene Möglichkeiten — gegebenenfalls auch mit Mitteln außerhalb des Steuerrechts —, die verfassungswidrige Ungleichbehandlung zu beheben. Ihm müsse (41). Das Bundes-

---

(38) BVerfGE 22, 349

(39) Vgl. z. B. BVerfGE 62, 256 (289) — ungleiche Kündigungsfrist für Arbeiter und Angestellte —; BVerfGE 57, 335 (346) — unterschiedlich hohe pauschalierte Einkommen in der Rentenversicherung —; BVerfGE 52, 369 (379) — Hausarbeitstag nur für Frauen -

(40) Art. 6 Abs. 1 GG

(41) Dadurch gelangte ein zunehmend größere Personenkreis in den Bereich progressiver Einkommensbesteuerung, in dem Eheleute gegenüber Unverheirateten durch das sogenannte Splitting-Verfahren profitieren, während andererseits die den Alleinstehenden mit Kindern gewährten gleichbleibenden Freibeträge real immer weniger wert wurden.

verfassungsgericht hob ausdrücklich hervor, dem Gesetzgeber blieben verschiedene Möglichkeiten — gegebenenfalls auch mit Mitteln außerhalb des Steuerrechts —, die verfassungswidrige Ungleichbehandlung zu beheben. Ihm müsse hinreichend Zeit gelassen werden, zu einer gesetzlichen Neuregelung zu gelangen. Im Interesse der Rechtssicherheit seien die — an sich verfassungswidrigen — Normen bis zur Neuregelung — längstens bis zum 31. Dezember 1984 — anzuwenden, allerdings nur in der Form vorläufiger Steuerfestsetzung (42). Wenn bis zu diesem Zeitpunkt keine Neuregelung in Kraft getreten sei, könnten die mit dem Grundgesetz unvereinbaren Vorschriften nicht mehr zur Besteuerung Alleinstehender herangezogen werden (43).

Wenige Tage vor Jahresende 1984 trat eine Neuregelung in Kraft.

6.3 Zuweilen hinderten auch bei anderen Verfassungsverstößen rechtssystematische Gründe und das Gebot der Zurückhaltung gegenüber der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers das Bundesverfassungsgericht, Rechtsvorschriften für nichtig zu erklären.

Beispielsweise gelangte das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, die Beschränkungen der Befugnisse von Grundeigentümern, deren Land im Rahmen bestimmter Vorschriften als Kleingarten genutzt wird, verstoße gegen den Schutz des Eigentums (44). Diese Kleingärten spielten während der Weltkriege und der Weltwirtschaftskrise eine große Rolle für die Ernährung bestimmter Bevölkerungskreise; die Pächter waren auf sie angewiesen. Die Gesetzgebung trug dem in zu verschiedener Zeit zustandekommenen Regelungen dadurch Rechnung, daß einem Pächter praktisch nicht gekündigt und der Pachtzins nicht heraufgesetzt werden konnte. Heutzutage haben diese Gärten für die Pächter nicht mehr dieselbe existenzielle Bedeutung; die Flächen, auf denen sich zum Teil vor vielen Jahrzehnten entstandene Kleingärten befinden, bieten sich zum Beispiel für die Errichtung von Wohnhäusern an. Vor diesem Hintergrund kam das Bundesverfassungsgericht zu der Entscheidung, daß die Eigentümer derartiger Kleingartengrundstücke jedenfalls im Ergebnis in Ihrem Grundrecht auf Schutz des Eigentums verfassungswidrig verletzt worden seien. Die als verfassungswidrig erkannte Rechtslage war aber erst durch eine Vielzahl von ineinandergreifenden Vorschriften entstanden, die letztlich erst in ihrem Zusammenwirken das hinnehmbare Maß

---

(42) Eine in der Abgabenordnung gesetzlich vorgesehene Festsetzungsform

(43) BVerfGE 61, 319

(44) BVerfGE 52, 1

an Belastungen überstiegen. Ferner hinderte der Respekt vor dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für eine Neuregelung eine Nichtigerklärung.

6.4 Ein aktuelles anschauliches Beispiel bietet auch das Urteil über den Länderfinanzausgleich vom 24. Juni 1986 (45).

Nach den Vorschriften des Grundgesetzes sind unter anderem die Einnahmen der Bundesländer angemessen auszugleichen. Dies hat durch ein Gesetz zu geschehen, dessen Verabschiedung in der politischen Praxis stets eingehende Verhandlungen zwischen den Bundesländern und mit der Bundesregierung vorauszu-gehen pflegen.

Das Bundesverfassungsgericht kam zu dem Ergebnis, daß einige Vorschriften des Gesetzes mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht im Einklang stehen. Da alle Regelungen über den Finanzausgleich unter den Ländern in einem gegenseitigen Ergänzungsverhältnis stehen, erstreckte es die Unvereinbarkeitserklärung auf den gesamten maßgeblichen Abschnitt des Gesetzes. Andernfalls bliebe nur ein Torso Bestehen, der aus sich keinen angemessenen Ausgleich der unterschiedlichen Finanzkraft der Länder mehr herbeiführen könnte. Diese Erwägungen des Gerichts verdeutlichen, daß die Nichtigerklärung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften erst recht unangemessen wäre. Der (bloße) Ausspruch, der gesamte einschlägige Abschnitt des Gesetzes sei mit dem Grundgesetz unvereinbar, machte zugleich für den Gesetzgeber auch den Weg zu einer Neukonzeption des Ausgleichsystems frei.

Darüber hinaus legte das Gericht detailliert fest, welche Wirkungen im einzelnen die Unvereinbarkeitserklärung für die Vergangenheit und den Zeitraum bis zu einer gesetzlichen Neuregelung haben sollte: Eine Rückabwicklung sei aus Gründen der Rechtssicherheit sowie einer verlässlichen und in ihren Wirkungen kalkulierbaren Finanz —, Ausgaben — und Haushaltsplanung nicht geboten. Andererseits müsse die Neuregelung spätestens für das Haushaltsjahr 1988 gelten. Für 1987 — und teilweise für den Zeitraum seit 1983 — seien Ausgleichszahlungen zur Abgeltung der verfassungswidrigerweise hinzunehmenden Nachteile vorzusehen.

---

(45) Urteil vom 24. Juni 1986 — 2 BvF 1/83 u. a.



### III. ZEITLICHE ENTSCHEIDUNGSWIRKUNGEN

#### 1. Bei Nichtigkeit

Erklärt das Bundesverfassungsgericht eine Norm für ganz oder teilweise nichtig, so hat dies Wirkung *ex tunc*. Die praktische Bedeutung dieser Aussage ist jedoch durch die gesetzliche Regelung in § 79 BVerfGG stark eingeschränkt: Nur gegen ein rechtskräftiges *Strafurteil*, das auf einer mit dem Grundgesetz für nichtig erklärten Norm beruht, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den einschlägigen Vorschriften vorgesehen; das Gesetz hat dies auf die Fälle erstreckt, in denen eine Norm für mit dem Grundgesetz *unvereinbar* erklärt worden ist oder das Strafurteil auf der *Auslegung* einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist.

In allen anderen Rechtsgebieten bleiben nicht mehr anfechtbare Entscheidungen unberührt. Allerdings ist die Vollstreckung aus diesen Entscheidungen unzulässig. Die praktische Konsequenz dieser gesetzlichen Regelung bedeutet, daß Betroffene, die verfassungsrechtliche Zweifel an einer Norm hegen, Entscheidungen — der Gerichte oder Behörden — stets mit Rechtsmitteln angreifen müssen. Ist bereits ein Verfahren bei dem Bundesverfassungsgericht anhängig, setzen allerdings die Fachgerichte häufig die bei ihnen anhängigen ähnlich gelagerten Fälle aus, um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abzuwarten.

#### 2. Bei Appellentscheidungen

Reine Appellentscheidungen haben zunächst keine unmittelbaren Rechtswirkungen. Sie enthalten aber zugleich die Ankündigung, daß ein bestimmter verfassungswidriger Zustand in Zukunft — gegebenenfalls nach Ablauf eines vom Bundesverfassungsgericht exakt definierten Zeitraums — nicht mehr hinzunehmen sei. Derartige Ankündigungen hat das Bundesverfassungsgericht auch bei Unvereinbarerklärungen ausgesprochen. Wie bereits erwähnt, hat das Bundesverfassungsgericht in einigen Entscheidungen auch deutlich hervorgehoben, welcher Rechtszustand danach zu gelten habe; zum Beispiel dürfe eine Steuer nicht mehr erhoben werden (Halbfamilie-Fall) oder die Fachgerichte hätten den Verfassungsauftrag selbst unmittelbar umzusetzen (nichteheliche-Kinder-Fall).

### 3. Bei Unvereinbarerklärung

Wird eine Norm für mit der Verfassung unvereinbar erklärt, so darf sie vom Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an in dem sich aus dem Tenor der Entscheidung ergebenden Ausmaß nicht mehr angewendet werden. Gegebenenfalls müssen die Fachgerichte die bei ihnen anhängigen Verfahren aussetzen und abwarten, bis der Gesetzgeber eine Neuregelung getroffen hat (1).

Das Bundesverfassungsgericht spricht zur Vermeidung von Unklarheiten in letzter Zeit zunehmend in seiner Entscheidung aus, welche rechtlichen Wirkungen für die Zwischenzeit bis zum Ergehen einer gesetzlichen Neuregelung gelten sollen. Als Beispiele sei auf die oben geschilderten Übergangsregelungen zum Länderfinanzausgleich und zur Besteuerung der Halbfamilie verwiesen. Dabei läßt sich das Gericht von folgender Überlegung leiten: Eine für verfassungswidrig erklärte Vorschrift ist ausnahmsweise voll oder teilweise weiter anzuwenden, wenn es die Besonderheit der für verfassungswidrig erklärten Norm aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere aus solchen der Rechtssicherheit, notwendig macht, die verfassungswidrige Regelung für die Übergangszeit bestehen zu lassen, damit in dieser Zeit nicht ein Zustand besteht, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige. Die damit zusammenhängenden Fragen bedürfen allerdings noch weiterer Klärung durch die Rechtsprechung (2).

Der Gesetzgeber ist bei einer Unvereinbarerklärung verpflichtet, eine der Verfassung entsprechende Gesetzeslage zu schaffen. Bei seiner Neuregelung ist er insbesondere in Fällen des Verstoßes gegen den Gleichheitssatz gehalten, auch für die Vergangenheit eine den verfassungsrechtlichen Grundsätzen entsprechende Regelung zu erlassen (3).

Auch insoweit verbleiben noch Unsicherheiten. Der Gesetzgeber hat in einigen Fällen Übergangsregelungen erlassen, die sich an der oben geschilderten Differenzierung in § 79 Abs. 2 BVerfGG orientieren (4).

---

(1) BVerfGE 37, 217 (261)

(2) Vgl. hierzu auch Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, 257

(3) BVerfGE 55, 100

(4) Vgl. hierzu Heyde, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in Festschrift Faller, München 1984, S. 53 ff.

## IV. VERBINDLICHKEIT DER ENTSCHEIDUNGEN

### 1. Rechtskraft und Gesetzeskraft

1.1 Ebenso wie die Entscheidungen anderer Gerichte erwachsen auch diejenigen des Bundesverfassungsgerichts in Rechtskraft (*res judicata*) (1). Die (materielle) Rechtskraft bezieht sich nur auf die Entscheidungsformel, nicht auch auf die in den Entscheidungsgründen enthaltenen Urteilelemente, wenn die Entscheidungsgründe auch zur Ermittlung des Sinns der Urteilsformel herangezogen werden können.

Die Rechtskraft einer früheren Entscheidung bindet nur dann, wenn es sich um denselben Streitgegenstand handelt, allein die Gleichheit wesentlicher Rechtsfragen genügt nicht. Die Rechtskraft wirkt nur *inter partes*, bindet aber auch das Bundesverfassungsgericht selbst.

1.2 Erklärt das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig, dann hat die Entscheidung — entweder negativ kassatorische oder positiv feststellende — Gesetzeskraft; der Bundesminister der Justiz ist verpflichtet, die Entscheidungsformel im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen (2). Dies gilt auch, wenn ein derartiger — ausdrücklicher — Ausspruch über die Verfassungsmäßigkeit einer Norm im Rahmen eines Verfahrens über eine Verfassungsbeschwerde erfolgt ist. (Wie bereits erwähnt macht das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht in allen Fällen, in denen es mittelbar auch die Verfassungsmäßigkeit einer Gesetzesvorschrift überprüft, von der Möglichkeit Gebrauch, die entsprechende Feststellung ausdrücklich in den Tenor aufzunehmen. In vielen auf Verfassungsbeschwerden hin ergangenen Entscheidungen beschränkt es sich darauf, im Entscheidungsausspruch nur die angegriffenen Entscheidungen aufzuheben bzw. die Verfassungsbeschwerden zurückzuweisen; das Ergebnis der inzidenten Normenkontrolle läßt sich dann nur den Gründen der Entscheidung entnehmen. Damit bestimmt es zugleich selbst die mögliche Gesetzeskraft seiner Entscheidungen.)

---

(1) BverfGE 4, 31 (38 f.); 20, 56 (86 f.)

(2) § 31 Abs. 2 BVerfGG

## 2. Bindungswirkung

Darüber hinaus ordnet das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich an, daß die Entscheidungen des Gerichts die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden binden (3). In einer frühen Entscheidung hat das Gericht beispielsweise klargestellt, daß die von ihm aufgestellten Grundsätze, nach denen Rundfunkanstalten den politischen Parteien Sendezeiten für die Wahlwerbung einräumen bzw. verweigern dürfen (nicht nur die am Verfahren Beteiligten, sondern), alle Rundfunkanstalten gegenüber allen politischen Parteien binden (4). Der Gesetzgeber ist, wenn das Bundesverfassungsgericht eine Norm für verfassungswidrig erklärt hat, durch die Bindungswirkung gehindert, dieselbe Vorschrift nochmals zu erlassen (5).

Die Bindungswirkung erstreckt sich nur auf die Entscheidungsformel und die tragenden Entscheidungsgründe, nicht auf jede einzelne Aussage, die vom Gericht in seinen oftmals umfangreichen Darlegungen zur Begründung seiner Entscheidung getroffen wird. Eine Kanonisierung einzelner — womöglich noch aus dem Zusammenhang gerissener — Sätze aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist abzulehnen.

Auf diesem Gebiet sind noch nicht alle Fragen geklärt. In einer den Grundlagenvertrag mit der Deutschen Demokratischen Republik betreffenden Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht sogar alle Ausführungen seiner Urteilsbegründung, auch die, die sich nicht ausschließlich auf den Inhalt des Vertrages selbst beziehen, als nötig und damit tragende Gründe bezeichnet (6). Dies ist in der Literatur heftig kritisiert worden; eine derartig weitreichende Aussage hat das Bundesverfassungsgericht seitdem auch nicht mehr getroffen. Die Bindungswirkung erstreckt sich ferner nicht auf Ausführungen, die nur die Auslegung sogenannter einfacher Gesetze zum Gegenstand haben; dies ist vielmehr Sache der sachnäheren Fachgerichte. Allerdings ist es Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die aus dem Verfassungsrecht sich ergebenden Maßstäbe oder Grenzen für die Auslegung eines Gesetzes verbindlich zu bestimmen. Spricht es im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung aus, daß gewisse an sich

---

(3) § 31 Abs. 1 BVerfGG)

(4) BVerfGE 7, 99 (109); im Ergebnis ähnlich BVerfGE 8, 122 (141)

(5) BVerfGE 1, 14 (36 f.)

(6) BVerfGE 36, 1 (36)

mögliche Interpretationen einer Norm mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind, kann kein anderes Gericht diese Interpretationsmöglichkeit für verfassungsgemäß halten. Das gilt zum Beispiel auch, wenn auf Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen hin festgestellt worden ist, daß gewisse sonst vertretbare und mögliche Interpretationen des einfachen Rechts zu einer Grundrechtsverletzung führen (7).

### **3. Insbesondere: die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine eigenen Entscheidungen**

3.1 Die geschilderte Bindungswirkung besteht nicht für das Bundesverfassungsgericht selbst. (8).

Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich ausgesprochen, es könne seine in einer früheren Entscheidung vertretenen Rechtsauffassungen aufgeben, auch soweit sie für die damalige Entscheidung tragend waren (9). Tatsächlich praktiziert das Bundesverfassungsgericht jedoch Abweichungen von in der eigenen Rechtsprechung aufgestellten Rechtsgrundsätzen nur mit großer Zurückhaltung. Seine in der Vergangenheit erworbene und für die Zukunft zu wahrende Autorität beruht wesentlich auf einer plausiblen und zugleich verlässlichen kontinuierlichen Rechtsprechung. Andererseits muß ein oberstes, für die verbindliche Auslegung der Verfassung zuständiges Gericht auch befugt sein, später als unzutreffend, möglicherweise zu weitgehend, erkannte oder auf falschen Vorstellungen beruhende Rechtsauffassungen zu korrigieren. So hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise vor kurzem allzu verallgemeinernde Aussagen über die möglichen unmittelbaren Rechtswirkungen von Festsetzungen in Bebauungsplänen teilweise korrigiert und ist — nach eingehender Analyse der Rechtswirkungen in den Einzelfällen — zu einer differenzierenderen Lösung gelangt. Es hat dabei ausdrücklich ausgesprochen, an der früheren Rechtsprechung werde nicht festgehalten (10).

---

(7) BVerfGE 40, 88; zu den Grenzen der Bindungswirkung vgl, auch BVerfGE 69, 112

(8) Es muß allerdings die Rechtskraft beachten.

(9) BVerfGE 4, 31 (38); 20, 56 (86 f.)

(10) BVerfGE 70, 35 (53)

3.2 Davon zu unterscheiden ist, daß Auslegungen der Verfassung und damit Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf bestimmten, oft nicht ausdrücklich ausgesprochenen, tatsächlichen Grundlagen verschiedenster Art beruhen, die nicht unverändert bleiben. Das Bundesverfassungsgericht hat schon frühzeitig entschieden, daß Verfassungsbestimmungen einen Bedeutungswandel erfahren können, «wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen» (11). Es hat ferner hervorgehoben, daß die Fachgerichte dem Bundesverfassungsgericht im Rahmen des konkreten Normenkontrollverfahrens erneut die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Vorschrift vorlegen dürfen, auch wenn das Bundesverfassungsgericht darüber bereits befunden hat. Natürlich müssen sie sich ausdrücklich mit der früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auseinandersetzen sowie darlegen, welche inzwischen eingetretenen Veränderungen nach ihrer Auffassung die erneute verfassungsgerichtliche Prüfung einer bereits entschiedenen Vorlagefrage veranlassen (12).

Die oben aufgeführten Beispielfälle bieten bereits einiges Anschauungsmaterial dafür, wie veränderte soziale, wirtschaftliche, technische, moralische oder einfachrechtliche Bedingungen zu anderen verfassungsrechtlichen Wertungen führen. Im erwähnten Fall der Hinterbliebenenversorgung für Witwer kam das Bundesverfassungsgericht zwölf Jahre später zu einem anderen Ergebnis, weil sich einerseits die einfachgesetzlichen Regeln des Familienrechts und andererseits die Größenordnung des überhaupt betroffenen Personenkreises geändert hatten (13).

Ferner bemüht sich das Bundesverfassungsgericht zum Beispiel seit einiger Zeit anhand vieler Einzelfälle darum, die Reichweite des in der Verfassung geschützten Eigentums angesichts der Tatsache neu zu umschreiben, daß die große Mehrheit der Bürger ihre wirtschaftliche Existenzsicherung heute weniger durch Sachvermögen als durch ihren Arbeitsertrag und die daran anknüpfende solidarisch getragene Altersversorgung erlangt.

In gewissen, nicht leicht zu ziehenden Grenzen muß die Auslegung der Verfassung auch einem sich verändernden Rechtsbewußtsein Rechnung tragen. Hier-

---

(11) BVerfGE 2, 380 (401)

(12) BVerfGE 65, 179 (181)

(13) Vgl. oben II 5.3 c)

für können die oben referierten Entscheidungen, mit denen der Vorbehalt des Gesetzes auch auf die Rechtsverhältnisse der Strafgefangenen und der Schüler erstreckt würde, beispielhaft herangezogen werden.

Die genannten Gesichtspunkte belegen, daß auch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts keinen Ewigkeitswert für sich in Anspruch nehmen können, sie vielmehr jeweils sorgfältiger Überprüfung und gegebenenfalls wohlbegründeter Korrektur zugänglich sein müssen.

## V DIE BEFUGNISSE DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

### 1. Gesetzesrecht und Richterrecht

Aus der in der Verfassung selbst getroffenen Entscheidung, eine Verfassungsgerichtsbarkeit zu errichten, die als letzte Instanz in einer Vielzahl von Verfahrensarten über die Auslegung der Verfassung zu entscheiden hat, folgt, daß dieses Gericht Entscheidungen zu fällen hat, die weitreichende politische Auswirkungen haben können. Dem Bundesverfassungsgericht steht keine political question-Doktrin in dem Sinne zur Seite, daß es die Entscheidung in bestimmten Verfahren alleine deswegen von vornherein — gleichsam als unstatthaft — ablehnen könnte, weil derartige hochpolitische Fragen betroffen sind. Das Gericht hat sich jedoch in seiner Rechtsprechung darum bemüht, seiner Verantwortung dadurch gerecht zu werden, daß es beispielsweise aus der herkömmlichen Doktrin der ex-tunc-Nichtigkeit von Rechtsnormen folgende, für das politische Gemeinwesen unhaltbare, Konsequenzen zu vermeiden oder abzumildern versuchte. Dabei mußte das Bundesverfassungsgericht erkennen, daß das Gesetz

über das Bundesverfassungsgericht die damit zusammenhängenden prozessualen Fragen nur bruchstückhaft und rudimentär regelt und es daher sein Prozeßrecht in weiten Bereichen selbst zu gestalten hatte. Aus diesem Grund sind auch die neuen Entscheidungsvarianten durch case law entwickelt worden; teilweise hat der Gesetzgeber im Bundesverfassungsgerichtsgesetz die Schlußfolgerungen nachvollzogen. Der Spielraum des Gerichts erweist sich somit als relativ weit; die daraus entstehenden Ungewißheiten werden allerdings durch die inzwischen schon umfangreichere Kasuistik abgemildert.

## **2. Die Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber, zu den Fachgerichten und zu den Internationalen bzw. Supranationalen Gerichten**

2.1 Eine Verfassung — zumal wenn sie einen umfangreichen Grundrechtskatalog enthält und alle staatliche Gewalt an diesen bindet — bedarf notwendig in stärkerem Maße der Konkretisierung durch Auslegung, als dies bei vielen anderen Rechtsvorschriften der Fall ist. Die Tatsache, daß das Bundesverfassungsgericht in letzter Instanz für die Auslegung der Verfassung zuständig ist, bedeutet jedoch nicht, daß es stets seine eigene Entscheidung an die Stelle anderer Organe, insbesondere der gesetzgebenden Gewalt und der Fachgerichte, zu setzen hat. In diesem Zusammenhang umschreibt der Begriff des *judicial self restraint* eine vom Richter zu wahrende Tugend, ersetzt aber noch nicht die gebotene differenzierendere Betrachtung. Denn letztlich folgen auch die funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit den hinsichtlich Intensität, Reichweite und Konkretisierungsbedürftigkeit ganz unterschiedlichen materiellen Aussagen der Verfassung.

Die dem Bundesverfassungsgericht aufgetragene Sorge für die Wahrung der Verfassung kann durchaus das Gegenteil von Zurückhaltung, nämlich ein entschlossenes Eingreifen des Gerichts fordern — auch auf die Gefahr eines Konflikts mit einer anderen Gewalt (1). So hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise auf die Einhaltung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern zu achten und ein Bundesgesetz über die Haftung des Staates für seine Bediensteten wegen fehlender Kompetenz des Bundes für verfassungswi-

---

(1) Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Festschrift Huber, 1981, S.261ff.



drig erklären müssen, obwohl sein Inhalt rechtspolitisch von vielen Seiten sehr begrüßt worden war (2). Die Verfassung kann den Schutz von Minderheiten in verschiedenstem Sinne gebieten, beispielsweise im staatsorganisatorischen Bereich den Schutz der Parlamentsminderheit in einem Untersuchungsausschuß des Bundestages (3) oder den Schutz eines kleinen finanzschwachen Landes im Fall des Länderfinanzausgleichs. Grundrechte können den Schutz von Minderheiten gebieten, denen es z. B. an der hinreichenden Lobby zur politischen Durchsetzung ihrer eigenen Interessen gefehlt hat. Hätte das Bundesverfassungsgericht im oben geschilderten Fall des Rechts der nichtehelichen Kinder dem Gesetzgeber nicht eine kurze Frist gesetzt, wäre die seit einem halben Jahrhundert überfällige Reform noch länger ausgeblieben. Ein anderes Beispiel stellen berufsrechtliche Regelungen dar, mit denen sich die «*beati possidentes*» durch unangemessen hohe Schranken gegen unerwünschte Konkurrenz zu schützen versuchen.

Dagegen ist es nicht Aufgabe eines Gerichts, die grundlegenden politischen Wertungen zu treffen bzw. Entscheidungen des Gesetzgebers durch andere zu ersetzen. In Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht zum Ergebnis kam, es könne keinem Zweifel unterliegen, wie der Gesetzgeber eine Materie geregelt hätte — wenn es, mit anderen Worten, seine Grundentscheidung als gewahrt ansah — hielt es eine einengende Interpretation durch verfassungskonforme Auslegung für zulässig. Wo dagegen beispielsweise das Ergebnis gesetzgeberischer Wertungsentscheidungen zu mit dem Gleichheitssatz — auch unter Beachtung eines weiten Spielraums — nicht mehr vereinbaren Diskrepanzen führte, überließ es die die verfassungswidrige Ungleichbehandlung beseitigende Gestaltungsentscheidung den parlamentarischen Gremien.

Wo der Gesetzgeber selbst noch nicht sicher sein konnte, wie sich eine bestimmte gesetzliche Regelung tatsächlich auswirken wird, wahrte das Bundesverfassungsgericht den sogenannten Prognosespielraum des Gesetzgebers. Es hob hervor, es sei nicht Aufgabe der Gerichte, einschließlich des Bundesverfassungsgerichts, mit ihrer Entscheidung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten; insoweit ermangele es rechtlicher Maßstäbe. Diese Gedankengänge haben beispielsweise bei der Bewertung der Risiken der Errichtung von Kernkraftwerken (4) ebenso eine Rolle gespielt wie bei den Auswirkungen eines

---

(2) BVerfGE 61, 149

(3) BVerfGE 67, 100

(4) BVerfGE, 49, 89

Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmen (5). Je nach der Intensität der in Frage stehenden Einschränkung eines Grundrechts hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis zu einer intensiven inhaltlichen Kontrolle reichen. Dabei hat es andererseits auch darauf abgestellt, ob sich die gesetzgebenden Körperschaften darum bemüht haben, den derzeitigen und zukünftigen Sachverhalt so weit wie eben noch möglich zu ermitteln und ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Dies war exemplarisch in einem Fall nicht geschehen, in dem erst während des Gesetzgebungsverfahrens ein Verbot bestimmter Versandformen in das Tierschutzgesetz eingefügt wurde, ohne daß sich die Verantwortlichen überhaupt der Tatsache bewußt gewesen waren, daß ein — sehr kleiner — Wirtschaftszweig seit Jahren regelmäßig ohne Beanstandung für bestimmte Tiere diese Versandform angewandt hatte (6).

2.2 Für das Verhältnis zu den Fachgerichten verwendet das Bundesverfassungsgericht zunächst regelmäßig die Formel, daß grundsätzlich die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes sowie die Auslegung und Anwendung verfassungsrechtlich unbedenklicher einfachgesetzlicher Regelungen im einzelnen Fall Angelegenheit der zuständigen Fachgerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen ist. Nur dann, wenn der Entscheidung eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts zugrunde liegt, ist das Einschreiten des Bundesverfassungsgerichts geboten. Dabei sind die Grenzen der Eingriffsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts nicht immer allgemein klar abzustecken; dem richterlichen Ermessen muß ein gewisser Spielraum bleiben, der die Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls ermöglicht (7). Das Gericht bemüht sich darum zu vermeiden, daß es eine Superrevisionsinstanz wird; nur bei einer Verletzung von sogenanntem spezifischen Verfassungsrecht greift es ein.

---

(5) BVerfGE 50, 290

(6) BVerfGE 36, 47

(7) BVerfGE 18, 85 (92); 42, 143 (149)

Auch hier ist im einzelnen weiter zu differenzieren, insbesondere mit welcher Intensität die Maßnahmen oder Entscheidungen einer Behörde oder eines Gerichts in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen. Ist eine Fachgerichtliche Entscheidung gar schlechthin unverständlich, unhaltbar und deshalb objektiv willkürlich, dann wird sie vom Bundesverfassungsgericht wegen Verstosses gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aufgehoben (8).

Ferner überprüft das Bundesverfassungsgericht das vom Fachgericht durchgeführte Verfahren Beispielsweise unter den Gesichtspunkten, ob eine Verletzung des Verfassungsgrundstazes des rechtlichen Gehörs oder des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Rechts auf ein faires Strafverfahren vorliegt. Dabei stellt nicht jede Verletzung einfachrechtlicher Verfahrensbestimmungen zugleich einen Verstoß gegen die Verfassung dar. Vielmehr bedarf es im Einzelfall der Prüfung, ob zugleich das unabdingbare Maß beispielsweise des verfassungsrechtlich verbürgten rechtlichen Gehörs verkürzt worden ist (9).

2.3 Dagegen liegen die Probleme bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den internationalen bzw. supranationalen Gerichten etwas anders: Ihnen obliegt nicht die Wahrung und Konkretisierung des nationalen Verfassungsrechts, sondern der ihnen überantworteten Rechtsordnung — insbesondere also dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften das vielschichtige Recht der Gemeinschaften und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte die Menschenrechtskonvention.

Konflikte entstanden in erster Linie aus der Frage der Rangordnung der Rechtsordnungen zueinander; allerdings ist angesichts der sich ausweitenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch eine Tendenz zum Auseinanderfallen der Spruchpraxis zum Inhalt der Grund- und Menschenrechte im Einzelfall vorstellbar, die sicherlich bedauerlich wäre.

Während das Bundesverfassungsgericht 1974 — als von Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften noch kaum die Rede war — seine Befugnis betonte, die Normen des abgeleiteten Rechts der Europäischen Gemeinschaften auch an den nationalen Grundrechten zu messen, hat es 1979 offengelassen,

---

(8) BVerfGE 42, 64; 70, 93

(9) BVerfGE 60, 305 (310 f.)

ob und gegebenenfalls inwieweit, etwa angesichts mittlerweile eingetretener politischer und rechtlicher Entwicklungen, daran festzuhalten ist <sup>(10)</sup>. Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Fragenkomplex kann als noch nicht abgeschlossen bezeichnet werden.

---

<sup>(10)</sup> BVerfGE 37, 271 (277 ff.) — 1974 — BVerfGE 52, 187 (203) — 1979 -

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL  
DA  
REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

**A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO QUADRO  
DAS FUNÇÕES DO ESTADO**

EM ESPECIAL TIPOS, CONTEÚDOS E EFEITOS  
DAS DECISÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE  
DE NORMAS JURÍDICAS

*Apresentado pelo Presidente,*  
*Professor Doutor WOLFGAND ZEIDLER*



## ÍNDICE

### *I — Introdução*

1. Órgãos da Justiça Constitucional
2. Formas e objecto do controlo da constitucionalidade das normas
3. Omissões legislativas
4. Padrões de controlo

### *II — Conteúdo das decisões*

1. Nulidade — Conformidade
2. Nulidade parcial
3. Interpretação conforme à Constituição
4. Novas formas de decisão
5. Decisões apelativas
6. A simples verificação da inconstitucionalidade (declaração de desconformidade)

### *III — Efeitos das decisões no tempo*

1. Em caso de nulidade
2. Em caso de decisões apelativas
3. Em caso de simples declarações de inconstitucionalidade

#### *IV — Obrigatoriedade das decisões*

1. Força de caso julgado e força de lei
2. Eficácia vinculativa
3. Em especial: a vinculação do Tribunal Constitucional às suas próprias decisões

#### *V — Os poderes do Tribunal Constitucional Federal*

1. Direito legal e direito judicial
2. Os poderes do Tribunal Constitucional Federal em relação ao legislador, aos tribunais em geral e aos tribunais internacionais ou supranacionais



## I. INTRODUÇÃO

### 1. Órgãos da Justiça Constitucional

O órgão superior da justiça constitucional na República Federal Alemã é o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG).

Simultaneamente existem, na maioria dos estados federados, tribunais constitucionais que garantem a observância do direito constitucional dos respectivos estados (1). Estes tribunais têm especial importância sobretudo em litígios respeitantes a escolas — e respectiva organização, bem como na fiscalização da constitucionalidade de normas sobre a ampliação de concelhos e outros reordenamentos autárquicos (2). A exposição subsequente limitar-se-à à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

---

(1) Schleswig-Holstein fez uso da possibilidade de confiar a decisão de litígios constitucionais dos estados federados ao Tribunal Constitucional Federal; em Berlim não existe tribunal constitucional devido ao estatuto especial desta cidade.

(2) Veja-se, para o conjunto, a completa exposição «Landesverfassungsgerichtsbarkeit», 3 volumes, Baden-Baden 1983.

## 2. Formas e objecto do controlo da constitucionalidade das normas

### 2.1. *Controlo preventivo de normas jurídicas*

Não está previsto um controlo preventivo. A única excepção, estabelecida pela jurisprudência, respeita a leis de aprovação de tratados internacionais cuja constitucionalidade pode ser objecto de fiscalização logo que o processo legislativo se conclua, mas antes da entrada em vigor de tais leis — isto para que não haja vinculação internacional antes da apreciação da constitucionalidade (3). A possibilidade, originalmente prevista na lei, de recurso a um parecer do Tribunal Constitucional Federal foi rapidamente abolida face a dificuldades respeitantes aos efeitos vinculativos de tais decisões (4).

### 2.2. *Controlo abstracto de normas jurídicas*

A pedido do Governo Federal, do governo de um estado federado ou de um terço dos membros do parlamento — e independentemente de um litígio concreto — cabe ao Tribunal Constitucional decidir sobre a conformidade do direito federal ou do direito dos estados federados com a Constituição (Lei Fundamental), e também sobre a conformidade do segundo com o restante direito federal. Por meio deste processo podem ser objecto de fiscalização todas as normas jurídicas, portanto leis (aprovadas pelo Parlamento), regulamentos, estatutos de autarquias ou de outras entidades. Pode também seguir-se este processo, com o objectivo de verificar a validade de certa norma, depois de um tribunal, uma autoridade administrativa, ou um órgão da República Federal ou de um estado federado recusarem a sua aplicação alegando a respectiva inconstitucionalidade (5).

Na prática, quem recorre ao controlo abstracto das normas é frequentemente a oposição política no Parlamento, ou o governo de um estado federado dirigido por um partido da oposição. Por isso, segundo a crítica, só seriam continuados no Tribunal por aqueles que perderam no Parlamento os confrontos políticos.

---

(3) BVerfGE 1, 396 (410 ff.)

(4) § 97 BVerfGG na redacção de 12 de Março de 1951, revogado pela lei de 21 de Julho de 1956.

(5) § 76 BVerfGG

Critica-se ainda este processo considerando que leva o Tribunal Constitucional a ter de decidir sobre a constitucionalidade das normas jurídicas sem dispôr de material suficiente para saber como determinada norma é aplicada na prática e quais os efeitos que tem.

### 2.3. *Controlo concreto de normas jurídicas*

Qualquer tribunal que pretenda aplicar uma norma jurídica tem, em primeiro lugar, de verificar a sua conformidade com o direito superior, especialmente com a Constituição. Se concluir que uma lei em sentido formal — portanto aprovada pelo Parlamento — não está conforme à Constituição (não bastando meras dúvidas), terá então de (6) suspender o processo e recorrer ao Tribunal Constitucional Federal (7). A este apenas compete declarar se a norma é ou não é constitucional (8), cabendo, de novo, ao tribunal materialmente competente julgar em seguida o caso concreto.

A razão da exclusividade da competência do Tribunal Constitucional Federal para declarar a inconstitucionalidade de uma lei formal é, em primeira linha, evitar que cada tribunal singular se sobreponha à vontade do legislador democrático, não aplicando as leis por este emitidas alegando a sua inconstitucionalidade. Nesta ordem de ideias, o Tribunal Constitucional Federal concluiu que apenas as leis emitidas, depois da entrada em vigor da Lei Fundamental estão sujeitas a este monopólio de competência, aí se incluindo aquelas que o legislador post-constitucional assumiu (9).

### 2.4. *Queixa constitucional*

Noutros processos pode também suscitar-se a fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas. Isto vale especialmente para a «queixa constitucional» que cada cidadão pode apresentar, com o fundamento de ter sido lesado

---

(6) Quando a decisão depende da validade da norma.

(7) Isto vale também quando o direito de um estado federado lesa a Lei Fundamental ou outro direito federal.

(8) Verificam-se na prática frequentemente concretizações — limitações ou alargamentos — pelo Tribunal Constitucional da questão prévia proposta.

(9) Isto tem vindo a verificar-se cada vez mais acentuadamente a partir de 1949. Veja-se BVerfGE, 181 (188 ff.); 66, 248 (255); 70, 126 (130 ff.).

pelo poder público num direito fundamental ou num direito a estes análogo (v. g. direito à audiência). A «queixa constitucional» pode ser dirigida contra qualquer acto do poder público, portanto em especial contra medidas da Administração, ou contra qualquer decisão dos tribunais. Mas para tanto é, em princípio, necessário que se tenham esgotado previamente as vias de recurso admitidas no caso (10). Sob determinados e limitados pressupostos, é também admissível apresentar directamente ao Tribunal Constitucional «queixa constitucional» contra uma lei ou outra norma jurídica; em especial, é necessário que o recorrente sofra, devido a essa lei, um prejuízo actual e directo, e é necessário que — sendo este ponto cada vez mais reforçado pela jurisprudência constitucional — não lhe seja exigível procurar uma solução pelas vias normais (princípio da subsidiariedade) (11).

Em cada um dos casos mencionados, o Tribunal Constitucional fiscaliza — mediata ou imediatamente — as normas jurídicas que lhes estão na base; deste modo, já muitas vezes se pronunciou formalmente acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e de outras normas jurídicas nestes processos. Mas deve notar-se que o controlo de constitucionalidade de uma norma, no quadro de um tal processo, só é permitido quando esteja em causa uma determinada posição jurídica subjectiva do recorrente, e não simplesmente outras prescrições objectivas do direito constitucional. O significado prático desta limitação é restringido, por outro lado, pelo facto de a jurisprudência do Tribunal Constitucional interpretar o art. 2 al. 1 da Lei Fundamental (13), no sentido de «a liberdade do desenvolvimento da personalidade» ali mencionada não se esgotar numa liberdade geral de actuação, mas abranger também a prevenção jurídico-fundamental de os indivíduos não serem onerados com desvantagens não fundamentadas na ordem constitucional — isto é, em prescrições jurídicas conformes à Constituição. Por isso, no âmbito da «queixa constitucional» é também admissível o controlo, por exemplo, de uma alegada falta de competência legislativa como vício formal de uma lei (14).

---

(10) § 90 Abs. 2 BVerfGG

(11) Veja-se por exemplo BVerfGE 71, 305 — Regulamentação da garantia das quantidades do leite; decisão de 25 de Fevereiro de 1986 — BvR 1384/85 e 30/86 — períodos de educação de órfãos.

(12) BVerfGE 66, 39 (64)

(13) «Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade na medida em que não lesem os direitos dos outros e não infrinjam a ordem constitucional ou a lei moral».

(14) BVerfGE 11. 105 (110); 40, 371 (378); decisão de 13 de Maio de 1986 — 1 BvR 99/85 e 461/85

## 2.5. Outros processos

Também no âmbito dos chamados «litígios entre órgãos», em que se discute acerca dos direitos e deveres dos órgãos superiores do Estado, bem como dos grupos parlamentares e dos partidos, tem ocorrido frequentemente — e também nos últimos tempos — a título incidental, o controlo de normas. Por exemplo, o Tribunal Constitucional decidiu em tais processos sobre a constitucionalidade de determinadas prescrições respeitantes ao tratamento fiscal de doações e contribuições para os partidos políticos e, além disso, sobre disposições processuais, contidas numa lei, respeitantes à constituição de uma comissão especial para o debate de partes secretas do orçamento do Estado, e sobre os subsídios globais previstos no orçamento — lei formal — para fundações próximas de partidos políticos. Em tais casos também se pode verificar um estreitamento do padrão de controlo, uma vez que o Tribunal Constitucional apenas tem de verificar se a medida contestada — eventualmente uma lei — lesou ou pôs em perigo imediato os direitos constitucionais do requerente (15).

Também no exercício da competência que igualmente lhe cabe de decidir recursos de decisões do Parlamento sobre a validade de uma eleição, foi o Tribunal Constitucional chamado a verificar a constitucionalidade da lei eleitoral federal (16).

## 3. Omissões legislativas

Também uma omissão legislativa pode ser objecto de decisão do Tribunal Constitucional. Este tipo de casos conduz-nos precisamente aos problemas e às novas perspectivas de decisão a discutir no capítulo II, em especial à mera declaração da inconstitucionalidade de uma dada situação jurídica e aos «apelos» ao legislador. Mencionemos a título de exemplo: incumbências constitucionais não executadas; o imperativo constitucional de definição legal de direitos e deveres básicos de um determinado círculo de pessoas; o dever constitucional do legis-

---

(15) Veja-se, por exemplo, a sentença de 14 de Julho de 1986 — 2 BvE 2/84 e 2 BvR 442/84 — financiamento de partidos — reprodução policopiada pág. 34.

(16) BVerfGE 16, 130 — Veja-se infra II 5.1. a).

lador de ter em conta mudanças de situação de facto e disparidades inconciliáveis com o princípio da igualdade. A escala estende-se desde casos de omissão propriamente dita — o legislador, contrariamente ao seu dever constitucional, mantém-se inactivo — passando pelos de falta de actualidade — o legislador deixa passar muito tempo sem agir —, até aos de uma desigualdade de tratamento censurável — o legislador agiu, omitindo porém a consideração de determinado grupo.

#### 4. O padrão de controlo

O padrão a utilizar no controlo da constitucionalidade das normas reside na própria Constituição — Lei Fundamental — (e, além disso, no restante direito federal, quando se trate da conformidade do direito dos estados federados com ele) (17). Neste contexto, a Constituição não pode ser entendida como um mero somatório de garantias e prescrições organizacionais, mas sim como uma unidade, como um sistema, enformado por determinadas decisões valorativas, especialmente os direitos fundamentais, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático. Os direitos fundamentais não significam apenas direitos individuais de defesa contra o Estado, mas constituem simultaneamente princípios objectivos — dentro de certos limites podem também fundar e garantir pretensões subjectivas à concessão de prestações estatais e, além disso, produzem efeitos no tocante à organização e ao desenvolvimento do processo da tomada de decisões estaduais (18).

---

(17) Independentemente disto, cabe ao Tribunal Constitucional decidir, de acordo com o art. 100 al. 2 da Constituição, se uma regra do direito internacional faz parte do direito federal (que está situado abaixo da Constituição) ou se produz imediatamente direitos e deveres para os indivíduos. Uma «queixa constitucional» não se pode basear numa pretendida lesão da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Veja-se BVerfGE 64, 135 (157).

(18) Veja-se acerca disto os relatórios nacionais de Hesse — Situação e significado dos direitos fundamentais EuGRZ 1978, 427 ss. — e Rupp-v.Brünneck — Jurisdição Constitucional e Poder Legislativo, AöR 102 (1977) 1 ss.

## II — CONTEÚDO DAS DECISÕES

### 1. Nulidade — Conformidade

1.1. Se o Tribunal Constitucional Federal concluir que uma lei não é conforme à Constituição, «declara a lei nula» (1). Na origem desta prescrição legal encontra-se a doutrina tradicionalmente seguida na Alemanha, segundo a qual uma norma contrária a direito superior é nula *eo ipso e ex tunc* (2). Isto resultava ainda mais claro na versão original da lei, na medida em que se utilizava a expressão «(o tribunal) declara a nulidade» (3).

Já a própria Lei do Tribunal Constitucional Federal estabelece limites aos efeitos da nulidade de uma norma inconstitucional: com efeito, se, por um lado, contra uma sentença *penal* proferida com base numa norma declarada inconstitucional, se admite a reabertura do processo, em todos os outros casos, as decisões, embora não possam executar-se no futuro, permanecem inimpugnáveis (4).

A lei também confere ao Tribunal Constitucional Federal a possibilidade de declarar nulas outras disposições da mesma lei, caso, pelas mesmas razões, sejam inconstitucionais (5).

1.2. Nos processos de controlo de normas, se o Tribunal Constitucional Federal concluir pela sua conformidade com a Constituição, declara expressamente a compatibilidade do preceito legal com a Lei Fundamental. Também num processo de «queixa constitucional» poderá uma lei ser expressamente declarada conforme com a Lei Fundamental na fórmula decisória (6); mas também frequentemente tal declaração aparece apenas como fundamento de uma decisão que recusa provimento a uma «queixa constitucional» (7).

---

(1) § 78 proposição 1 BVerfGG

(2) Apenas é possível aludir aqui ao facto de esta doutrina, historicamente falando, também ter tido os seus méritos, na medida em que permitiu fundamentar e legitimar o direito do controlo incidental das normas jurídicas pelos juizes em geral (richterliches Prüfungsrecht).

(3) § 78 proposição 1 BVerfGG na redacção de 12 de Março de 1951

(4) § 79 BVerfGG

(5) § 78 proposição 2 BVerfGG

(6) Veja-se por exemplo BVerfGE 68, 193; diferentemente por exemplo BVerfGE 68, 176 (185)

(7) Acerca da diferença de efeitos veja-se infra IV

## 2. Nulidade parcial

A nulidade total de uma lei ou de outra norma jurídica raramente é declarada. Acontece, por exemplo, nos casos de falta de competência da entidade que emitiu a lei: (por exemplo a Federação ou o Estado Federado) (8) e/ou quando as restantes disposições, embora conformes à Constituição, ficam desprovidas de um sentido autónomo, ou quando as disposições feridas de inconstitucionalidade são parte integrante de um regime legal global que perde sentido e justificação caso um dos seus elementos seja retirado, ou seja, quando a disposição nula está de tal modo entrelaçada com as outras disposições que forma com elas uma unidade inseparável (9).

Também uma disposição legal isolada não tem de ser sempre declarada totalmente nula.

Uma primeira limitação resulta desde logo do próprio objecto do litígio do processo constitucional, no caso do controlo concreto de normas da extensão da «questão prejudicial» (que muitas vezes ainda é concretizada pelo próprio Tribunal Constitucional) (10).

Além disso, este órgão pode concluir que apenas uma parte, linguisticamente separável, de um preceito é inconstitucional: por exemplo, um de vários pressupostos alternativos de determinada acção estadual, ou uma das várias conclusões que resultam da conjugação de vários preceitos. Assim, por exemplo, quando se exige que as candidaturas para o Conselho de pessoal de uma empresa sejam subscritas por, pelo menos, 1/10 dos eleitores, ou quando uma lei faz depender a admissão ao exame para Consultor Fiscal da condição de o examinando ter pedido a sua demissão do serviço da Administração das Finanças (11).

Finalmente, pode admitir-se a nulidade parcial de um pressuposto não expressamente mencionado em qualquer lugar pela lei, ou em geral de uma parte do seu âmbito de aplicação. Por exemplo, em 1982 o Tribunal Constitucional considerou nulas determinadas prescrições legais «na medida em que faziam depen-

---

(8) Veja-se por exemplo BVerfGE 61, 149 (151) — Lei sobre a responsabilidade do Estado

(9) BVerfGE 57, 295 (334); 65, 325 (358)

(10) Veja-se por exemplo BVerfGE 70, 115 (116)

(11) BVerfGE 67, 369 (370); BVerfGE 69, 209 (210)



der a admissão a um segundo curso médico da exigência de ele ser um complemento lógico do primeiro, também quanto aos candidatos que começaram este último até ao semestre de inverno de 1974/75 inclusive, na certeza da possibilidade — na altura ainda existente — de frequentar um tal segundo curso» (12).

### 3. Interpretação conforme à Constituição

O Tribunal Constitucional tem praticado, desde o início, a interpretação conforme à Constituição. Esta, em termos funcionais, tem semelhanças com a declaração supra mencionada de nulidade parcial de uma norma, evitando todavia precisamente a referida declaração de nulidade. Nessa medida, é o legislador (e portanto os parlamentares), pelo menos aparentemente, poupado da acusação de ter violado a Constituição, o que é um veredicto muitas vezes politicamente sobrevalorizado.

Se o teor de uma lei permitir várias interpretações, deve escolher-se aquela que se harmonizar com a Constituição. Outra interpretação que leve à inconstitucionalidade é excluída (13). A interpretação conforme à Constituição tem, porém, os seus limites, justamente onde contradiga o teor literal e a vontade clara do legislador, não podendo o conteúdo normativo da norma interpretada ser totalmente redefinido, nem ser ignorado em pontos essenciais o objectivo do legislador (14). De qualquer modo, isto vale apenas no concernente às valorações, às opções fundamentais e objectivos da regulamentação claramente reconhecíveis na norma; já ideias ou representações concretas, expressas pelas comissões ou por membros individuais dos corpos legislativos, sobre o significado ou alcance de uma certa disposição, de uma parte de uma norma ou de um conceito

---

(12) BVerfGE 62, 117 (119)

(13) É diferente a obrigação de todos os tribunais e aplicadores do direito concederem às decisões da Constituição a maior eficácia possível no caso concreto, por exemplo, à liberdade de expressão na interpretação de normas do direito civil e do registo civil. Designa-se isso, por vezes, como interpretação orientada pela Constituição.

Veja-se por exemplo Simon no Relatório Geral para a 2.ª Conferência, EuGRZ 1974, 85 (86 s.)

(14) Jurisprudência constante; vide apenas BVerfGE 54, 227 (229 s.) com mais referências.

e respectiva aplicação e efeitos, embora possam contribuir no caso concreto para esclarecer e determinar o sentido respectivo, não se traduzem numa orientação vinculativa para os tribunais. A delimitação, no caso concreto, pode revelar-se extremamente problemática. Uma tal questão conduziu mesmo em 1980 a uma das raras decisões do Tribunal Constitucional em pleno, o qual apenas é chamado a decidir quando há uma divergência entre as suas duas Secções. O Pleno concluiu — de forma muito simplificada — que a restrição do sentido literal, por via de uma interpretação conforme à Constituição, de uma prescrição legislativa que regulava em novos moldes o acesso ao Tribunal Supremo como tribunal de revisão em matéria cível, quando muito teria prejudicado a intenção reconhecível do legislador em medida diminuta, sendo por isso ainda admissível (15).

Numa outra decisão, o Tribunal Constitucional interpretou segundo a Constituição uma disposição de direito fiscal, segundo a qual mães de filhos nascidos fora do casamento e pais adoptivos gozam de certos benefícios: chegou à conclusão de que também pais de filhos nascidos fora do casamento — não mencionados expressamente na letra da lei — podem ser considerados pelo menos «pais adoptivos» quando vivam com a mãe e a criança numa comunhão de vida, atendendo ao dever constitucional de não discriminação de crianças nascidas fora do casamento (17). O Tribunal pressupôs que o legislador teria completado a lei neste sentido se se tivesse apercebido da lacuna.

Pelo contrário, não considerou passível de interpretação segundo a Constituição, por exemplo, uma «ordenação administrativa» proveniente do tempo do nacional-socialismo, portanto imbuída do pensamento próprio da Administração do Estado Totalitário, que em nenhum aspecto satisfazia as exigências de determinabilidade do Estado de Direito. Não era possível dar a volta à interpretação de uma regulamentação tão vaga, sem examinar se o resultado daquela viria a corresponder às intenções do legislador democrático. Uma interpretação conforme à Constituição implicaria determinar o conteúdo normativo e isso não é tarefa do Tribunal Constitucional (18).

---

(15) BVerfGE 54, 227 (298 ss.)

(16) Art. 6 al. 5 GG

(17) BVerfGE 36, 126

(18) BVerfGE 8, 71; de modo idêntico BVerfGE 20, 150 (160 s.)

De facto, não se deve perder de vista o perigo de, através da interpretação conforme à Constituição, se imputarem ao legislador resultados não contidos na sua vontade. Também não se apresenta totalmente sem problemas a relação funcional entre o Tribunal Constitucional e os Tribunais em geral (sobretudo os tribunais supremos) — do mesmo modo competentes para fazer interpretação conforme à Constituição — quando o Tribunal Constitucional prescreve como sendo conforme à Constituição uma interpretação à qual os Tribunais competentes em razão da matéria não chegaram por razões bem ponderadas. De acordo com a sua situação e atribuições, o Tribunal Constitucional, para além disto, apenas é chamado a declarar que uma determinada interpretação é inconstitucional. Para isso tem na verdade de mostrar que é possível, além dessa, uma outra interpretação. Em compensação, deve deixar em aberto a questão de saber se apenas é possível esta última ou também outras interpretações segundo a Constituição, não podendo impôr aos Tribunais competentes em razão da matéria *uma* outra e determinada interpretação.

#### 4. Novas formas de decisão

Para além destas técnicas de decisão, por assim dizer clássicas, o Tribunal Constitucional tem desenvolvido um amplo instrumentário por meio do qual se conseguem evitar consequências, muitas vezes indesejáveis, de uma nulidade com efeito *ex tunc*, sem por outro lado se ter de suportar durante muito tempo uma situação considerada inconstitucional.

Por um lado, declarou uma lei ou uma situação jurídica como «ainda» não inconstitucional, portanto ainda aceitável, fazendo simultaneamente apelo ao legislador para alterar a situação — eventualmente dentro de um prazo expressamente determinado pelo Tribunal. Noutros casos, considerou uma lei (apenas) não conforme à Constituição, mas não também nula. Esta nova variante decisória foi recebida, entretanto, pelo próprio legislador na Lei (orgânica) do Tribunal Constitucional (19).

As razões determinantes do uso destas novas formas de decisão sobrepõem-se parcialmente, e serão ainda clarificadas através dos exemplos fornecidos a seguir (vide *infra*, pontos 5 e 6).

---

(19) § 31 al. 2 BVerfGG

Por um lado, estava em causa evitar que a declaração de nulidade de uma lei originasse um défice de regulamentação ou até um caos jurídico. Ou, mais genericamente ainda, estava em causa não se dever chegar, através de uma decisão do Tribunal Constitucional, a uma situação ainda menos conciliável com a Constituição do que a situação em presença. Além disso, assumiu um significado importante para o Tribunal Constitucional o respeito pela esfera de liberdade de conformação do legislador. Este ponto de vista liga-se por vezes a razões da dogmático-sistemática: não é tarefa do Tribunal Constitucional tomar decisões de fundo, quando o legislador omitiu inconstitucionalmente a regulamentação legal de toda uma determinada área jurídica. De qualquer modo, seria difícil considerar «nula» uma omissão. Semelhantemente, nos casos em que o legislador lesa a Constituição pela circunstância de conceder apenas a um grupo uma certa vantagem e — contra a Constituição — a recusar a um outro grupo. Por vezes, também o gradual desenvolvimento económico, técnico, social ou jurídico conduz à situação de que uma norma não merecedora de reparo ao tempo da sua aprovação — eventualmente em conjunto com as outras prescrições — se torna entretanto inconstitucional, ou então a inconstitucionalidade apenas se revela com o decurso do tempo. Todos estes casos podem reconduzir-se à fórmula básica de que o Tribunal Constitucional se pronuncia no sentido de a situação jurídica em presença não se poder manter, deixando porém ao legislador a decisão política sobre a futura regulamentação.

## 5. Decisões apelativas

5.1. Já em algumas das chamadas «decisões apelativas» primeiro proferidas se reuniram várias das mencionadas características, sendo que aí desempenhou um papel prioritário a preocupação de evitar o «caos» político-constitucional.

a) No âmbito da sua competência para a verificação, em última instância, da validade das eleições para o Parlamento, o Tribunal Constitucional viu-se confrontado com a arguição de que, com o decurso do tempo e devido a alterações demográficas, se criou uma situação inconstitucional de desigualdade dos círculos eleitorais.

O Tribunal Constitucional decidiu que tal situação *ainda* era suportável. Dado tratar-se de um desenvolvimento gradual, não era nada simples determinar o

momento a partir do qual a distribuição dos círculos eleitorais passara de uma situação conforme à Constituição para uma situação inconstitucional. Ao mesmo tempo, deixou o Tribunal claro que o legislador era obrigado pela Constituição a aprovar uma nova distribuição dos círculos eleitorais ainda no decurso do período legislativo em curso, a fim de as eleições seguintes se poderem realizar já numa base correcta (20).

Se o Tribunal Constitucional, no respeitante ao carácter fundamentalmente fixo da delimitação dos círculos eleitorais, tivesse declarado nula a lei eleitoral e tivesse admitido a impugnação do resultado das eleições, ter-se-ia colocado a difícil questão de saber qual o órgão que poderia aprovar eficazmente uma nova lei eleitoral, com círculos eleitorais acima de qualquer dúvida.

b) Um exemplo modelar oferece também o caso do imposto de transacções.

O antigo sistema do imposto de transacções, segundo o qual (diferentemente do que acontece no caso do IVA) em cada transacção se tinha de pagar um imposto de 4% sobre o valor nominal da venda, levou a uma certa distorção na concorrência, com vantagem para as grandes empresas que centralizavam em si várias etapas de produção e comercialização, em prejuízo das pequenas empresas que partilhavam entre si as várias fases do processo de produção e de comercialização. O legislador quis evitar este desequilíbrio e autorizou o Governo Federal a determinar, por meio de regulamento, a não sujeição a imposto de todas as transacções. Todavia, este regulamento fora julgado nulo pelo próprio Tribunal Constitucional, uns anos antes, por não satisfazer as exigências constitucionais quanto à precisão de que devem revestir-se as autorizações para a emissão de regulamentos (21).

Declarar nula a totalidade da lei do imposto de transacções praticamente teria significado a bancarrota do Estado. Estava excluída a possibilidade de declarar inconstitucional e, conseqüentemente, nula, apenas uma parte da lei, porque seria praticamente impossível encontrar uma formulação que delimitasse a parte nula da parte válida, de uma forma viável. O Parlamento, entretanto, também passara a ocupar-se intensamente da reforma do regime jurídico do imposto de transacções, reforma, todavia, suplementarmente dificultada pela exigência de harmonização jurídica no quadro das Comunidades Europeias. Perante tudo isto,

---

(20) BVerfGE 16, 130

(21) BVerfGE 6, 282

o Tribunal Constitucional entendeu que a desigualdade existente tinha de ser aceite, a título provisório, pelas empresas em desvantagem. Havia ainda que dar um certo prazo ao legislador para ele aprovar a nova lei em perspectiva. Contudo, o Tribunal Constitucional declarou de forma expressa que partia do princípio de que o legislador viria a concluir a reforma começada sem atrasos, a menos que estes resultassem da natureza das coisas, e poria termo à desigualdade contestada (22).

5.2. Em algumas decisões em que o Tribunal Constitucional ligou a afirmação de que a situação jurídica ainda era suportável, em termos constitucionais, com um apelo ao legislador, tratava-se da nova codificação do conjunto de certas áreas jurídicas.

a) Uma primeira decisão tem a ver com a incumbência constitucional expressa — sem fixação de prazo — de criar para as crianças nascidas fora do casamento condições iguais às das crianças nascidas de uma relação conjugal (23).

Em 1969 — 20 anos decorridos desde a aprovação da Constituição (24) — o Tribunal Constitucional entendeu que tinha decorrido entretanto tempo suficiente para permitir ao legislador executar esta clara imposição constitucional. A situação ocorrente apenas poderia aceitar-se até ao final do período legislativo em curso. Aliás, o imperativo constitucional era suficientemente claro para eventualmente ser aplicado directamente pelos tribunais, especialmente no âmbito do direito da família e do direito das sucessões.

O facto de se conceder um tão curto lapso de tempo, de apenas meio ano até ao fim do período legislativo em curso, explica-se pela circunstância de o Parlamento já dispôr de uma proposta pronta para aprovação, através da qual se visava satisfazer o imperativo constitucional, cuja aceitação, todavia, havia primeiramente fracassado por causa de determinados grupos interessados.

A advertência do Tribunal Constitucional de que, caso o imperativo constitucional não fosse satisfeito pelo legislador dentro do prazo fixado, podia, dentro do possível, ser posto em prática directamente pela jurisprudência, já podia basear-se num precedente ocorrido com outra imposição constitucional. A Lei

---

(22) BVerfGE 21, 12 (42)

(23) Art. 6 al. 5 GG — BVerfGE 25, 167

(24) Já a Constituição de 1919 continha um imperativo semelhante no art.º 121

Fundamental dispusera expressamente que a legislação contrária ao princípio fundamental da igualdade entre homem e mulher se manteria em vigor até ser alterada, mas não para além do dia 31 de Março de 1953 (25). Após esta data, os tribunais civis passaram a aplicar directamente este princípio do tratamento igual no âmbito do direito da família, desenvolvendo assim, em diversos aspectos, este ramo do direito, ao longo de três anos, até se chegar a uma nova regulamentação legal. O Tribunal Constitucional, logo em 1953, havia considerado tal prática, cuja justificação fora questionada por um tribunal, como jurídico-constitucionalmente exigível (26).

*b)* Em decisões ulteriores, o Tribunal Constitucional entendeu que a inexistência de qualquer regulamentação legal sobre direitos e deveres dos presos não era, em si mesma, conforme à Constituição. Pelo contrário, era mister que os fundamentos jurídicos essenciais da disciplina dessa matéria fossem definidos através de uma lei aprovada pelo Parlamento. Contudo, a situação em que até então se estava ainda poderia aceitar-se durante um determinado período de transição, pelas seguintes razões: primeiramente, nesta matéria tinha-se, em geral, partido de uma outra concepção das coisas e haviam-se considerado como suficientes as «ordens administrativas» emanadas da Administração judiciária; a necessidade de aplicar o princípio da reserva da lei também a tais estatutos especiais só muito lentamente se foi concretizando na própria literatura jurídica, sendo que o Governo Federal incumbira já uma Comissão da elaboração de tal lei. O final do período legislativo em curso, para o qual faltava na altura ano e meio, foi estabelecido pelo Tribunal Constitucional como termo do período de transição (27).

Em consequência da dissolução antecipada do Parlamento que a seguir se verificou, este prazo foi prolongado pelo Tribunal (28).

Para o entretanto, o Tribunal Constitucional deixou claro que as competências da Administração e dos tribunais para intervir em posições constitucionalmente protegidas se reduziriam ao absolutamente indispensável para, no caso concreto, garantir a manutenção da pena e levar a cabo de forma organizada

---

(25) Art. 117 al. 1 GG

(26) BVerfGE 3, 225

(27) BVerfGE 33, 1

(28) BVerfGE 40, 276

a sua execução. Nesta base, o Tribunal procedeu, em ambos os casos, ao controlo da constitucionalidade — material — das medidas concretas adoptadas pelos órgãos encarregados de execução das penas, que haviam sido impugnadas, tendo como resultado o provimento da «queixa constitucional» no primeiro dos processos mencionados, por razões inerentes ao concreto caso particular.

c) De modo semelhante decidiu o Tribunal Constitucional acerca da situação jurídica dos alunos das escolas. Também neste campo há questões essenciais a regulamentar por via legislativa, por exemplo, os pressupostos fundamentais para a expulsão de um aluno. Todavia, era ainda de aceitar que, durante um período transitório, tal regulamentação fosse feita só por meio de decretos ministeriais (dos Estados Federados) (29).

Entretanto, o legislador federal aprovou uma lei sobre execução das penas, e os Estados Federados, competentes nessa matéria, alargaram as leis escolares em termos de elas próprias incluírem agora o essencial da regulamentação, especialmente no que respeita a medidas com particular alcance «agressivo». Em suma: por meio da sua técnica de decisão, o Tribunal Constitucional impulsionou o cumprimento do imperativo da Constituição, segundo o qual determinadas intervenções na esfera dos direitos fundamentais carecem de autorização legal; por outro lado, deixou ele aos legisladores da Federação e dos Estados Federados o desempenho da função que lhes cabe, e não ao Tribunal, de aprovar as respectivas leis.

5.3. Alguns casos, nos quais o Tribunal Constitucional considerou ainda aceitável, em termos constitucionais, uma regulamentação legal, mas ao mesmo tempo expressando claramente ser imperiosa uma alteração por motivos constitucionais, têm como base comum o aparecimento gradual ou a aquisição gradual de relevância constitucional de uma violação do princípio da igualdade, devido a alterações de carácter económico, com um conseqüente aumento de disparidades. Ao mesmo tempo, trata-se, de um modo geral, de matérias de regulamentação complexa, cuja reordenação — provavelmente fundamental — é primariamente tarefa do legislador e não de um tribunal.

a) Na base de uma decisão proferida em 1986 estava a desigual valorização e conseqüente tributação de diferentes espécies de património: enquanto

---

(29) BVerfGE 41, 251



o património mobiliário em títulos, especialmente esse, era objecto de uma avaliação com base no valor actual do mercado, a avaliação de terrenos ficava muito aquém, de modo que não era considerado o desenvolvimento económico que entretanto tinha levado a um aumento do valor. A queixa constitucional de um proprietário de títulos, os quais tinham sido considerados com os valores actuais — e portanto certos —, não teve provimento, porque o Tribunal Constitucional concluiu que em caso algum se poderia pretender que o legislador melhorasse no futuro a situação dos proprietários de bens em princípio «correctamente» avaliados — designadamente baixando os valores — porque a unidade de avaliação ainda não se encontrava actualizada e se tornara correcta em todos os cursos. Quanto a um tratamento pior, no passado, dos proprietários de bens diversamente avaliados, é de excluir, pelo facto de tais processos estarem findos. O legislador havia reconhecido a desigualdade. Era sua tarefa eliminar a discrepância, por si reconhecida como duvidosa, num prazo adequado (30).

Este claro apelo do tribunal, todavia, até agora ainda não conduziu à eliminação fundamental das disparidades, que se vão agravando (31).

b) O tribunal também constatou desigualdades em relação aos impostos sobre as pensões de reforma dos funcionários públicos, inteiramente tributadas, e sobre as pensões de reforma dos restantes trabalhadores por conta de outrem, apenas parcialmente sujeitas ao pagamento de impostos. Inicialmente, o benefício fiscal dos empregados reformados, em relação aos funcionários públicos reformados, não assumia, contudo, grandes proporções, devido ao nível muito baixo das pensões de reforma dos primeiros. Mas com o decurso do tempo alteraram-se as situações reais. As pensões de Reforma dos trabalhadores por conta de outrem aumentaram de tal modo, quer nominalmente, quer em termos reais, que atingiram um montante em que estariam sujeitos a pagamento de impostos, não fossem as discutíveis prescrições legais em causa. Na sua decisão do ano de 1980, o Tribunal Constitucional teve de se pronunciar sobre uma tributação relativa aos anos de 1960/70. No tocante a este período, reconhecendo a disparidade que em princípio se verificava, concluiu que ela ainda não era suficientemente grave ao ponto de se traduzir numa

---

(30) BVerGE 23, 242

(31) Veja-se também BVerfGE 65, 160

violação constitucional do princípio geral da igualdade. As situações reais tinham-se alterado pouco a pouco e estavam em causa matérias de regulamentação complexa, cuja reforma rápida e simples não era possível, exigindo, pelo contrário, uma reformulação de base.

Mas o legislador estava obrigado a iniciar a feitura de uma nova regulamentação, sendo da sua responsabilidade responder à questão de saber de que modo e com que meios legislativos pretenderia eliminar as distorções entretanto verificadas. O prazo para a feitura da nova legislação não foi definido pelo Tribunal (32), e ainda não está à vista qualquer regulamentação legal (33).

c) Ao contrário, já uma outra decisão apelativa conduziu, entretanto, a uma reforma de fundo: o regime legal do seguro de pensões atribuía às viúvas, após a morte do marido, uma pensão de viuvez em qualquer circunstância, enquanto o viúvo apenas a recebia no caso de a mulher, antes de morrer, haver predominantemente suportado o sustento da família.

Ainda em 1963, o próprio Tribunal Constitucional entendeu não haver aqui nenhuma violação do princípio de igualdade de tratamento do homem e da mulher, porque as mulheres casadas — se é que trabalhavam profissionalmente — ganhavam muito menos do que os maridos e, por isso, dependiam muito mais da pensão de viuvez do que seria o caso de maridos sobreviventes. O número reduzido de excepções, constituindo casos atípicos, bem podia nem ser considerado (34).

Em 1975, o Tribunal Constitucional viu-se perante uma situação modificada tanto do ponto de vista jurídico, como do factual. No direito de família já não estavam definidas por lei as funções dos cônjuges, deixadas ao critério do casal. Além disso, a percentagem das mulheres que trabalhavam profissionalmente aumentara para 30%, com tendência para crescer. O Tribunal Constitucional considerou ainda compatíveis com o princípio de igualdade homem/mulher as distorções legais em matéria de seguro de pensões.

---

(32) BVerfGE 54, 11

(33) Em todo o caso, comissões de peritos têm-se preocupado com uma ainda maior harmonização dos sistemas de protecção social da velhice, abrangendo também as questões acima mencionadas. Alguns partidos e interessados são de opinião que a distorção constatada pelo Tribunal Constitucional tem diminuído de novo ultimamente.

(34) BVerfGE 17, 1

Entendeu dever ser concedido ao legislador tempo suficiente para reagir à nova situação e regulamentar de novo esta difícil matéria. Contudo, o Tribunal partiu do princípio de que uma nova lei entraria em vigor dentro do período legislativo que sucederia ao imediato (35). Com um atraso insignificante (36), o legislador atendeu ao apelo do Tribunal Constitucional, introduzindo uma reforma de grande vulto.

## **6. A simples verificação da inconstitucionalidade (declaração de desconformidade)**

6.1. Partindo do ponto de vista de que uma declaração de nulidade de prescrições legais ainda seria menos constitucional do que a manutenção em vigor de uma lei considerada em si mesma inconstitucional, já relativamente cedo o Tribunal Constitucional se limitou a declarar como incompatíveis com a Lei Fundamental prescrições que regulamentavam o vencimento dos funcionários públicos, pois, de outro modo, faltaria de todo uma base legal — necessária de acordo com o direito alemão — para o pagamento de remunerações (37).

6.2. — *a*) O ensejo para uma decisão fundamental sob o ponto de vista sistemático, forneceu-o uma regulamentação legal que permitia às viúvas, e não aos órgãos, em determinadas circunstâncias, pedirem o reembolso de contribuições para o seguro de velhice. Em todos os casos em que seja concedido um benefício ou uma prestação pelo Estado a um determinado grupo de pessoas, e membros de um outro grupo aleguem que a não concessão do mesmo benefício ou prestação lesa o princípio de igualdade, o dilema é óbvio: se o Tribunal Constitucional declarasse nulas as disposições legais que concedem os benefícios — no caso em apreço, a favor das viúvas — eliminar-se-ia o tratamento desigual; todavia, desta maneira, não seriam ajudados os petionantes, uma vez que estes, em última análise, desejam ser colocados tão bem — e não tão mal — como o outro grupo. O que se censura é a existência na lei de uma lacuna que, do ponto de vista dos petionantes, é inconstitucional; mas uma lacuna, já por razões jurídico-dogmáticas, dificilmente pode

---

(35) BVerfGE 39, 169

(36) Que também pode ser reconduzível à dissolução do Parlamento ocorrida entretanto.

(37) Por exemplo BVerfGE 8, 1 (19 s.); 26, 79; 32, 199; 40, 296; 56, 175; 64, 376

ser declarada nula. Acresce que o legislador tem mais possibilidades de remediar a violação da Constituição: pode retirar os benefícios aos que os recebiam até então (decerto que isso é muitas vezes irrealista, do ponto de vista político, mas mesmo assim têm-se verificado exemplos), pode concedê-los ao grupo que até agora não beneficiava deles (eventualmente ultrapassando mesmo o círculo dos que estavam em causa no processo) ou pode estabelecer uma regulamentação e delimitação totalmente novas (no caso em apreço, poder-se-ia basear, por exemplo, na circunstância de a viúva ou o órfão viverem em economia doméstica comum com o falecido no momento da sua morte).

O respeito pela margem de liberdade constitutiva do legislador exige que, em tais casos, o Tribunal Constitucional apenas declare que a desigualdade em causa viola a Constituição. Em termos processuais, isto significa que os tribunais que se ocupam do litígio, tenham de suspender o processo (eventualmente de novo), a fim de esperar pela decisão do legislador (38).

Com fundamento nestas reflexões foi proferida, entretanto, uma série de decisões em que preceitos legais foram, com base na violação do princípio da igualdade, declarados (apenas) como não conformes à Constituição (39).

b) Merece ainda destaque a decisão sobre a tributação de pessoas vivendo sozinhas com filhos (a chamada «meia família»).

Após uma análise detalhada das prescrições legais e seus efeitos, o Tribunal Constitucional concluiu que o tratamento fiscal das pessoas vivendo sozinhas com filhos traduzia uma discriminação inconstitucional em relação aos casais com filhos e, ainda mais, em relação aos casais sem filhos. Lesava o princípio da igualdade, combinado com o imperativo constitucional de protecção e promoção do casamento e da família (40). Também neste caso a discrepância se agravava gradualmente através do forte aumento nominal dos vencimentos (41). O Tribunal

---

(38) BVerfGE 22, 349

(39) Veja-se por exemplo BVerfGE 62, 256 (289) — prazo de despedimento diferente para operários e empregados; BVerfGE 57, 335 (346) — Rendimentos avaliados globalmente de forma diferente para efeito do seguro social; BVerfGE 52, 369 (379) — dia de trabalho doméstico apenas para mulheres.

(40) Art. 6 al. 1 GG

(41) Desse modo, um número cada vez maior de pessoas foi sendo abrangido pelo imposto progressivo sobre o rendimento, no qual aos casais aproveita, ao contrário dos não casados, o procedimento do Splitting, enquanto por outro lado os montantes isentos concedidos a pessoas vivendo sozinhas com filhos, permanecendo idênticos, perderam, cada vez mais, em termos reais, valor significativo.

Constitucional deu especial ênfase ao facto de o legislador dispôr de várias possibilidades — eventualmente também recorrendo a meios fora do direito fiscal — de eliminar esta desigualdade inconstitucional. Havia que dar-lhe tempo suficiente para elaborar um novo regime legal. No interesse da segurança jurídica, as normas — em princípio inconstitucionais — deviam ser aplicadas até ao aparecimento da nova regulamentação — o que devia ocorrer até 31 de Dezembro de 1984, o mais tardar — mas, de qualquer modo, só a título de liquidação provisória do imposto (42). Caso até esta data não tivesse entrado em vigor uma nova regulamentação, as disposições inconstitucionais não poderiam servir de base à tributação das pessoas vivendo sozinhas (43).

Poucos dias antes do final de 1984, entrou em vigor um novo regime legal.

6.3. Por vezes, noutros casos de violação da Constituição, razões sistemático-jurídicas e o respeito pela liberdade de conformação do legislador impediram o Tribunal Constitucional de declarar nulas certas disposições legais.

Assim, o Tribunal chegou por exemplo à conclusão de que as restrições dos direitos de proprietários de terrenos aproveitados para pequenos quintais, de acordo com determinadas prescrições, lesavam o princípio da protecção do direito de propriedade (44). Estes pequenos quintais tiveram um papel muito importante na alimentação de determinadas camadas populacionais durante as guerras e a crise económica mundial. Os arrendatários dependiam deles. A legislação teve em conta esta situação, através de uma regulamentação emitida ao longo do tempo, em termos de não ser possível, nem exigir a desocupação do arrendatário, nem aumentar a renda. Hoje em dia estes quintais já não têm o mesmo significado subsistencial para os arrendatários. Os terrenos em que pequenos quintais como estes se encontram, por vezes há muitas décadas, serviriam hoje em dia, por exemplo, para construção habitacional. Perante esta situação, o Tribunal Constitucional concluiu que os proprietários de tais terrenos eram de facto lesados inconstitucionalmente no seu direito fundamental de propriedade. A situação jurídica reconhecida como inconstitucional surgira, porém, apenas como resultado de sucessivas e sobrepostas regulamentações que, no seu

---

(42) Uma modalidade de liquidação legalmente prevista na lei geral tributária.

(43) BVerfGE 61, 319

(44) BVerfGE 52, 1

conjunto, acabaram por ultrapassar o grau suportável de restrições ao direito de propriedade. Além disso, o respeito pela margem de liberdade constitutiva do legislador, no tocante a uma nova regulamentação, impedia uma declaração de nulidade.

6.4. Também a decisão de 24 de Junho de 1986 sobre o equilíbrio financeiro entre os estados federados oferece um exemplo actual bem manifesto.

Segundo as disposições da Lei Fundamental, e entre outras regras, têm de se equilibrar de forma adequada as receitas dos estados federados. Isto obtém-se através de uma lei, cuja aprovação na prática política costuma ser precedida de intensas negociações entre os estados federados e o governo central.

O Tribunal Constitucional chegou à conclusão de que algumas disposições da lei não obedeciam às directivas constitucionais. Mas dado que todas as regras sobre o equilíbrio financeiro entre os estados federados estão numa relação de complementaridade, estendeu o julgamento de inconstitucionalidade a todo o capítulo em questão da lei. Caso contrário, ficava apenas um fragmento que, por si só, já nenhum equilíbrio adequado entre a diferente força financeira dos estados federados lograria produzir. Estas considerações do Tribunal tornam claro que a declaração de nulidade das prescrições legais em causa teria sido ainda menos adequada. A (mera) declaração de inconstitucionalidade de todo o capítulo em causa da lei abriu simultaneamente caminho ao legislador para uma nova concepção do sistema de reequilíbrio financeiro.

Além disso, o Tribunal definiu detalhadamente os efeitos da declaração de nulidade para o passado e para o período até ao aparecimento de um novo regime legal: por razões de segurança jurídica, bem como da confiança e calculabilidade de efeitos de que tem de revestir-se o planeamento financeiro das despesas e orçamental, serão de excluir efeitos retroactivos. Por outro lado, a nova regulamentação tem de vigorar o mais tardar no ano orçamental de 1988. Para 1987 — e parcialmente para o período a partir de 1983 — devem ser previstos pagamentos compensatórios, destinados a reequilibrar os prejuízos que houveram de ser inconstitucionalmente suportados.

---

(45) Sentença de 24 de Junho de 1986 — 2 BvF 1/83 e outros

### III — EFEITOS DAS DECISÕES NO TEMPO

#### 1. Em caso de nulidade

A declaração pelo Tribunal Constitucional da nulidade parcial ou total de uma norma tem efeitos *ex tunc*. O significado prático desta afirmação é, porém, fortemente limitado pelo regime legal do § 79 do BVerfGG: a reabertura (revisão) do processo apenas é prevista no caso de sentença transitada em julgado de carácter *penal*, baseada numa norma nula face à Lei Fundamental — regime que a lei estendeu aos casos em que uma norma foi declarada *incompatível* com a Lei Fundamental, ou em que a sentença penal se baseou na *interpretação* de uma norma declarada pelo Tribunal Constitucional como não conforme à Lei Fundamental.

Em todos os outros domínios jurídicos, as decisões já não susceptíveis de recurso permanecem intocáveis. Todavia, não é permitida a sua execução. A consequência prática deste regime legal reside em que os interessados que questionem a constitucionalidade de uma norma têm de interpor sempre recurso das decisões — sejam dos tribunais ou da Administração — que a apliquem. No caso de já haver um processo pendente no Tribunal Constitucional, os tribunais suspendem muitas vezes a decisão de casos semelhantes perante eles pendentes, aguardando a decisão daquele tribunal.

#### 2. Decisões apelativas

As puras decisões apelativas não têm efeitos jurídicos imediatos. Todavia, contêm simultaneamente a advertência de que uma determinada situação inconstitucional não será mais aceitável no futuro — eventualmente após o decurso de um período de tempo definido precisamente pelo Tribunal Constitucional. Também em casos de (mera) declaração de inconstitucionalidade, tem o Tribunal feito semelhantes advertências. Como foi referido supra, o Tribunal Constitucional, em algumas decisões, deixou também clarificada a situação jurídica que então passaria a vigorar. Por exemplo: a proibição de continuar a aplicar um determinado imposto (no caso da «meia família») ou a obrigatoriedade para os tribunais competentes de darem imediatamente eles próprios cumprimento ao imperativo constitucional (caso dos filhos nascidos fora do casamento).

### 3. O caso da (mera) declaração de inconstitucionalidade

Quando uma norma é declarada incompatível com a Constituição, a partir do momento da decisão do Tribunal Constitucional, ela deixa de poder ser aplicada, na medida decorrente da «fórmula decisória». Eventualmente, têm os tribunais de suspender os processos pendentes e aguardar que o legislador elabore nova regulamentação (1).

Para evitar situações de incerteza, o Tribunal Constitucional, ultimamente, tem-se pronunciado cada vez mais, nas suas decisões, sobre os efeitos jurídicos que devem vigorar no período intermédio até à emissão do novo regime legal. Refiram-se, a título de exemplo, os regimes transitórios do equilíbrio financeiro entre os Estados Federados e da tributação das «meias famílias», supra citados. Nessa matéria, o Tribunal Constitucional orienta-se pelo seguinte raciocínio: é de, excepcionalmente, continuar a aplicar total ou parcialmente uma prescrição legal declarada inconstitucional, quando a peculiaridade da norma declarada inconstitucional, em função de razões jurídico-constitucionais, especialmente de segurança jurídica, impõe que tal regra inconstitucional se mantenha por um período transitório, a fim de que durante esse lapso de tempo não se caia numa situação ainda mais afastada da ordem constitucional. Todavia, as questões ligadas a esta matéria necessitam de ser ainda clarificadas pela jurisprudência (2).

No caso de declaração de inconstitucionalidade, o legislador é obrigado a criar uma situação legal conforme à Constituição. Ao estabelecer a nova regulamentação, está ele adstrito, especialmente no caso de violação do princípio da igualdade, a editar também para o passado uma regulamentação conforme aos princípios constitucionais (3).

Também neste domínio subsistem incertezas. O legislador, em alguns casos, emitiu regras de direito transitório baseadas na diferenciação acima do §79, al. 2 do BVerfGG (4).

---

(1) BVerfGE 37, 217 (261)

(2) Veja-se sobre isto também Heussner, Consequências da inconstitucionalidade de uma lei sem declaração de nulidade, NJW 1982, 257

(3) BVerfGE 55, 100

(4) Veja-se sobre isto Heyde, consequências legislativas da declaração de inconstitucionalidade de normas, Festschrift Faller, München, 1984, pág. 53 e ss.



## IV — OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES

### 1. Força de caso julgado e força de lei

1.1. Tal como as decisões dos outros tribunais, também as do Tribunal Constitucional têm força de caso julgado (*res judicata*) (1). A força de caso julgado (material) diz apenas respeito à «fórmula decisória» e não também aos elementos da sentença contidos nos fundamentos da decisão, podendo estes no entanto ser utilizados para definir o sentido daquela.

A força de caso julgado de uma decisão anterior opera apenas quando seja o mesmo o objecto do litígio, não bastando a coincidência de questões jurídicas essenciais. A força de caso julgado opera não só inter partes, mas também relativamente ao próprio Tribunal Constitucional.

1.2. Quando o Tribunal Constitucional declara uma lei conforme à Constituição, inconstitucional ou nula, a decisão tem força de lei — ou negativa e castatória ou positiva; cumpre ao Ministro Federal da Justiça publicar a «fórmula decisória» no jornal oficial da República Federal (2). Isto vale também quando uma semelhante declaração — expressa — sobre a conformidade de uma norma com a Constituição é proferida em processo de «queixa constitucional». (Como já foi referido, o Tribunal Constitucional, nem em todos os casos em que verifica mediatamente a constitucionalidade de uma prescrição legal, faz uso da possibilidade de integrar expressamente a respectiva declaração na «fórmula decisória». Em muitas decisões proferidas em processos de «queixa constitucional», limita-se apenas, na decisão propriamente dita, a revogar as decisões impugnadas, ou então a negar provimento à queixa; nesses casos, o resultado do controlo incidental de normas apenas se retira dos fundamentos da decisão. Deste modo, é o próprio Tribunal quem determina a possível força de lei das suas decisões).

### 2. Eficácia vinculativa

Além disso, a lei orgânica do Tribunal Constitucional determina expressamente que as decisões do Tribunal vinculam os órgãos constitucionais da Federação e

---

(1) BVerfGE 4, 13 (38 s.); 20, 56 (86 s.)

(2) § 31 al. 2 BVerfGG

dos estados federados, bem como todos os Tribunais e entidades administrativas (3). Numa das suas primeiras decisões, o tribunal deixou claro, por exemplo, que os princípios por ele estabelecidos, segundo os quais as emissoras de rádio podiam conceder ou recusar tempos de antena aos partidos políticos para propaganda eleitoral, não só vinculavam as entidades directamente envolvidas no processo, mas também todas as emissoras relativamente a todos os partidos políticos (4). No caso de o Tribunal Constitucional ter declarado uma norma inconstitucional, o legislador fica impedido, devido à «eficácia vinculativa» (da decisão), de emitir de novo o mesmo preceito (5).

A força vinculativa refere-se apenas à «fórmula decisória» e aos seus fundamentos determinantes, e não a cada afirmação singular que se encontre na exposição, frequentemente extensa, dos fundamentos da decisão. É de recusar uma canonização de frases isoladas, eventualmente retiradas do contexto, das decisões do Tribunal Constitucional.

Neste domínio, as questões ainda não estão todas esclarecidas. Numa decisão relativa ao tratado básico com a R.D.A., o Tribunal Constitucional declarou como fundamentos necessários, e por isso determinantes, todos os desenvolvimentos da fundamentação da sentença, incluindo aqueles que não se referiam exclusivamente ao conteúdo do próprio acordo. Isto foi vivamente criticado na literatura; desde então o Tribunal Constitucional não voltou a fazer uma declaração com tão vasto alcance. Além disso, a eficácia vinculativa não se estende a declarações que respeitam apenas à interpretação das chamadas «leis simples»; essa é antes do domínio dos tribunais competentes em razão da matéria, que estão mais próximos desta última. De qualquer modo é tarefa do Tribunal Constitucional estabelecer, de forma vinculativa, os princípios e limites que do direito constitucional resultam para a interpretação de uma lei. Quando, no âmbito de uma interpretação conforme à Constituição, o Tribunal declara que uma certa interpretação, em princípio possível, não é conciliável com a Constituição, nenhum outro tribunal pode considerar essa possibilidade interpretativa como conforme

---

(3) BVerfGE 55, 100

(4) Veja-se sobre isto Heyde, consequências legislativas da declaração de inconstitucionalidade de normas, Festschrift Faller, München, 1984, pág. 53 e ss.

(5) BVerfGE 1, 14 (36 s.)

(6) BVerfGE 36, 1 (36)

à Constituição. O mesmo vale, por exemplo, quando, na decisão de «queixas constitucionais» apresentadas contra decisões judiciais, se declara que certas interpretações, de outro modo possíveis e defensáveis, do direito comum conduzem a uma lesão de direitos fundamentais (7).

### **3. Em especial: a vinculação do Tribunal Constitucional às suas próprias decisões**

#### *3.1. A eficácia descrita não vale para o próprio Tribunal Constitucional (8)*

O Tribunal Constitucional declarou expressamente que lhe era lícito abandonar as posições jurídicas defendidas numa decisão anterior e até mesmo as que foram determinantes da decisão então adoptada (9). Mas, na prática, só com grande reserva o Tribunal admite afastar-se dos princípios jurídicos definidos na sua própria jurisprudência. A autoridade do Tribunal, adquirida no passado e a conservar no futuro, depende de uma jurisprudência plausível e ao mesmo tempo segura e continuada. Por outro lado, sendo o Tribunal Supremo competente para fazer a interpretação vinculativa da Constituição não pode também deixar de ter a possibilidade de corrigir posições jurídicas que ulteriormente se revelem incorrectas ou excessivamente amplas, ou baseadas em elementos falsos. Assim, há pouco tempo, o Tribunal Constitucional corrigiu parcialmente afirmações demasiado generalizadoras sobre os possíveis efeitos jurídicos imediatos das cláusulas contidas em planos urbanísticos e chegou — após pormenorizada análise nos casos concretos dos efeitos jurídicos — a soluções mais diferenciadoras. O Tribunal declarou então expressamente que não se mantinha a jurisprudência anterior (10).

3.2. Do que fica referido deve distinguir-se o caso de interpretações da Constituição e consequentes decisões do Tribunal Constitucional baseadas em determinados fundamentos fácticos de mais diversa natureza, muitas vezes não mencionados expressamente, que se não mantêm inalterados. Logo nos primeiros

---

(7) BVerfGE 40, 88; acerca dos limites da eficácia vinculativa, veja-se também BVerfGE 69, 112

(8) De qualquer forma tem de respeitar o caso julgado.

(9) BVerfGE 4, 31 (38); 20, 56 (86 s.)

(10) BVerfGE 70, 35 (53)

tempos, o Tribunal Constitucional decidiu que as disposições da Constituição podem sofrer uma alteração de significado «quando no seu âmbito surgem novas situações de facto, não previsíveis, ou quando situações de facto conhecidas adquirem significação ou relevo novos através da sua integração num processo evolutivo global» (11). O Tribunal sublinhou, além disso, que, no âmbito do controlo concreto de normas, os tribunais podem apresentar novamente ao Tribunal Constitucional a questão da constitucionalidade de um preceito legal, mesmo que aquele Tribunal já se tenha pronunciado acerca de tal questão. Naturalmente que têm então os tribunais de manifestar a sua expressa divergência com a decisão anterior do Tribunal Constitucional e de expor as alterações entretanto verificadas que, no seu entender, justificam um novo exame por esse Tribunal de «questão prévia» já decidida (12).

Os exemplos acima dados já permitem ver como a alteração das condições no domínio social, económico, técnico, moral ou do direito ordinário podem conduzir a outras valorações jurídico-constitucionais. No citado caso do seguro de sobrevivência dos viúvos, doze anos depois o Tribunal Constitucional chegou a uma outra conclusão; e isto porque, por um lado, as regras do direito de família se tinham alterado e, por outro lado, a ordem de grandeza do círculo de pessoas em causa se tinha modificado (13).

Além disso, desde há algum tempo, por exemplo, que o Tribunal Constitucional procura, com o ensejo e no contexto de muitos casos concretos, refundir de novo o alcance do direito à propriedade, protegido pela Constituição, à luz da circunstância de a grande maioria dos cidadãos, hoje em dia, obter a garantia da sua subsistência económica menos através de bens patrimoniais do que através dos proventos do trabalho e do seguro de velhice a estes ligado e solidariamente assegurado.

Dentro de certos limites, não facilmente determináveis, a interpretação da Constituição também tem de levar em conta a alteração que se vai operando da consciência jurídica. A este respeito, podem citar-se exemplificativamente as decisões acima mencionadas, nas quais a reserva de lei foi estendida às situações jurídicas dos presos e dos alunos das escolas.

---

(11) BVerfGE 2, 380 (401)

(12) BVerfGE 65, 179 (181)

(13) Veja-se acima II 5.3. c)

Os pontos de vista expostos mostram que também as decisões do Tribunal Constitucional não podem ter a pretensão de valer para a eternidade, mas pelo contrário têm de ser sempre acessíveis a uma revivificação cuidadosa e eventualmente a uma correcção bem fundamentada.

## V — OS PODERES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

### 1. Direito de lei e direito judicial

Da decisão tomada pela própria Constituição de erigir um Tribunal Constitucional, que tem de decidir em vários tipos de processos e em última instância sobre a interpretação da Constituição, decorre que a este Tribunal cumpre tomar decisões que podem ter efeitos políticos de grande alcance. O Tribunal Constitucional não tem ao seu dispor qualquer possibilidade de recurso a uma doutrina da «political question», que lhe permita recusar a decisão em determinados processos só pura e simplesmente por estarem em causa questões com elevado significado político. Na sua jurisprudência, o Tribunal não deixou todavia de assumir as suas responsabilidades, por exemplo procurando evitar ou atenuar consequências insuportáveis para a comunidade política que resultariam da tradicional doutrina da nulidade *ex tunc* das normas jurídicas. A este respeito, o Tribunal teve de reconhecer que as questões processuais inerentes estavam reguladas na sua Lei orgânica apenas de modo fragmentário e rudimentar e que, por conseguinte, tinha de elaborar em grande parte ele próprio o seu direito processual. Por isso, as novas modalidades de decisão foram desenvolvidas por meio do «case law», tendo o legislador vindo depois a ratificar parcialmente, na Lei orgânica do Tribunal Constitucional, as conclusões a que chegou. A margem de actuação do Tribunal Constitucional mostra-se deste modo relativamente ampla, sendo as ambiguidades daí resultantes atenuadas pela extensa casuística entretanto já desenvolvida.

## **2. Os poderes do Tribunal Constitucional em relação ao legislador, aos restantes tribunais e aos tribunais internacionais ou supra-nacionais**

2.1. Uma Constituição — sobretudo quando contém um amplo catálogo de direitos fundamentais e vincula à observância destes todo o poder público — precisa claramente, em maior medida do que muitos outros preceitos jurídicos, de uma concretização através da interpretação. O facto de o Tribunal Constitucional ser competente em última instância para a interpretação da Constituição, não significa todavia que tenha sempre de antepor a sua própria decisão à de outros órgãos, especialmente ao poder legislativo e aos tribunais competentes em razão da matéria. Neste contexto, o conceito de «judicial self restraint» assinala uma virtude que deve ser observada pelo próprio juiz, mas não substitui todavia a análise diferenciadora de situações que é imperioso fazer. Pois, em última análise, os limites funcionais da jurisdição constitucional acompanham as diferentes proclamações normativo-materiais da Constituição, muito diversas no que respeita à sua intensidade, alcance e necessidade de concretização.

A tarefa confiada ao Tribunal Constitucional de garantia da Constituição pode justamente exigir o contrário da «contenção», ou seja, uma intervenção decidida do Tribunal — mesmo com o risco de conflito com outro poder (1). Assim, por exemplo, cumprindo ao Tribunal Constitucional velar pelo respeito das competências legislativas da Federação e dos estados federados, teve de declarar inconstitucional uma lei federal sobre a responsabilidade do Estado por actos dos seus funcionários, por falta de competência da Federação, embora o seu conteúdo, sob vários ângulos, fosse muito de saudar, em termos jurídico-políticos (2). A Constituição pode exigir a protecção de minorias nas mais diversas direcções, como por exemplo, no âmbito da organização do Estado, a protecção da minoria parlamentar numa comissão parlamentar de inquérito, ou então, no caso do equilíbrio financeiro entre os Estados federados, a protecção de um Estado pequeno, fraco em termos financeiros (3). Os direitos fundamentais podem exigir a protecção de minorias que, por exemplo, não disponham de um «lobby»

---

(1) Hesse, Limites funcionais da Jurisdição Constitucional, in Festschrift Huber, 1981, pág. 261 ss.

(2) BVerfGE 61, 149

capaz de impôr a realização política dos seus próprios interesses: no caso acima descrito do direito dos filhos nascidos fora do casamento, se o Tribunal Constitucional não tivesse fixado um prazo curto ao legislador, a reforma que desde há meio século estava para ser feita teria demorado ainda mais. Um outro exemplo encontra-se nas regulamentações jurídico-profissionais, por meio das quais os «beati possidentes» se tentam proteger contra a concorrência indesejada através do estabelecimento de barreiras desmedidamente altas.

Pelo contrário, não é tarefa de um tribunal proceder às valorações políticas fundamentais, ou substituir as decisões do legislador por outras. Em casos em que o Tribunal Constitucional concluiu que não podia subsistir qualquer dúvida sobre a regulamentação de determinada matéria que seria adoptada pelo legislador — quando, por outras palavras, teve por preservada a decisão fundamental deste — considerou admissível uma interpretação restritiva através do procedimento da interpretação conforme à Constituição. Pelo contrário, quando por exemplo o resultado das decisões valorativas do legislador levava a discrepâncias já não conciliáveis com o princípio da igualdade — mesmo considerando em termos amplos o seu alcance — o Tribunal deixou para as assembleias parlamentares a decisão conformadora que havia de afastar o tratamento desigual não conforme à Constituição.

O Tribunal Constitucional respeitou o chamado âmbito de prognose do legislador, onde o próprio legislador ainda não podia ter certezas sobre os efeitos práticos de determinada regulamentação legal. Salientou que não é tarefa dos tribunais, inclusivamente do Tribunal Constitucional, colocar-se, através das suas decisões, no lugar dos órgãos políticos competentes; aí faltam-lhe os critérios jurídicos. Esta ordem de considerações desempenhou um papel, tanto na avaliação dos riscos da construção de centrais nucleares (4), quanto na previsão das consequências de uma lei sobre a co-gestão dos trabalhadores nas empresas (5). De acordo com a intensidade das limitações em questão de um direito fundamental, o Tribunal Constitucional, na apreciação das prognoses do legislador, tomou por base da sua jurisprudência critérios diferenciados que vão de um «controlo

---

(3) BVerfGE 61, 149

(4) BVerfGE 49, 89

(5) BVerfGE 50, 290

de evidência», passando por um «controlo de defensabilidade», até um controlo intensivo do conteúdo (da norma). Nessa matéria, por outro lado, também considerou a questão de saber se os órgãos legislativos se esforçaram por conhecer na medida do possível a situação actual e futura e a tomaram como ponto de partida. Um caso em que exemplarmente tal não aconteceu foi o que ocorreu quando só durante o processo legislativo se introduziu na lei de protecção dos animais uma proibição de determinada forma de transporte, sem que os responsáveis tivessem tomado consciência de que num determinado ramo económico — muito limitado — desde há anos se aplicava regularmente e sem objecções tal forma de transporte para determinados animais (6).

2.2. Para definir a sua relação com os tribunais em geral, o Tribunal Constitucional utiliza em regra, antes de mais, a fórmula segundo a qual a forma do processo, a verificação e a apreciação dos factos, bem como a interpretação e aplicação de regras do direito ordinário que não levantem problemas em termos jurídico-constitucionais, são em princípio, no caso concreto, matéria da competência dos tribunais «comuns», e escapam portanto ao controlo do Tribunal Constitucional. Apenas se impõe a intervenção do Tribunal Constitucional quando a decisão se baseia num entendimento fundamentalmente incorrecto do significado e alcance de um direito fundamental. A tal respeito, nem sempre são, em termos gerais, claramente definíveis os limites das possibilidades de intervenção do Tribunal Constitucional; tem de ser deixado à discricionariedade do juiz um determinado espaço de manobra que permita considerar a situação especial do caso concreto (7). O Tribunal esforça-se por evitar transformar-se numa instância de super-revisão; intervém apenas em caso de lesão do chamado «direito constitucional específico». Também aqui importa proceder a ulteriores diferenciações caso a caso, e em especial analisar com que intensidade as medidas ou decisões de uma autoridade administrativa ou de um tribunal afectam os direitos fundamentais dos visados. Se uma decisão de um tribunal «comum» for puramente incompreensível, insustentável e portanto objectivamente arbitrária, o Tribunal Constitucional revoga-a com fundamento na violação do princípio geral de igualdade (8).

---

(6) BVerfGE 36, 47

(7) BVerfGE 8, 85 (92); 42, 143 (149)



Além disso, o Tribunal Constitucional controla o decurso do processo perante o tribunal «comum» sob o ponto de vista, por exemplo, de saber se há violação do princípio constitucional do direito de audiência ou do direito a um processo penal justo, decorrente do princípio do Estado de Direito. Nesse domínio, nem todas as violações de uma disposição processual do direito ordinário significam ao mesmo tempo violação da Constituição. Antes é necessário verificar, no caso concreto, se foi além disso encurtada a medida mínima por exemplo do direito de audiência garantido constitucionalmente.

2.3. A determinação da relação entre o Tribunal Constitucional e os tribunais internacionais ou supra-nacionais suscita problemas algo diferentes: não está nas funções destes a preservação e concretização do direito constitucional nacional, mas sim da ordem jurídica que lhes é confiada — em especial, portanto, o direito multifacetado das Comunidades, no que toca ao Tribunal das Comunidades Europeias, e a Convenção dos Direitos do Homem, no que toca ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Os conflitos surgiram em primeira linha no concernente à hierarquia das respectivas ordens jurídicas; todavia, face à crescentemente alargada jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é imaginável uma tendência para um desfasamento da prática jurisprudencial nos casos concretos acerca do conteúdo dos direitos humanos fundamentais, o que certamente seria lamentável.

Enquanto o Tribunal Constitucional em 1974 — numa altura em que no direito das Comunidades Europeias quase se não falava em direitos fundamentais — sublinhou a sua competência para o controlo das normas do «direito derivado» das Comunidades Europeias à luz dos direitos fundamentais nacionais, em 1979, preventivamente face à evolução política e jurídica entretanto verificada, deixou em aberto se e, em caso afirmativo, até que ponto isso se deveria manter. A evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional a respeito deste complexo de questões pode considerar-se como ainda não encerrada.

---

(<sup>8</sup>) BVerfGE 42, 64; 70, 93

(<sup>9</sup>) BVerfGE 60, 305 (310 s.)

(<sup>10</sup>) BVerfGE 37, 271 (277 ss.) — 1974 — BVerfGE 52, 187 (203) — 1979



VERFASSUNGSGERICHTSHOF  
VON  
ÖSTERREICH

**DIE VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG IM  
RAHMEN DER STAATLICHEN FUNKTIONEN**

INSBESONDERE ARTEN, INHALT UND  
WIRKUNGEN DER ENTSCHEIDUNGEN ÜBER DIE  
VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT VON RECHTSNORMEN

*Erstattet von O. Univ.*

*Prof. Dr. PETER OBERNDORFER*



## **GLIEDERUNG**

### *1.0. Einleitung*

- 1.1. Organe der Verfassungsrechtsprechung
- 1.2. Formen und prozessuale Wege der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle
  - 1.2.1. Präventive Normenkontrolle
  - 1.2.2. Abstrakte Normenkontrolle
  - 1.2.3. Konkrete Normenkontrolle
  - 1.2.4. Normenkontrolle über Individualantrag
  - 1.2.5. Normenkontrolle in anderen Verfahren vor dem VfGH
- 1.3. Umfang und Gegenstand der Verfassungsmäßigkeitsprüfung
  - 1.3.1. Gesetzeskontrolle
  - 1.3.2. Verordnungskontrolle
  - 1.3.3. Kontrolle sonstiger Normen
- 1.4. Gesetzgeberisches Unterlassen
- 1.5. Prüfungsmaßstab

### *2.0. Inhalt der Entscheidungen*

- 2.1. Aufhebung verfassungswidriger Gesetze — Abweisung von Gesetzesprüfungsanträgen bei Feststellung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

- 2.2. Die teilweise Aufhebung eines Gesetzes
- 2.3. Totalaufhebung eines nur teilweise angefochtenen Gesetzes
- 2.4. Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes
- 2.5. Verfassungskonforme Auslegung
- 2.6. Sonstige Formen der Entscheidung
  - 2.6.1. Gesetzesergänzende Entscheidung
  - 2.6.2. Appellentscheidungen

### **3.0. Zeitliche Entscheidungswirkungen**

- 3.1. Wirkung ex nunc
- 3.2. Wirkung ex tunc
  - 3.2.1 Der «Anlaßfall»
  - 3.2.2. Der Ausspruch des VfGH über die Rückwirkung
- 3.3. Wirkung pro futuro nach Fristsetzung durch den VfGH

### **4.0. Verbindlichkeit der Entscheidungen**

- 4.1. Rechtskraft
- 4.2. Bindungswirkung
- 4.3. Die Bindung des VfGH an seine eigenen Entscheidungen

### **5.0. Die Befugnisse des Verfassungsgerichtshofes**

- 5.1. Verfassungsrechtliche Vorherbestimmung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und verfassungsgerichtliche Autonomie
- 5.2. Die Befugnisse des VfGH gegenüber dem Gesetzgeber
- 5.3. Das Verhältnis des VfGH zu anderen Gerichten
- 5.4. Das Verhältnis des VfGH zu den europäischen Instanzen

## 1.0. Einleitung

### 1.1 Organe der Verfassungsrechtsprechung

Die Verfassungsrechtsprechung wird in Österreich vom Verfassungsgerichtshof (VfGH) ausgeübt. Ebenso wie die Institution Verfassungsgerichtshof selbst sind auch die einzelnen Kompetenzen des VfGH zur Ausübung der Verfassungsrechtsprechung im VI. Hauptstück des Bundes-Verfassungsgesetzes i.d.F. 1929 (B-VG) und in einzelnen anderen Verfassungsnormen erschöpfend umschrieben (1). Andere Staatsorgane sind in den, zum Aufgabenbereich des VfGH zählenden Angelegenheiten unzuständig.

Obwohl Österreich als Bundesstaat eingerichtet ist, verfügen die österreichischen Bundesländer über keine eigene Verfassungsgerichtsbarkeit. Der VfGH übt seine Verfassungsrechtsprechung sowohl für den Bund als auch für die Länder aus.

Die Monopolisierung der Verfassungsrechtsprechung beim VfGH, insbesondere das Normenbeseitigungsmonopol des VfGH, schließt nicht aus, daß auch andere Verfassungsorgane ihren Entscheidungen Verfassungsrecht zugrundelegen. Insbesondere im Wege der verfassungskonformen Interpretation (2) ist es sämtlichen Staatsorganen, vor allem auch den anderen Gerichten, darunter dem Verwaltungsgerichtshof und dem Obersten Gerichtshof (in Zivil- und Strafrechtssachen) aufgegeben, Verfassungsrecht in konkreten Fällen zur Anwendung zu bringen. Die Beseitigung genereller Normen aus dem Rechtsbestand wegen Rechtswidrigkeit (Verfassungs- oder Gesetzwidrigkeit) ist jedoch stets dem VfGH vorbehalten, der sohin insoweit ein Normenkontrollmonopol von Verfassungs wegen besitzt (3).

---

(1) VfSlg 8202/1977.

(2) Dazu unten «Verfassungskonforme Auslegung» auf Seite 111.

(3) Die Aufhebung von Verordnungen der Selbstverwaltungsträger wie z.B. der Gemeinden, durch die Aufsichtsbehörden wegen Rechtswidrigkeit der Verordnung kann hier vernachlässigt werden, vgl. aber Art. 119 a Abs. 6 B-VG. Auch diese Normenkontrolle kann jedoch letztlich gem. Art. 139 Abs. 1 B-VG vom VfGH überprüft werden.

## 1.2 *Formen und prozessuale Wege der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle*

### 1.2.1 *Präventive Normenkontrolle*

Gem. Art. 138 Abs.2 B-VG stellt der VfGH auf Antrag der Bundesregierung oder einer Landesregierung fest, ob ein konkreter Hoheitsakt gemäß den bundesstaatlichen Kompetenzverteilungsvorschriften des B-VG in die Zuständigkeit des Bundes oder der Länder fällt. Handelt es sich um die Zuständigkeit zur Gesetzgebung, so hat der Antrag an den VfGH einen Gesetzesentwurf zu enthalten, der Gegenstand der Beschlußfassung in einer gesetzgebenden Körperschaft bilden könnte. Ähnlich ist ein Verordnungsentwurf vorzulegen, wenn die Zuständigkeit zum Erlaß einer Verordnung durch den VfGH geklärt werden soll. Ein derartiger Feststellungsantrag ist nur zulässig, solange der dem VfGH vorgelegte Gesetzesentwurf nicht von einer gesetzgebenden Körperschaft zum Gesetzesbeschluß erhoben wurde<sup>(4)</sup>. Besondere Zweifel an der Kompetenzrechtslage oder bereits manifeste Konflikte zwischen Bund und Ländern bilden hingegen keine Voraussetzung für die Inanspruchnahme einer verfassungsgerichtlichen Kompetenzfeststellung<sup>(5)</sup>.

Im Wege der präventiven<sup>(6)</sup> Normenkontrolle nach Art. 138 Abs. 2 B-VG mißt der VfGH den ihm vorgelegten Gesetzes- oder Verordnungsentwurf ausschließlich anhand der verfassungsrechtlichen Vorschriften über die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern (also insbesondere an den Art. 10-15 B-VG). Der VfGH darf daher in einem solchen Kompetenzfeststellungsverfahren nicht prüfen, ob die vorgesehene gesetzliche Regelung auch sonst verfassungsgemäß ist<sup>(7)</sup>.

Eine Übersicht über die Judikatur des VfGH nach Art. 138 Abs. 2 B-VG zeigt, daß fast immer in ihrem Kompetenzrechtlichen Gehalt schwierig zu beurteilende, vielfach komplexe Materien an den VfGH herangetragen wurden. Politische Streitigkeiten wurden und werden im Wege der Kompetenzfeststellung nach Art. 138 Abs. 2 B-VG nur selten an den VfGH herangetragen<sup>(8)</sup>. Ausnahmen bilden das Milchwirtschaftserkenntnis des VfGH,<sup>(9)</sup> bei dem es der Bundesregierung mit

---

(4) VfSlg 1563/1947.

(5) VfSlg 5977/1969.

(6) Dazu Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, hrsg. v. Starck u. Weber, 1986, S. 160.

(7) VfSlg 8830/1980



ihrem Kompetenzfeststellungsantrag hinsichtlich eines im Entwurf vorgelegten Milchwirtschaftsgesetzes in Wahrheit darum ging, für die landwirtschaftliche Marktordnung eine zureichende Bundeskompetenz zu finden (um dadurch nicht auf die Zustimmung der Opposition zu — jeweils befristeten — Verfassungsänderungen angewiesen zu sein) und das Briefwahlkompetenzfeststellungserkenntnis<sup>(10)</sup>. In diesem Verfahren wollte die Salzburger Landesregierung — ohne Erfolg — die inhaltliche Verfassungsmäßigkeit einer Briefwahl bei Landtagswahlen klarstellen lassen<sup>(11)</sup>.

Im Kompetenzfeststellungsverfahren nach Art. 138 Abs. 2 B-VG wird der VfGH zur Lösung bundesstaatlicher Kompetenzprobleme präventiv tätig. Soweit er ansonsten eine Normenkontrolle ausübt, findet diese immer nachträglich statt und hat eine bereits erlassene und geltende Norm zum Gegenstand.

### 1.2.2 Abstrakte Normenkontrolle

Der VfGH erkennt über die Verfassungswidrigkeit eines Landesgesetzes auf Antrag der Bundesregierung und über die Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen auf Antrag einer Landesregierung. Für einen derartigen Regierungsantrag ist ein konkreter Streit- als Anlaßfall ebensowenig Voraussetzung wie für den sogenannten «Fraktionsantrag»: Neben den genannten Regierungen besitzt auch ein Drittel der Mitglieder des Nationalrates das Recht Bundesgesetze und, sofern dies die jeweilige Landesverfassung vorsieht, ein Drittel der Mitglieder eines Landtages das Recht, Landesgesetze wegen Verfassungswidrigkeit vor dem VfGH anzufechten. Die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen kann ferner ebenfalls abstrakt — sohin ohne Anlaßfall — beim VfGH von den Regierungen beantragt werden, und zwar durch die Bundesregierung bei Verordnungen einer Landesbehörde und durch eine Landesregierung bei Verordnungen einer Bundesbehörde.

---

<sup>(8)</sup> Vgl. Melichar, Zum Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber, in: 60 Jahre Bundesverfassung, Salzburg 1980, S. 98.

<sup>(9)</sup> VfSlg 5748/1968.

<sup>(10)</sup> VfSlg 9547/1982.

<sup>(11)</sup> Mittlerweile wurde vom VfGH in einem weiteren Erkenntnis vom 16.3.1985, G 18/85, die Briefwahl in einem Gesetzesprüfungsverfahren als den Grundsätzen des persönlichen und geheimen Wahlrechts widerstreitend und daher als verfassungswidrig bezeichnet und ein die Briefwahl einführendes Wahlgesetz aufgehoben.

Ein derartiger Antrag auf Gesetzes- (bzw. Verordnungs-) Prüfung kann jederzeit gestellt werden und muß begehren, daß entweder das Gesetz (die Verordnung) seinem ganzen Inhalt nach oder daß bestimmte Stellen des Gesetzes als verfassungswidrig aufgehoben werden. Der Antrag hat die gegen die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes sprechenden Bedenken im einzelnen darzulegen, eine Bestimmung, die für den Prüfungsumfang des VfGH im Normenkontrollverfahren und für die Rechtskraft des verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses von großer Bedeutung ist.

Obwohl das im abstrakten Normenkontrollverfahren seit jeher verankerte Antragsrecht der Bundes- und der Landesregierung(en) darauf hinweist, daß es historisch vorwiegend als föderalistisches Instrument gedacht war, zeigt die Entwicklung eine zunehmende Inanspruchnahme des abstrakten Normenkontrollverfahrens als Instrument für die Austragung von Interessenkonflikten zwischen Regierungs (mehrheits-) partei(en) und Oppositionspartei(en). Der Verfassungsgesetzgeber hat dieser politischen Entwicklung mit der Verankerung des Fraktionssantrages im Jahre 1975 ausdrücklich Rechnung getragen. Mit Hilfe des Fraktionssantrages kann eine qualifizierte Minderheit im Parlament, welche politisch auf die Oppositionsrolle beschränkt ist, ihre Bedenken gegen ein von der Parlamentsmehrheit verabschiedetes einfaches Gesetz dem VfGH vortragen, sofern diese Bedenken — nicht nur sachpolitischer, sondern auch — verfassungsrechtlicher Art sind.

Auch für das abstrakte Normenkontrollverfahren gilt, daß es nach der verfahrensrechtlichen Regelung des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1953 idGF in Verbindung mit der Zivilprozeßordnung (§ 35 VerfGG 1953) als Streitiges Parteiverfahren abläuft. Das bedeutet, daß die Parteien, Tinsbesondere die antragstellende Regierung mit ihren verfassungsrechtlichen Bedenken den Gegenstand des Verfahrens bestimmen, der vom VfGH nicht ausgeweitet werden darf. «Entschieden soll nur werden, worüber in einem Parteienprozeß abgehandelt wurde»<sup>(12)</sup>.

Diese bewußte Konstruktion auch des abstrakten Normenkontrollverfahrens als kontradiktorisches Verfahren, bei dem die eine Regierung die Aufhebung eines ihrer Meinung nach verfassungswidrigen Gesetzes beantragt, während die jeweilige andere gegenbeteiligte Regierung <sup>(13)</sup> zur Verteidigung des Gesetzes berufen ist, erscheint allerdings beim Gesetzesprüfungsverfahren auf Grund eines Frak-

---

<sup>(12)</sup> So Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVdStRL 39, 1981, S. 36.

<sup>(13)</sup> Bundesregierung bei Bundesgesetzen, Landesregierung bei Landesgesetzen, § 63 VerfGG.

tionsantrages als abgeschwächt: Um der Effektivität des Fraktionsantragsrecht willen nimmt der VfGH <sup>(14)</sup> an, daß die verfahrensrechtlichen Wirkungen eines rechtmäßig gestellten Antrages unabhängig von der Gesetzgebungsperiode des betreffenden Parlaments sind. Die Legitimation zur Antragstellung muß daher nach Meinung des VfGH zum Fraktionsantrag nur zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens, hingegen nicht mehr zum Zeitpunkt seiner Entscheidung gegeben sein. Auch der Untergang einer Fraktion durch Beendigung der Gesetzgebungsperiode hindert sohin die Fortsetzung des Verfahrens über den rechtmäßig eingebrachten Gesetzesprüfungsantrag nicht. Daß damit eine Partei des Verfahrens vor dessen Ausgang — wenn schon nicht faktisch, so doch — rechtlich untergeht, stört den VfGH nicht.

### 1.2.3 *Konkrete Normenkontrolle*

Hat der Verwaltungsgerichtshof, der Oberste Gerichtshof oder ein zur Entscheidung in zweiter Instanz zuständiges Gericht gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken, so hat es den Antrag auf Aufhebung dieses Gesetzes beim VfGH zu stellen. Ferner hat der VfGH von Amts wegen in die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes einzutreten, sofern er das betreffende Gesetz in einer anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte. Das gleiche gilt für alle Gerichte hinsichtlich der Anwendung einer Verordnung, gegen die sie aus dem Grund der Gesetzeswidrigkeit Bedenken hegen. Alle genannten Gerichte sind nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, beim VfGH einen Antrag auf Aufhebung zu stellen und bis zu dessen Entscheidung das eigene Verfahren zu unterbrechen, wenn sie gegen die Verfassungsmäßigkeit eines von ihnen anzuwendenden Gesetzes oder gegen die Gesetzmäßigkeit einer von ihnen anzuwendenden Verordnung Bedenken haben. Hat der VfGH über den Antrag auf Normenkontrolle entschieden, so hat das antragstellende Gericht das eigene Verfahren unter Zugrundelegung der vom VfGH ausgesprochenen Entscheidung fortzusetzen.

Eine Ausnahme vom Normenprüfungsmonopol des VfGH bildet die Frage der «gehörigen Kundmachung» von Gesetzen, Verordnungen und Staatsverträgen. Diesbezüglich nehmen die Gerichte ein selbständiges Prüfungsrecht für sich

---

(14) VfSlg 8644/1979, VfGH 15.3.1986, G 60/82.

mit der Folge in Anspruch, daß sie eine nicht gehörig kundgemachte Norm als unbeachtlich nicht anwenden. Dieser Entscheidung eines Gerichtes über die fehlende gehörige Kundmachung eines Gesetzes oder einer Verordnung äußert allerdings keine über den Anlaßfall hinausreichende Wirkung.

Die konkrete oder «inzidente» Normenkontrolle durch den VfGH auf Grund eines entsprechenden Antrages eines anderen Gerichtes ist nur im Falle der «Präjudizialität» der Norm für das andere Gericht zulässig. Bei der Frage, ob die Beurteilung des Vorliegens dieser Voraussetzung nur dem antragstellenden Gericht obliegt oder ob sie der VfGH als Prozeßvoraussetzung zu prüfen hat, schlägt der VfGH einen Mittelweg ein: Er prüft lediglich, ob die Annahme der Präjudizialität der in Frage stehenden Norm durch das antragstellende Gericht denkmöglich oder — umgekehrt — offensichtlich unrichtig ist<sup>(15)</sup>.

In der Literatur<sup>(16)</sup> wird freilich ein gewisses Unbehagen darüber nicht verhehlt, daß «ein Höchstgericht (der VfGH) die Frage prüft, ob ein anderes Höchstgericht (der VwGH oder der OGH) etwa eine denkmögliche oder offenkundig falsche Rechtsmeinung vertreten habe, und wenn es solcherart immerhin die Möglichkeit unterstellt, besagtes Höchstgericht sei einer solchen Verhaltensweise fähig.»

#### 1.2.4 Normenkontrolle über Individualantrag

Jede Person kann schließlich ein Normenkontrollverfahren vor dem VfGH durch ihren Antrag in Gang setzen, wenn sie nicht nur behauptet, sondern wenn auch die Möglichkeit besteht, daß sie durch ein verfassungswidriges Gesetz oder eine gesetzwidrige Verordnung verletzt wurde, sofern das Gesetz oder die Verordnung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. Nach der Judikatur des VfGH ist die Zulässigkeit eines Normenkontrollindividualantrages vom Grundsatz der Subsidiarität geprägt.<sup>(17)</sup> Das bedeutet, daß die Einleitung eines Normenkontrollverfahrens über Individualantrag nur zulässig ist, wenn «ein anderer zumutba-

---

(15) VfSlg 2713/1954, 4440/1962, 5790/1968, 8136/1977, 9284/1981.

(16) Adamovich, Der Verwaltungsgerichtshof im Verfahren nach Art. 139 und 140 B-VG, in: Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 320; Oberndorfer, Zeitschrift für Verwaltung 1980, S. 223f.

(17) VfSlg 9717/1983.

(18) VfSlg 8009/1977 und seither ständige Judikatur. Zu dieser Adamovich-Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., 1985, S. 343 ff.

rer Weg hierfür nicht zur Verfügung steht» (18). Hingegen ist es beim Individualantrag nicht notwendig, daß die in ihren Rechten durch eine generelle Norm beeinträchtigte Person eine Verletzung «verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte» (also von Grundrechten) dartut. Es genügt, daß eine Norm auf bestimmte Personen eine aktuell rechtsbeeinträchtigende oder — verkürzende Wirkung äußert, damit sie von diesen Personen durch Individualantrag (,der die gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes oder gegen die Gesetzmäßigkeit der Verordnung sprechenden Bedenken im einzelnen darzulegen hat,) vor dem VfGH angefochten werden kann. Der VfGH verlangt allerdings, daß es diesen Personen nicht zumutbar ist, auf Grund des angefochtenen Gesetzes vorerst einen Individualakt (Bescheid oder richterliches Urteil) zu provozieren und dagegen den Rechtsweg zu beschreiten.

### *1.2.5 Normenkontrolle in anderen Verfahren vor dem VfGH*

Hegt der VfGH in beliebigen anderen, bei ihm anhängigen Verfahren Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Norm, insbesondere gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, so hat er — wie bereits gezeigt — sein diesbezügliches Verfahren zu unterbrechen und in einem von Amts wegen eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren diesen Bedenken näher nachzugehen. Darauf stellt insbesondere das (Verfassungs-) Beschwerdeverfahren gem. Art. 144 B-VG ab. In einer Beschwerde dieser Art können alle von einem verwaltungsbehördlichen Bescheid oder von einer unmittelbaren Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt betroffenen Personen nicht nur die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte behaupten. Sie können ihre Rechtsverletzung vielmehr auch darauf stützen, daß die von der Verwaltungsbehörde angewendete generelle Norm rechtswidrig, also ein Gesetz verfassungswidrig oder eine Verordnung gesetzwidrig ist. Eine derartige Beschwerdebehauptung impliziert die Anregung an den VfGH, das betreffende, dem Bescheid zugrundeliegende Gesetz (bzw. die Verordnung) auf seine (bzw. ihre) Verfassungsmäßigkeit (bzw. Gesetzmäßigkeit) von Amts wegen zu überprüfen.

## *1.3 Umfang und Gegenstand der Verfassungsmäßigkeitsprüfung*

### *1.3.1 Gesetzeskontrolle*

Gegenstand der Kontrolle des VfGH nach Art. 140 B-VG sind alle formell, d.h. in einem parlamentarischen Verfahren zustande gekommenen und ausdrücklich

als solche kundgemachten «Gesetze», und zwar Bundes- ebenso wie Landesgesetze.

Bundes- und Landesverfassungsgesetze sind ebenfalls der Kontrolle durch den VfGH unterworfen. Bei der Kontrolle von Bundesverfassungsgesetzen ist der VfGH allerdings darauf beschränkt, das verfassungsmäßige Zustandekommen dieser Rechtsnormen gem. Art. 44 B-VG zu kontrollieren. Insbesondere ist ihm bei der Prüfung des Bundesverfassungsrechts aufgegeben, das Vorliegen einer «Gesamtänderung» der Bundesverfassung, d. h. eine Abänderung der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien (demokratisch-republikanisches, bundesstaatliches und rechtsstaatliches Prinzip) festzustellen, deren Verfassungsmäßigkeit von einer Volksabstimmung abhängt. Das Landesverfassungsrecht ist insbesondere auch daraufhin zu überprüfen, ob es dem Bundesverfassungsrecht widerspricht.

Zu überprüfen sind nicht nur die Gesetze, die zum Zeitpunkt der Kontrolle vor dem VfGH noch gelten, sondern auch Gesetze, die im Zeitpunkt der Fällung des Erkenntnisses des VfGH bereits außer Kraft getreten sind. Dies spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn außer Kraft getretene Gesetze auf Sachverhalte, die sich zur Zeit ihrer Geltung verwirklicht haben, noch anzuwenden sind. Art. 140 Abs. 6 B-VG beschränkt die Prüfung bereits außer Kraft getretener Gesetze auf konkrete und über Individualantrag eingeleitete Normenkontrollverfahren.

### 1.3.2 *Verordnungskontrolle*

Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle sind ferner Verordnungen, d. s. alle generellen, sohin an einen mit Gattungsmerkmalen umschriebenen Personenkreis gerichteten Normen, die von Verwaltungsbehörden erlassen werden. Der VfGH nimmt in ständiger Judikatur <sup>(19)</sup> an, daß als zu kontrollierende Verordnungen nicht nur nach außen, gegenüber den Bürgern erlassene Regelungen der Verwaltung gelten, sondern auch jene von Verwaltungsbehörden erlassenen Normen, die sich lediglich an unterstellte Verwaltungsorgane richten («Verwaltungsverordnungen», «Erlässe» usw.). Diese Qualifikation «bloßer» genereller Weisungen als Verordnungen durch den VfGH wird vielfach <sup>(20)</sup> kritisiert.

Verordnungen sind gem. Art. 139 B-VG auf ihre «Gesetzmäßigkeit» zu überprüfen. Nicht nur selbständige, unmittelbar auf die Verfassung gestützte Verord-

---

<sup>(19)</sup> VfSlg 5511/1967, 8602/1979.

<sup>(20)</sup> Walter, Die Verwaltungsverordnung, ÖJZ 1965, S. 29; Adamovich-Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, S. 255 f.

nungen, welche die Ausnahme bilden, <sup>(21)</sup> sondern alle Verordnungen sind aber wohl vom VfGH auf ihre Rechtmäßigkeit im weitesten Sinn, sohin über die Gesetzmäßigkeit hinaus auch auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.

Ebenso wie bei den Gesetzen sind auch Verordnungen, die bereits aufgehoben wurden, Gegenstand der Anfechtung vor dem VfGH in einem über Individualantrag eingeleiteten oder in einem konkreten Normenkontrollverfahren.

### 1.3.3 *Kontrolle sonstiger Normen*

Unter sinngemäßer Anwendung der Vorschriften über das Verordnungsprüfungsverfahren hat der VfGH ferner Wiederverlautbarungen genereller Rechtsvorschriften zu überprüfen (Art 139 a B-VG). Bisher keinen Gebrauch machte der VfGH von der ihm ebenfalls eingeräumten Befugnis, Staatsverträge auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen (Art. 140 a B-VG).

Mangels einer ausdrücklich verfassungsrechtlich verankerten Prüfungsbefugnis schließt der VfGH für sich ein Monopol zur Überprüfung nicht gesetzesförmer («einfacher») Beschlüsse von Gesetzgebungsorganen aus. Nach einem gewissen Schwanken in der Judikatur geht er nunmehr davon aus, daß nicht gesetzesförmige («einfache») Parlamentsbeschlüsse im Falle ihrer Verfassungswidrigkeit absolut nichtig sind. Diese Nichtigkeit kann jedoch nicht vom VfGH mit allgemein verbindlicher Wirkung ausgesprochen werden. Sie muß vielmehr im Zweifelsfall von jedem, zur Anwendung des Parlamentsbeschlusses berufenen Staatsorgan mit bloßer Wirkung für den Einzelfall festgestellt werden. Praktisch spielen derartige einfache Parlamentsbeschlüsse in der österreichischen Rechtsordnung keine allzu große Rolle.

### 1.4 *Gesetzgeberisches Unterlassen*

Gesetzgeberisches Unterlassen kann für sich und allein nach dem Konzept der österreichischen Verfassungsordnung kein Gegenstand der Verfassungsrechtsprechung sein. Grundsätzlich hängt, wie dargestellt, die Kompetenz des VfGH, über

---

<sup>(21)</sup> Vgl. z. B. das ortspolizeiliche Ordnungsrecht der Gemeinden gem. Art. 118 Abs. 6 B-VG.

die Verfassungsmäßigkeit von Normen zu urteilen, davon ab, daß entsprechende Normen bereits erlassen wurden (22). Möglich ist jedoch, daß das Fehlen einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift, also die Untätigkeit des Gesetzgebers, zur Verfassungswidrigkeit einer anderen Vorschrift führt. Prüfungsgegenstand ist und bleibt sohin ein bereits erlassenes Gesetz. Die Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzes kann sich jedoch unter Umständen aus dem Unterlassen einer ergänzenden gesetzgeberischen Tätigkeit ergeben.

Als Beispiel sei etwa auf die Vorschrift des Art. 118 Abs. 2 letzter Satz B-VG hingewiesen. Als Verfassungsauftrag ist dort formuliert, daß Gesetze, die eine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde regeln, «derartige Angelegenheiten ausdrücklich als solche des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde zu bezeichnen» haben. Der VfGH zieht daraus in ständiger Judikatur (23) den Schluß, daß ein Unterbleiben der Bezeichnung nach Art. 118 Abs. 2 B-VG, obwohl die gesetzlich geregelte Angelegenheit in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde fällt, das betreffende Gesetz verfassungswidrig macht. Er sagt etwa ausdrücklich:

«Unterbleibt jedoch die Bezeichnung einer Angelegenheit in verfassungswidriger Weise, so kann die darin liegende Verfassungswidrigkeit nur der Gesetzesstelle angelastet werden, in der die Angelegenheit, welche hätte bezeichnet werden sollen, geregelt ist; in einem solchen Fall kann der verfassungswidrige Zustand vom VfGH nur durch die Aufhebung dieser Stelle, nicht aber durch die Aufhebung einer die Angelegenheit nicht erfassenden Bezeichnung beseitigt werden.» (24)

In ähnlicher Weise judiziert der VfGH, wenn ein gesetzgeberisches Unterlassen gegen den Gleichheitssatz verstößt. Nachdem es der VfGH in seiner früheren Judikatur strikte ablehnte, aus dem Gleichheitssatz eine Verpflichtung des Gesetzgebers zu positivem Tun abzuleiten, (25) setzt sich seit den Erkenntnissen des VfGH VfSlg 7947/1976 und VfSlg 8017/1977 in den letzten Jahren in zuneh-

---

(22) Auf die Ausnahme der präventiven Normenkontrolle im Kompetenzfeststellungsverfahren nach Art. 138 Abs. 2 B-VG wurde oben hingewiesen.

(23) VfSlg 5409/1966, 6944/1972.

(24) VfSlg 6944/1972.

(25) VfSlg 3160/1957; 5854/1968.



mendem Umfang die Einsicht durch, daß auch die im partiellen Unterlassen einer gesetzlichen Regelung liegende Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes durch die Aufhebung des dann verfassungswidrigen «Teiles» der Regelung geahndet werden kann. Der VfGH hat dazu ausgeführt, daß es ansonsten

«von legistischen Zufälligkeiten abhinge, ob der Verfassungsgerichtshof in die Lage kommt, eine Gesetzesstelle auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Der Gesetzgeber kann nämlich ein und denselben Regelungsinhalt auf verschiedene rechtstechnische Weise zum Ausdruck bringen, etwa indem er für alle in Betracht kommenden (sachlichen, persönlichen, zeitlichen) Anwendungsbereiche verschiedene — positiv oder negativ formulierte — Regelungen nebeneinander erläßt, oder indem er explizit von einer allgemeinen Regel Ausnahmen vorsieht, oder indem er nur für einen bestimmten Anwendungsbereich eine ausdrückliche Regelung trifft und damit implizit für andere gleichartige Bereiche eine gegenteilige Regelung erläßt.» (26)

Die Konsequenzen dieser Erkenntnisse des VfGH sind weitreichend: der Gesetzgeber hat es in Hinkunft nicht mehr in der Hand, unsachliche Privilegierungen vorzunehmen. Als gleichheitswidrig aufzuheben ist nicht mehr nur das Gesetz, das in sachlich nicht gerechtfertigter Weise einzelne oder eine Gruppe benachteiligt, aufgehoben kann vielmehr auch die begünstigende Norm werden, weil der Gesetzgeber es unterlassen hat, die betreffende Begünstigung einem von der Sache her gebotenen und Diskriminierungen vermeidenden Personenkreis zuzuwenden.

Diese Judikatur wurde weiter dadurch verfeinert, daß das Unterlassen des Gesetzgebers, veränderten tatsächlichen, etwa auf Änderungen des Familienrechts zurückgehenden Verhältnissen Rechnung zu tragen, eine gleichheitswidrige Situation schaffen kann, die eine ursprünglich gleichheitskonforme Regelung gleichheitswidrig werden läßt. Dies zeigt sich vor allem in den Witwerpensions- und Pensionsgesetzkenntnissen des VfGH (27).

---

(26) VfSlg 8017/1977.

(27) VfSlg 8871/1980, 9995/1984. In die gleiche Richtung zielt nunmehr der Unterbrechungsbeschuß des VfGH vom 29.9.1986, B 250/86, in dem der VfGH bei Prüfung eines Steuergesetzes davon ausgeht, daß sich «die Gleichheitswidrigkeit des Ausnahmekatalogs auf die Verfassungsmäßigkeit des (Steuer-)Grundtatbestands selbst auswirkt und dessen Gleichheitswidrigkeit bewirkt. Der Verfassungsgerichtshof verweist diesbezüglich auf seine Entscheidungen VfSlg 8533/1979 und 8806/1980». Vgl auch unten FN 52.

Zu beachten ist freilich, daß mangels einer dem Österreichischen VfGH eröffneten Appellentscheidung die Sanktion einer von ihm festgestellten Verfassungswidrigkeit durch gesetzgeberisches Unterlassen stets nur in der Aufhebung einer Norm liegen kann, die mit dem gesetzgeberischen Unterlassen belastet wird. Das bedeutet im Falle der Gleichheitswidrigkeit gesetzgeberischen Unterlassens, daß eine rechts- und sozialpolitisch an sich durchaus begrüßenswerte Begünstigung vom VfGH durch Aufhebung des entsprechenden Gesetzes beseitigt werden muß, weil auch diese Begünstigung einem nach Meinung des VfGH gleichheitswidrig vom Gesetzgeber abgegrenzten Personenkreis (28) nicht gewährt werden darf.

### 1.5 Prüfungsmaßstab

Überlegungen zum Prüfungsmaßstab, den der österreichische VfGH seiner Normenkontrolle zugrundelegen hat, führen unweigerlich in die für die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit grundlagen- und rechtstheoretisch maßgebliche Lehre vom «Stufenbau der Rechtsordnung», wie sie Adolf Merkl erstmals 1917 entwickelte (29). Die darin begründete Einsicht in das Rechtssystem als ein hierarchisches System von Rechtsnormen, das den dynamischen Prozeß der Rechtserzeugung und -anwendung beschreibt, gestattet es, die Gesetzgebung als «Vollziehung» der Verfassung zu verstehen. Korinek(30) hat zuletzt eindringlich dargelegt, daß auf der Basis dieser theoretischen Beschreibung der Gesetzgeber an den Rahmen, den ihm die Verfassung zieht, rechtlich gebunden erscheint und nur innerhalb dieses Rahmens eine Freiheit zur rechtsschöpferischen Gestaltung besitzt. Insoweit der Gesetzgeber aber durch die Verfassung gebunden wird, hat er diese anzuwenden. Will Gesetzgebung rechtmäßig sein, muß sie der Verfas-

---

(28) Rosenzweig, Verfassungsgericht und Gesetzgeber — Zur Grenzziehung zwischen Politik und Justiz, in: 60 Jahre Bundesverfassung, S. 105.

(29) Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz, JBl 1917, 425 ff.; ders., Das Recht im Lichte seiner Anwendung, 1917, wieder abgedruckt in: Die Wiener rechtstheoretische Schule, hrsg. v. Klecatsky-Marcic-Schambeck, 1968, 1167 ff.; vgl. auch Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, 1931, ebendort, S. 1311 ff.

(30) Das Gesetzesprüfungsrecht als Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: 60 Jahre Bundesverfassung, 1980, S. 108; und: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVdStRL 39, 1981, S. 11 ff.

sung entsprechen, eine Entsprechung, die vom VfGH zu überprüfen ist<sup>(31)</sup>. Bildet die These von der Gesetzgebung als Verfassungsanwendung die gedankliche Voraussetzung für die Kompetenz des VfGH zur Gesetzesprüfung, durch welche «die Verfassung in Bezug auf die Gesetzgebung (erst) zur lex perfecta» gemacht wurde<sup>(32)</sup>, so ist damit auch der entscheidende Ansatz für die Erkenntnis des Prüfungsmaßstabes der Verfassungsrechtsprechung oder anders für die Kontrollintensität des VfGH gewonnen. Diese Kontrolldichte ist zwangsläufig vom Verständnis und der Auslegung des anzuwendenden Maßstabes, also von der Regelungsdichte des formellen Verfassungsrechts abhängig. Die positivistische Wurzel dieses Rechts- und Verfassungsverständnisses, die wohl auf Hans Kelsen<sup>(33)</sup> zurückzuführen ist, hat für den österreichischen VfGH Adamovich sen. so umschrieben<sup>(34)</sup>:

«Das Verfassungsrecht ist aber nun einmal ein streng formales Recht, der VfGH ist demgemäß verpflichtet, seine Erkenntnisse auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechtes und nur auf dieser Grundlage zu fällen. Der für ihn geltende Maßstab sind ausschließlich die Verfassungsgesetze und keinerlei, aus welchen Quellen immer, gewonnene rechtliche Erwägungen anderer Art. Der Gerichtshof käme mit sich selbst in Widerspruch, wenn er sich über die ihm zugewiesenen Kompetenzen hinwegsetzen und sich die Befugnis arrogieren wollte, die Rechtsordnung nach seinem eigenen Rechtsempfinden zu gestalten und zu formen.»

Ausgehend vom positiven österreichischen Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab (sohin weiterhin unter Ausschluß aller präpositiven Rechtsvorstellungen) zeichnet sich allerdings in der Judikatur des VfGH der letzten Jahre ein bemerkenswerter Wandel ab. Das Verfassungsverständnis, also die Auslegung des positiven österreichischen Verfassungsrechts durch den VfGH war ursprünglich durch eine beträchtliche richterliche Zurückhaltung gekennzeichnet. Geprägt von der

---

(31) Die Übertragung des theoretischen Modells des Stufenbaus der Rechtsordnung auf die praktische Ausformung des österreichischen VfGH stand unter dem wesentlichen Einfluß Hans Kelsens. Vgl. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVdStRL 1929, S. 30. Weitere Hinweise bei Herbert Haller, Die Prüfung von Gesetzen, 1979, S. 1 ff.

(32) Korinek, a. a. O., VVdStRL 39, S. 13/14

(33) VVdStRL 5, S. 69.

(34) Adamovich sen., Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, JBl 1950, S. 74.

erkenntnistheoretischen Skepsis Hans Kelsens<sup>(35)</sup>, der in allgemeinen, inhaltlich wertbezogenen Verfassungsbegriffen keine justiziablen Normen sah, hat der VfGH insbesondere bei der Auslegung der «verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte», also im wesentlichen der Grundrechte, große Zurückhaltung geübt und praktisch dem Gesetzgeber kaum Grenzen seiner Gesetzgebungsbefugnis gewiesen. Das wurde zuletzt<sup>(36)</sup> dadurch zu rechtfertigen versucht, daß der österreichische VfGH traditionell vom Bestreben getragen war

«das Einfließen subjektiver, politischer Auffassungen in die Rechtsprechung auszuschalten und nicht der Versuchung zu unterliegen, der bessere Gesetzgeber sein zu wollen und im Kleide von Rechtsentscheidungen politische Entscheidungen zu fällen».

Beispielhaft dafür war die mittlerweile längst verlassene Judikatur des VfGH zum Verfassungsbegriff des «allgemeinen Besten» als Voraussetzung einer verfassungsgemäßen Enteignung. Dazu meinte der VfGH im Jahre 1928 noch<sup>(37)</sup>:

«Das allgemeine Wohl oder das allgemeine Beste ist ein juristisch gar nicht faßbarer Begriff; es ist ausschließlich Sache des Gesetzgebers, das Vorhandensein dieser Voraussetzung festzustellen, ... der Verfassungsgerichtshof muß es aber entschieden ablehnen, in einer solchen Frage eine Meinung zu äußern.»

Diese Auffassung wurde bereits 1949<sup>(38)</sup> vom VfGH aufgegeben und ausdrücklich festgestellt:

«Die Prüfung und Beurteilung der Frage aber, ob eine Enteignung den öffentliche Wohle dient und daher verfassungsmäßig zulässig ist oder nicht, obliegt im Rahmen ihrer verfassungsgesetzlich festgelegten Zuständigkeiten den Gesetzgebern des Bundes oder der Länder unter der nachprüfenden Kontrolle des Verfassungsgerichtshofes.»

---

(35) VVdStRL 5, S. 69.

(36) Etwa von Rosenzweig, Verfassungsgericht und Gesetzgeber — zur Grenzziehung zwischen Politik und Justiz, in: 60 Jahre Bundesverfassung, S. 101 f.

(37) VfSlg 1123/1928.

(38) VfSlg 1809/1949 und 1843/1949.

(39) So Rosenzweig, a. a. O.

Um das Einfließen subjektiver politischer Wertungen<sup>(39)</sup> möglichs zu verhindern, wurde einer am Wortlaut und einem objektiv-historischen Befund der Verfassung orientierten Methode der Verfassungsauslegung vom VfGH der Vorzug gegeben. Die dadurch bewirkte Zurückhaltung des VfGH wies dem einfachen Gesetzgeber kaum inhaltliche Grenzen aus dem Verfassungsrecht.

Bei aller Anerkennung des relativ großen Gestaltungsspielraums, der dem Gesetzgeber eingeräumt ist, und des deshalb verhältnismäßig geringeren Maßes an verfassungsrechtlicher Gebundenheit, hat der VfGH in den letzten Jahren zunehmend verfassungsrechtliche Normen auch als inhaltlichen Prüfungsmaßstab von Gesetzen benutzt<sup>(40)</sup>. So wurden beispielsweise vom VfGH abgeleitet: aus dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Eigentumsrecht eine Rückübertragungspflicht bei zweckverfehlender Enteignung als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz<sup>(41)</sup>, aus dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht der Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art. 6 StGG) die Unzulässigkeit einfachgesetzlicher Erwerbsbeschränkungen, für die keine sachlichen, im öffentlichen Interesse gelegenen Gründe ersichtlich sind<sup>(42)</sup> und aus dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 MRK) die Verfassungswidrigkeit von Aufenthaltsverboten, die ohne Rücksichtnahme auf diese grundrechtlichen Gewährleistungen gesetzlich vorgesehen sind<sup>(43)</sup>.

Das letzte Beispiel soll nur als eines unter mehreren zeigen, in welchem großem — und eher zunehmendem Ausmaß — die MRK und die dazu ergangene Spruchpraxis der europäischen Instanzen (EKM, EGH) den VfGH dazu veranlassen,

---

<sup>(40)</sup> Vgl. dazu insbesondere Korinek, in: 60 Jahre Bundesverfassung, S. 109 ff.

<sup>(41)</sup> VfSlg 8980, 8981, 8982/1980.

<sup>(42)</sup> VfSlg 10.179/1984 zum Schrottenkungsgesetz; VfGH vom 23.6.1986, G 14/86 u. a. zum GelegenheitsverkehrsG.

<sup>(43)</sup> VfGH vom 12.12.1985, G 225/85 u. a. Dieses Erkenntnis zeigt auch eine interessante Abgrenzung zur verfassungskonformen Interpretation von Gesetzen: während der VfGH früher das Fremdenpolizeirecht verfassungskonform zu interpretieren suchte (VfSlg 8792/1980, 9029/1981) schloß er wegen der «spezifischen Eingriffsnähe» von Aufenthaltsverboten zum Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auf die Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Bestimmungen, welche den Eingriff in das Grundrecht nicht gehörig unter Berücksichtigung des diesem angefügten materiellen Gesetzesvorbehalts vorausbestimmen. Vgl. dazu unten «Verfassungskonforme Auslegung» auf Seite 111

<sup>(44)</sup> Vgl. auch VfGH vom 28.11.1985, G 109/84 zum Verbot von Anzeigergutachten nach dem Lebensmittelgesetz und VfSlg 10.291/1984 zum Finanzstrafgesetz.

eine stärker materielle, inhaltsbezogene Sicht verfassungsrechtlicher Gewährleistungen zu pflegen<sup>(44)</sup>.

Besondere Bedeutung als allgemeines verfassungsrechtliches Prinzip, das im Sinne einer inhaltlichen verfassungsrechtlichen Wertentscheidung die gesamte Rechtsordnung beherrscht, hat in der Judikatur der letzten Jahre der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG) erfahren. Der Gleichheitssatz als allgemeines Sachlichkeitsgebot wurde geradezu zum Verfassungsprinzip schlechthin stilisiert<sup>(45)</sup>. Er dient als verfassungsrechtlicher Gestaltungsgrundsatz für die Einrichtung von Selbstverwaltungsträgern<sup>(46)</sup>, wie insbesondere für die personelle Zusammensetzung öffentlich rechtlicher Interessenvertretungen<sup>(47)</sup> und für deren Organbestellung<sup>(48)</sup>, für die wägende Gewichtung der Vor- und Nachteile und damit für die Zulässigkeit von Gemeindezusammenlegungen<sup>(49)</sup>, für die pensionsrechtliche Gleichstellung von Witwen und Witnern<sup>(50)</sup>, er dient als Kriterium für die Unverhältnismäßigkeit gesetzlicher Strafzumessungen<sup>(51)</sup> und vor allem als Maßstab in zahlreichen steuerrechtlichen Erkenntnissen.<sup>(52)</sup>

Daß der VfGH als Prüfungsmaßstab in zunehmendem Umfang die das Verfassungsrecht beherrschenden inhaltlichen Wertvorstellungen heranzieht, beweist nicht zuletzt ein Unterbrechungsbeschluß<sup>(53)</sup>, dem als verfassungsrechtliche Bedenken neben Gleichheitswidrigkeit auch die verfassungsrechtlichen Kriterien

---

<sup>(45)</sup> Korinek, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, Festschrift Melichar, 1983, S. 39 ff; Novak, ZAS 1982, S. 233; Öhlinger, Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie, Festschrift Melichar, 1983, S. 142 ff.

<sup>(46)</sup> VfSlg 8215/1977, zur Salzburger Jägerschaft.

<sup>(47)</sup> Arbeiterkammerwahlrecht VfSlg 8485, 8539, 8590/1979.

<sup>(48)</sup> VfSlg 8644/1979.

<sup>(49)</sup> VfSlg 8108/1977, 9068/1981.

<sup>(50)</sup> VfSlg 8871/1980.

<sup>(51)</sup> VfSlg 8806/1980 zum Gebührengesetz.

<sup>(52)</sup> VfGH 29.6.1985, G 42/85 u.a.; 9.10.1985, G 146-149/85; 8.3.1986, G 8-11/86; 20.6.1986, G 229/85.

<sup>(53)</sup> Zu B 250/86 vom 29.9.1986.

der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung zugrundeliegen. Aus dem Umstand, daß ein Steuergesetz eine Vielzahl von kasuistischen Ausnahmetatbeständen aufweist, deren Handhabung nachweislich zu einem enormen Verwaltungsaufwand führt, wird in Erwägung gezogen, daß dieses Mißverhältnis zwischen Ertrag und Aufwand dem aus dem Gleichheitsgebot erfließenden Sachlichkeitsgebot der Bundesverfassung insofern widerspricht, «als damit eine effiziente, an den Kriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit orientierte Verwaltungstätigkeit und damit dem verfassungsrechtlichen Auftrag zur Optimierung der Effizienz widersprochen sein könnte.» Ob diese von ihm selbst erhobenen Bedenken auch tatsächlich zutreffen, hat der VfGH allerdings noch nicht entschieden.

Insgesamt zeigt sich sohin, daß das Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab des VfGH im Normenkontrollverfahren in den letzten Jahren in zunehmendem Umfang vom VfGH auf jene inhaltlichen Grenzen und Schranken hin «abgeklopft» wird, die dem einfachen Gesetzgeber auch bei prinzipieller Wahrung seiner Rechtsgestaltungsfreiheit von Verfassungs wegen erwachsen<sup>(54)</sup>. In der Literatur<sup>(55)</sup> wurde daher dem VfGH auch attestiert, in seiner Rechtsprechung der letzten Jahre zu jener «goldenen Mitte» unterwegs zu sein, die zwischen einer Überspannung der Verfassung als einer alles determinierenden Norm einerseits und einer praktisch unumschränkten Gestaltungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers auf der anderen Seite so schwierig zu finden ist.

## 2.0 Inhalt der Entscheidungen

### 2.1 *Aufhebung verfassungswidriger Gesetze — Abweisung von Gesetzesprüfungsanträgen bei Feststellung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes*

Gelangt der VfGH zur Auffassung, daß das bei ihm angefochtene Gesetz verfassungswidrig ist, so hat er durch «Erkenntnis» (— so lautet die formelle Bezeichnung des verfassungsgerichtlichen Urteils —) auszusprechen, daß das Gesetz aufgehoben wird. Findet der VfGH hingegen die im Gesetzesprüfungsantrag oder

---

<sup>(54)</sup> Korinek, a. a. O., VVdSTRL 39, S. 29 f.

<sup>(55)</sup> Spanner, in: Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle 1979, S. 53, Novak, ZAS 1982, S. 234; Perntaler, ÖZW 1981, S. 27 ff., Morscher, JB1 1985, S. 479.

die von ihm im Unterbrechungsbeschluß von Amts wegen geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken im Gesetzesprüfungsverfahren nicht zutreffend, so weist er den Gesetzesprüfungsantrag ab bzw. spricht bei amtswegig eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren aus, daß das Gesetz nicht als verfassungswidrig aufgehoben wird.

Entsprechend der von Merkl<sup>(56)</sup> entwickelten Lehre vom Fehlerkalkül, wonach die Rechtsordnung rechtswidrige Staatsakte, für die sie ein Aufhebungsverfahren vorsieht, bis zu ihrer Aufhebung gelten läßt, geht der VfGH von jeher von der vorläufigen Bestandskraft auch verfassungswidriger genereller Normen aus. Bereits in VfSlg 1491/1932 formulierte er:

«Ein Gesetz, das der Verfassung widerspricht, ist nicht ungültig, ist also nicht absolut nichtig, sondern ein zwar verfassungswidriger, aber bis zur allfälligen Aufhebung rechtsverbindlicher Akt<sup>(57)</sup>.»

Diese Auffassung beherrscht die verfassungsgerichtliche Judikatur bis heute. So hat der VfGH etwa im Jahre 1971 unter ausdrücklicher Berufung auf die Literatur zum Zeitpunkt der Entstehung des B-VG<sup>(58)</sup> gesagt<sup>(59)</sup>:

«Der Aufhebung eines Gesetzes durch den VfGH kommt im Punkte der Geltung der als verfassungswidrig aufgehobenen Gesetzesvorschrift keine andere Wirkung zu wie der Aufhebung durch den Gesetzgeber. Die Verfassung hat dem VfGH die Vollmacht übertragen, der ferneren Geltung von verfassungswidrigen Gesetzen ein Ende zu setzen, dem Begriff 'Aufhebung' im Art. 140 B-VG kommt keine andere als sonst mit diesem Begriff verbundene Bedeutung zu».

Die Geltung der Gesetze endet sohin außer in den Fällen der Aufhebung (Derogation) durch den Gesetzgeber selbst erst mit dem aufhebenden Erkenntnis des VfGH. Insofern wird der VfGH nicht zu Unrecht als «negativer Gesetzgeber»<sup>(60)</sup> bezeichnet. Bildet die «Aufhebung» durch den VfGH eines bis zur

---

<sup>(56)</sup> Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 1923.

<sup>(57)</sup> Ebenso etwa VfSlg 1681/1948; vgl. dazu auch Novak, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, 1967, S. 15.

<sup>(58)</sup> Nämlich auf Kelsen-Fröhlich-Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, V. Teil, 1922, S. 260; Adamovich, Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof, 1924, S. 306, 307.

<sup>(59)</sup> VfSlg 6408/1971.

<sup>(60)</sup> So zuletzt Melichar, Zum Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber, in: 60 Jahre Bundesverfassung, S. 95.



Aufhebung gleichwohl geltenden Gesetzes die regelmäßige Folge seiner Verfassungswidrigkeit, so kennt die — neuere — Theorie<sup>(61)</sup> daneben auch das «absolut nichtige Gesetz», das ohne Rücksicht auf das Ergebnis eines (verfassungs-)gerichtlichen Verfahrens von jedermann — «Behörde wie Untertan» — außer Acht gelassen werden kann. Diese aus einer allgemeinen Fehlertheorie abgeleitete Anerkennung einer absoluten Nichtigkeit von Gesetzen, die gem. Art. 89 B-VG für Gerichte (mit Ausnahme des VfGH selbst) aus Kundmachungsmängeln, darüber hinaus für alle Rechtsunterworfenen aber aus der Gravität (Schwere) und Evidenz des Verfassungsverstößes abgeleitet wird, blieb praktisch ohne Bedeutung. Will man das verfassungsgesetzlich verankerte Prüfungsmonopol des VfGH für verfassungswidrige Gesetze ernst nehmen, so müssen Gravität und Evidenz von Verfassungsverstößen als Kriterien absolut nichtiger Gesetze äußerst streng verstanden werden: Absolute Nichtigkeit eines Gesetzes wird danach vor allem dann anzunehmen sein, wenn das verfassungsgerichtliche Prüfungsrecht selbst beeinträchtigt erscheint oder wenn ganz allgemein dem Staatswesen durch ein Gesetz eine existentielle Gefahr droht. Der VfGH selbst hat<sup>(62)</sup> die theoretische Möglichkeit absolut nichtiger Gesetze offengelassen und einen als Gesetz beurkundeten und im Gesetzblatt kundgemachten Text als verfassungswidrig aufgehoben, weil das zuständige Parlament einen diesbezüglichen Gesetzesbeschluss nicht gefaßt hatte.

Während die Aufhebung einer Norm wegen Verfassungswidrigkeit nur in einem gehörig beantragten oder wegen Präjudizialität amtswegig eingeleiteten Normenkontrollverfahren möglich ist, findet sich der Ausspruch des VfGH über die Verfassungsmäßigkeit von Normen nicht nur in den Normenkontrollverfahren. Vielmehr ist der VfGH relativ häufig veranlaßt, im (Verfassungs-) Beschwerdeverfahren nach Art. 144 B-VG oder auch im Wahlprüfungsverfahren nach Art. 141 B-VG die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlagen des im Beschwerdeverfahren angefochtenen behördlichen Verwaltungsaktes oder der im Wahlprüfungsverfahren angefochtenen Wahl in den Entscheidungsgründen (also nicht im Spruch) seines diesbezüglichen Erkenntnisses zu bestätigen. Damit wird freilich nicht die Anwendung einer aus jedem Blickwinkel verfassungsmäßigen Norm vom VfGH festgestellt, sondern lediglich entscheidungsbegründend ausgesagt,

---

<sup>(61)</sup> Novak, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, 1967; Haller, Die Prüfung von Gesetzen, 1979, S. 119 ff.

<sup>(62)</sup> In VfSlg 5996/1969.

daß die vom Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren oder vom Antragsteller im Wahlprüfungsverfahren geltend gemachten und entsprechend konkretisierten Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der zugrundeliegenden Normen nicht zutreffen. Eine derartige Aussage des VfGH schließt freilich nicht aus, daß die bereits geprüften oder andere, neue Gründe für die Verfassungswidrigkeit derselben Norm in einem späteren Verfahren zu deren Aufhebung durch den VfGH führen können<sup>(63)</sup>.

## 2.2 Die teilweise Aufhebung eines Gesetzes

Der VfGH darf ein Gesetz nur insoweit als verfassungswidrig aufheben, als seine Aufhebung ausdrücklich beantragt wurde oder als der Verfassungsgerichtshof das Gesetz in der bei ihm anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte<sup>(64)</sup>. Nicht nur aus dem Grunde einer teils verfassungsmäßigen, teils verfassungswidrigen Norm, sondern vor allem auch aus prozessualen Gründen hat der VfGH daher zumeist ein Gesetz nicht zur Gänze, sondern nur zum Teil aufzuheben. Er ist in seiner Aufhebungsbefugnis beschränkt durch den Gesetzesprüfungsantrag, der den Umfang der begehrten Gesetzesaufhebung näherhin zu präzisieren hat. Im konkreten Normenkontrollverfahren, sohin auch bei amtswegiger Einleitung des Verfahrens durch den VfGH selbst, ist dieser Umfang des Überprüfungs- und Aufhebungsverfahrens begrenzt durch den Umfang der Anwendung des Gesetzes auf den Anlaßfall. Eine derartige, beinahe den Regelfall bildende bloße Teilaufhebung eines Gesetzes, die sich auch auf ein Wort oder einige wenige Worte des Gesetzes beschränken kann, stellt den VfGH vor die Frage der Zulässigkeit der dadurch bewirkten Bedeutungsänderung des verbleibenden Gesetzes. Der VfGH hat dieses Problem so formuliert:

«Jede Aufhebung von einzelnen Gesetzesstellen bewirkt notwendig eine Änderung des geprüften Gesetzes. Wie sich diese Änderung nach Art und Bedeutung im konkreten Einzelfall auswirkt, ist vornehmlich von der legislatischen Systematik, also von Umständen abhängig, auf die der VfGH keinen Einfluß hat... Der VfGH hält es für seine Aufgabe, den Umfang der zu prüfenden und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufzu-

---

<sup>(63)</sup> Vgl auch «Rechtskraft» auf Seite 121.

<sup>(64)</sup> Art. 140 Abs. 3 erster Satz B-VG.

hebenden Bestimmungen derart abzugrenzen, daß einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlaßfall ist, daß aber andererseits der verbleibende Text keine Veränderung seiner Bedeutung erfährt. Es liegt auf der Hand, daß beide Ziele gleichzeitig niemals vollständig erreicht werden können. Der VfGH hat daher in jedem Einzelfall abzuwägen, ob und inwieweit diesem oder jenem Ziel der Vorrang vor dem anderen gebührt.»<sup>(65)</sup>

Der VfGH hat ferner darauf hingewiesen, <sup>(66)</sup> daß die Grenzen der Aufhebung einer in Prüfung stehenden Gesetzesbestimmung so gezogen werden müssen, daß einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und daß andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in einem untrennbaren Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfaßt werden.

Versucht man allgemeine Tendenzen der Judikatur des VfGH in der Frage der teilweisen oder gänzlichen Aufhebung von Gesetzen zu beschreiben, so kann man zweierlei konstatieren: erstens bemüht sich der VfGH, wenn er die Verfassungswidrigkeit einer Norm feststellt, möglichst wenig aus dem Gesetzesbestand herauszuschneiden, also soweit als möglich die Worte des parlamentarischen Gesetzgebers zu achten. Zweitens hängt der Umfang der tatsächlich aufgehobenen Gesetzesbestimmungen oder-worte nicht unbeträchtlich von dem jeweiligen, mit der Vorbereitung eines Falles betrauten ständigen Referenten ab.

### 2.3 Totalaufhebung eines nur teilweise angefochtenen Gesetzes

Gelangt der VfGH zur Auffassung, daß das ganze Gesetz von einer nach der Kompetenzverteilung nicht berufenen Gesetzgebungsorgan erlassen oder in verfassungswidriger Weise kundgemacht wurde, so hat er ungeachtet einer bloß teilweisen Anfechtung das Gesetz zur Gänze als verfassungswidrig aufzuheben. Diese

---

<sup>(65)</sup> VfSlg 7376/1974, 7786/1976.

<sup>(66)</sup> VfSlg 6674/1972.

Verpflichtung des VfGH entfällt, wenn die Aufhebung des ganzen Gesetzes offensichtlich den rechtlichen Interessen der das Gesetzesprüfungsverfahren durch ihren Individualantrag oder durch ihre Verfassungsbeschwerde veranlassenden Partei zuwiderläuft. In der bisherigen Praxis spielt diese Verpflichtung zur Totalaufhebung eines teilweise angefochtenen Gesetzes einschließlich der reichlich unklar geregelten Ausnahme davon keine große Rolle.

#### *2.4 Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes*

Auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit beschränkt Art. 140 Abs. 4 B-VG den VfGH bei der Überprüfung von Gesetzen, die im Zeitpunkt der Fällung des Erkenntnisses bereits außer Kraft getreten sind. Hinsichtlich der Feststellung der Rechtswidrigkeit außer Kraft getretener Verordnungen gilt das gleiche (Art. 139 Abs. 4 B-VG).

Schon aus völkerrechtlichen Gründen auf die bloße Feststellung der Gesetz- oder Verfassungswidrigkeit ist der VfGH schließlich bei der Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Staatsverträgen beschränkt (Art. 140a B-VG). Stellt er die Verfassungswidrigkeit eines Staatsvertrages mit Gesetzesrang fest, so hat er in seinem Erkenntnis auszusprechen, daß der Staatsvertrag bzw. der verfassungswidrige Teil des Staatsvertrages wegen Rechtswidrigkeit von den zu seiner Vollziehung berufenen Organen nicht anzuwenden sind. Damit wird die völkerrechtliche Gültigkeit des Staatsvertrages nicht angetastet.

Denkbar ist auch, daß sich der VfGH ausnahmsweise bei Anfechtung einer noch geltenden Gesetzesstelle mit der Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit begnügt (und sie somit trotz Geltung nicht aufhebt), wenn die betreffende Gesetzesbestimmung durch eine mittlerweile an anderer Stelle des Gesetzes erfolgte Novellierung nachträglich verfassungsmäßig wurde. So hat der VfGH <sup>(67)</sup> bei Prüfung einer ursprünglich gleichheitswidrigen Norm festgestellt, daß die verfassungswidrige Ungleichbehandlung zwar durch eine Gesetzesnovelle beseitigt wurde, dadurch die Verfassungswidrigkeit der betreffenden Norm aber nicht rückwirkend behoben wurde, sondern nur eine Aufhebung der inzwischen verfassungsmäßig gewordenen Norm verhindert und bewirkt (wurde), daß sich der

---

(67) E. v. 18.3.1986, G 243, 244/85.

VfGH bei Zutreffen seiner Bedenken mit der Feststellung begnügen muß, daß das Gesetz bis zum Inkrafttreten der Novelle verfassungswidrig war. Dem liegt implizit die richtige, auch die Teilaufhebung eines Gesetzes (68) beherrschende Auffassung zugrunde, daß jede Veränderung eines Gesetzestextes (sei es seine Vergrößerung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, sei es seine Reduzierung durch den VfGH) auch bei scheinbar unverändertem Wortlaut der verbleibenden Bestimmungen auch deren Sinn verändert oder zumindest verändern kann.

### *2.5 Verfassungskonforme Auslegung*

Den Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung wendet der VfGH seit jeher (69) an und spricht aus, daß «einem Gesetz ... im Zweifelsfalle nicht eine Auslegung gegeben werden (darf), die es als verfassungswidrig erscheinen läßt.» Voraussetzung einer verfassungskonformen Auslegung bilden sohin Zweifel über den Inhalt einer Regelung (70) oder anders ausgedrückt «mehrere Möglichkeiten der Auslegung» (71). Die verfassungskonforme Auslegung ist wohl als Unterfall einer systematisch-teleologischen Interpretation des Rechts zu verstehen (72).

Ausgehend von den «Zweifeln» bei der Deutung einer Norm oder den «mehrere Möglichkeiten» ihrer Auslegung bedeutet die Heranziehung der verfassungskonformen Auslegung die Eliminierung eines Normsinns, der an sich vom Wortlaut einer gesetzlichen Bestimmung getragen würde. In ihrer faktischen Wirkung ist eine verfassungskonforme Auslegung daher durchaus einer teilweisen Aufhebung eines Gesetzes vergleichbar. Was bei der Aufhebung durch die ausdrückliche Beseitigung bestimmter Gesetzesworte oder -bestimmungen aus dem Rechtsbestand erreicht wird, geschieht bei der verfassungskonformen Interpretation im Wege der Auslegung: Im Gesetz ursprünglich angelegte Normbedeutungen führen wegen ihrer Verfassungswidrigkeit zwar nicht zur förmlichen Auf-

---

(68) Siehe oben «Die teilweise Aufhebung eines Gesetzes» auf Seite 108.

(69) VfSlg 2264/1952, 3151/1957, 3556/1959, 3910/1961.

(70) VfSlg 7698/1975.

(71) VfSlg 3712/1960.

(72) Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 455.

hebung des Gesetzes, wohl aber zur (Um-)Deutung der Norm in einem verfassungskonformen Sinn.

Die Handhabung der verfassungskonformen Auslegung bildet kein Monopol des VfGH. Vielmehr hat jedes normanwendende Staatsorgan, haben insbesondere auch die anderen (Höchst)Gerichte, in Österreich der Verwaltungsgerichtshof und der Oberste Gerichtshof, das von ihnen jeweils anzuwendende Rechtsmaterial verfassungskonform zu verstehen. Aus zwei Gründen muß dem VfGH jedoch ein besonderer Rang bei der verfassungskonformen Auslegung zubilligt werden. Legt der VfGH bei der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle ein Gesetz verfassungskonform aus, so scheidet er damit nur jene Möglichkeit(en) der Auslegung aus, die zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führt (führen). Er ist aber im Gegensatz zu anderen rechtsanwendenden Organen nicht ohne weiteres befugt, auszusprechen, welche von mehreren an sich verfassungskonformen Auslegungen eines Gesetzes die richtige ist. Der VfGH sollte sich sohin auch bei Handhabung der verfassungskonformen Auslegung auf die Funktion des «negativen Gesetzgebers» beschränken und nicht dem Gesetz einen für ihn einzig richtigen Sinn beimessen. Anders ausgedrückt: nur die Beseitigung des als verfassungswidrig erkannten Gesetzessinns, nicht aber die Festlegung auf einen einzigen, sei es auch verfassungskonformen Inhalt bildet die Aufgabe des VfGH im Zuge der verfassungskonformen Interpretation von Gesetzen. Die Praxis des VfGH beachtet diese Überlegung allerdings nicht durchgehend (73).

Das zweite Problem entsteht aus der Konkurrenz des VfGH zu den anderen Gerichten, insbesondere dem Verwaltungsgerichtshof, im Zuge verfassungskonformer Auslegung des Gesetzes. Der VfGH nimmt für sich die Befugnis in Anspruch, eine vom Verwaltungsgerichtshof getroffene Entscheidung trotz ihrer Bindungswirkung für alle Staatsorgane (74) im Wege der verfassungskonformen Interpretation des der Entscheidung zugrundeliegenden Gesetzes zu ignorieren. Wird der auf die Rechtsmeinung des VwGH gestützte (Ersatz-) Bescheid vor dem VfGH angefochten, so erachtet sich dieser für befugt, im Wege der

---

(73) Vgl. VfSlg 3712/1960.

(74) § 63 Abs. 1 VwGG; dazu Oberndorfer, Die Österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1983, S. 186 ff.

(75) VfSlg 8536/1979, 8782/1980.

verfassungskonformen Auslegung die vom Verwaltungsgerichtshof vertretene Rechtsanschauung zu korrigieren <sup>(75)</sup>. Diese Befugnis wird teleologisch aus der Aufgabenstellung des VfGH, nämlich der «Wechselbeziehung zwischen Anlaß beschwerde - und Gesetzesprüfungsverfahren <sup>(76)</sup> abgeleitet.

Es ist nicht auszuschließen, daß die verfassungskonforme Interpretation eines Gesetzes durch den VfGH dem politischen Willen und der Absicht des (historischen) Gesetzgebers widerspricht. Das schadet sicherlich dort nicht, wo ein Gesetz unter einem anderen Regime erlassen wurde und sich im Wege der Überleitung zur rechtsstaatlich- demokratischen Republik Österreich nach 1945 eine gleichsam teleologische Reduktion unter dem Titel der verfassungskonformen Interpretation gefallen lassen mußte <sup>(77)</sup>. Hingegen bedeutet eine Korrektur des parlamentarischen Gesetzgebers im Wege der verfassungskonformen Auslegung seines Gesetzes durch den VfGH nur scheinbar eine Respektierung des Gesetzes und damit des Gesetzgebers. In Wahrheit wird im Wege der verfassungskonformen Auslegung eines Gesetzes durch den VfGH sogar ein Mehr gegenüber der Aufhebung des Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit erreicht: Wird etwa in einem Beschwerdefall eine bestimmte Gesetzesauslegung als verfassungswidrig erkannt und einer anderen der Vorzug gegeben, so spricht der VfGH damit aus, daß das betreffende Gesetz von Anfang an in jenem zweiten, von ihm als verfassungskonform erkannten Sinn auszulegen war. Im Gegensatz zur Aufhebung des Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit wirkt auf diese Weise — ungeachtet der begrenzten Rechtskraftwirkung des verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses auf den (Anlaß -) Beschwerdefall — die verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes faktisch gleichsam zurück. Läßt sie doch eine andere Auslegung des Gesetzes auch für die Vergangenheit als verfassungswidrig erscheinen. Im Zinsertragssteuer-Erkenntnis <sup>(78)</sup> hat daher der VfGH gerade dieses Ergebnis dadurch erreicht, daß er die Handhabung dieses Gesetzes im Sinne einer zusätzlich zur veranlagten Einkommensteuer erfolgenden Doppelbesteuerung als verfassungswidrig erklärte, gleichwohl aber im Wege der verfassungskonformen

---

<sup>(76)</sup> Art. 144 und Art. 140 B-VG; so Spielbüchler, Verfassungsgerichtshof und Ersatzbescheid, Zur Abgrenzung von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Festschrift Melichar, 1983, S. 238.

<sup>(77)</sup> Wie z.B. die Vorschrift über die Konzentration von Bewilligungsverfahren für einen bevorzugten Wasserbau im Wasserrecht, vgl. VfSlg 9451/1982.

<sup>(78)</sup> B 371/85 v. 14.3.1986.

Auslegung durch Anrechnung der Zinsertragssteuer auf die Einkommensteuerschuld die Aufhebung des Gesetzes vermied. Der Gesetzgeber hat mittlerweile — wohl nicht zuletzt als Reaktion auf das Erkenntnis des VfGH — die separate Zinsertragssteuer wieder beseitigt <sup>(79)</sup>.

## 2.6 Sonstige Formen der Entscheidung

Formal stehen dem VfGH im Normenkontrollverfahren keine anderen als die bereits geschilderten Arten der Entscheidung zur Verfügung. Betrachtet man den Inhalt einzelner Entscheidungen, insbesondere der letzten Jahre, so zeigt sich, daß zusätzlich zur oben dargestellten verfassungskonformen Interpretation eines Gesetzes der VfGH auch andere Möglichkeiten der Entscheidung besitzt, die im — formalen — Gewand der Abweisung eines Normenkontrollantrages oder einer Beschwerde (wegen Feststellung der Verfassungsmäßigkeit des Angefochtenen oder in der Beschwerde als verfassungswidrig gerügten Gesetzes) auftreten. Die Bedeutung derartiger Entscheidungsvarianten in der Judikatur des Österreichischen VfGH darf allerdings nicht überschätzt werden, da es sich bislang um Einzelfälle handelt.

### 2.6.1 Gesetzesergänzende Entscheidung

Der VfGH hat es vereinzelt unternommen, unmittelbar aus der Verfassung Normen abzuleiten, die ein einfaches Gesetz ergänzen und es dadurch erst verfassungsmäßig machen. Diese für die Verfassungskonformität maßgebliche Gesetzesergänzung durch den VfGH, der insoweit durchaus als positiver Gesetzgeber erscheint (methodisch freilich durch den Rekurs auf das positive Verfassungsrecht abgedeckt ist), findet im Spruch der betreffenden Erkenntnisse keinen direkten Niederschlag. Lediglich die Entscheidungsgründe dieser Erkenntnisse verraten die gesetzgeberische Surrogatfunktion des VfGH. Ungeachtet der auf den Anlaßfall beschränkten Rechtswirkungen derartiger gesetztesergänzender Aussagen, sind diese faktisch für alle gleichgelagerten Fälle von Bedeutung.

Besonders deutlich zeigt das in einem Beschwerdeverfahren ergangene Erkenntnis des VfGH, VfSlg 9909/1983, den gesetztesergänzenden Inhalt. In diesem Fall ging es um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Verweigerung der

---

<sup>(79)</sup> BGBl 1986/327.



fernmelderechtlichen Bewilligung für die Errichtung einer Kabelrundfunk-(bzw. -fernseh-) Anlage. Nachdem der VfGH das rechtliche Monopol der staatlichen Rundfunkanstalt ORF als verfassungsmäßig <sup>(80)</sup> erkannte, legt er das besagte Bundesverfassungsgesetz über die Unabhängigkeit des Rundfunks mit dem darin enthaltenen Verbot, Rundfunk zu betreiben, solange nicht ein entsprechendes Bundesgesetz in Kraft steht <sup>(81)</sup>, so aus, «daß alle Behörden, die auf das Betreiben von Rundfunk Einfluß nehmen können, das BVG-Rundfunk anzuwenden haben.» In dem, im Erkenntnis anschließenden Absatz formuliert der VfGH selbst folgende, von ihm ausdrücklich als «Ergänzung» zum Fernmeldegesetz verstandene und bezeichnete Norm:

«Die fernmeldebehördliche Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb solcher Fernmeldeanlagen, die dazu bestimmt sind, Rundfunk (im Sinne des Art. I Abs. 1 BVG-Rundfunk) zu betreiben, darf nicht erteilt werden, solange nicht ein entsprechendes Bundesgesetz im Sinne des Art. I Abs. 2 dieses BVG ergangen ist.»

Der zweite, besonders signifikante Fall einer unmittelbar aus der Verfassung entnommenen Gesetzesergänzung bildet das Erkenntnis des VfGH vom 29.11.1985, G 175/84, zur Verfassungsmäßigkeit des Hochschülerschaftswahlrechts. In diesem von Amts wegen eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren ging es um die Verfassungswidrigkeit des österreichischen Wahlrechts ganz allgemein, weil diesem ein vom einfachen Gesetzgeber formulierter Wahlausschließungsgrund fehlt, der die Kandidatur nationalsozialistischer Parteien verbieten würde. Die Wurzel der vom VfGH geprüften Bedenken bildeten sohin das bundesverfassungsgesetzliche Wiederbetätigungsverbot des § 3 Verbotsgesetz, der jedermann untersagt, sich für die NSDAP oder ihre Ziele irgendwie zu betätigen, und das bundesverfassungsgesetzliche Verbot nazistischer Tätigkeit, wie es sich aus Art. 9 Ziff. 1 des diesbezüglich ebenfalls im Verfassungsrang stehenden Staatsvertrages von Wien 1955 ergibt. Der VfGH schließt es geradezu aus, daß die genannten Verfassungsbestimmungen einen «Verfassungsauftrag» zur «Gestaltung der einfach-gesetzlichen Rechtslage» enthalten. Er bezeichnet es hingegen

---

<sup>(80)</sup> Weil gestützt auf ein besonderes Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl. Nr. 396/1974, das ein — von Art. 10 MRK erlaubtes — Konzessionssystem für Hörfunk und Fernsehen vorsieht.

<sup>(81)</sup> Wie dies für den ORF allein der Fall ist.

als «nicht zweifelhaft», «daß § 3 Verbotsgesetz von jeder staatlichen Behörde im Rahmen ihres Wirkungsbereiches unmittelbar anzuwenden ist.» Er erklärt sohin die genannten Verfassungsnormen auch dann für unmittelbar anwendbar, «wenn das für die Behörde maßgebliche (einfache) Gesetz seine Beachtung nicht ausdrücklich ... vorschreibt». Der VfGH bezeichnet es als sinnlos, eine neuerliche Verkündung des Verbots nationalsozialistischer Wiederbetätigung in jedem einzelnen Gesetz zu verlangen. Das Verbot der Mitwirkung an einer nationalsozialistischen Wiederbetätigung braucht sohin vom Gesetzgeber nicht stereotyp wiederholt zu werden, sondern es gilt mit umfassendem Anwendungsbereich neben allen Einzelschriften. Damit hat der VfGH stillschweigend jede einfach-gesetzliche Norm, insbesondere auch alle Wahlgesetze, dahin aus der Verfassung ergänzt, daß jede Form nationalsozialistischer Wiederbetätigung einen Grund für die Verweigerung eines gesetzlich vorgesehenen staatlichen Verwaltungsaktes bildet.

Daß diese Gesetzesergänzende Aussage des VfGH auf Grund ihres innen- wie auch außenpolitisch besonders bedeutsamen Gehalts eine Sonderstellung einnimmt, versteht sich von selbst. Die besondere Gewichtung der vom VfGH hier vorgenommenen «Ergänzung» praktisch des gesamten einfachgesetzlichen. Rechts wurzelt in der Aussage des VfGH: «Die kompromißlose Ablehnung des Nationalsozialismus ist ein grundlegendes Merkmal der wiedererstandenen Republik.»

### 2.6.2 Appellentscheidungen

Die Abweisung eines Normenkontrollantrages bei gleichzeitiger Feststellung des VfGH, ein Gesetz sei «noch» nicht verfassungswidrig, verbunden mit dem Appell an den Gesetzgeber, den Rechtszustand — eventuell innerhalb eines bestimmten Zeitraums — zu ändern<sup>(82)</sup>, wird vom österreichischen VfGH bislang nicht praktiziert. Der VfGH hat allerdings ähnliche Gedanken vereinzelt<sup>(83)</sup> anklängen lassen. So hat er etwa zu erkennen gegeben, daß u.U. «die erheblichen Kosten der Verwirklichung dieses Zieles (der Herstellung der Gleichheit durch eine der Witwenpension adäquate Hinterbliebenenversorgung zugunsten des Mannes) und die technischen Schwierigkeiten einer sofortigen Angleichung auf niedrige-

---

<sup>(82)</sup> So Zeidler, Landesbericht über die Bundesrepublik Deutschland, S. 12 ff., zur Rechtsprechungspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts.

<sup>(83)</sup> Z. B. im Witwenpensionserkenntnis VfSlg 8871/1980.

rem Niveau... dann die vorübergehende Hinnahme einer Ungleichbehandlung nahelegen (könnten).» Eine zur Aufhebung des Gesetzes führende Gleichheitswidrigkeit nimmt er im Anschluß an diese Feststellung aber trotzdem an, weil die «schon länger andauernde Entwicklung im Bereich des Tatsächlichen... die Ungleichbehandlung verstärkt» Unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes akzeptabel erscheinen dem VfGH sohin nur vorübergehende und «solche Ungleichbehandlungen..., die wenigstens in der Richtung eines Abbaues der Unterschiede wirken würden.»

Obwohl sohin die Möglichkeit vom VfGH in Erwägung gezogen wurde, ein Gesetz erts ab einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt als verfassungswidrig aufzuheben, fehlt es doch bislang an der etwa vom deutschen Bundesverfassungsgericht gar nicht so selten gepflogenen Appellentscheidung oder auch einer bloßen Unvereinbarerklärung einer gesetzlichen Vorschrift mit der Verfassung unter dem Gesichtspunkt, «daß eine Nichtigerklärung gesetzlicher Vorschriften mit der Verfassung noch weniger vereinbar wäre als die Aufrechterhaltung eines an sich als verfassungswidrig erachteten Gesetzes»<sup>(84)</sup>. Der Grund dafür ist darin zu finden, daß der österreichische VfGH in einer beträchtlichen Umfang über die Folgewirkungen seines Erkenntnisses zu disponieren vermag. Diese Dispositionsmöglichkeiten sollen nunmehr dargestellt werden.

### 3. Zeitliche Entscheidungswirkungen

#### 3.1 *Wirkung ex nunc*

Wie schon dargestellt, äußert die Aufhebung eines Gesetzes oder einer Verordnung durch den VfGH prinzipiell Wirkung nur *ex nunc*: Die Aufhebung tritt am Tage ihrer Kundmachung im jeweiligen Gesetzespublikationsorgan in Kraft. Das bedeutet, daß die aufgehobene Norm sowohl von den Gerichten als auch von den Verwaltungsbehörden für die Vergangenheit weiterhin anzuwenden ist. Die vom VfGH ohne Rückwirkung aufgehobene Norm gilt für die Vergangenheit weiter, sie ist insoweit unanfechtbar geworden. Auch die Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit für die Vergangenheit kommt nicht mehr in Betracht<sup>(85)</sup>. Erst recht

---

<sup>(84)</sup> So Zeidler, a.a. O., S. 21 ff.

bleiben selbstverständlich bereits abgeschlossene, womöglich durch rechtskräftige verwaltungsbehördliche oder gerichtliche Entscheidung beendete Verfahren unberührt, die auf Grund des dann vom VfGH aufgehobenen Gesetzes durchgeführt wurden.

### 3.2 *Wirkung ex tunc*

#### 3.2.1 *Der «Anlaßfall»*

Eine zwingende, vom VfGH nicht auszuschließende Rückwirkung äußert sein, eine generelle Norm aufhebendes Erkenntnis auf den sogenannten «Anlaßfall». Anlaßfall ist jener Fall, der ein konkretes Normenkontrollverfahren<sup>(86)</sup> auslöst. Anlaßfall ist aber nach der neueren Judikatur des VfGH<sup>(87)</sup> nicht nur jener Rechtsfall, der tatsächlich Anlaß zur Einleitung eines Gesetzes- oder Verordnungsprüfungsverfahrens vor dem VfGH war, sondern Anlaßfall sind vor dem VfGH alle jene Fälle, die zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung<sup>(88)</sup> oder bei Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung zu Beginn der nicht öffentlichen Beratung beim VfGH anhängig waren. Alle diese Fälle werden der «Ergreiferprämie» teilhaftig. Sie sind in der Folge so zu entscheiden, als ob die vom VfGH aufgehobene generelle Norm bereits zum Zeitpunkt der Konkretisierung des entscheidungserheblichen Tatbestandes nicht mehr gegolten hätte.

Verfahren, in denen die Rechtswidrigkeit einer generellen Norm, also die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder die Gesetzswidrigkeit einer Verordnung, festgestellt wurde<sup>(89)</sup>, sind von vornherein in ihrer Wirkung auf den Anlaßfall oder die Anlaßfälle beschränkt<sup>(90)</sup>. Ebenso wie die Aufhebung einer Norm ex nunc<sup>(91)</sup> bewirkt auch das feststellende Erkenntnis des VfGH die Unangreifbar-

---

(85) Ringhofer, Über die Wirkung des verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses im Normenprüfungsverfahren nach den Art. 139 und 140 B-VG, Österreichisches Verwaltungsarchiv 1978, S. 119 f.

(86) Siehe oben «Konkrete Normenkontrolle» auf Seite 93.

(87) VfGH v. 9.10.1985, B 168/85; 6.6.1986, B 917/85.

(88) So schon VfGH 22.6.1984, B 181/80.

(89) Siehe oben «Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes» auf Seite 110.

(90) Ringhofer, a. a. O., S. 121.

(91) Vgl. «Wirkung ex nunc» auf Seite 117.

keit der rechtswidrigen Norm für die Vergangenheit. Es ist sohin undenkbar, daß der VfGH eine schon einmal geprüfte und dabei für rechtswidrig befundene Norm in einem weiteren Verfahren neuerlich prüft.

### 3.2.2 *Der Ausspruch des VfGH über die Rückwirkung*

Auf die vor der Aufhebung einer generellen Norm verwirklichten Tatbestände ist (mit Ausnahme des Anlaßfalles) die generelle Norm weiterhin anzuwenden, sofern der VfGH nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes, sohin die Rückwirkung, ausspricht<sup>(92)</sup>. Stattet der VfGH durch einen, in seinem Ermessen liegenden Ausspruch die Aufhebung eines Gesetzes oder einer Verordnung mit rückwirkender Kraft aus, so ist das aufgehobene Gesetz (oder die Verordnung) in keinem Fall mehr anzuwenden, der noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Soweit bereits vor Aufhebung der Norm darauf gestützte und in Rechtskraft erwachsene verwaltungsbehördliche Bescheide oder richterliche Urteil ergangen sind, bleiben allerdings auch diese gültig und unangreifbar<sup>(93)</sup>.

Der VfGH machte in seiner Judikatur bisher allerdings nur selten von der seit dem Jahre 1976 eingeräumten Möglichkeit der allgemeinen Rückwirkung einer Aufhebung genereller Normen Gebrauch. Die häufig vom VfGH nicht abzuschätzenden Konsequenzen der Rückwirkung verhindern deren Ausspruch. Vereinzelt<sup>(94)</sup> wurde ein Abgabengesetz rückwirkend mit der Begründung aufgehoben, daß die Abgabenbehörden mit Rücksicht auf das Gesetzesprüfungsverfahren vor dem VfGH ihre Rechtsmittelentscheidungen wegen der zu erwartenden Klärung der strittigen Frage aussetzten. Den der Rückwirkung entgegengehaltenen Einwand, es würden dadurch jene Abgabepflichtigen benachteiligt, deren endgültige Abgabenfeststellungen bereits in Rechtskraft erwachsen sind, hat der VfGH

---

<sup>(92)</sup> Art. 140 Abs. 7 und Art. 139 Abs. 6 B-VG.

<sup>(93)</sup> Klecatsky-Öhlinger, *Die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts*, 1984, S. 91.

<sup>(94)</sup> Vgl z. B. VfSlg 8233/1978. Wegen der dort verfügten Rückwirkung ließ der VfGH in diesem Erkenntnis die vorher geltenden abgabenrechtlichen Regelungen wiederinkrafttreten. Zu dieser Möglichkeit des VfGH siehe unten «Die Befugnisse des VfGH gegenüber dem Gesetzgeber» auf Seite 126.

verworfen, weil diese Unterscheidung zwischen rechtskräftigen und noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren die regelmäßige Folge eines Rückwirkungsausspruchs ist und der VfGH ansonsten die ihm eingeräumte Befugnis niemals wahrnehmen könnte.

### 3.3 Wirkung pro futuro nach Fristsetzung durch den VfGH

Der VfGH kann in seinem, ein Gesetz oder eine Verordnung aufhebenden Erkenntnis eine Frist mit der Wirkung setzen, daß das aufgehobene Gesetz (bzw. die Verordnung) «auf alle bis zum Ablauf dieser Frist verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlaßfalles anzuwenden» ist<sup>(95)</sup>. Eine derartige Fristsetzung bewirkt, daß die aufgehobene Norm bis zum Inkrafttreten der Aufhebung gemäß der Fristbestimmung «einem verfassungsmäßig einwandfreien Bestandteil der Rechtsordnung gleichzuhalten» ist<sup>(96)</sup>.

Von der Möglichkeit einer derartigen Fristsetzung für das Außerkrafttreten einer rechtswidrigen Norm macht der VfGH, zumeist über Anregung der die Norm verteidigenden Regierung, häufig Gebrauch<sup>(97)</sup>. Das ist verständlich, wenn etwa eine begünstigende Norm aus Gleichheitsgründen aufgehoben wird<sup>(98)</sup>. Als Grund der Fristsetzung ist für den Gerichtshof die Möglichkeit ausschlaggebend, «daß die durch die Aufhebung eintretende Rechtslücke zu rechtspolitisch unerfreulichen Zuständen führen würde»<sup>(99)</sup>. Diese dem VfGH mit der Fristsetzung für die Aufhebung eingeräumte Ermächtigung, die rechtlichen und faktischen Konsequenzen seiner Entscheidung als negativer Gesetzgeber mitzuberücksichtigen, erübrigt, wie Korinek<sup>(100)</sup> festgestellt hat, eine Appellentscheidung ebenso wie eine bloße Feststellung der Verfassungswidrigkeit. Wenn dem Gesetzgeber

---

<sup>(95)</sup> Art. 140 Abs. 7 und Art. 139 Abs. 6 B-VG.

<sup>(96)</sup> VfSlg 4718/1964.

<sup>(97)</sup> Kritisch dazu Haller, Die Prüfung von Gesetzen, S. 260 f.

<sup>(98)</sup> Siehe oben «Gesetzgeberisches Unterlassen» auf Seite 97.

<sup>(99)</sup> So Korinek, a. a. O., VVdStRL 39, S. 39.

<sup>(100)</sup> A. a. O, S. 37 ff.

vom VfGH eine Frist, die bis zu einem Jahr betragen kann, gesetzt wird, hat dieser es in der Hand, einem ihm, im Gefolge der Aufhebung unerträglich scheinenden Rechtszustand zu sanieren.

Die gegenwärtige Praxis des VfGH bei der Fristsetzung scheint etwas restriktiver als früher. Insbesondere wird von der die Fristsetzung durch den VfGH anregenden Regierung verlangt, daß sie in ihrer Anregung Gründe nennt, welche ein sofortiges, mit Kundmachung der Aufhebung eintretendes Außerkrafttreten der verfassungswidrigen Norm untunlich und eine gewisse Sanierungsfrist als zweckmäßig erscheinen lassen.

## 4.0 Verbindlichkeit der Entscheidungen

### 4.1 Rechtskraft

Die Erkenntnisse des VfGH im Nomenkontrollverfahren werden rechtskräftig. Diese Rechtskraftwirkung besteht darin, daß die Aufhebung einer Norm durch den VfGH ab dem Tage ihrer Kundmachung gegenüber jedermann gilt, sofern der VfGH nicht eine Frist für das Außerkrafttreten bestimmt. Ist ausnahms- und rechtswidrigerweise die Kundmachung des vom VfGH beschlossenen und den Parteien des Verfahrens (sowie dem Bundeskanzler oder dem zuständigen Landeshauptmann gem. § 64 Abs. 2 VerfGG) zugestellten Aufhebungs-erkenntnisses unterblieben, so betrachtet er jeden weiteren, auf das für verfassungswidrig erkannte Gesetz gestützten und an ihn herangetragenen Fall als «Anlaßfall» und entscheidet diesen ohne Berücksichtigung des als verfassungswidrig erkannten Gesetzes, mag das Inkrafttreten der Aufhebung auch erst durch die nachzuholende Kundmachung bewirkt werden<sup>(101)</sup>.

---

<sup>(101)</sup> VfSlg 5189/1965.

Während im Falle der Aufhebung einer Norm nur der Spruch des Erkenntnisses in Rechtskraft erwächst und auch nur dieser der Kundmachung bedarf, muß die Frage der Rechtskraft abweisender Erkenntnisse differenzierter gesehen werden. Nach der Judikatur des VfGH<sup>(102)</sup> wird die Abweisung eines Normenkontrollantrages nur im Hinblick auf die bestimmt umschriebenen Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes rechtskräftig. Diesbezüglich schafft die Abweisung, obwohl sie nicht allgemein kundgemacht wird, nicht nur Rechtskraft gegenüber dem Antragsteller, sondern gegenüber allen<sup>(103)</sup>. An den VfGH in einem Gesetzes- oder Verordnungsprüfungsantrag noch nicht herangetragene, sohin andere Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Norm können hingegen in einem weiteren Verfahren gegen dieselbe Norm jederzeit vor dem VfGH geltend gemacht werden. Die Rechtskraft des abweisenden Erkenntnisses im Gesetzes- oder Verordnungsprüfungsverfahren hindert sohin nicht die neuerliche Überprüfung desselben Gesetzes oder derselben Verordnung durch den VfGH, wenn darin neue vom VfGH bislang nicht geprüfte Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Norm vorgetragen werden. Da über die im Normenprüfungsantrag vorgetragene Bedenken nicht im Spruch, sondern nur in den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses des VfGH abgesprochen wird, erwachsen diese insoweit mit in Rechtskraft.

Beschäftigt sich der VfGH im Zuge eines Beschwerdeverfahrens (gem. Art. 144 B-VG) mit verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegende Norm, so erwachsen seine diesbezüglichen Aussagen nicht in Rechtskraft<sup>(104)</sup>. Dieselben Bedenken gegen dieselbe Norm, auf die in einem Beschwerdeverfahren nicht näher eingegangen wurde oder die zumindest nicht zum Ziele führten, können durchaus in einem gehörig eingeleiteten Normenkontrollverfahren neuerlich aufgeworfen werden. Mit Rücksicht auf die Bedeutung, die der VfGH selbst seiner ständigen Rechtsprechung beimißt, sind allerdings die Chancen gering, daß die bereits im Beschwerdeverfahren entkräfteten verfassungsrechtlichen Bedenken dann im Normenkontrollverfahren als begründet angesehen werden. Die Rechtskraft des Erkenntnisses im Beschwerdeverfahren steht dem jedoch nicht entgegen.

---

<sup>(102)</sup> VfSlg 5872/1968, 6296/1970, 6391/1971, 9186/1981; dazu auch Haller, Prüfung, S. 196.

<sup>(103)</sup> VfSlg 7748/1976.

<sup>(104)</sup> VfSlg 8753/1980.



## 4.2 Bindungswirkung

Bindungswirkung äußert (gem. Art. 140 Abs. 7 B-VG) ein aufhebendes Erkenntnis des VfGH gegenüber «allen Gerichten und Verwaltungsbehörden». Darunter ist auch der VfGH selbst zu verstehen.

Keine gleichartige Bindungswirkung darf für den Gesetzgeber angenommen werden. Die Aufhebung eines Gesetzes als verfassungswidrig durch den VfGH begründet keine Verpflichtung des Gesetzgebers für seine Tätigkeit. Die Kompetenzen der gesetzgebenden Körperschaften und die Kompetenzen des VfGH stehen dessen Meinung zufolge<sup>(105)</sup> nebeneinander. Beschließt daher der Gesetzgeber ein vom VfGH aufgehobenes Gesetz neuerlich, so ist die Beschlußfassung als solche nicht wegen Widerspruchs zum Erkenntnis des VfGH verfassungswidrig. Der VfGH hat vielmehr in einem solchen Fall lediglich das neue (wenn auch inhaltlich gleichlautende) Gesetz selbständig und von neuem zu prüfen. Der Gesetzgeber wird allerdings faktisch mit der Aufhebung seines (neuen) Gesetzes zu rechnen haben, sofern der VfGH nicht von seiner vorher vertretenen Auslegung der Verfassung abgeht. Dies steht ihm zwar offen, ist aber recht unwahrscheinlich.

Im Hinblick auf die Zielsetzung des verfassungsrechtlich verankerten Gesetzesprüfungsrechtes des VfGH hält es dieser<sup>(106)</sup> jedoch für verfassungswidrig, wenn der Gesetzgeber noch während eines anhängigen Gesetzesverfahrens eine mit der in Prüfung stehenden Vorschrift völlig inhaltsgleiche Bestimmung rückwirkend in der Absicht erläßt, ein anhängiges Gesetzesprüfungsverfahren zu vereiteln. Dies gilt als verfassungswidriger Eingriff in die Tätigkeit des VfGH und wird mit Aufhebung geahndet.

## 4.3 Die Bindung des VfGH an seine eigenen Entscheidungen

Im dargestellten Umfang der Rechtskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen ist auch der VfGH selbst gebunden. Das hindert ihn nicht, zu gleichen Verfassungsfragen in neuen Fällen neue Rechtsmeinungen zu vertreten. Während

---

<sup>(105)</sup> VfSlg 4126/1961.

<sup>(106)</sup> VfSlg 10.091/1984.

jedoch die «ständige Judikatur» zu bestimmten Verfassungsproblemen häufig für sich allein bereits als tragfähiges Argument in der Begründung einer Entscheidung dient, unterliegt das Abweichen von dem selbst bei der Verfassungsauslegung gefundenen Verfassungssinn faktisch einer besonders eingehenden Begründungspflicht. Eine in sich gefestigte Rechtsprechung, von der nur begründetermaßen abgegangen wird, bildet gerade für ein mit der Verfassungsrechtsprechung betrautes Höchstgericht, an dessen Aussagen sich die anderen Verfassungsorgane zu orientieren haben, eine unumgängliche Voraussetzung für seine Tätigkeit.

Der VfGH legt sich auch bei einer sogenannten «aktualisierender Interpretation» der Verfassung große Zurückhaltung auf<sup>(107)</sup>. Nachdem die Österreichische Verfassung relativ leicht abänderbar ist, kann und muß die Anpassung des Verfassungsrechts an neue Entwicklungen oder ursprünglich nicht vorausgesehene Tatbestände dem Verfassungsgesetzgeber überlassen bleiben und darf nicht vom VfGH wahrgenommen werden. Damit durchaus vereinbar scheint die Möglichkeit, daß über die generalklauselartig umschriebenen Gewährleistungen der Verfassung, wie insbesondere den Gleichheitssatz auch neue gesellschaftliche Wertvorstellungen in die Judikatur des VfGH eindringen.

Angesichts der bisherigen, auch in dieser Frage von großer Zurückhaltung geprägten Judikatur des VfGH erscheint es allerdings nicht gerechtfertigt, dem VfGH im politischen Entscheidungsprozeß geradezu die Rolle eines «Katalysators gesetzlicher Reformen» zuzumessen, «die gesellschaftliche politisch dringend erforderlich sind»<sup>(108)</sup>. Von seiner verfassungsrechtlichen Aufgabenstellung ebenso wie von seinem Selbstverständnis her liegt dem VfGH vielmehr die Rolle des (gesellschafts-)politischen Reformers völlig fern.

---

<sup>(107)</sup> Korinek, VVdStRL 39, S. 47.

<sup>(108)</sup> So aber Öhlinger, Festschrift Melichar, S. 144.

## 5.0 Die Befugnisse des Verfassungsgerichtshofes

### 5.1 *Verfassungsrechtliche Vorherbestimmung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen und verfassungsgerichtliche Autonomie*

Zwar betont der VfGH immer wieder den freien — politischen — Gestaltungsspielraum, den die Verfassung dem einfachen Gesetzgeber beläßt<sup>(109)</sup>. Gleichwohl kennt der österreichische VfGH keine ausdrückliche «Political-Question-Doktrin», durch die seine Entscheidungsbefugnis in quasi politisch brisanten Fragen eingeschränkt wäre<sup>(110)</sup>. Noch viel weniger ist dem VfGH andererseits aufgegeben, in freier Rechtsschöpfung seine Meinung anstelle der Auffassung der dafür zuständigen Staatsorgane zur Durchsetzung zu bringen. Echte richterliche Autonomie besitzt der VfGH lediglich in Verfahrensfragen. Dort kann er auch, etwa im Wege der Fristsetzung für das Außerkrafttreten als verfassungswidrig erkannter Gesetze (oder gesetzwidriger Verordnungen) die politischen Implikationen seiner ansonsten streng am positiven Verfassungsrecht ausgerichteten Entscheidungen bedenken und berücksichtigen. Auch die bisher nicht erwähnte Befugnis des VfGH, das Wiederinkrafttreten der durch das als verfassungswidrig erkannte Gesetz aufgehobenen Gesetzesvorschrift zu verhindern, ist an dieser Stelle zu erwähnen<sup>(111)</sup>. Von dieser Ermächtigung macht der VfGH in den meisten Fällen einer Gesetzesaufhebung Gebrauch, sodaß die von der Verfassung festgelegte Regel, wonach mit der Aufhebung eines Gesetzes als verfassungswidrig durch den VfGH «die gesetzlichen Bestimmungen wieder in Wirksamkeit treten, die durch das vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig erkannte Gesetz aufgehoben worden waren», praktisch in ihr Gegenteil verkehrt wird. Abgesehen von dieser durchaus weitreichenden Verfahrensautonomie des

---

<sup>(109)</sup> Vgl u. a. VfSlg 6030/1969, 6152/1970, 6191/1970, 6533/1971, 6929/1972, 7359/1974, 7864/1976, 9280/1981, 9583/1982 und Schambeck, Österreichs Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, in: Festschrift Melichar, 1983, S. 193 ff., 196.

<sup>(110)</sup> Ansätze dazu, wie sie im Habsburg-Erkenntnis VfSlg 4126/1961 angeklungen sind, wurden in der Judikatur bisher nicht weiter verfolgt.

<sup>(111)</sup> Art. 140 Abs. 6 B-VG.

VfGH, die sich als sehr zweckmäßig, weil die Übersichtlichkeit über die Entscheidungskonsequenzen des VfGH während<sup>(112)</sup> erweist, trachtet der VfGH, strikte «an der Verfassung» zu bleiben. Er bedient sich dazu in seiner ständigen Judikatur, insbesondere bei Handhabung der grundrechtlichen Gewährleistungen, eines formelhaften Stils, der eine wesentliche Entlastungsfunktion bei der Begründung der Erkenntnisse besitzt<sup>(113)</sup>.

### 5.2 Die Befugnisse des VfGH gegenüber dem Gesetzgeber

Der VfGH hat gegenüber dem Gesetzgeber die Aufgabe, diesem aus der Verfassung die Schranken für sein gesetzgeberisches Tun zu zeigen, zu präzisieren und diese Schranken letztlich durch Aufhebung als verfassungswidrig erkannter Gesetze zu sanktionieren. Daraus entsteht ein gewisses Spannungsverhältnis<sup>(114)</sup> zwischen VfGH und parlamentarischem Gesetzgeber, der für sich mit Fug eine politische Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des Inhalts der Gesetze im Rahmen der Verfassung in Anspruch nimmt. Dabei ist mit Korinek<sup>(115)</sup> davon auszugehen, daß das Verfassungsrecht aufgrund der qualifizierten Erfordernisse für sein Zustandekommen «von einem breiteren demokratischen Konsens getragen (ist) als die Akte des einfachen Gesetzgebers». Der VfGH übt daher nicht nur eine rechtsstaatliche, sondern auch eine bedeutsame demokratische Aufgabe aus, wenn er die Verfassungsnormen als Rechtsvorschriften mit einer besonderen demokratischen Qualität gegenüber dem zwar auch demokratisch, aber eben nur mit geringeren Anforderungen verabschiedeten Gesetzesrecht zur Durchsetzung bringt.

Angesichts der relativ leichten Abänderkeit des österreichischen Verfassungsrechts<sup>(116)</sup> hat denn auch der Nationalrat, wenn er glaubte, auf die von ihm

---

(112) Korinek, VVdStRL 39, S. 37 ff.

(113) Vgl. Spielbüchler, Grundrechte und Grundrechtsformel, Festschrift Floretta, 1983, S. 289 ff.

(114) Melichar, Zum Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber, in: 60 Jahre Bundesverfassung, S. 94 ff.

(115) VVdStRL 39, S. 45 f.

für zweckmäßig befundene Regelung nicht verzichten zu können, mit der nötigen Mehrheit ein vor dem VfGH unangreifbares Verfassungsgesetz erlassen. Besonders in der Zeit der «großen Koalition»<sup>(117)</sup> wurde der Spruch des VfGH vereinzelt dadurch zu Makulatur, daß der Gesetzgeber im Gewand der Verfassung auf seiner ursprünglichen — vom VfGH als verfassungswidrig erkannten — Regelung beharrte. In anderen Fällen sah sich der Bundesverfassungsgesetzgeber genötigt, eine bestimmte Staatspraxis, nachdem sie vom VfGH für verfassungswidrig erklärt worden war, zu sanieren<sup>(118)</sup>.

Stets hat der VfGH nur das Gesetz selbst, also das Produkt des Gesetzgebers, nicht aber die dahinterstehenden Motive, Prognosen, Annahmen oder Erwartungen des Gesetzgebers zu prüfen<sup>(119)</sup>. Vereinzelt Ausnahmen, wie etwa die Überprüfung von Gemeindezusammenlegungen am Maßstab des Gleichheitssatzes<sup>(120)</sup> bestätigen nur diese Regel. Auch die frühere Judikatur des VfGH<sup>(121)</sup>, wonach das «Bemühen» des Gesetzgebers um eine sachgerechte Lösung Bedenken wegen einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes ausschließt, wurde wieder aufgegeben. Die Sachlichkeit einer Norm hängt nach Meinung des VfGH<sup>(122)</sup> nicht vom subjektiven Verhalten ihres Urhebers, sondern nur von ihrem objektiven Gehalt ab. Da der VfGH jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes oder anderen inhaltlicher verfassungsrechtlicher Gewährleistungen nicht das Verhalten des Gesetzgebers zu beurteilen, sondern — lediglich — das zustandegekommene Gesetz daraufhin zu überprüfen hat, ob es verfassungsgemäß ist, kommt es ausschließlich auf das Ergebnis des Gesetzgebungsprozesses an.

---

<sup>(116)</sup> Vgl. Art. 44 B-VG: Zweidrittelmehrheit des Nationalrates in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und ausdrückliche Bezeichnung als «Verfassungsgesetz» oder «Verfassungsbestimmung»; zusätzliche Zweidrittelmehrheit des Bundesrates (bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte seiner Mitglieder) bei Änderungen der Kompetenzverteilung zu Lasten der Länder; zusätzliche obligatorische Volksabstimmung bei Gesamtänderung, also Änderung der leitenden Bauprinzipien der Bundesverfassung.

<sup>(117)</sup> Bis 1966.

<sup>(118)</sup> So etwa hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht verfassungsändernder Staatsverträge, BGBl. Nr. 59/1964.

<sup>(119)</sup> Korinek, VVdStRL 39, S. 25.

<sup>(120)</sup> Siehe oben FN 49.°

<sup>(121)</sup> VfSlg 6438/1971.

<sup>(122)</sup> Vgl. z. B. VfSlg 8457/1978, 9287/1981, 10.090/1984.

### 5.3 Das Verhältnis des VfGH zu anderen Gerichten

Der österreichische VfGH hat im Gegensatz zu den Verfassungsgerichten anderer Staaten keine Zuständigkeit, die Urteile anderer Gerichte zu überprüfen. Auch soweit andere Gerichte Verfassungsnormen, z.B. die Grundrechte anzuwenden haben, kann der VfGH die dazu von anderen Gerichten getroffenen Feststellungen nicht kontrollieren, geschweige denn korrigieren.

Lediglich die ausdrücklich geäußerten Normbedenken eines Gerichts führen (123) zu Normenkontrollverfahren vor dem VfGH, in denen sich dieser mit den verfassungsrechtlichen Bedenken des antragstellenden Gerichts gegen die im konkreten Rechtsfall anzuwendende Norm (Gesetz oder Verordnung) auseinandersetzen hat. Anlaß zu Konflikten zwischen VfGH und antragstellendem Gericht bildet die Präjudizialität der angefochtenen Norm für das antragstellende Gericht, die der VfGH, wie gezeigt, auf ihre «Denkmöglichkeit» überprüft. Über die jeweiligen richterlichen Entscheidungen ausgetragene Auseinandersetzungen zwischen dem VfGH und den anderen Höchstgerichten sind aber auch nicht immer auszuschließen, wenn der VfGH die Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der vom anderen Gericht anzuwendenden Rechtsnormen nicht teilt und den Prüfungsantrag abweist. So hat etwa der VfGH mit Erkenntnis VfSlg 6142/1970 einem Antrag des Verwaltungsgerichtshofs auf Aufhebung eines Gesetzes keine Folge gegeben, weil er eine verfassungskonforme Auslegung der vom VfGH anzuwendenden gesetzlichen Regelung für möglich erachtete. Der VfGH hat diese Auslegung als seiner Ansicht nach «nicht möglich» abgelehnt. In einem anderen Fall hat der VfGH (124) die verfassungsrechtlichen Bedenken des antragstellenden Verwaltungsgerichtshofs verworfen, wonach das verfahrensrechtliche Ermessen bei der Erlassung von Bescheiden mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung dem Legalitätsprinzip des Art. 18 Abs. 1 B-VG widerspreche. Der VfGH (125) hat daraufhin eine Auslegung des Gesetzes (auch mit Hilfe verfassungsrechtlicher Argumente) gewählt, welche die Ausfertigung des Bescheides (der sich auf die ursprünglich vom VfGH als verfassungswidrig bezeichnete Verfahrensnorm stützte) als absolut nichtig qualifizieren ließ. In diesen und ähn

---

(123) Vgl. oben «Formen und prozessuale Wege der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle» auf Seite 90.

(124) VfGH 21.6.1985, G 37/85.

(125) VfGH 6.12.1985, Zl. 85/18/0029.

lichen Fällen ist der Eindruck nicht ganz von der Hand zu weisen, daß der VfGH trotz Abweisung seines Gesetzesprüfungsantrags durch den mit dem Normenkontrollmonopol ausgestatteten VfGH vereinzelt versucht, seiner eigenen, auf Verfassungsargumente gestützten Rechtsansicht zur Durchsetzung zu verhelfen.

#### *5.4 Das Verhältnis des VfGH zu den europäischen Instanzen*

Die Republik Österreich hat das Vertragswerk der Europäischen Menschenrechtskonvention (MRK) im Verfassungsrang ratifiziert. Sie hat sich damit einem internationalen Rechtsschutzsystem unterworfen, das einerseits auf der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKM) und andererseits auf dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGM) beruht. Österreich hat ferner seinen Bürgern das Recht der Individualbeschwerde an die EKM eingeräumt.

Die Judikatur des VfGH zur MRK war ursprünglich durch große Zurückhaltung gekennzeichnet<sup>(126)</sup>. Vor allem unter dem Eindruck der Spruchpraxis der EKM und des EGM bemüht sich der VfGH jedoch in den letzten Jahren, der MRK auch innerstaatlich das ihr für die österreichische Rechtsordnung zukommende Gewicht zu verschaffen. Der VfGH hat hierbei eine wichtige Mittlerfunktion: anders als die europäischen Rechtsschutzorgane muß er als österreichisches Gericht nicht nur danach trachten, die teilweise österreichischen Rechtsvorstellungen durchaus ungewohnten Gewährleistungen der MRK im gebotenen Umfang zur Durchsetzung zu bringen, sondern auch möglichst behutsam mit den bewährten Institutionen der österreichischen Rechtsordnung umzugehen. Das zeigt sich beispiel- und problemhaft besonders deutlich beim Anspruch auf ein «Tribunal» und auf ein entsprechendes gerichtsförmiges Verfahren in bestimmten Rechts-sachen nach Art. 6 Abs. 1 MRK <sup>(127)</sup>, weil dadurch die österreichische Behör-

---

(126) Vgl. etwa die Darstellung von Schantl-Welan, *Betrachtungen über die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Menschenrechtskonvention* (Slg 1968), *Österr. Juristen Zeitung* 1970, S. 617 ff, 647 ff, sowie Ermacora-Novak-Trettner (Hrsg), *Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte*, 1983, S. 67 f, 87 f und passim.

(127) Vgl. dazu aus der letzten Zeit nur VfSlg 10.291/1984; VfGH 17.10.1985, B 285/85; 2.12.1985, G 160/85 zum Finanzstrafgesetz; VfGH 17.10.1985, G 68/85 zum Tiroler Grundverkehrsgesetz; VfGH 5.3.1986, G 232/85 u. a., V 63/85 u.a. zur Bundesschiedskommission und den Unterrechnerungsbeschlüssen zu B 695/84.

denorganisation und der Rechtsschutz durch die Gerischtshöfe österreichische  
Rechts insgesamt betroffen erscheinen.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
DA  
ÁUSTRIA

**A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL  
NO QUADRO DAS FUNÇÕES ESTADUAIS,**

**NOMEADAMENTE ESPÉCIES,  
CONTEÚDO E EFEITOS DAS DECISÕES  
SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE  
DE NORMAS JURÍDICAS**

*Apresentado pelo*  
*Professor Doutor PETER OBERNDORFER*



## **ÍNDICE**

### **1 *Introdução***

- 1.1 Órgãos da justiça constitucional
- 1.2 Formas e vias processuais de controlo da constitucionalidade das normas
  - 1.2.1 Controlo preventivo de normas
  - 1.2.2 Controlo abstracto de normas
  - 1.2.3 Controlo concreto de normas
  - 1.2.4 Controlo de normas a requerimento individual
  - 1.2.5 Controlo de normas em outros processos da competência do VfGH
- 1.3 Âmbito e objecto de apreciação da constitucionalidade
  - 1.3.1 Controlo de leis
  - 1.3.2 Controlo de regulamentos
  - 1.3.3 Controlo de outras normas
- 1.4 Omissão do legislador
- 1.5 Critério de apreciação

### **2 *Conteúdo das decisões***

- 2.1 Revogação de leis inconstitucionais — Rejeição do pedido de apreciação da lei por se ter concluído pela sua constitucionalidade
- 2.2 Revogação parcial de uma lei
- 2.3 Revogação total de uma lei parcialmente impugnada

- 2.4 Simples verificação da inconstitucionalidade de uma lei
- 2.5 Interpretação conforme à Constituição
- 2.6 Outras formas de decisão
  - 2.6.1 Decisão complemento da lei
  - 2.6.2 Decisões apelativas
- 3 *Eficácia temporal da decisão*
  - 3.1 Eficácia ex nunc
  - 3.2 Eficácia ex nunc
    - 3.3.1 O «caso pretexto»
    - 3.2.2 A pronúncia do VfGH sobre a retroactividade
  - 3.3 Eficácia *pro futuro* através da fixação de um prazo pelo VfGH
- 4 *O carácter vinculativo das decisões*
  - 4.1 Força de caso julgado
  - 4.2 Força obrigatória
  - 4.3 A vinculação do VfGH às suas próprias decisões
- 5 *Competência do Tribunal Constitucional*
  - 5.1 Predeterminação constitucional dos tipos de decisões do juiz constitucional e a autonomia deste
  - 5.2 Competência do VfGH face ao legislador
  - 5.3 A relação do VfGH com os outros tribunais
  - 5.4 A relação do VfGH com as instâncias europeias

## 1. Introdução

### 1.1 *Órgãos da justiça constitucional*

A justiça constitucional cabe na Áustria ao Tribunal Constitucional (VfGH). Além da própria instituição do Tribunal Constitucional, também as competências específicas do VfGH em matéria de justiça constitucional se encontram exaustivamente enumeradas no Título VI da Lei Constitucional Federal (Bundes-Verfassungsgesetzes), versão de 1929, (B-VG), e noutras normas constitucionais avulsas (1). Os outros órgãos estaduais são incompetentes relativamente aos assuntos recenseados no âmbito da competência do VfGH.

Embora a Áustria constitua um Estado Federal, os Estados Federados austríacos não dispõem de jurisdição constitucional própria. O VfGH exerce a sua jurisdição constitucional tanto em relação ao Estado Federal como em relação aos Estados Federados.

A monopolização da justiça constitucional pelo VfGH, especialmente o seu monopólio para a supressão de normas, não exclui que também outros órgãos constitucionais baseiem as suas decisões no direito constitucional. Em especial, em sede de interpretação conforme à Constituição (2), compete a todos os órgãos estatais, sobretudo aos demais tribunais, e entre estes ao Supremo Tribunal Administrativo e ao Supremo Tribunal de Justiça (em acções cíveis e penais), aplicar

---

(1) VfSlg 8202/1977

(2) V. *infra*, «Interpretação conforme à Constituição», no ponto 2.5.

o direito constitucional aos casos concretos. A supressão de normas gerais do ordenamento jurídico por motivo de antijuridicidade (inconstitucionalidade ou ilegalidade) está, porém, sempre reservada ao VfGH que possui, assim e nesta medida, o monopólio do controlo de normas por força da Constituição (3).

## 1.2 *Formas e vias processuais de controlo da constitucionalidade das normas*

### 1.2.1 *Controlo preventivo de normas*

Nos termos do art.º 138, n.º 2, da B-VG, o VfGH aprecia, a pedido do Governo Federal ou de um Governo Federado, se um acto de soberania concreto, cai, de acordo com os preceitos de repartição de competências da B-VG, na competência do Governo Federal ou dos Governos Federados. No caso de se tratar da competência legislativa, o pedido ao VfGH deve ser acompanhado de um projecto de lei que possa constituir o objecto de decisão da entidade legiferante. Identicamente, é de apresentar um projecto de regulamento, quando a competência para o emitir deva ser esclarecida pelo VfGH. Um tal pedido de verificação apenas é admissível enquanto o projecto de lei apresentado ao VfGH não tiver sido transformado em norma legal pela entidade legiferante (4). Dúvidas especiais quanto à situação jurídica em matéria de distribuição de competência ou já conflitos manifestos existentes entre o Estado Federal e os Estados Federados não constituem, pelo contrário, pressuposto para a utilização deste meio jurídico-constitucional de verificação de competência (5).

---

(3) A revogação de regulamentos de entes públicos menores, como p. ex., das autarquias, pelas entidades de tutela em razão da sua antijuridicidade não pode aqui ser considerada — Cfr., porém, art.º 119 a n.º 6, da B-VG. Também este controlo de normas pode ser efectuado, em última instância, pelo VfGH, nos termos do art.º 139, n.º 1, da B-VG.

(4) *VfSlg 1563/1947*

(5) *VfSlg 5977/1969*

Em sede de controlo preventivo de normas (6), nos termos do art.º 138, n.º 2, da B-VG, o VfGH aprecia o projecto de lei ou o projecto de regulamento que lhe foi apresentado exclusivamente com base nos preceitos constitucionais sobre a repartição de competências entre o Estado Federal e os Estados Federados (portanto, especialmente, com base nos art.ºs 10 a 15, da B-VG). O VfGH não pode, pois, apreciar em tal processo de verificação de competências se a disciplina legal prevista, considerada em si mesma, também é, por seu lado, constitucional (7).

Um olhar sobre a jurisprudência do VfGH, baseada no art.º 138, n.º 2, da B-VG, mostra que quase sempre são levadas ao VfGH matérias as mais das vezes complexas, de difícil avaliação, em razão do seu conteúdo, quanto à atribuição de competência. Os litígios políticos raramente foram e são levados ao VfGH para verificação de competência com base no art.º 138, n.º 2, da B-VG (8). Constituem excepção a decisão do VfGH sobre o mercado leiteiro (9), em que o Governo Federal pretendia, na verdade, com o seu pedido de verificação de competência relativo a uma lei sobre o mercado leiteiro apresentada em forma de projecto, estabelecer a competência própria do Estado Federal para a organização do mercado agrícola (para assim, não estar dependente do acordo da oposição — sempre limitado por prazos — para alterações à Constituição) e a da verificação da competência para a introdução da votação por via postal (10). Neste processo, o governo do Estado Federado de Salzburgo pretendeu — sem êxito — que fosse esclarecida a constitucionalidade material de uma votação por via postal em eleições para o parlamento estadual (11).

---

(6) Cfr. KORINEK, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Oesterreich*, in: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, hrsg. v. Starck u. Weber, 1986, p. 160.

(7) *VfSlg 8830/1980*

(8) Cfr. MELICHAR, *Zum Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber*, in: *60 Jahre Bundesverfassung, Salzburg, 1980*, pág. 98.

(9) *VfSlg 5748/1968*

(10) *VfSlg 9547/1982*

(11) Entretanto, numa outra decisão, de 16.3.1985, G 18/85, em processo de apreciação de leis, a votação por via postal foi considerada pelo VfGH contrária ao direito de voto pessoal e secreto e, conseqüentemente inconstitucional, tendo sido suprimida uma lei eleitoral que introduzia o voto por via postal.

No processo de verificação de competência nos termos do art.º 138, n.º 2, da B-VG, o VfGH actua preventivamente na resolução de problemas de competência federal. Quando, nos demais casos, exerce um controlo de normas, este verifica-se sempre «a posteriori», tendo por objecto uma norma já editada e em vigor.

### 1.2.2 *Controlo abstracto de normas*

O VfGH conhece da constitucionalidade das leis dos Estados Federados a pedido do Governo Federal e da constitucionalidade das leis do Estado Federal a pedido dos Governos dos Estados Federados. A existência de um litígio concreto como caso pretexto constitui pressuposto necessário de um tal pedido governamental, como, de resto, o constitui para o assim designado «pedido de fracção»: assim, a par dos referidos governos, também um terço dos membros do Conselho Nacional tem o direito de impugnar leis federais, e, na medida em que isso estiver previsto na respectiva constituição do Estado Federado, um terço dos membros do respectivo parlamento tem o direito de impugnar leis do Estado Federado perante o VfGH com base na sua inconstitucionalidade. Além disso, também a apreciação da legalidade dos regulamentos pode ser requerida ao VfGH de forma abstracta — portanto, sem caso pretexto — pelos Governos, nomeadamente pelo Governo Federal em relação a regulamentos de uma autoridade federada ou por um Governo Federado em relação a regulamentos de uma autoridade federal.

Um tal pedido de apreciação de leis (ou de regulamentos) pode ser feito a todo o tempo e nele deve pedir-se que a lei (ou o regulamento) seja revogada por inconstitucional em todo o seu conteúdo ou apenas quanto a determinadas das suas disposições. O pedido tem de conter em pormenor as dúvidas levantadas à constitucionalidade da lei, o que é de grande importância para a definição do âmbito do poder de cognição do VfGH no processo de controlo das normas e para a delimitação do caso julgado da decisão da jurisdição constitucional.

Embora o direito de suscitar o processo de controlo abstracto de normas, desde sempre consagrado a favor dos governos Federal e Federado(s) indique ter sido historicamente pensado sobretudo como instrumento federalista, a evolução revela uma crescente utilização deste processo como instrumento de



eliminação de conflitos de interesses entre o(s) partido(s) governamental(ais) (da maioria) e o(s) partido(s) da oposição. O legislador constitucional teve em conta esta evolução política, consagrando expressamente, em 1975, o «pedido de fracção». Com base no «pedido de fracção», uma minoria qualificada do parlamento que esteja politicamente limitada ao papel da oposição, pode levar ao VfGH as suas dúvidas levantadas contra uma lei ordinária emitida pela maioria parlamentar, desde que tais dúvidas sejam não apenas de natureza materialmente política mas também de natureza jurídico-constitucional.

Também vale para o processo de controlo abstracto de normas a regra de que ele decorre como processo litigioso de partes, nos termos da regulamentação processual da Lei do Tribunal Constitucional de 1953, na versão originária articulada com o Código de Processo Civil (§ 35 Ver fGG de 1953). O que significa que as partes, sobretudo o governo requerente, definem através das dúvidas constitucionais levantadas, o objecto do processo, o qual não pode ser alargado pelo VfGH.

«Num processo de partes deverá decidir-se apenas sobre o que foi pedido» (12).

Esta configuração intencional do processo de controlo abstracto de normas como um processo contraditório em que um dos governos pede a revogação de uma lei, em sua opinião inconstitucional, enquanto o outro governo parte no processo assume posição contrária (13), sendo chamado a defendê-la, aparece, no entanto, atenuada no processo de apreciação de lei desencadeado por um «pedido de fracção»: para assegurar a efectividade do direito de «pedido de fracção», o VfGH (14) aceita que os efeitos processuais de um pedido legitimamente feito sejam independentes da legislatura do Parlamento em causa. A legitimidade para a propositura do pedido tem de existir, portanto na opinião do VfGH relativamente ao «pedido de fracção», apenas no momento da propositura da acção e já não na altura da decisão. Assim, o desaparecimento de uma fracção por ter terminado a legislatura não obsta à continuidade do processo com base

---

(12) V. KORINEK, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, VVdStRL 39, 1981, p. 36.

(13) O Governo Federal em caso de leis federais e os Governos Federados em caso de leis dos Estados Federados, § 63 da VerfGG.

(14) *VfSlg 8644/1979, VfGH 15.3.1986, G 60/82*

num tal pedido, desde que legitimamente proposto. Que, nesta hipótese, uma parte do processo desapareça — se não de facto pelo menos juridicamente — antes do seu termo, não perturba o VfGH.

### 1.2.3 *Controlo concreto de normas*

Quando o Supremo Tribunal Administrativo, o Supremo Tribunal de Justiça ou um Tribunal competente para decidir em segunda instância tenham dúvidas quanto à aplicação de uma lei com base na sua inconstitucionalidade, devem apresentar ao VfGH um pedido para a sua revogação. Além disso, o VfGH deve apreciar oficiosamente a constitucionalidade de uma lei quando tenha que a aplicar num processo pendente. O mesmo vale para todos os tribunais quanto à aplicação de um regulamento em relação ao qual tenham dúvidas quanto à sua legalidade. Todos os tribunais referidos têm não apenas o direito mas também o dever de apresentar um pedido de revogação ao VfGH, interrompendo o seu próprio processo até à decisão deste, sempre que suscitem dúvidas quanto à constitucionalidade de uma lei ou à legalidade de um regulamento que devam aplicar. Logo que o VfGH tiver decidido do pedido de controlo de normas assim formulado, o tribunal proponente deverá prosseguir o respectivo processo, juntando-lhe a decisão proferida pelo VfGH.

Uma excepção ao monopólio do controlo de normas pelo VfGH é constituída pela questão da «devida publicação» das leis, regulamentos e tratados internacionais. Aqui os tribunais arrogam-se um direito próprio de controlo, o qual tem como consequência o não aplicarem, por não ser vinculativa, uma norma que não foi devidamente publicada. Esta decisão de um tribunal em relação à falta da «devida publicação» de uma lei ou de um regulamento não produz, no entanto, qualquer efeito para além do caso concreto.

O controlo concreto ou «incidental» de normas pelo VfGH com base num pedido de outro tribunal apenas é admitido no caso de «prejudicialidade» da norma em relação à decisão desse outro tribunal. Quanto à questão de saber se o juízo sobre a existência deste pressuposto cumpre apenas ao tribunal proponente ou se ela tem de ser apreciada pelo VfGH enquanto pressuposto processual, o VfGH propõe uma via intermédia: apenas aprecia se a opinião do tribunal

proponente sobre a prejudicialidade da norma em questão é fundada ou — pelo contrário — é manifestamente infundada. (15)

Na doutrina (16) não se esconde, naturalmente, um certo mal estar pelo facto de «um tal tribunal superior (o VfGH) poder apreciar a questão de saber se um outro tribunal superior (o VwGH ou o OGH) defendeu uma opinião jurídica porventura impensável ou manifestamente incorrecta, o que traz implícita em tais casos a possibilidade destes tribunais superiores poderem assumir um tal comportamento».

#### 1.2.4 *Controlo de normas a requerimento individual*

Finalmente, qualquer pessoa pode instaurar um processo de controlo de normas no VfGH através de um requerimento individual quando não apenas afirme mas também demonstre a possibilidade de ter sido lesada por uma lei inconstitucional ou por um regulamento ilegal, na medida em que tal lei ou regulamento a tenham afectado sem que tenha havido uma decisão judicial ou a emissão de um acto administrativo. Segundo a jurisprudência do VfGH, a admissibilidade de um requerimento individual para o controlo de normas está subordinada ao princípio da subsidiariedade. (17). Isto significa que a instauração de um processo de controlo de normas a requerimento individual apenas é admissível quando «não exista para o efeito qualquer outra via adequada». (18). No entanto, no requerimento individual não é necessário que a pessoa ofendida nos seus direitos por uma norma geral invoque uma violação de «direitos constitucionalmente garantidos» (ou seja, de direitos fundamentais). Basta que uma norma tenha em relação a uma pessoa um efeito de ofensa actual ou de diminuição dos seus

---

(15) *VfSlg* 2713/1954, 4440/1962, 5790/1968, 8136/1977, 9284/1981.

(16) ADAMOVICH, *Der Verwaltungsgerichtshof im Verfahren nach Art. 139 und 140 B-VG*, in: *Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1976, pág. 320; OBERNDORFER, *Zeitschrift für Verwaltung*, 1980, pág. 223 s.

(17) *VfSlg* 9717/1983.

(18) *VfSlg* 8009/1977 e a jurisprudência constante a partir daí. Sobre este, v. ADAMOVICH-FUNK, *Oesterreichisches Verfassungsrecht*, 3a. ed., 1985, p. 343 ss.

direitos para que possa ser por ela impugnada perante o VfGH através de requerimento individual (o qual deve expor pormenorizadamente as dúvidas manifestadas em relação à constitucionalidade da lei ou à legalidade do regulamento). O VfGH considera, no entanto, que não é exigível a tais pessoas que, com base na lei impugnada, tenham primeiro provocado um acto individual (acto administrativo ou sentença judicial), contra o qual recorram contenciosamente.

### *1.2.5 Controlo de normas em outros processos da competência do VfGH*

Quando o VfGH expressa dúvidas em relação à antijuridicidade de uma norma, especialmente quanto à constitucionalidade de uma lei, em quaisquer outros processos nele pendentes, deve — como já foi referido — interromper tal processo para, em processo oficioso de apreciação da lei, analisar mais pormenorizadamente tais dúvidas. Aqui é aplicável sobretudo o processo de queixa (constitucional) previsto no art.º 144 da B-VG. Numa queixa deste tipo, as pessoas afectadas por um acto administrativo ou pela execução imediata de uma ordem ou coacção de uma autoridade administrativa podem arguir não apenas a violação de direitos constitucionalmente garantidos. Podem também, e sobretudo, fundamentar a violação dos seus direitos no facto de a norma geral aplicada pela autoridade administrativa ser antijurídica, portanto, uma lei ser inconstitucional ou um regulamento ilegal. Uma arguição deste tipo implica a tomada de iniciativa junto do VfGH para este apreciar oficiosamente a constitucionalidade da lei (ou a legalidade do regulamento que serviu de suporte ao acto administrativo).

## *1.3 Âmbito e objecto de apreciação da constitucionalidade*

### *1.3.1 Controlo de leis*

Objecto de controlo pelo VfGH, nos termos do art.º 140 da B-VG, são todas as «leis» formais, i. e., as leis federais e as leis dos estados federados elaboradas através de um processo parlamentar e expressamente publicadas como tais.

As leis constitucionais federais e as leis constitucionais dos estados federados estão igualmente sujeitas ao controlo do VfGH. Ao controlar as leis constitucionais federais, o VfGH está, no entanto, limitado ao controlo da constitucionalidade material de tais normas jurídicas, nos termos do art.º 44 da B-VG. Na apreciação do direito constitucional federal compete-lhe, em especial, verificar a existência de uma «alteração global» da Constituição Federal, i. e., uma modificação dos princípios constitucionais fundamentais (princípio republicano-democrático, princípio federal e princípio do estado-de-direito), modificação esta que depende constitucionalmente de um plebiscito. O direito constitucional dos estados federados deve também ser apreciado quanto a saber se contraria ou não o direito constitucional federal.

São de apreciar não apenas as leis ainda vigentes aquando do controlo pelo VfGH, mas também as leis que já não vigoram no momento da decisão do VfGH. Isto é especialmente importante quando leis, já não vigentes, ainda são aplicáveis a factos ocorridos ao tempo da sua vigência. O art.º 140, n.º 6, da B-VG limita a apreciação de leis já não vigentes aos processos de controlo concreto de normas interpostos a requerimento individual.

### 1.3.2 *Controlo de regulamentos*

Objecto de controlo constitucional de normas são, também, os regulamentos, ou seja, todas as normas gerais emitidas por uma autoridade administrativa e dirigidas a um conjunto de pessoas definido através de características comuns. O VfGH aceita, em jurisprudência constante,<sup>(19)</sup> que os regulamentos a controlar compreendem não apenas os regulamentos da administração emitidos para o exterior, dirigidos aos cidadãos, mas também aquelas normas emitidas por autoridades administrativas que se dirigem unicamente a órgãos administrativos subordinados («regulamentos administrativos», «circulares», etc.). Esta qualificação pelo VfGH das «simples» instruções gerais como regulamentos é muitas vezes <sup>(20)</sup> criticada.

---

(19) *VfSlg* 5511/1967, 8602/1979.

(20) WÄLTER, *Die Verwaltungsverordnung*, OEJZ 1965, p. 29; ADAMOVICH-FUNK, *Oesterreichisches Verfassungsrecht*, p. 255 s.

Os regulamentos devem ser apreciados quanto à sua «legalidade» de acordo com o disposto no art.º 139 da B-VG. Não só os regulamentos independentes directamente apoiados na Constituição, os quais constituem excepção, (21), mas todos os regulamentos devem ser apreciados pelo VfGH quanto à sua juridicidade, em sentido amplo, ou seja, quanto à sua legalidade e quanto à sua constitucionalidade.

Tal como acontece com as leis, também os regulamentos, que já foram revogados, podem ser objecto de impugnação perante o VfGH através de um processo de controlo concreto de normas interposto a requerimento individual.

### 1.3.3 *Controlo de outras normas*

Mediante aplicação, «mutatis mutandis», dos preceitos relativos ao processo de controlo de regulamentos, o VfGH deve apreciar, além disso, a nova publicação de disposições jurídicas gerais (art.º 139, *a*), da B-VG). Até hoje, o VfGH ainda não fez uso da competência que lhe foi igualmente atribuída para apreciar a juridicidade dos tratados internacionais (art.º 140 *a*) B-VG).

Por falta de uma competência de apreciação consagrada a nível constitucional, o VfGH exclui a existência de um monopólio a seu favor para a apreciação das decisões provenientes de órgãos legiferantes que não revistam forma de lei (decisões «simples»). Após uma certa indecisão da jurisprudência, parte-se agora do princípio de que decisões do Parlamento com forma não legislativa (decisões «simples») são completamente nulas no caso de inconstitucionalidade. Tal nulidade não pode, porém, ser declarada pelo VfGH com eficácia obrigatória geral. Deve sim, em caso de dúvida, ser apreciada, com efeitos circunscritos ao caso concreto, por cada um dos órgãos estaduais chamado a aplicar a decisão do Parlamento. Tais decisões «simples» do Parlamento não desempenham, na prática, papel relevante na ordem jurídica austríaca.

---

(21) Cfr., p. ex., o poder regulamentar de política local dos municípios previsto no art.º 118, n.º 6, da B-VG.

#### 1.4 Omissão do legislador

Nos termos da concepção do ordenamento constitucional austríaco, a omissão do legislador não pode, de per si e isoladamente, ser objecto da jurisdição constitucional. Em princípio, como já dissemos, a competência do VfGH para apreciar a constitucionalidade de normas depende de tais normas terem sido já editadas (22). É, no entanto, possível que a falta de um certo preceito legal, portanto a inactividade do legislador, conduza à inconstitucionalidade de um outro preceito. O objecto de apreciação é e continua a ser, assim, uma lei já editada. Porém, a inconstitucionalidade de tal lei pode ser mero resultado da omissão de uma actividade legislativa complementar.

Refira-se, como exemplo, o preceito do art.º 118, n.º 2, parte final, da B-VG. Como incumbência constitucional estabelece-se aí que as leis que disciplinem um assunto da competência própria dos municípios devem «expressamente mencionar tais assuntos como sendo da competência própria dos municípios». O VfGH extrai daí, em jurisprudência constante, a conclusão (23) de que a omissão da menção referida no art.º 118, n.º 2, da B-VG torna tal lei inconstitucional, embora o assunto legalmente disciplinado caia no âmbito da competência própria do município. Afirma textualmente o Tribunal, por ex.:

«Se, contra o disposto constitucionalmente, a menção de um assunto é, porém, omitida, a inconstitucionalidade daí resultante apenas pode afectar aquela parte da lei em que está disciplinado o assunto em relação ao qual tal menção deveria ter sido feita; em tal hipótese, a inconstitucionalidade apenas pode ser afastada pelo VfGH através da supressão dessa parte e não através da supressão de uma menção que não abranja o assunto». (24)

---

(22) Constitui excepção o controlo preventivo de normas em processo de verificação de competência, nos termos do art.º 138, n.º 2, da B-VG, já referida *supra*.

(23) VfSlg 5409/1966, 6944/1972.

(24) VfSlg 6944/1972.

De modo semelhante julga o VfGH quando uma omissão legislativa viola o princípio da igualdade. Após recusa firme do VfGH, em jurisprudência anterior, de fazer derivar do princípio da igualdade um dever para o legislador de actuar positivamente <sup>(25)</sup>, tem vindo a tornar-se dominante, cada vez mais nos últimos anos, desde as decisões do VfGH VfSlg 7947/1976 e VfSlg 8017/1977, o entendimento de que a desigualdade gerada por uma lei em resultado de uma omissão parcial de regulamentação legal pode ser sancionada pela revogação da «parte» da regulamentação assim inconstitucional. O VfGH constatou aqui que, de outro modo,

«dependeria do acaso legislativo o facto de o Tribunal Constitucional se encontrar em situação de poder apreciar parte de uma lei quanto à sua constitucionalidade. É que o legislador pode exprimir um mesmo conteúdo de regulamentação de modo técnico-jurídico diferente, por ex., editando, especificamente, para cada um dos diferentes domínios de aplicação considerados (domínio objectivo, domínio pessoal, domínio temporal) diferentes regulamentações — formuladas positiva ou negativamente —, prevendo explicitamente excepções a uma regra geral ou adoptando para um domínio determinado uma regulamentação expressa e, assim, estabelecer implicitamente uma regulamentação contrária para as demais hipóteses da mesma espécie». <sup>(26)</sup>

São vastas as consequências deste entendimento do VfGH: de futuro, o legislador já não poderá conceder privilégios que não sejam objectivos. Já não é apenas revogável, por desigual, a lei que objectivamente desfavorece um indivíduo ou um grupo sem razão justificativa, mas será igualmente revogável a norma favorável por o legislador se ter absterido de atribuir a referida vantagem a quem, por identidade de razões, devia ter sido concedida para evitar discriminações de natureza pessoal.

Tal jurisprudência foi, de resto, aperfeiçoada pela consideração de que a omissão do legislador, ao basear-se em relações entretanto efectivamente alteradas,

---

<sup>(25)</sup> VfSlg 3160/1957; 5854/1968.

<sup>(26)</sup> VfSlg 8017/1977.



em virtude por ex., de modificações no Direito de Família, poder originar uma situação de desigualdade, situação que tornou desigual uma regulamentação originariamente conforme à igualdade. Tal verifica-se sobretudo nas decisões do VfGH relativas às leis sobre pensões de viuvez e pensões de reforma (27).

É de observar que, na falta de uma decisão apelativa ao dispor do VfGH austríaco, a sanção de uma inconstitucionalidade por omissão legislativa por ele constatada apenas poderá traduzir-se na revogação de uma norma que seja afectada pela referida omissão legislativa. O que significa que, no caso de desigualdade por omissão legislativa, um benefício desejável do ponto de vista jurídico e sócio-político deve ser afastado pelo VfGH através da revogação da respectiva lei, porque esse benefício, na opinião do VfGH, não pode ser concedido a um círculo de pessoas (28) delimitado pelo legislador em termos violadores da igualdade.

### 1.5 Critério de apreciação

As considerações sobre o critério de apreciação que o VfGH austríaco deve ter por base no seu controlo de normas conduzem necessariamente à teoria fundamental para a compreensão da justiça constitucional austríaca e dominante no pensamento jurídico austríaco da «construção gradualista da ordem jurídica», tal como foi desenvolvida pela primeira vez em 1917 por ADOLF MERKL (29). A visão aí defendida do sistema jurídico como um sistema hierarquizado de normas, que descreve o processo dinâmico de criação e aplicação do direito, permite compreender a legislação como uma «execução» da Constituição. KORI-

---

(27) *VfSlg 8871/1980, 9995/1984*. No mesmo sentido aponta agora a decisão do VfGH de interrupção, de 29.9.1986, B 250/86, pela qual o VfGH na apreciação da lei fiscal parte do princípio de que «a desigualdade de catálogo de excepções se reflecte na constitucionalidade do próprio tipo fundamental (de imposto), provocando a sua desigualdade. O Tribunal Constitucional remete aqui para as suas decisões *VfSlg 8533/1979 e 8806/1980*. «Cfr., também, *infra*, nota 52.

(28) ROSENZWEIG, *Zur Verfassungsgericht und Gesetzgeber — Grenzziehung zwischen Politik und Justiz*. in: 60 Jahre Bundesverfassung, p. 105.

(29) MERKL, *Das doppelte Rechtsantlitz*, JB1 1917, 425 ss.; o mesmo, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, 1917, reimpresso em: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, ed. por Klecatsky-Marcic-Schambeck, 1968, 1167 ss.; cfr. também MERKL, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*, 1931, loc. cit., p. 1311 ss.

NEK (30), por seu lado, defendeu incisivamente, com base nesta descrição teórica, que o legislador parece estar juridicamente vinculado ao quadro que lhe traça a Constituição, possuindo dentro desse quadro apenas uma liberdade jurídica de conformação. Na medida, porém, em que o legislador se encontra vinculado à Constituição, deve aplicá-la. Se a lei se pretende não antijurídica, deve corresponder à Constituição, correspondência esta que deve ser apreciada pelo VfGH (31). Se a tese da legislação como concretização da Constituição for exigida em pressuposto da definição da competência do VfGH para a apreciação da lei, de maneira que através dela «a Constituição se converte face à legislação em *lex perfecta*» (32), então obtém-se assim um elemento decisivo para o estabelecimento de um critério de apreciação da justiça constitucional ou, melhor, para a apreciação da intensidade do controlo do VfGH. Esta intensidade de controlo está necessariamente dependente do entendimento e interpretação do critério aplicável, ou seja, da densidade de regulamentação do direito constitucional formal. A raiz positivista desta compreensão jurídica e constitucional, a qual deve ser reconduzida a HANS Kelsen (33), foi descrita por ADAMOVICH, Presidente do VfGH austríaco, nos seguintes termos (34):

«O direito constitucional é, porém, um direito formal rígido e daí que o VfGH seja obrigado a tomar as suas decisões com base no direito constitucional vigente e só nesta base. O critério que o vincula são exclusivamente as leis constitucionais e não ponderações jurídicas de qualquer espécie, qualquer que seja a fonte de que provenham. O Tribunal

---

(30) *Das Gesetzesprüfungsrecht als Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit*. in: 60 Jahre Bundesverfassung, 1980, p. 108; e *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, VVdStRL 39 1981, p. 11 ss.

(31) Na passagem do modelo teórico da construção gradualista da ordem jurídica para a modelação prática do VfGH austríaco, verifica-se a influência notória de Hans Kelsen. Cfr. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVdStRL 1929, p. 30. Outras indicações em HERBERT HALLER, *Die Prüfung von Gesetzen*, 1979, p. 1 ss.

(32) KORINEK, v. supra, VVdStRL 39, p. 13/14

(33) VVdStRL 5, p. 69.

(34) ADAMOVICH sen., *Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, JBI 1950, p. 74.

entraria em contradição consigo mesmo se ultrapassasse as competências que lhe foram atribuídas, e se arrogasse o poder de configurar e conformar a ordem jurídica segundo a sua sensibilidade jurídica».

Partindo do direito constitucional positivo austríaco como critério de apreciação (continuando assim a excluir todas as concepções jurídicas metapositivas), desenha-se, no entanto, na jurisprudência do VfGH dos últimos anos uma mudança notável. A compreensão constitucional, ou seja, a interpretação do direito constitucional positivo austríaco pelo VfGH foi originariamente caracterizado por grande retraimento judicial. Marcado pelo cepticismo teórico de HANS KELSEN (35), que, em geral, não via normas justiciáveis nas que utilizassem conceitos constitucionais de conteúdo valorativo, o VfGH mostrou grande retraimento, em especial na interpretação dos «direitos garantidos pela Constituição», portanto, quanto à essência dos direitos fundamentais, na prática não fixa a Constituição ao legislador limites ao seu poder legiferante. Posteriormente (36), tentou-se uma justificação para esta prática através da consideração de o VfGH austríaco procurar tradicionalmente

«evitar a introdução de concepções subjectivas e políticas na jurisprudência, não se deixando arrastar pela tentação de querer ser o melhor legislador e proferir decisões políticas sob a veste de decisões jurídicas».

Como exemplo, refiramos a jurisprudência do VfGH, entretando há muito abandonada, quanto ao conceito constitucional «do interesse público» como pressuposto constitucional de uma expropriação. Ainda no ano de 1928, o VfGH pensava a este respeito que (37):

---

(35) *VVdStRL 5*, p. 69.

(36) P. ex. VON ROSENZWEIG, *Verfassungsgericht und Gesetzgeber zur Grenzziehung zwischen Politik und Justiz*, em: *60 Jahre Bundesverfassung*, p. 101 s.

(37) *VfSlg 1123/1928*

«O bem-estar geral ou bem comum é um conceito que juridicamente se não pode apreender; compete exclusivamente ao legislador determinar a existência deste pressuposto,... o Tribunal Constitucional deverá, portanto, recusar decisivamente emitir a sua opinião sobre tal questão».

Tal concepção foi abandonada pelo VfGH já em 1949 <sup>(38)</sup>, sendo expressamente afirmado:

«A apreciação e a avaliação da questão de saber se uma expropriação serve o interesse público, sendo, em consequência, constitucionalmente admissível ou não, compete, no quadro das competências constitucionalmente estabelecidas, ao legislador do Estado Federal ou dos Estados Federados, sujeita ao controlo posterior do Tribunal Constitucional».

Para evitar, dentro do possível, a infiltração de valorações políticas subjetivas <sup>(39)</sup>, o VfGH optou por um método de interpretação da Constituição baseado no elemento literal e na averiguação histórico-objectiva da Constituição. A retracção do VfGH daqui resultante dificilmente implica para o legislador ordinário limites ao conteúdo das suas normas derivadas do direito constitucional.

Apesar do reconhecimento de uma margem de conformação relativamente grande concedida ao legislador e, em resultado disso, de uma medida relativamente pequena de vinculação jurídico-constitucional, o VfGH utilizou, nos últimos anos, cada vez mais normas constitucionais como critério de apreciação do conteúdo de leis <sup>(40)</sup>. Assim, o VfGH fez derivar, p. ex., do direito de propriedade garantido pela Constituição, o dever de restituição do bem expropriado, no caso de não ser concretizado o fim que ditou a expropriação, entendido este dever como princípio constitucional não escrito <sup>(41)</sup>; do direito de liberdade do

---

<sup>(38)</sup> VfSlg 1809/1949 e 1843/1949.

<sup>(39)</sup> Assim ROSENZWEIG, v. *supra*.

<sup>(40)</sup> Cfr., neste sentido, sobretudo KORINEK, em: *60 Jahre Bundesverfassung*, p. 109 ss.

<sup>(41)</sup> VfSlg 8980, 8981, 8982/1980.

exercício da profissão garantido pela Constituição (art.º 6, da StGG), a proibição da limitação por lei ordinária das margens de lucro, para as quais não existam razões objectivas fundadas no interesse público (42); e do direito fundamental do respeito pela vida privada e familiar (art.º 8, da MRK), a inconstitucionalidade de proibições de residência que sejam legalmente previstas sem consideração de tais garantias fundamentais (43).

O último exemplo é apenas um entre muitos a mostrar o modo relevante e crescente como a MRK e a prática jurisprudencial das instâncias europeias (EKM, EGH) daí resultante levam o VfGH a ter uma visão de conteúdo materialmente mais forte sobre as garantias constitucionais (44).

Relevo especial na jurisprudência dos últimos anos obteve o princípio jurídico-constitucional geral da igualdade (art.º 7, da B-VG, art.º 2, da StGG), princípio que, entendido como decisão de valor de conteúdo jurídico-constitucional, domina toda a ordem jurídica. O princípio da igualdade como é exigência material geral foi justamente estilizado num princípio constitucional (45). Ele serve de princípio jurídico-constitucional básico tanto para a constituição de órgãos da administração autónoma (46), como nomeadamente para a composição pessoal

---

(42) *VfSlg 10.179/1984*, sobre a lei do controlo da sucata; *VfGH de 23.6.1986, G 14/86*, entre outras, sobre a lei dos serviços acidentais.

(43) *VfGH de 12.12.1985, G 225/85*, entre outras. Esta decisão evidencia também uma limitação interessante em relação à interpretação das leis conforme à Constituição; enquanto o VfGH procurava, anteriormente, interpretar o «direito de polícia dos estrangeiros» de harmonia com a Constituição (*VfSlg 8792/1980, 9029/1981*), decidiu, baseado nas «específicas conexões» das proibições de residência com o direito fundamental à intimidade privada e familiar, pela inconstitucionalidade de normas legais que previam a intervenção no direito fundamental, não considerando a reserva material de lei que lhe anda associada. Cfr., sobre isto, *infra*, «Interpretação conforme à Constituição», no ponto 2.5.

(44) Cfr. também *VfGH1*, de 28.11.1985, *G 109/84* sobre a proibição do testemunho de delatores a propósito da lei sobre géneros alimentícios e *VfSlg 10.291/1984* sobre o direito penal fiscal.

(45) KORINEK, *Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes*, Festschrift Melichar, 1983, p. 39 ss.; NOVAK, *ZAS*, 1982, p. 233; OEHLINGER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie* Festschrift Melichar, 1983, p. 142 ss.

(46) *VfSlg 8215/1977*, sobre as caçadas em Salzburgo.

das representações de interesses de direito público (47) e para a nomeação dos seus órgãos (48), para ponderação das vantagens e desvantagens e consequentemente da admissibilidade ou não da fusão de autarquias (49), para a equiparação das pensões de viúvas e viúvos (50), ele serve de critério de análise da proporcionalidade de medidas penais (51) e, sobretudo, como parâmetro de numerosas decisões em matéria de direito fiscal (52).

O facto de o VfGH tomar como critério de apreciação, em medida crescente, a axiologia própria do direito constitucional, não significa por último uma orientação de ruptura (53), pois permanecem como problemas jurídico-constitucionais, a par da desigualdade, também os critérios jurídico-constitucionais da economicidade, da rentabilidade e da oportunidade administrativa. Pelo facto de uma dada lei fiscal conter uma multiplicidade de excepções casuísticas, cujo tratamento conduz comprovadamente a uma enorme despesa administrativa, pondera-se se esta má relação entre rendimento e despesa contradiz a exigência da objectividade consagrada na Constituição Federal e decorrente do princípio da igualdade, em que medida isso pode estar em contradição com uma actividade administrativa eficiente, orientada por critérios de economicidade, rentabilidade e oportunidade, e, consequentemente, com a incumbência constitucional de optimização da eficiência. «No entanto, o VfGH ainda não decidiu, se tais dúvidas por ele levantadas têm, na realidade, fundamento.

Em resumo, verifica-se assim que o direito constitucional, enquanto parâmetro de apreciação do VfGH nos processos de controlo de normas, foi «sacudido» nos últimos anos, em medida crescente, quanto àqueles limites e barreiras de conteúdo que, por força da Constituição, se apresentam ao legislador

---

(47) Direito eleitoral da câmara dos trabalhadores, VfSlg 8485, 8539, 8590/1979

(48) VfSlg 8644/1979.

(49) VfSlg 8108/1977, 9068/1981.

(50) VfSlg 8871/1980.

(51) VfSlg 8806/1980 em relação à lei de taxas.

(52) VfGH 29.6.1985, G 42/85 entre outras; 9.10.1985, G 146-149/85; 8.3.1986, G 8-11/86; 20.6.1986, G 229/85.

(53) Em relação a B 250/86 de 29.9.1986.

ordinário, como forma de salvaguarda do princípio da sua liberdade de conformação jurídica <sup>(54)</sup>. Daí que na doutrina <sup>(55)</sup> se reconheça ao VfGH que este, pela jurisprudência dos últimos anos, se encontra a caminho daquele «equilíbrio de ouro» que tão difícil é de encontrar entre, por um lado, o exagero de uma constituição como uma norma que tudo determina e, por outro lado, uma liberdade de conformação praticamente ilimitada do legislador ordinário.

## 2. Conteúdo das decisões

### 2.1 *Revogação de leis inconstitucionais — Rejeição do pedido de apreciação da lei por se ter concluído pela sua constitucionalidade*

Quando o VfGH é de opinião que a lei perante ele impugnada é inconstitucional deve determinar através de «decisão» (— tal é a designação formal da sentença da jurisdição constitucional —) a revogação da lei. Quando, pelo contrário, o VfGH não julga fundadas as dúvidas sobre a constitucionalidade apresentadas no pedido de apreciação da lei ou as por ele oficiosamente levantadas e que motivaram a decisão de interrupção, indefere o pedido de apreciação da lei ou decide, no caso de processos de apreciação da lei promovidos oficiosamente, pela não revogação da lei por inconstitucionalidade.

De harmonia com a teoria do erro calculado desenvolvida por MERKL <sup>(56)</sup>, segundo a qual a ordem jurídica deixa vigorar actos estaduais antijurídicos para

---

<sup>(54)</sup> KORINEK, v. *supra*, *VVdSTRL* 39, p. 29 s.

<sup>(55)</sup> SPANNER, in: *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle* 1979, p. 53, NOVAK, *ZAS* 1982, p. 234; PERNTHALER, *OEZW* 1981, p. 27 ss., MORSCHER, *JB* 1985, p. 479.

<sup>(56)</sup> *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, 1923.

os quais prevê um processo de revogação até que esta tenha lugar, o VfGH sempre admitiu, também, a efectiva força temporária de normas gerais inconstitucionais. Já no VfSlg 1491/1932 opinava:

«Uma lei que contradiz a Constituição não é inválida, não é, portanto, absolutamente nula, pois, sendo embora inconstitucional, é um acto obrigatório até à sua total revogação». (57)

Foi esta até hoje a opinião dominante na jurisprudência constitucional. Assim, o VfGH afirmou, por exemplo, em 1971, socorrendo-se expressamente da doutrina contemporânea da elaboração da B-VG (58);(59)

«O efeito resultante da revogação de uma lei pelo VfGH quanto à validade do preceito legal revogado por inconstitucionalidade não diverge daquele que resulta da revogação pelo legislador. A Constituição conferiu ao VfGH plenos poderes para pôr termo à validade posterior de leis inconstitucionais, não tendo a palavra “revogação” do art.º 140, da B-VG qualquer outro significado para além do que normalmente anda associada a este conceito».

A validade das leis termina assim, exceptuando os casos de revogação (derogação) pelo próprio legislador, apenas por uma decisão revogatória do VfGH. Por tal razão, o VfGH é designado — não em vão — de «legislador negativo» (60). Embora a «revogação» pelo VfGH de uma lei que, não obstante, permanece válida até à revogação, constitua a consequência normal da sua inconstitu-

---

(57) O mesmo, por ex., em VfSlg 1681/1948; cfr. aqui também NOVAK, *Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen*, 1967, p. 15.

(58) V. nomeadamente KELSEN-FROEHLICH-MERKL, *Die Bundesverfassung vom 1 Oktober 1920*, v. Teil, 1922, p. 260; ADAMOVICH, *Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den Oesterreichischen Verfassungsgerichtshof*, 1924, p. 306, 307.

(59) VfSlg 6408/1971.

(60) Assim, por último, MELICHAR, *Zum Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber*, in: 60 Jahre Bundesverfassung, p. 95.



cionalidade, a doutrina mais recente <sup>(61)</sup> conhece também, paralelamente, a figura da «lei absolutamente nula», a qual poderá ser afastada sem se aguardar o resultado de um processo jurisdicional (constitucional) promovido por quem quer que seja — «autoridade ou particular». Esta aceitação de uma nulidade absoluta das leis, que deriva de uma teoria geral dos vícios e é afirmada nos termos do art.º 89 da B-VG relativamente aos tribunais (com excepção do próprio VfGH) quanto aos vícios na publicação e, além disso, em relação a todos aqueles que foram objecto de grave e evidente violação dos seus direitos constitucionais, permanece praticamente sem significado. É que, se se pretende manter um entendimento rigoroso do monopólio do VfGH, constitucionalmente consagrado, para a apreciação da constitucionalidade das leis, a gravidade e evidência da violação da constituição enquanto critério das leis absolutamente nulas devem ser entendidas de forma muito estrita: a nulidade absoluta de uma lei deverá assim, ser de aceitar unicamente quando o próprio direito de apreciação pela jurisdição constitucional pareça estar prejudicado ou quando, de um modo geral, um perigo existencial ameaça o Estado em virtude da existência da lei. O próprio VfGH deixou em aberto <sup>(62)</sup> a possibilidade teórica da existência de leis absolutamente nulas ao revogar por inconstitucional um texto aprovado como lei e publicado no jornal oficial, porquanto o Parlamento competente não tinha tomado uma decisão legislativa sobre tal matéria.

Enquanto que a revogação de uma norma por inconstitucionalidade apenas é possível num processo de controlo de normas devidamente instaurado ou intentado oficiosamente por motivos de prejudicialidade, a pronúncia do VfGH sobre a constitucionalidade de normas não acontece apenas nos processos de controlo de normas. Pelo contrário, o VfGH, em processo de queixa (constitucional) nos termos do art.º 144 da B-VG, e ainda em processos contenciosos eleitorais, nos termos do art.º 141 da B-VG, é levado, com relativa frequência, a ratificar a constitucionalidade dos fundamentos jurídicos do acto administrativo impugnado no processo de queixa constitucional ou da eleição impugnada em processo contencioso eleitoral, ao esclarecer os fundamentos da respectiva sentença (por-

---

(61) NOVAK, *Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen*, 1967; HALLER, *Die Prüfung von Gesetzen*, 1979, p. 119 ss.

(62) No *VfSlg 5996/1969*.

tanto, não na parte decisória desta). Neste caso não se verifica, naturalmente, a aplicação de forma exaustiva de uma norma constitucional pelo VfGH, mas declara-se apenas, ao fundamentar a decisão, que as dúvidas levantadas e devidamente concretizadas pelo recorrente no processo de queixa constitucional ou pelo requerente no processo contencioso eleitoral quanto à constitucionalidade das normas subjacentes não procedem. Uma tal declaração do VfGH não exclui, naturalmente, que os fundamentos já apreciados ou outros fundamentos novos relativos à constitucionalidade de tal lei não possam conduzir, num processo posterior, à revogação desta pelo VfGH. (63).

## 2.2 *Revogação parcial de uma lei*

O VfGH só pode revogar uma lei por inconstitucionalidade quando a sua revogação tiver sido expressamente requerida ou quando o Tribunal Constitucional tiver que aplicar tal lei num processo nele pendente (64). Daí que, não só por a norma ser numa parte constitucional e noutra inconstitucional mas, também, e sobretudo, por razões processuais, o VfGH, a maior parte das vezes, revogue a lei não na íntegra mas apenas em parte. No exercício da sua competência revogatória ele está limitado pelo pedido de apreciação da lei, o qual deve precisar o mais aproximadamente possível o âmbito da revogação pretendida. No processo de controlo concreto de normas, tal como nos processos instaurados oficiosamente pelo próprio VfGH, o âmbito de apreciação e de revogação encontra-se limitado pelo âmbito de aplicação da lei ao caso pretexto. A revogação apenas parcial de uma lei, que constitui quase regra, e que se pode limitar a uma palavra ou a algumas poucas palavras, coloca o VfGH perante a questão da possibilidade de tal resultar numa alteração do significado do texto da lei remanescente. O VfGH formulou tal problema do modo seguinte:

---

(63) Cfr. também «a força jurídica», em 4.1.

(64) Art.º 140 al. 3, primeira parte, *B-VG*.

«Toda a revogação de partes individualizadas da lei traz necessariamente consigo uma alteração da lei apreciada. O tipo e importância dos efeitos desta alteração no caso concreto dependem essencialmente da sistemática legislativa, portanto, de circunstâncias sobre as quais o VfGH não tem qualquer influência. ... O VfGH considera tarefa sua delimitar quais as disposições a apreciar e, no caso de antijuridicidade, quais as disposições a revogar de tal modo que, por um lado, não se retire à norma jurídica mais do que aquilo que é necessário no caso pretexto e que, por outro lado, o texto remanescente não sofra qualquer alteração no seu significado. É evidente que nunca se poderão alcançar completamente ambos os objectivos. Portanto, o VfGH deve ponderar em cada caso concreto se e em que medida deve ser dada primazia a um ou ao outro dos objectivos» (65).

Além disso, o VfGH referiu que (66) os limites da revogação de uma disposição legal sujeita a apreciação devem ser traçados de tal modo que, por um lado, a parte remanescente da lei não fique com um conteúdo completamente alterado e que, por outro lado, as disposições que sejam incidíveis da parte da lei a revogar sejam igualmente abrangidas.

Quando se procura descrever as tendências gerais da jurisprudência do VfGH quanto à questão da revogação parcial ou total das leis, poder-se-ão constatar dois factos: em primeiro lugar, o VfGH esforça-se, ao constatar a inconstitucionalidade de uma lei, no sentido de retirar o menos possível ao conteúdo da lei, respeitando, portanto, tanto quanto possível as palavras do legislador parlamentar. Em segundo lugar, o âmbito das disposições legais ou do teor da lei efectivamente revogados depende, em larga medida, do respectivo relator a quem é confiada a preparação de cada caso.

### *2.3 Revogação total de uma lei parcialmente impugnada*

No caso de o VfGH ser de opinião que a lei foi editada por um órgão legislativo incompetente, segundo os critérios de repartição de competências, ou publi-

---

(65) VfSlg 7376/1974, 7786/1976.

(66) VfSlg 6674/1972.

cada de forma inconstitucional deve, não obstante a impugnação ser apenas parcial, revogar a totalidade da lei por inconstitucional. Esta obrigação do VfGH deixa de existir quando a revogação da totalidade da lei contrariar notoriamente os interesses jurídicos da parte que desencadeou o processo de apreciação através do seu requerimento individual ou queixa constitucional. Na prática seguida até hoje, esta obrigação de revogação total de uma lei parcialmente impugnada, incluindo esta sua importante excepção regulada aliás de forma pouco clara, não desempenha qualquer papel de relevo.

#### *2.4 Simples verificação da inconstitucionalidade de uma lei*

Na verificação da inconstitucionalidade, o art.º 140, n.º 4, da B-VG impõe limites ao VfGH na apreciação de leis que já não estejam em vigor quando da tomada da decisão. O mesmo vale para a verificação da juridicidade de regulamentos que já não vigorem (art.º 139, al. 4, da B-VG).

Também, por razões de direito internacional público, o VfGH se encontra limitado no controlo da juridicidade de tratados internacionais, à simples verificação da sua ilegalidade ou da sua inconstitucionalidade (art.º 140a, da B-VG). Quando reconheça a inconstitucionalidade de um tratado com o valor de lei, deve o VfGH declarar na decisão que tal convenção ou a sua parte inconstitucional não deve ser aplicado pelos órgãos incumbidos da sua execução em virtude da sua antijuridicidade. Deste modo, a validade do tratado em termos de direito internacional público não é afectada.

Também é possível que o VfGH, excepcionalmente, se baste, no caso de impugnação de uma disposição legal ainda vigente, com a verificação da sua inconstitucionalidade (e a não revogue continuando assim a vigorar) quando tal disposição legal se tenha tornado posteriormente constitucional por força de uma alteração entretanto operada noutra parte dessa lei. Assim o VfGH <sup>(67)</sup> ao verificar, na apreciação de uma norma originariamente contrária à igualdade, que

---

(67) Decisão de 18.3.1986, G 243, 244/85

o tratamento inconstitucional por contrário à igualdade fora afastado por uma alteração da lei, não obstante a inconstitucionalidade da referida norma não ter sido suprimida retroactivamente, evitou revogar a norma entretanto tornada constitucional e, apesar de se confirmarem as suas dúvidas, deu-se por satisfeito com a constatação de que a lei era inconstitucional até à entrada em vigor da alteração. Nisto vai implícita a correcta concepção, dominante também quanto à revogação parcial de uma lei <sup>(68)</sup>, de que toda a alteração do texto de uma lei (quer o seu alargamento pelo legislador parlamentar quer a sua redução pelo VfGH), mesmo mantendo um teor aparentemente inalterado das disposições remanescentes, altera, ou pelo menos, pode alterar também o seu sentido.

### *2.5 Interpretação conforme à Constituição*

Desde sempre que o VfGH aplica o princípio da interpretação conforme à Constituição <sup>(69)</sup>, afirmando que «a uma lei,... em caso de dúvida, não deve ser dada uma interpretação que a faça surgir como inconstitucional». Pressupostos de uma interpretação conforme à Constituição são, assim, dúvidas quanto ao conteúdo de uma disciplina jurídica <sup>(70)</sup>, ou, expresso de outra forma, «várias possibilidades de interpretação» <sup>(71)</sup>. A interpretação conforme à Constituição deve ser, aliás, entendida como uma sub-espécie da interpretação teleológica-sistemática do direito <sup>(72)</sup>.

---

<sup>(68)</sup> V. *supra*, «A revogação parcial de uma lei», no ponto 2.2.

<sup>(69)</sup> VfSlg 2264/1952, 3151/1957, 3556/1959, 3910/1961.

<sup>(70)</sup> VfSlg 7698/1975.

<sup>(71)</sup> VfSlg 3712/1960.

<sup>(72)</sup> BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, p. 455.

Partindo das «dúvidas» quanto ao significado de uma norma ou das «várias possibilidades» da sua interpretação, a invocação da interpretação conforme à Constituição significa a eliminação de um sentido da norma que, de per si, estaria incluído no teor literal da disposição legal. Na sua eficácia prática, a interpretação conforme à Constituição é, por isso, inteiramente comparável à revogação parcial de uma lei. O que se consegue na revogação através do afastamento expresso de determinadas palavras ou disposições da lei em relação ao facto jurídico acontece na interpretação conforme à Constituição por via da interpretação: significados normativos originariamente contidos na lei não levam à sua revogação formal por inconstitucionalidade mas sim à conversão da norma para um sentido conforme à Constituição.

O uso da interpretação conforme à Constituição não constitui um monopólio VfGH. Pelo contrário, todo o órgão estadual aplicador de normas, especialmente os demais Tribunais Superiores, na Áustria o Supremo Tribunal Administrativo e o Supremo Tribunal de Justiça, têm de entender o material jurídico a aplicar em cada caso em conformidade com a Constituição. No entanto, por duas razões há que fazer uma referência especial à interpretação conforme à Constituição do VfGH. Quando o VfGH, no controlo abstracto ou concreto de normas, interpreta uma lei em conformidade com a Constituição, ele apenas afasta aquela(s) hipótese(s) de interpretação que conduz(em) a um resultado inconstitucional. Ao contrário de outros órgãos aplicadores da lei, ele não tem, pois, competência para, sem mais, declarar qual de entre as várias interpretações possíveis conformes à Constituição é a correcta. O VfGH devia, assim, limitar-se, também ao fazer uso da interpretação conforme à Constituição, à função do «legislador negativo», não atribuindo à lei um único sentido, a seu ver o mais correcto. Por outras palavras: constitui tarefa do VfGH, no âmbito da interpretação conforme à Constituição das leis, apenas o afastamento do sentido da lei considerado inconstitucional e não o apuramento de um conteúdo único conforme à Constituição. A prática do VfGH, no entanto, não observa tais considerações em toda a sua extensão (73).

Um segundo problema resulta da concorrência do VfGH com os outros tribunais, sobretudo com o Supremo Tribunal Administrativo, no âmbito da interpretação conforme à Constituição das leis. O VfGH arrega-se a competência para ignorar uma decisão do Supremo Tribunal Administrativo, tomada com base

---

(73) Cfr. *VfSlg* 3712/1960.

numa interpretação conforme à Constituição da lei que lhe serviu de base, não obstante o seu efeito vinculativo em relação a todos os órgãos estaduais (74). No caso da notificação processual (substitutiva) da notificação por via informática, apoiada na opinião jurídica do VfGH, ser impugnada perante o VfGH, este considerou-se competente para corrigir a perspectiva jurídica defendida pelo Supremo Tribunal Administrativo com base na interpretação conforme à Constituição (75). Tal competência deriva teleologicamente da posição funcional do VfGH no quadro da repartição de competências, i. e., da «correlação entre o recurso do caso-pretexto e o processo de apreciação da lei» (76).

Não é de excluir que a interpretação conforme à Constituição dada pelo VfGH a uma lei contrarie a vontade política e a intenção do legislador (histórico). O que, certamente, não suscita problemas quando a lei foi editada sob um outro regime, tendo de se aceitar, por força da transição para o estado-de-direito democrático que é a República Austríaca depois de 1945, uma redução igualmente teleológica com base na interpretação conforme à Constituição (77). Pelo contrário, uma correcção do legislador parlamentar com base numa interpretação conforme à Constituição da sua lei pelo VfGH apenas aparentemente se traduz num respeito pela lei e, conseqüentemente, pelo legislador. Na verdade, pela via da interpretação conforme à Constituição de uma lei pelo VfGH consegue-se até algo mais do que pela revogação da lei por inconstitucionalidade: assim, p. ex., no caso de queixa constitucional se uma determinada interpretação da lei for considerada inconstitucional, sendo preferida uma outra, o VfGH está a declarar que a referida lei devia ter sido interpretada desde o início naquele segundo sentido reconhecido por ele como conforme à Constituição. Contrariamente à revogação da lei por inconstitucionalidade, a interpretação da lei conforme à Constituição tem deste modo — não obstante a eficácia da decisão da jurisdição

---

(74) § 63, al. 1, da *VwGG*; além disso, v. OBERNDORFER, *Die oesterreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1983, p. 186 ss.

(75) *VfSlg* 8536/1979, 8782/1980.

(76) Art.º 144 e art.º 140 *B-VG*; assim SPIELBÜCHLER, *Verfassungsgerichtshof und Ersatzbescheid. Zur Abgrenzung von Verfassungs — und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Festschrift Melichar, 1983, p. 238.

(77) Como, p. ex., a disposição sobre a concentração dos processos de autorização de instalações aquáticas privilegiadas no direito das águas, cfr. *VfSlg* 9451/1982.

constitucional se limitar ao caso objecto de queixa (caso pretexto), também, efeitos retroactivos. É que ela acaba por apresentar como inconstitucional uma outra interpretação da lei também em relação ao passado. Na sua decisão relativa ao imposto sobre os juros <sup>(78)</sup> o VfGH alcançou justamente este resultado ao declarar inconstitucional a aplicação dessa lei com o sentido duma dupla tributação face ao imposto sobre o rendimento apurado, evitando, no entanto, com base numa interpretação conforme à Constituição, a revogação da lei ao creditar o imposto sobre os juros na colecta do imposto sobre o rendimento. O legislador, entretanto, — em última análise como reacção à decisão do VfGH — extinguiu o imposto autónomo sobre os juros <sup>(79)</sup>.

## 2.6 Outras formas de decisão

Formalmente não tem o VfGH à disposição, em processo de controlo de normas, qualquer outro tipo de decisão para além dos já enumerados. Observando-se, porém, o conteúdo de certas decisões, em especial dos últimos anos, verifica-se que o VfGH possui outras possibilidades de decisão, a acrescentar à interpretação de uma lei conforme à Constituição *supra* referida, decisões que surgem na veste formal do indeferimento de um pedido de controlo de normas ou de uma queixa constitucional (por entender ser constitucional a lei impugnada ou arguida em tal queixa). O significado de tais variantes de decisão na jurisprudência do VfGH não deverá, no entanto, ser sobreestimado visto tratar-se, até agora, de casos isolados.

### 2.6.1 Decisão complemento da lei

O VfGH tem procurado, em casos isolados, deduzir da Constituição normas que complementem uma lei ordinária de modo a tornar esta constitucional. Este complemento da lei, decisivo para a sua conformidade com a Constituição, formulado pelo VfGH que, nessa medida, aparece decisivamente na qualidade de

---

<sup>(78)</sup> B 371/85 de 14.3.1986

<sup>(79)</sup> BGBl de 1986/327.



legislador positivo (o que metodologicamente está, na verdade, coberto pelo recurso ao direito constitucional positivo) não encontra expressão directa na parte decisória da referida sentença. Apenas os fundamentos da decisão denunciam a função legislativa subrogatória do VfGH. Não obstante a eficácia jurídica limitada ao caso pretexto de tais declarações complemento da lei, estas são, na prática, significativas para todos os casos semelhantes.

A decisão do VfGH VfSlg 9909/1983, tomada num processo de queixa constitucional, mostra de maneira muito clara esse conteúdo complementar da lei. Neste caso, tratava-se da admissibilidade constitucional da recusa de uma autorização em matéria de telecomunicações para a instalação de um sistema de rádio (ou televisão) por cabo. Depois de o VfGH ter reconhecido a constitucionalidade do monopólio jurídico da empresa radiofónica estadual ORF <sup>(80)</sup>, interpretou a lei constitucional federal sobre a independência da rádio como contendo uma proibição de realizar emissões radiofónicas enquanto não for emitida uma lei federal nesse sentido <sup>(81)</sup>, de modo que «todas as autoridades que possam influir na realização de emissões radiofónicas fiquem obrigadas a aplicar a lei constitucional federal da rádio». No parágrafo seguinte da decisão, o próprio VfGH formula a seguinte norma por ele expressamente considerada e designada como «complemento» da lei de telecomunicações:

«a autorização a uma entidade de telecomunicações da instalação e funcionamento de tais estruturas de transmissão, as quais se destinam a realizar emissões radiofónicas, não pode (segundo o art.º 1, al. 1, da lei constitucional federal da rádio, ser atribuída enquanto não for emitida uma lei federal nos termos do art.º 1, al. 2, dessa lei constitucional federal»

O segundo caso especialmente significativo de um complemento da lei retirado directamente da Constituição, é constituído pela decisão do VfGH de

---

<sup>(80)</sup> Porque apoiado numa lei constitucional federal especial sobre a garantia da independência da rádio, *BGBI, nr. 396/1974*, que prevê um sistema de concessão para a rádio e televisão, autorizado pelo art.º 10 da MRK.

<sup>(81)</sup> Tal como acontece no caso particular da ORF.

29.11.1985, G 175/84, relativa à constitucionalidade do direito eleitoral das associações de estudantes do ensino superior. Neste processo de apreciação da lei, instaurado oficiosamente, questionava-se da constitucionalidade do direito eleitoral austríaco em geral por lhe faltar uma norma de exclusão eleitoral formulada pelo legislador ordinário a proibir a candidatura de partidos nacional-socialistas. A raiz das dúvidas apreciadas pelo VfGH era assim a norma de nível constitucional do § 3 da “lei de proibição” a qual proíbe a quem quer que seja de agir por qualquer forma em favor do NSDAP ou dos seus objectivos, e a proibição com força constitucional da actividade nazi, tal como resulta do art.º 9, n.º 1, do tratado relativo ao estatuto da Áustria — tratado de Viena de 1955, tratado que tem também dignidade constitucional. O VfGH exclui justamente que as referidas disposições constitucionais contenham uma «tarefa constitucional» dirigida ao legislador ordinário para a definição da situação jurídica». Pelo contrário, ele considera «não duvidoso» «que o § 3 da “lei de proibição” é de aplicar imediatamente por todas as autoridades estaduais no âmbito da sua acção». Assim, qualifica as citadas normas constitucionais de aplicação imediata mesmo «quando a lei (ordinária) que serve de parâmetro para as autoridades... não prescrever expressamente a sua observação». O VfGH considera absurdo o facto de se pretender uma nova proclamação da proibição da reactivação do nacional-socialismo em cada lei específica. A proibição de participação numa reactivação nacional-socialista não necessita, assim, de ser repetida de forma estereotipada pelo legislador, valendo antes com um âmbito de aplicação que abarca todas as disposições específicas. Deste modo e a partir da Constituição, o VfGH complementou tacitamente aquela norma da lei ordinária, e bem assim especialmente todas as leis eleitorais, no sentido de que toda e qualquer forma de reactivação nacional-socialista constituir motivo para a recusa de um acto administrativo estadual legalmente previsto.

Compreende-se que só por si esta declaração complementar da lei pelo VfGH tenha um relevo particular em razão do seu conteúdo especialmente significativo ao nível da política interna e externa. O significado especial da «complementação» aqui realizada pelo VfGH, abrangendo praticamente todo o direito ordinário, enraíza na declaração do VfGH: «A recusa sem compromisso do nacional-socialismo constitui uma marca fundamental da República restaurada».

## 2.6.2 *Decisões apelativas*

A rejeição de um pedido de controlo de normas por o VfGH verificar que uma lei «ainda» não é inconstitucional, fazendo simultaneamente um apelo ao legislador para alterar a situação jurídica — eventualmente dentro de um certo prazo — (82), ainda se não verificou relativamente ao VfGH austríaco. No entanto, o VfGH evocou já semelhante ideia em casos pontuais (83). Assim, p. ex., deu a conhecer que talvez «os custos elevados da realização deste objetivo (a obtenção da igualdade através de uma pensão de sobrevivência a favor do marido correspondente à pensão da viúva e as dificuldades técnicas de uma igualação imediata pelo nível mais baixo... poderiam levar a sugerir a aceitação transitória de um tratamento desigual». Mas, apesar disso, aceitou, no seguimento desta constatação, a existência de uma desigualdade que o levou a revogar a lei, porquanto a «evolução, no domínio dos factos, já perdura há bastante tempo... o que reforça o tratamento desigual». Sob a óptica do princípio da igualdade parecem assim aceitáveis ao VfGH apenas «tais tratamentos desiguais temporários... quando actuem, pelo menos, no sentido de esbater as diferenças».

Embora tenha sido considerada pelo VfGH a possibilidade de uma lei ser revogada por inconstitucionalidade apenas com efeitos a partir de uma data futura, não se verificou, até agora, uma decisão apelativa do tipo não raras vezes utilizado, p. ex., pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, ou mesmo uma simples declaração de incompatibilidade de uma disposição legal com a Constituição entendida sob a perspectiva «de que a declaração de nulidade das disposições legais ainda seria menos conforme com a Constituição do que a manutenção da lei em si mesma inconstitucional» (84). A razão desta solução deve procurar-se no facto de o VfGH austríaco poder determinar, numa apreciável medida, a eficácia das suas decisões. Exporemos tais possibilidades de determinação daqui em diante.

---

(82) Assim ZEIDLER, *Landesbericht über die Bundesrepublik Deutschland*, p. 12 ss., em relação à prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão.

(83) P. ex., na decisão relativa à pensão por viuvez, *VfSlg 8871/1980*.

(84) Assim ZEIDLER, cit., p. 21

### 3. Eficácia temporal da decisão

#### 3.1 *Eficácia ex nunc*

Conforme ficou já exposto, a revogação de uma lei ou de um regulamento pelo VfGH, em princípio, tem apenas eficácia *ex nunc*: a revogação entra em vigor no dia da sua publicação segundo a forma prevista para a publicação da respectiva lei. O que significa que a norma revogada deve continuar a ser aplicada tanto pelos tribunais como pelos órgãos de administração às situações anteriormente constituídas. A norma revogada pelo VfGH sem retroactividade continua a valer para o passado, sendo nesse caso inimpugnável. Mesmo a constatação da sua inconstitucionalidade em relação ao passado já não é de considerar <sup>(85.)</sup> Ficam assim intocáveis, nomeadamente, os processos já concluídos por uma decisão administrativa ou judicial com força de caso julgado, que foram decididos com base na lei posteriormente revogada pelo VfGH.

#### 3.2 *Eficácia ex tunc*

##### 3.2.1 *O «caso pretexto»*

Um efeito retroactivo necessário que o VfGH não pode excluir, vem implícito na sua decisão de revogação de uma norma geral relativamente ao chamado «caso pretexto». Caso pretexto é aquele caso que origina um processo de controlo concreto de normas <sup>(86)</sup>. Caso pretexto não é, porém, nos termos da mais recente jurisprudência do VfGH <sup>(87)</sup>, apenas aquele caso que, de facto, deu

---

<sup>(85)</sup> RINGHOFER, *Ueber die Wirkung des verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses im Normenprüfungsverfahren nach den Art. 139 und 140 B-VG*, oesterreichisches Verwaltungsarchiv, 1978, p. 119 s.

<sup>(86)</sup> V. *supra*, «Controlo concreto de normas», no ponto 1.2.3.

<sup>(87)</sup> VfGH de 9.10.1985, B 168/85; 6.6.1986, B 917/85.

ensejo à instauração de um processo de apreciação de uma lei ou de um regulamento perante o VfGH, mas, casos pretexto constituem também todos aqueles casos que estavam pendentes no VfGH na altura da audiência oral <sup>(88)</sup> ou, na falta desta, no início da deliberação não pública. Todos estes casos partilham do «prémio do captor». Em consequência, devem ser decididos como se a norma geral revogada pelo VfGH já não fosse válida na altura da concretização da hipótese relevante para a decisão.

Processos em que foi constatada a antijuridicidade de uma norma geral, ou seja, a inconstitucionalidade de uma lei ou a ilegalidade de um regulamento <sup>(89)</sup>, estão de antemão limitados nos seus efeitos pelo caso pretexto ou pelos casos pretexto <sup>(90)</sup>. Tal como a revogação de uma norma *ex nunc* <sup>(91)</sup>, também a decisão de constatação do VfGH opera a intocabilidade da norma antijurídica em relação ao passado. É, portanto, impensável, que o VfGH reaprecie num novo processo uma norma já uma vez apreciada e considerada antijurídica.

### 3.2.2 A pronúncia do VfGH sobre a retroactividade

A norma geral deve continuar a ser aplicada aos factos ocorridos antes da sua revogação (com excepção do caso pretexto) na medida em que o VfGH na sua decisão revogatória não se pronuncie de modo diferente, i. e., pela retroactividade <sup>(92)</sup>. No caso de o VfGH, através de uma pronúncia da sua competência, conferir à revogação de uma lei ou de um regulamento eficácia retroactiva, a lei (ou o regulamento) revogada não deve ser mais aplicada em qualquer caso que ainda não tenha sido decidido com força de caso julgado. Sempre que, antes da revogação da norma, com base nela tenham sido proferidas decisões de auto-

---

<sup>(88)</sup> Assim, já o VfGH em 22.6.1984, B 181/80.

<sup>(89)</sup> V. *supra*, «Verificação da inconstitucionalidade de uma lei» no ponto 2.4.

<sup>(90)</sup> RINGHOFER, cit., p. 121.

<sup>(91)</sup> Cfr. «Efeito *ex nunc*, no ponto 3.1.

<sup>(92)</sup> Art.º 140, al. 7 e art.º 139, al. 6, da B-VG.

ridades administrativas ou sentenças judiciais com força de caso julgado, estas continuam válidas e inimpugnáveis (93).

No entanto, o VfGH na sua jurisprudência raramente fez uso, até hoje, da possibilidade que lhe foi conferida desde 1976 de atribuir eficácia retroactiva a uma revogação de normas gerais. As consequências da retroactividade, as quais, a mais das vezes, não podem ser avaliadas pelo VfGH, impedem tal pronúncia. Isoladamente (94), foi revogada, com eficácia retroactiva, uma lei tributária com o fundamento de que a administração fiscal, considerando o processo de apreciação da lei pendente no VfGH, havia suspenso as decisões sobre recursos aguardando o solicitado esclarecimento da questão litigiosa. A objecção posta à retroactividade de que, assim, seriam desfavorecidos os contribuintes cujas declarações de imposto tivessem adquirido já força de caso julgado foi repudiada pelo VfGH porquanto a necessidade de distinguir entre processos dotados e não dotados com força de caso julgado é consequência normal de qualquer pronúncia de retroactividade, e tal implicaria, de resto, nunca poder o VfGH usar da competência que lhe foi atribuída.

### 3.3 Eficácia pro futuro através da fixação de um prazo pelo VfGH

O VfGH pode fixar, na sua decisão de revogação de uma lei ou de um regulamento, um prazo durante o qual continue a produzir os seus efeitos a lei (ou o regulamento) revogada, devendo ser «aplicada a todos os factos ocorridos até ao termo desse prazo, com excepção do caso pretexto» (95). Uma tal fixação de prazo conduz a que, até à entrada em vigor da revogação no termo do prazo fixado, a norma revogada deva ser «equiparada a uma parte incontestável do ponto de vista Constitucional da ordem jurídica» (96).

---

(93) KLECATSKY-OEHLINGER, *Die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts*, 1984, p. 91.

(94) Cfr., p. ex., *VfSlg 8233/1978*. Devido à retroactividade aí fixada, o VfGH, nesta decisão, ordenou a reentrada em vigor das regulamentações tributárias anteriormente vigentes. Sobre esta possibilidade aberta ao VfGH vide, *infra*, «Competência do TC face ao legislador», no ponto 5.2.

(95) Art.º 140, al. 7 e art.º 139, al. 6, da *B-VG*.

O VfGH tem feito frequentemente uso, em geral por sugestão do governo defensor da norma, da possibilidade da fixação de um prazo para a cessação da vigência de uma norma antijurídica (97). Tal é compreensível quando, p. ex., uma norma favorável é revogada por razões de igualdade (98). Como fundamento para a fixação de um prazo é decisivo para o Tribunal a possibilidade «de a lacuna originada pela revogação poder conduzir a situações politicamente indesejáveis do ponto de vista jurídico» (99). Este poder, concedido ao VfGH aquando da fixação de um prazo para a revogação, de considerar também as consequências jurídicas e fácticas da sua decisão na qualidade de legislador negativo, dispensa-o, tal como KORINEK (100) constatou, de proferir tanto uma decisão apelativa como uma decisão de simples constatação da inconstitucionalidade. Quando é fixado um prazo ao legislador pelo VfGH, prazo que pode ir até um ano, este fica em condições de sanar uma situação jurídica que se lhe afigure insustentável em consequência da revogação.

A prática actual do VfGH quanto à fixação de prazos parece ser mais restritiva do que anteriormente. Nomeadamente, exige-se do Governo que sugeriu a fixação de um prazo ao VfGH, que na sua sugestão indique as razões que tornam impraticável uma cessação imediata da vigência da norma inconstitucional aquando da publicação da sua revogação e evidencie a oportunidade da fixação de um determinado prazo para a sanção da situação.

---

(96) *VfSlg* 4718/1964.

(97) Criticamente, HALLER, *Die Prüfung von Gesetzen*, p. 260 s.

(98) V. *supra*, «Omissão do legislador», no ponto 1.4.

(99) Assim KORINEK, v. *supra*, *VVdStRL* 39, p. 39.

(100) V. *supra*, p. 37 ss.

## 4. O carácter vinculativo das decisões

### 4.1 Força de caso julgado

As decisões proferidas pelo VfGH em processo de controlo de normas têm força de caso julgado. Esta eficácia de caso julgado reside no facto de a revogação de uma norma pelo VfGH a todos vincular desde a data da sua publicação, se o VfGH não estipular um prazo para a cessação da sua vigência. Na hipótese excepcional e ilegal de a publicação da decisão de revogação proferida pelo VfGH e já levada ao conhecimento das partes do processo (bem como ao chanceler federal ou ao órgão máximo competente do estado federado, nos termos do § 64, al. 2, da VerfGG) não ter tido lugar, o Tribunal trata todos os outros casos que lhe forem apresentados e que tenham por base a lei considerada inconstitucional como «casos pretexto» e decide-os sem atender à lei declarada inconstitucional, não obstante a entrada em vigor da revogação desta apenas se efectivar aquando da publicação exigida <sup>(101)</sup>. Enquanto que no caso de revogação de uma norma apenas a parte decisória da sentença reveste a força de caso julgado e só ela necessita de publicação, a questão da força do caso julgado a atribuir a decisões de rejeição deve ser encarada de forma diferente. Segundo a jurisprudência do VfGH <sup>(102)</sup>, a rejeição de um pedido de controlo de normas apenas reveste força de caso julgado relativamente às dúvidas em concreto manifestadas sobre a constitucionalidade da lei. Assim, a rejeição, embora a sua publicação não tenha eficácia geral, cria um efeito de caso julgado não apenas em relação ao requerente mas também quanto a terceiros <sup>(103)</sup>. Em contrapartida, outras dúvidas quanto à constitucionalidade de uma lei, ainda não formuladas perante o VfGH num pedido de apreciação de lei ou regulamento, podem ser apresentadas a todo o tempo perante o VfGH num outro processo respeitante à mesma norma.

---

<sup>(101)</sup> VfSlg 5189/1965.

<sup>(102)</sup> VfSlg 5872/1968, 6296/1970, 6391/1971, 9186/1981; também, HALLER, *Prüfung*, p. 196.

<sup>(103)</sup> VfSlg 7748/1976.



A força do caso julgado da decisão de rejeição em processo de apreciação de uma lei ou de um regulamento não impede, assim, uma reapreciação pelo VfGH quando forem apresentadas novas dúvidas ainda não apreciadas sobre a sua constitucionalidade. Como, quanto às dúvidas levantadas no pedido de apreciação de normas, se trata delas, não na parte decisória, mas apenas nos fundamentos da sentença do VfGH, também estes adquirem, nessa medida, força de caso julgado.

Quando o VfGH, em virtude de um processo de queixa constitucional (conforme o art.º 144 da B-VG), se ocupa de dúvidas jurídico-constitucionais levantadas quanto à norma subjacente à decisão impugnada, as respectivas conclusões não adquirem força de caso julgado <sup>(104)</sup>. As mesmas dúvidas levantadas em relação à mesma norma, as quais não foram objecto de análise profunda no processo de queixa constitucional, até porque esta não visa, pelo menos em princípio, tal objectivo, podem ser inteiramente retomadas num processo de controlo de normas adequadamente proposto. Considerando o significado que o próprio VfGH atribui à sua jurisprudência constante, certamente poucas são as hipóteses de dúvidas jurídico-constitucionais, já tidas por irrelevantes num processo de queixa constitucional, serem consideradas fundamentadas num processo de controlo de normas. No entanto, a força de caso julgado da decisão do processo de queixa constitucional a tal não se opõe.

#### 4.2 *Eficácia obrigatória*

A força obrigatória de uma decisão revogatória do VfGH vincula (segundo o art.º 140, al. 7, da B-VG) «a todos os tribunais ou autoridades administrativas», compreendendo naqueles o próprio VfGH.

Em relação ao legislador não é de aceitar uma eficácia obrigatória equivalente. A revogação de uma lei por inconstitucionalidade pelo VfGH não cria qualquer obrigação para o legislador no tocante à sua actividade. As competências

---

<sup>(104)</sup> *VfSlg* 8753/1980.

das entidades legiferantes e as do VfGH são, na opinião deste <sup>(105)</sup>, paralelas. Se, portanto, o legislador decidir editar de novo uma lei revogada pelo VfGH, essa decisão, enquanto tal, não é inconstitucional por contradizer a decisão do VfGH. Antes deve o VfGH, em tal caso, reapreciar, no âmbito da sua competência, a lei nova (mesmo que de igual teor). O legislador deve, no entanto, contar na prática com a revogação da sua (nova) lei enquanto o VfGH não desistir da sua anterior interpretação da Constituição. Embora esta possibilidade esteja aberta ao legislador, ela surge, no entanto, como bastante improvável.

Tendo em conta os objectivos do direito constitucionalmente consagrado de apreciação das leis pelo VfGH, este considera <sup>(106)</sup>, contudo, inconstitucional o facto de o legislador, ainda durante a pendência de um processo, editar, com eficácia retroactiva, uma disposição de conteúdo exactamente igual ao do preceito que está a ser apreciado com o intuito de fazer malograr o processo de apreciação pendente. Tal é considerado como sendo uma intromissão inconstitucional na actividade do VfGH, a qual é sancionada pela revogação.

#### 4.3 *A vinculação do VfGH às suas próprias decisões*

Também o VfGH está vinculado ao conteúdo das decisões jurídico-constitucionais por ele proferidas na exacta medida do caso julgado. O que o não impede de, em relação às mesmas questões constitucionais, defender novas opiniões jurídicas em casos novos. Enquanto, porém, a «jurisprudência constante» na fundamentação de uma decisão relativa a determinada questão constitucional servir, apenas por si, de argumento suficiente à fundamentação dessa decisão, o desvio do próprio Tribunal na interpretação da Constituição face ao sentido constitucional tradicionalmente apurado implica, na prática, um dever de fundamentação especialmente pormenorizado. Uma jurisprudência fortalecida em si, apurada apenas com base na sua fundamentação, constitui justamente para um Tribunal Supremo a que foi confiada a justiça constitucional e cujas

---

<sup>(105)</sup> VfSlg 4126/1961.

<sup>(106)</sup> VfSlg 10.091/1984.

decisões devem orientar os restantes órgãos constitucionais, um pressuposto inevitável da sua actividade.

Também em relação à chamada «interpretação actualizante» da Constituição o VfGH se mostra bastante reservado <sup>(107)</sup>. É que, sendo a Constituição austríaca relativamente fácil de alterar, a adaptação do direito constitucional a novos desenvolvimentos ou a situações originariamente não previstas pode e deve ficar entregue ao legislador constitucional, não havendo assim ser assegurada pelo VfGH. Perfeitamente compaginável com isto parece ser a possibilidade de, através de garantias constitucionais consagradas sob a forma de cláusulas gerais como, nomeadamente, através do princípio da igualdade, penetrarem novas concepções relativas aos valores sociais na jurisprudência do VfGH.

Em face da jurisprudência do VfGH impregnada, até ao momento, também quanto a esta questão, de grandes reservas não parece, no entanto, justo atribuir ao VfGH, no processo de decisão política, um papel de «catalizador de reformas legais, urgentemente necessárias no aspecto sócio-político» <sup>(108)</sup>. Ao VfGH é, pelo contrário, completamente alheio o papel de reformador (sócio-)político, tanto em razão da função que constitucionalmente lhe cabe, como do entendimento prático que dessa função tem feito.

## 5. Competência do Tribunal Constitucional

### 5.1 *Pré-determinação constitucional dos tipos de decisões do juiz constitucional e a autonomia deste*

De facto, o VfGH acentua constantemente a margem de liberdade criadora — de liberdade política — que a Constituição deixa ao legislador ordi-

---

<sup>(107)</sup> KORINEK, *VVdStRL* 39, p. 47.

<sup>(108)</sup> Porém, neste sentido, OEHLINGER, *Festschrift Melichar*, p. 144.

nário (109). Pela mesma razão, o VfGH austríaco desconhece qualquer doutrina expressa da «Political-Question» pela qual a sua competência decisória possa ser limitada relativamente a questões candentes em termos políticos (110). Tão pouco foi atribuída ao VfGH, por outro lado, a tarefa de impor a sua opinião, na zona de livre criação jurídica, em lugar da concepção dos órgãos estaduais para tal competentes. O VfGH apenas possui verdadeira autonomia judicial relativamente a questões processuais, Aí pode, por ex., ao ponderar da fixação de um prazo para a cessação da vigência de leis declaradas inconstitucionais (ou de regulamentos declarados ilegais), questionar e considerar as implicações políticas das suas decisões, decisões que, de resto, se orientam estritamente pelo direito constitucional positivo. Também é de mencionar aqui a competência do VfGH, ainda não referida, de impedir a reposição em vigor da disposição legal revogada pela lei declarada inconstitucional (111). O VfGH faz uso deste poder na maioria dos casos de revogação de lei, de modo que a regra estabelecida pela Constituição, segundo a qual a revogação de uma lei por inconstitucionalidade pelo VfGH determina que «as disposições legais que tinham sido revogadas pela lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional voltam a estar em vigor», praticamente se inverte. Salvo esta autonomia processual bastante alargada, a qual se revela muito oportuna para garantir a precisão das consequências das suas decisões (112), o VfGH procura permanecer estritamente vinculado «à Constituição». Para tal utiliza na sua jurisprudência constante, especialmente quando estão em causa garantias fundamentais, um estilo informal que desempenha uma função largamente desculpante relativamente à fundamentação das suas decisões (113).

---

(109) Cfr., entre outros, *VfSlg* 6030/1969, 6152/1970, 6191/1970, 6533/1971, 6929/1972, 7359/1974, 7864/1976, 9280/1981, 9583/1982 bem como SCHAMBEK, *Oesterreichs Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Rech und Politik*, em: *Festschrift Melichar*, 1983, p. 193 ss., 196.

(110) Esboços de uma tal orientação, como os implícitos na sentença de Habsburg *VfSlg* 4126/1961, não foram até hoje seguidos pela jurisprudência.

(111) Art.º 140, al. 6, da *B-VG*.

(112) KORINEK, *VVdStRL* 39, p. 37 ss.

(113) Cfr. SPIELBÜCHLER, *Grundrechte und Grundrechtsformel*, *Festschrift Floretta*, 1983, p. 289 ss.

## 5.2 A competência do VfGH face ao legislador

Em relação ao legislador, o VfGH tem o dever de, com base na Constituição, lhe apontar limites à sua actividade legislativa, de precisar esses limites e de, finalmente, sancionar a ultrapassagem de tais limites através da revogação das leis que forem consideradas inconstitucionais. Daqui resulta uma certa relação de tensão <sup>(114)</sup> entre o VfGH e o legislador parlamentar que reivindica para si, e com razão, uma liberdade de conformação política relativamente ao conteúdo das leis no quadro da Constituição. Aqui deve partir-se, com KORINEK <sup>(115)</sup>, do entendimento de que o direito constitucional, por força das exigências qualificadas para a sua criação, «implica um consenso democrático mais alargado do que o que serve de base ao legislador ordinário. O VfGH não exerce, portanto, apenas uma tarefa jurídica (relevante do ponto de vista da subordinação do Estado ao Direito), mas desempenha também um importante papel democrático ao impor as normas constitucionais, enquanto disposições jurídicas de especial qualidade democrática, ao direito ordinário que, embora também democrático, é votado com menores exigências.

Em virtude de ser relativamente fácil alterar o direito constitucional austríaco <sup>(116)</sup>, o Conselho Nacional, quando assim o entendeu, não prescindiu também do expediente, a seu ver útil, de decretar, com a maioria necessária, uma lei constitucional que não pudesse ser impugnada perante o VfGH. Sobretudo no tempo da «grande coligação» <sup>(117)</sup>, a pronúncia do VfGH tornou-se, em casos isolados, numa maculatura, pelo facto de o legislador, sob a capa da Constituição,

---

<sup>(114)</sup> MELICHAR, *Zum Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber*, in: 60 Jahre Bundesverfassung, p. 94 ss.

<sup>(115)</sup> *VVdStRL* 39, p. 45 s.

<sup>(116)</sup> Cfr. art.º 44, da B-VG: Maioria de dois terços do Conselho Nacional com a presença de, pelo menos, metade dos membros e menção expressa de «lei constitucional» ou «disposição constitucional»; além disso maioria qualificada de dois terços do Conselho Federal (com a presença de, pelo menos, metade dos seus membros) no caso de alterações à repartição de competências a cargo dos Estados Federados; referendo adicional obrigatório no caso de alterações globais, ou seja, alteração aos princípios estruturais da Constituição Federal.

<sup>(117)</sup> Até 1966.

manter a regulamentação primitiva declarada inconstitucional pelo VfGH. Noutros casos, o legislador constitucional federal foi levado a sanar uma determinada prática estadual depois desta ter sido declarada inconstitucional pelo VfGH. (118)

O VfGH deve apreciar, por regra, apenas a própria lei, portanto o produto do legislador, e não as motivações, as prognoses, as concepções ou expectativas do legislador que se encontram por detrás da lei (119). Excepções isoladas como, p. ex., a apreciação de fusões de autarquias com base no princípio da igualdade (120), apenas confirmam esta regra. Também foi abandonada recentemente a jurisprudência anterior do VfGH (121) segundo a qual o «esforço» do legislador na procura de uma solução materialmente justa exclui as dúvidas quanto a uma violação do princípio da igualdade. A objectividade de uma norma não depende, na opinião do VfGH (122), do comportamento subjectivo do seu autor mas apenas do seu conteúdo objectivo. Porque ao VfGH não compete, do ponto de vista do princípio da igualdade ou de outras garantias fundamentais, julgar o comportamento do legislador, mas apreciar apenas se a lei vigente é constitucional, interessando-lhe exclusivamente o resultado do processo legislativo.

### 5.3 A relação do VfGH com outros tribunais

O VfGH austríaco não tem, ao contrário do que acontece com os Tribunais Constitucionais de outros países, competência para apreciar sentenças de outros tribunais. Mesmo quando os outros tribunais têm de aplicar normas constitu-

---

(118) Assim, por ex., no que se refere à obrigação de caracterizar os tratados internacionais que alteram a Constituição, *BGB1. n.º 59/1964*.

(119) KORINEK, *VVdStRL 39*, p. 25.

(120) V. *Supra*, nota 49.

(121) *VfSlg 6438/1971*.

(122) Cfr., p. ex., *VfSlg 8457/1978, 9287/1981, 10.090/1984*.

cionais, por ex., direitos fundamentais, o VfGH não pode controlar nem sequer corrigir as posições tomadas pelos outros tribunais.

Apenas no caso de dúvidas sobre normas que um tribunal expressamente manifeste, as quais conduzam <sup>(123)</sup> a um processo de controlo de normas pelo VfGH, é que este deve debater as dúvidas jurídico-constitucionais do tribunal requerente formuladas contra a norma (lei ou regulamento) que é de aplicar no caso concreto. A prejudicialidade da norma impugnada em relação à decisão do tribunal requerente constitui motivo de conflito entre o VfGH e aquele tribunal, pois que o VfGH, tal como se referiu, aprecia a sua «razoabilidade». Não são, porém, de excluir outros desentendimentos entre o VfGH e os demais Tribunais Superiores, concretizados nas respectivas decisões judiciais, quando o VfGH não partilha das dúvidas quanto à constitucionalidade das normas jurídicas a aplicar pelo outro tribunal, e recusa o pedido de apreciação. Assim, p. ex., o VfGH, pela sentença VfSlg 6142/1970, não aceitou um pedido do Supremo Tribunal Administrativo para a revogação de uma lei porque considerou possível uma interpretação conforme à Constituição da disciplina legal a ser aplicada pelo VwGH. O VwGH recusou tal interpretação, a seu ver «não possível». Num outro caso o VfGH <sup>(124)</sup> recusou as dúvidas constitucionais manifestadas pelo Supremo Tribunal Administrativo que entendia que a prática processual de emissão de notificações mediante processamento informático de dados contrariava o princípio da legalidade do art.º 18, n.º 1, da B-VG. Daí que o VwGH <sup>(125)</sup> tenha optado por uma interpretação da lei (também com o apoio de argumentos jurídico-constitucionais) que levou à classificação do despacho da notificação (que se fundamentava na norma processual considerada inicialmente inconstitucional pelo VwGH) de absolutamente nulo. Nestes casos e noutros semelhantes não é de afastar completamente a ideia de que o VwGH, apesar da recusa do pedido de apreciação da lei pelo VfGH — a quem incumbe o monopólio de controlo de normas —, tente esporadicamente impor o seu próprio ponto de vista jurídico com base em argumentos constitucionais.

---

<sup>(123)</sup> Cfr. *supra*, «Formas e vias processuais de controlo da constitucionalidade das normas», no ponto 1.2.

<sup>(124)</sup> VfGH 21.6.1985, G 37/85.

<sup>(125)</sup> VwGH 6.12.1985, ZI. 85/18/0029.

#### 5.4 A relação do VfGH com as instâncias europeias

A República da Áustria ratificou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (MRK) atribuindo-lhe dignidade constitucional. Submeteu-se, assim, a um sistema internacional de protecção de direitos baseado, por um lado, na Comissão Europeia dos Direitos do Homem (EKM) e, por outro, no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (EGM). Além disso, a Áustria concedeu aos seus cidadãos o direito de queixa individual perante a Comissão.

A jurisprudência do VfGH em relação à Convenção (MRK) foi inicialmente caracterizada por grandes reservas <sup>(126)</sup>. Todavia, sobretudo sob a influência da jurisprudência da Comissão (EKM) e do Tribunal Europeu (EGM) o VfGH procura, nos últimos anos, proporcionar à Convenção (MRK) a importância crescente que lhe é devida na ordem jurídica interna austríaca. O VfGH tem aqui uma importante função mediadora: independentemente dos órgãos europeus de garantia do Direito, ele deve, na sua qualidade de Tribunal austríaco, não apenas envidar todos os esforços no sentido de fazer respeitar, na medida que lhe for possível, as garantias da Convenção (MRK), em parte profundamente estranhas às concepções jurídicas austríacas, mas também lidar o mais cautelosamente possível com as instituições próprias do ordenamento jurídico austríaco. Tal evidencia-se, p. ex., de forma problemática e especialmente clara no direito a um «Tribunal» e ao correspondente processo jurisdicional em certos processos nos termos do art.º 6, n.º 1, da Convenção (MRK) <sup>(127)</sup>, pois, deste modo, parecem ser postas em causa quer a organização austríaca das instâncias quer a garantia de acesso aos Tribunais de direito público.

---

<sup>(126)</sup> Cfr., por ex., o estudo de SCHANTL-WELAN, *Betrachtungen über die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Menschenrechtskonvention* (Slg 1968), Oesterr. Juristen Zeitung, 1970, p. 617 ss., 647 ss., bem como ERMACORA-NOVAK-TRETTNER (Ed.), *Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte*, 1983, p. 67 s., 87 s. e *passim*.

<sup>(127)</sup> Cfr. aqui, recentemente, *VfSlg 10.291/1984; VfGH 17.10.1985; B 285/85; 2.12.1985, G 160/85* relativa à Lei Penal das Finanças; *VfGH 17.10.1985, G 68/85* sobre a Lei Tirolesa de Transmissão de Bens; *VfGH 5.3.1986, G 232/85* entre outras, *V 63/85* entre outras, sobre a Comissão de Arbitragem Federal e a Decisão de Suspensão relativamente a B 695/84.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
DE  
ESPAÑA

**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL  
EN EL CUADRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO,**

**VISTA A LA LUZ DE LAS ESPECIES,  
CONTENIDOS Y EFECTOS DE LAS DECISIONES  
SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD  
DE LAS NORMAS JURIDICAS**

*Ponentes:*

*Profesor* ANGEL LATORRE SEGURA

*Profesor* LUIS DIEZ-PICAZO



## 1. Introducción (\*)

### 1.1. *Organos de la Justicia Constitucional.*

La Constitución española de 1978 configura un sistema de control *concentrado* de constitucionalidad, es decir, encomendado a un único órgano jurisdiccional, el «Tribunal Constitucional», quien, con el carácter de órgano constitucional (art. 1.º LOTC), detenta una posición de «monopolio» del control o, más exactamente, de «monopolio de rechazo» de la constitucionalidad de las leyes. De este modo, el ordenamiento constitucional español de 1978 ha venido a sumarse al sistema de control de normas característico de Europa occidental, inaugurado en 1920 con las Constituciones de Austria y de Checoslovaquia, que, tuvo su tercera versión en el «Tribunal de Garantías Constitucionales» de la II República española de 9 de diciembre de 1931 (1).

La entrada en funcionamiento de la jurisdicción constitucional española tuvo lugar en forma comparativamente rápida. Apenas nueve meses después de la promulgación de la Constitución se publicaba la «Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (2), y tras un periodo similar, el 12 de julio de 1980, quedaba cons-

---

(\*) Han participado en la confección de esta Ponencia los Letrados del Tribunal Constitucional Profesores Pedro Cruz Villalón y Javier Jimenez Campo.

(1) Cfr. M. Bassols Coma, «La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española». Madrid, 1981.

(2) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

tituído el Tribunal Constitucional, con sede en Madrid, dictando su primera Sentencia en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad el 2 de febrero de 1981 (3).

El Tribunal Constitucional es un específico órgano constitucional, distinto del Poder Judicial, lo que aparece ya formalmente manifiesto en la estructura de la Constitución, que dedica su Título VI al Poder Judicial y su Título IX al Tribunal Constitucional (4). Es preciso destacar como, a pesar de tratarse España de un Estado políticamente descentralizado, el Tribunal Constitucional es único en su género, de tal modo que, particularmente, «monopoliza» también el control de las leyes de las Comunidades Autónomas, tanto respecto de la Constitución del Estado como en relación con los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas (5).

El Tribunal Constitucional no es solo un órgano control de normas. Junto al control de constitucionalidad de las leyes y otras disposiciones normativas con fuerza de ley, le corresponden, por imperativo constitucional, dos de las competencias más características de la justicia constitucional, los «conflictos de competencia» entre el Estado y las Comunidades Autónomas (o las de éstas entre

---

(3) S 4/81 (JC I, 31). Desde entonces y hasta el 31 de octubre de 1986, el TC ha dictado un total de 93 sentencias en procedimientos de control de normas con fuerza de ley, incluido el control previo de constitucionalidad. Cfr. para éste y otros datos relativos a los seis primeros años de funcionamiento del TC, «Tribunal Constitucional. Memoria (1980-1986)», Madrid, 1986.

(4) «... el TC... no forma parte del Poder Judicial y está al margen de la organización de los Tribunales de Justicia, como la propia Constitución pone de manifiesto al regular en Títulos diferentes unos y otros órganos constitucionales...» (S 9/81, FJ 1, JC I, 145, 153).

(5) El TC se integra por doce Magistrados designados por nueve años a propuesta cuatro de ellos por cada una de las dos cámaras integrantes de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado), dos a propuesta del Gobierno del Estado y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (art. 159.1 y 3 CE). Cada tres años se produce la renovación de la tercera parte de sus miembros, con arreglo al mecanismo puesto en marcha por la Disposición Transitoria 9.ª de la Constitución. El Presidente del Tribunal, dotado de voto de calidad (art. 90.1, inciso 2.º LOTC), es elegido de entre sus miembros a propuesta del propio Tribunal, por un período de tres años renovable por una sola vez (art. 160 CE y art. 9.3 LOTC). La LOTC ha dispuesto que el TC actúe, bien en «Pleno», bien en «Salas»; éstas, en número de dos, sólo conocen hoy día de los recursos por vulneración de derechos fundamentales, o «recurso de amparo constitucional»; el conocimiento de los restantes procesos constitucionales corresponde actualmente al Pleno, quien puede avocar a su conocimiento aquellos recursos que, por uno o otro motivo, considere de particular interés (arts. 10 y 11 LOTC). Hasta el momento, el Pleno del TC ha dictado 14 sentencias en recursos de amparo: S 41/81, 12/82, 61/82, 75/82, 5/83, 9/83, 10/83, 16/83, 20/83, 28/83, 29/83, 30/83, 16/84 y 81/84. En tres ocasiones concluyeron mediante auto de inadmisión. Otros cuatro asuntos en recursos de amparo recabados por el Pleno se encuentran pendientes de sentencia.

sí) y el «recurso de amparo constitucional» frente a la vulneración de derechos fundamentales (art. 161. 1 a, b, y c, CE). La Constitución, sin embargo, no configura la jurisdicción del Tribunal Constitucional de forma exhaustiva, permitiendo su extensión a otras materias por medio de una Ley orgánica (art. 161. 1, d, CE).

El Tribunal Constitucional tuvo pronto ocasión de exponer cómo entiende su propia posición en relación con la que sin duda constituye la función de mayor trascendencia de las que la Constitución le encomienda: el control de la constitucionalidad de las leyes. Para el TC, « la ley, como emanación de la voluntad popular, sólo puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y sólo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal la potestad de anularla. Esta potestad sólo puede ser utilizada, sin embargo, cuando así lo exigen razones muy graves y sólidas; cuando un órgano constitucional o parte sustancial de él afirman la existencia de dicha infracción o cuando, de no ser declarada dicha infracción, un órgano judicial hubiera de verse en la situación de violar la Constitución... Cuando estas razones graves y sólidas no existen, el respeto al legislador exige que este Tribunal se abstenga de hacer pronunciamiento alguno» (6).

Para el Tribunal Constitucional resulta primordial garantizar, frente a su propia función de control, el respeto al ámbito de la función legislativa, la llamada «libertad conformadora del legislador». Así, el Tribunal Constitucional declara, con cierta solemnidad en la forma: «Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de tal manera que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo» (7). Muy al contrario, la Constitución es entendida por el Tribunal Constitucional como «un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (8); la labor del TC en este sentido no es otra que la de «fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas» (9). En una

---

(6) Art. 79 LOTC, derogado por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio.

(7) S 17/81, FJ 4 (JC II, 13, 26-27).

(8) S 11/81, FJ 7 (JC I, 174, 189).

(9) Loc. cit.

palabra, «el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución (10).

### 1.2. *Modalidades y vías procesales del control de constitucionalidad.*

El modelo español de control de constitucionalidad es, esencialmente, como corresponde al sistema «europeo» en que se encuadra, un modelo de control «sucesivo» o «represivo», es decir, opera sobre normas «perfectas», promulgadas y publicadas, aunque no necesariamente vigentes (11). La LOTC regula el control de normas en su título II, a través de los que denomina «procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», expresando que por medio de estos procedimientos, «el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados» (art. 27.1 LOTC). La Constitución ha previsto dos procedimientos básicos: el control por vía de acción, directo, o «abstracto», denominado «recurso de inconstitucionalidad» (12), y el control incidental, o «concreto», denominado «cuestión de inconstitucionalidad» (13). El control preventivo, o previo, tras la derogación del llamado «recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas» (14), ha quedado reducido hoy al control previo de los Tratados Internacionales (15).

---

(10) S 4/81, FJ 3 (JC I, 31, 43).

(11) S 5/81, FJ 6 (JC I, 62, 72).

(12) Así, el Proyecto de LOAPA preveía que esta Ley no entrase en vigor sino cinco meses después de su publicación, con la intención de que su previsible control por el TC se produjese antes de su entrada en vigor; ello resultaría, a la postre, irrelevante, desde el momento en que el proyecto fué impugnado a través del recurso previo de inconstitucionalidad.

(13) Art. 161.1.a CE y arts. 31-34 LOTC.

(14) Art. 163 CE y arts. 35-37 LOTC.

(15) Vid *supra* n. 7.

### 1.2.1. *El control directo, o «abstracto»: el «recurso de inconstitucionalidad».*

El control directo de la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley sólo puede tener lugar a iniciativa de los órganos y fracciones de órganos taxativamente enumerados en la Constitución: De una parte, el Presidente del Gobierno (16), el Defensor del Pueblo (17), cincuenta Diputados y cincuenta Senadores (18), todos ellos órganos del poder central del Estado y, de otra parte, los órganos ejecutivos y legislativos de las «Comunidades Autónomas» (19). La LOTC ha venido, con todo, a efectuar dos interesantes delimitaciones de la legitimación de las Comunidades Autónomas. En primer lugar, éstas sólo pueden instar el control de leyes del Estado, no de otras Comunidades Autónomas y, en segundo lugar, es preciso que dichas leyes «pueden afectar a su propio ámbito de autonomía» (20). Conviene destacar asimismo que la LOTC ha fijado un límite temporal general de tres meses, a partir de la publicación de la Ley, para la formulación de cualquier recurso de inconstitucionalidad (21). Transcurrido este plazo, el control de normas sólo puede tener lugar a través de la «cuestión de inconstitucionalidad» o, excepcionalmente, a partir de un «recurso de amparo constitucional» o de un «conflicto de competencias» (22). Si bien la LOTC establece una

---

(16) Art. 95.2 CE y art. 78 LOTC.

(17) La legitimación del Presidente del Gobierno se ha utilizado, invariablemente, frente a leyes de las Comunidades Autónomas: Así, en 24 de las 50 sentencias recaídas en recursos de inconstitucionalidad. En el modelo español no existe un específico «conflicto de competencia legislativa»: Los conflictos de este contenido se resuelven a través del «recurso de inconstitucionalidad».

(18) De los recursos interpuesto por el Defensor del Pueblo, el Tribunal ha dictado ya sentencia en tres de ellos.

(19) Cfr. S 42/85, FJ 2 (JC XI, 409, 414)

(20) Art. 162.1.a CE.

(21) Art. 32.2 LOTC. Cfr. S 25/81, FJ 3 (JC II, 122, 132).

(22) Art. 33 LOTC. Cfr. D T.ª 2ª LOTC.

(23) El amparo puede ser otorgado a un particular aún en el supuesto de que el acto o la disposición impugnados sean aplicación de una Ley. Pero la apreciación de la invalidez de la Ley por la Sala del TC que conoce del amparo sólo tiene efectos «inter partes». Para estos supuestos el art. 55.2 LOTC dispone que, una vez otorgado el amparo, la Sala «elevará la cuestión al Pleno, ante el que se sustanciará el correspondiente recurso de inconstitucionalidad. Tal fue el caso de la S 34/81 (JC I, 257), como consecuencia de la sentencia 10/81 (JC I, 160) recaída en recurso de amparo. El Pleno tiende a recabar a su conocimiento recursos de amparo en los que está implicada de forma inmediata la constitucionalidad de una ley, aun cuando no sea ésta «postconstitucional»: Así, característicamente, las sentencias 5, 10, 16, 20, 28, 29 y 30 todas ellas de 1981, y todas ellas condicionadas por la constitucionalidad del art. 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, anterior a la Constitución.

tramitación bastante rápida de éste como de los demás procesos constitucionales (Art. 34 LOTC), la duración media de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad ha ido elevándose desde doce meses en 1983 dos años y medio en 1986 (25).

### 1.2.2. *El control incidental o «concreto»: la «cuestión de inconstitucionalidad».*

Consecuencia necesaria del sistema de jurisdicción constitucional concentrada es que los jueces y tribunales integrantes de la jurisdicción ordinaria no pueden dejar de aplicar una norma con fuerza de ley por entenderla contraria a la Constitución. Para el supuesto de que «un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución», ésta prevé que dicho órgano judicial plantee «la cuestión ante el Tribunal Constitucional» (26).

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar las condiciones bajo las cuales un órgano judicial puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad, función a través de la cual el TC aparece no sólo como defensor

---

Por su parte, el art. 67 LOTC dispone que, si planteado un conflicto de competencia entre el Estado o una Comunidad Autónoma, o entre Comunidades Autónomas, «la competencia controvertida hubiese sido atribuida por una ley... el conflicto se tramitará... en forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad». Hasta el presente no se ha producido caso alguno en el que, en cumplimiento de este precepto, un conflicto de competencia pasara a tramitarse como recurso de inconstitucionalidad. Sí se ha dado, por el contrario, el caso de que en un conflicto de competencias el TC examinase incidentalmente la validez de una Ley, pero sin apreciar la inconstitucionalidad de la misma: S 39/82 (JC III, 474).

(24) Cfr. «Memoria», *cit.* En particular, el TC ha interpretado que el plazo de diez o, en su caso, treinta días fijado por el art. 34.2 LOTC para dictar sentencia sólo corre a partir del momento en que el TC señala fecha para la deliberación y fallo. F. Rubio Llorente. «Das spanische Verfassungsgericht, en Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in westeuropäischen Ländern», 1986.

(25) Art. 163 CE; arts. 35, 36 y 37 LOTC.

(26) S 17/81, FJ 1 (JC II, 13, 23). Como dice el TC en este mismo lugar, «la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución». Junto al FJ 1 de esta sentencia, cfr. sobre la cuestión de inconstitucionalidad las consideraciones del TC en las sentencias 103/83, FJ 1 (JC VII, 276, 287-8) y 67/85, FJ 1 (JC XII, 74, 86).



de la Constitución, sino también de la ley (27). Las dos condiciones sustanciales son que la validez o invalidez de la norma condicione el sentido del fallo a dictar y que el propio juez albergue dudas en relación con la constitucionalidad de dicha norma. La primera de las condiciones supone una delimitación importante del objeto del control, siendo frecuentes los casos en que el Tribunal ha declarado no haber lugar a pronunciarse por no existir la necesaria «relevancia»; en este sentido, el TC controla como condición procesal, no sólo el que el juez o tribunal «a quo» haya efectuado el «juicio de relevancia», sino la propia consistencia de dicho juicio (28). La segunda condición sustantiva es que le órgano judicial «considere» que la norma «puede ser contraria a la Constitución»; ello ha sido interpretado por el TC en el sentido de que ni exige del juez «a quo» una «afirmación de inconstitucionalidad» ni es tampoco suficiente el que una alegación de inconstitucionalidad no le parezca «manifiestamente infundada». Para el TC, la Constitución permite el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios» (29).

Tras unos primeros años en los que fueron muy escasas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, éstas han aumentado notoriamente a partir de 1985, si bien muchas de ellas coinciden en el precepto cuya constitucionalidad plantean (30). Ello ha suscitado al TC una dificultad de índole práctica: Dado que hay algunos preceptos legales sobre los cuales casi todas las semanas ingresa en el TC alguna cuestión de inconstitucionalidad la solución que hasta ahora se seguía de *acumulación* de la cuestión posterior a la anterior, al obligar a reiniciar cada vez la tramitación de la cuestión, hace que dicha tramitación no

---

(27) Cfr. últimamente, S 106/86 (BOE 13.8.86).

(28) S 17/81, loc. cit.

(29) Así, mientras en 1984 sólo eran todavía 14 las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en ese año, en 1985 se pasaba a 103, siendo 60 las planteadas en la sola primera mitad de 1986. Hasta dicho momento se habían planteado un total de 217 cuestiones de inconstitucionalidad, encontrándose pendientes de resolución 116 de ellas. Cfr. «Memoria» *cit.*

(30) Cfr. Auto 489/85, FJ único (JC XII, 1481, 1482). En este sentido, el Presidente del TC ha sugerido recientemente, con ocasión del 6.º Aniversario del TC, la posibilidad de que se arbitre legalmente una fórmula que permita que «una vez conocida la admisión de una primera cuestión sobre determinada norma» (se suspenda) la tramitación de los procesos que ante (los tribunales ordinarios) penden y en los cuales se de a su entender identidad de elementos con la cuestión ya admitida por este Tribunal»

concluya nunca. De ahí que a partir de mediados de 1985 se haya optado por la fórmula de «suspender la tramitación» de las cuestiones posteriores a la espera de que recaiga sentencia en la anterior o en las anteriores hasta entonces acumuladas <sup>(31)</sup>.

### 1.2.3. *El control previo de constitucionalidad.*

Una vez derogado el «recurso previo de inconstitucionalidad», el modelo español no conoce más excepción al control represivo o sucesivo que la expresamente prevista en la Constitución para los tratados internacionales.

#### 1.2.3.1. *La declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales.*

En estrecha vinculación con la posibilidad de que la celebración de un Tratado internacional, en virtud de su contenido, exiga una previa revisión de la Constitución (Art. 95. 1 CE), ésta ha previsto el que el Gobierno de la Nación o cualquiera de las cámaras que integran las Cortes Generales puedan «requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no» contradicción entre la Constitución y un determinado Tratado internacional (Art. 95.2 CE). La facultad de solicitar este pronunciamiento es, pues, bastante más resringida que la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad. Es de notar que, aunque la declaración del Tribunal Constitucional vincula a los poderes del Estado (Art. 78.2 LOTC), este dictámen previo no excluye la posibilidad de un control sucesivo o represivo a través del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad (Art. 27.2 LOTC). Hasta el momento no se ha solicitado del TC ninguna declaración previa sobre la constitucionalidad de un Tratado.

#### 1.2.3.2. *El derogado «recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas».*

Esta modalidad de control preventivo fué introducida por la LOTC haciéndose un uso discutido del art. 161. 1 d. CE, que, como se ha señalado, permite

---

<sup>(31)</sup> Cfr. J. Pérez Royo, «Crónica de un error: El recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas». REDC, 17 (1986).

que el TC conozca, aparte de las materias previstas por la Constitución, de aquellas que le sean atribuidas por «las leyes orgánicas» (32). Se trataba de un control limitado en su objeto, por cuanto sólo cabía frente a proyectos de Estatutos de Autonomía o de leyes orgánicas, con una regulación de la legitimación y de la sustanciación idénticas a la del recurso de inconstitucionalidad y sin que la Sentencia recaída en el mismo pudiera en ningún caso impedir un control represivo o sucesivo (Art. 79 LOTC).

Este recurso previo llegó a ser utilizado en relación con siete proyectos de leyes orgánicas, nunca en relación con un proyecto de Estatuto de Autonomía, adquiriendo una notable relevancia política durante la primera mitad de la 2.ª Legislatura de las Cortes Generales, cuando la oposición conservadora hizo uso del mismo en relación con algunos proyectos de leyes orgánicas de particular importancia, cuya entrada en vigor quedaba así pospuesta al pronunciamiento del TC (33). A fines de 1984, las Cortes Generales aprobaron la modificación de la LOTC en virtud de la cual quedaba derogado el recurso previo; dado, sin embargo, que esta derogación fué impugnada ante el TC a través precisamente de un recurso previo, la misma no fué efectiva hasta junio de 1985 (34).

### 1.3. *Ambito y objeto del control de constitucionalidad.*

Objeto del control de constitucionalidad, en cualquiera de los procedimientos, son las leyes y las disposiciones normativas con fuerza de ley. En particular, el Art. 27.2 LOTC establece como normas susceptibles de una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional:

---

(32) Sin duda las dos sentencias con mayor repercusión dictadas por el TC a través del recurso previo fueron la S 76/83, sobre el proyecto de «Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico» (LOAPA) (JC VI, 469), y la S 53/85, sobre el proyecto de ley que despenalizó algunos supuestos de interrupción del embarazo (JC XI, 546), a las que cabe unir-la S 77/85 sobre el proyecto de «Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación» (LODE) (JC XII, 187). Las otras cuatro sentencias fueron, por orden cronológico, la S 38/83 sobre el proyecto de ley orgánica modificadora de la Ley de Elecciones Locales (JC VI, 49; cfr. auto 120/83, JC V, 779), la S 72/84 sobre el proyecto de Ley Orgánica de incompatibilidades de Diputados y Senadores (JC IX, 214) la S 66/85 sobre la proposición de Ley Orgánica derogadora del recurso previo (JC XII, 58) y, finalmente, la S 98/85, sobre el proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical (JC XII, 479).

(33) Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio.

(34) Las dos únicas sentencias en las que se ha enjuiciado un Estatuto de Autonomía conciernen al de Castilla y León: S 89/84 (JC X, 9) y S 99/86 (BOE 23.7.86, p. 14). En ambos casos la sentencia ha sido desestimatoria.

- a) Los Estatutos de Autonomía <sup>(35)</sup> y las demás Leyes orgánicas <sup>(36)</sup>.
- b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley <sup>(37)</sup>.
- c) Los Tratados Internacionales.
- d) Los Reglamentos de las Cortes Generales y de cada una de sus dos Cámaras (Congreso de los Diputados y Senado).
- e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas <sup>(38)</sup>.
- f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

En todos estos casos se trata de un control concentrado, sin otra excepción que las normas con fuerza de ley dictadas por el Ejecutivo, ya sea del Estado («decreto legislativo»), ya sea de una Comunidad Autónoma en virtud de una delegación legislativa concreta y específica; dichas normas son controlables también por la jurisdicción ordinaria <sup>(39)</sup>.

En el modelo español no existe un control concentrado de la potestad reglamentaria, es decir, de las disposiciones normativas de fuerza inferior a la de la ley, emanadas tanto del poder ejecutivo central como del poder ejecutivo de las Comunidades Autónomas. La jurisdicción ordinaria puede dejar de aplicar una disposición reglamentaria cuando la considere contraria a la ley, o a la Consti-

---

<sup>(35)</sup> Además de los siete supuestos de control previo de proyectos de leyes orgánicas, ya citadas, el TC ha dictado sentencia en relación con tres leyes orgánicas: S 5/81 (JC I, 62), S 25/81 (JC II, 122) y S 108/86 (BOE 13.8.86, pág. 8); en la segunda de ellas, sin embargo, el TC no llega a entrar en el fondo.

<sup>(36)</sup> En 68 sentencias dictadas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad el control ha recaído sobre leyes o Decretos-Leyes del Estado, bien a través de una cuestión de inconstitucionalidad (hasta ahora referidos siempre a leyes del Estado), bien a través de un recurso de inconstitucionalidad a iniciativa de una Comunidad Autónoma (11 sentencias) de la oposición parlamentaria (19 sentencias) o del Defensor del Pueblo (3 sentencias).

<sup>(37)</sup> Un total de 24 sentencias han recaído hasta ahora sobre Leyes de Comunidades Autónomas, siempre a iniciativa del Presidente del Gobierno central.

<sup>(38)</sup> Art. 82.6 CE y art. 27.2 LOTC. Vid S 51/82 (JC IV, 109, 115) confirmando el no «monopolio de rechazo» por parte del TC en el supuesto de los decretos legislativos.

<sup>(39)</sup> S 83/84, FJ 5 (JC IX, 355, 370).

<sup>(40)</sup> Cfr. G. Fernández Farreres, REDC 12 (1984), 105 ss.

tución, sin que sea, en principio, competencia del TC controlar la validez de los reglamentos (40). Ahora bien, a través de los «conflictos de competencia», el TC puede ser llamado a declarar si el Estado, o una Comunidad Autónoma, al dictar una determinada disposición reglamentaria, ha actuado o no dentro del ámbito de sus propias competencias; en directa conexión con esta facultad, el Art. 66 LOTC dispone que el TC acuerde la *anulación* de la disposición dictada excediendo la correspondiente competencia, con efectos sin duda *erga omnes* (41).

El Tribunal Constitucional ha tenido pronto ocasión de declarar que objeto del control es el *precepto*, y no la norma: Así, con ocasión del control de un Decreto-Ley anterior a la Constitución, que regulaba el derecho de huelga, y frente a la alegación del Abogado del Estado de que el régimen normativo vigente de este derecho fundamental no resultaba estrictamente de dicho Decreto-Ley sino de un conjunto normativo bastante más amplio en el que vendrían a incluirse otras normas, señaladamente los acuerdos de la O.I.T., el TC declara que «el recurso de inconstitucionalidad no lo establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como una impugnación dirigida contra un bloque o una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico, de suerte que para decidir la legitimidad constitucional hay que enjuiciar los criterios de aplicación del Derecho. La función del recurso es más modesta, pero más clara. Se trata de enjuiciar, exclusivamente, los textos legales y las fórmulas legislativas que no se encuentran expresamente derogados». Y termina diciendo: «Si se admite la distinción entre la norma como mandato y el texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero» (42).

En múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional ha tenido que subrayar, frente a diversas pretensiones de las partes, que el objeto del control es el precepto y no sus posibles *aplicaciones* contrarias a derecho; no es misión del TC

---

(41) S 11/81, FJ 4 (JC I, 174, 186). No obstante, esta doctrina debe ser relativizada por el recurso a las sentencias «interpretativas». Vid. infra. 2.2.

(42) Así, en la S 58/82 (FJ 2, JC IV, 200, 219) se puede leer: «...la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues aunque el Estado de Derecho tiende hacia la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso».

actuar preventivamente declarando ilegítimas determinadas aplicaciones del precepto por parte de los poderes encargados de aplicarlo (43).

En principio, no es misión del Tribunal Constitucional pronunciarse a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad sobre la validez del Derecho *derogado*. No obstante, ha habido ocasiones aisladas en las que el TC se ha considerado competente para conocer de la validez de preceptos derogados. Así, en la primera de las cuestiones de inconstitucionalidad de las que ha conocido el TC, éste reconoce que aunque el «interés principal» en dicho proceso ha desaparecido por tratarse de un precepto derogado, el hecho de que dicho precepto sea aplicable y relevante en el proceso ante el Tribunal «a quo», es suficiente, a juicio del TC, para pronunciarse acerca de si dicho precepto habría perdido o no vigencia tras la Constitución (44). De forma parecida, el TC ha entrado a conocer de la legitimidad constitucional de Decretos-Leyes ya derogados por las correspondientes Leyes aprobadas por las Cortes Generales. Así, en la Sentencia 111/83 sobre el Decreto-Ley de expropiación del *holding* «RUMASA», el TC considera procedente el control del citado Decreto-Ley, a pesar de que ya ha sido sustituido por una Ley, «en defensa de la Constitución», es decir «para velar por la recta utilización del instrumento previsto para los casos que señala el Art. 86.1 de la Constitución»; la finalidad, por tanto, de este proceso no sería tanto el control del precepto cuanto el control de la conducta del Gobierno al dictar dicha disposición normativa (45).

En relación con el control del Derecho «preconstitucional», en el primer proceso de declaración de inconstitucionalidad se planteó el problema de si cabía solicitar del TC un pronunciamiento sobre si un determinado precepto había quedado derogado por la Constitución o si, por el contrario, el TC, en cuanto juez

---

(43) S 14/81, FJ 4 y 5 (JC I, 233, 239-240). Esta sentencia vino acompañada de un voto particular de los magistrados que estimaron no ser competencia del TC la colaboración con el poder judicial en la tarea de administrar justicia, cual sería el sentido de dicha sentencia (ibid. p. 242).

(44) S 111/83, FJ 3 (JC VII, 361, 392). No obstante, con ocasión del control de otro Decreto-Ley ya derogado el TC ha hecho recientemente un pronunciamiento que convierte en un dato irrelevante la cuestión de si en el momento de dictar sentencia el precepto sometido a control se encuentra o no todavía vigente. «Es la pureza misma del ordenamiento jurídico la que se ventila en esta sede jurisdiccional, y ello ha de decidirse en términos de validez o invalidez *ex origine* de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo constitucional» (S 60/86, FJ 1, BOE 13.6.86, pp. 12-17).

(45) S 4/81, FJ 1 (JC I, 31-39). Esta doctrina se vería definitivamente respaldada poco después por la S 11/81, FJ 2 (JC I, 174, 183-184).

de la constitucionalidad, no estaba llamado a hacer apreciaciones sobre derogación, al alcance de cualquier órgano judicial. Para el TC, en las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución se acumula un supuesto de *derogación* y un supuesto de inconstitucionalidad «sobrevenida»: «La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior — criterio jerárquico — y posterior — criterio temporal —. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar — de una parte — a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y — de otra — a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación (46). De ahí el que, el TC, sin perjuicio de la facultad de cualquier órgano judicial de apreciar la derogación del Derecho preconstitucional en virtud del principio «lex posterior», haya estimado desde el principio su propia capacidad para conocer de la «inconstitucionalidad y derogación» del Derecho preconstitucional contrario a la Constitución (47).

Por lo demás, el TC ha tenido ocasión de declarar la posibilidad de someter a un control de constitucionalidad algunos elementos específicos integrantes de un texto normativo, cuales pueden ser el Preámbulo o exposición de motivos de una Ley (48), o una «Sección» o previsión de gasto contenida en los Presupuestos Generales del Estado (49).

Finalmente conviene señalar cómo ni la Constitución ni la LOTC prevén una declaración de inconstitucionalidad por omisión, basada en una omisión normativa por parte del legislador. En este sentido el TC ha sido claro al señalar que «la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dichas normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace» (50). El TC, sin embargo, no ha llegado a afectar ninguna declaración de este tipo.

---

(46) Trece sentencias han recaído sobre derecho preconstitucional, en casi todos los casos a través de cuestiones de inconstitucionalidad: S 4/81, 11/81, 17/81, 34/81, 54/83, 75/83, 83/83, 103 y 104/83, 83/84, 21/85, 178/85 y 94/86.

(47) S 38/81, FJ 7 (JC II, 280, 291-2).

(48) S 20/85 y 26/85 (JC XI, 190 y 258). Con referencia expresa a este extremo, S 63/86, FJ 5 (BOE 17.6.86, pp. 1-9).

(49) S 24/82, FJ 3 (JC III, 295, 313).

(50) S 17/81, FJ 1, JC II, 13-23).

#### 1.4. *Parámetros del control*

La norma cuya supramacia la jurisdicción constitucional está llamada a garantizar es la Constitución de 29 de diciembre de 1978. Si el Tribunal Constitucional se define a sí mismo como «defensor de la Constitución» (51), si la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo define como «intérprete supremo de la Constitución» (Art. 1.º), es porque el parámetro último de cualquier control de normas es siempre la Constitución, quedando excluida así la validez de cualquier precepto en contradicción con la Constitución. Con independencia de ello, el parámetro respecto del cual el TC controla la validez de un determinado precepto puede venir integrado por un bloque normativo más amplio que la norma constitucional, del mismo modo que puede ocurrir que en un determinado proceso constitucional sólo se efectúe el control respecto de un determinado precepto constitucional, sin prejuzgar la validez del mismo precepto legal contrastado con otro precepto constitucional.

Comenzando, sin embargo, por la Constitución misma, en cuanto parámetro del control, conviene subrayar cómo para el Tribunal Constitucional la fuerza vinculante de la Constitución, y su consiguiente carácter de parámetro, se extiende a toda ella, sin posibilidad de distinguir dentro de la misma unos contenidos «preceptivos» y otros «programáticos». Así, en la S 80/82 puede leerse: «Que la Constitución es precisamente éso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente indicativo, esto es, desde su entrada en vigor» (52). Únicamente en lo concerniente a los Arts. 39 a 52 CE, integrantes de los «Principios rectores de la política social y económica», el TC ha señalado que el «valor de la Constitución como norma... necesita ser modulado... en los términos del Art. 53.3 de la CE» (53).

Así, cabe citar, por vía de ejemplo, cómo el TC ha contrastado la legislación preconstitucional del régimen local con el principio constitucional de «autono-

---

(51) FJ 1, JC IV, 519, 523.

(52) Loc. cit. Dicho precepto establece que dichos principios «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan».

(53) S 4/81, JC I, 31.



mía» reconocido a los municipios en el Art. 140 CE, declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de diversos preceptos de dicho régimen local a partir de su contraste directo con dicho principio de «autonomía» local (54).

En ocasiones, el parámetro puede consistir, en relación con los derechos fundamentales, en el «contenido esencial» de éstos, que debe ser respetado por el legislador en la regulación de los mismos (Art. 53.1 CE). Así, paradigmáticamente, en la S 11/81 el TC contrasta los distintos artículos del Decreto-Ley regulador del derecho de huelga con el «contenido esencial» de dicho derecho (55).

En otros casos, de forma parecida, el Tribunal Constitucional se sirve del precepto de garantía constitucional o institucional, como medida del parámetro de control. Así, en la S 32/81, los diversos artículos impugnados de la Ley de Cataluña sobre las Diputaciones Provinciales son contrastados con la «autonomía provincial» reconocida en el Art. 141 CE concebida como garantía institucional (56).

El Tribunal Constitucional no se ha servido de parámetros que pudieran ser considerados *superiores* a la propia Constitución, como sería, señaladamente, el Derecho natural. A este respecto sólo cabe señalar cómo en la S 53/85, sobre el proyecto de ley orgánica de despenalización del aborto, aparece el concepto de «sistema de valores», siendo la «vida humana» caracterizada como «valor superior del ordenamiento jurídico constitucional»; ello conduce a un voto particular en el que se considera que el TC ha operado en esta ocasión, no con «categorías propias del Derecho... sino con las de la ética (57).

Con frecuencia la validez o invalidez del precepto sometido a control no resulta del contraste de éste con la Constitución, sino del contraste con un bloque normativo más amplio al que el TC designa como «bloque de la constitucionalidad» (58). La razón de ser fundamental de este «parámetro ampliado» es el particular sistema a través del cual ha quedado fijada en el ordenamiento constitucional español la distribución de competencias (legislativas, por lo que ahora

---

(54) FJ 13 y ss., JC I, 174, 197 ss.

(55) FJ 4 y ss., JC II, 225, 235 ss.

(56) FJ 3 Y 4, Voto particular del Magistrado Rubio Llorente (JC XI, 546, 573, 591).

(57) De forma explícita el término aparece a partir de la S 10/82, FJ 2 (JC III, 128, 139). En la S 66/85, FJ 1 y 4 (JC XII, 58, 71 y 73) se desautorizan algunos equívocos en relación al concepto, sostenidos por los recurrentes.

(58) FJ 4, JC VI, 469, 564-565.

importa) entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto: la distribución de competencias entre el Estado y cada Comunidad Autónoma no resulta de modo uniforme y exclusivo de la Constitución, sino de la suma de la Constitución y de cada Estatuto de Autonomía, en relación con cada Comunidad Autónoma. De ahí que la constitucionalidad «competencial» de una ley (del Estado o de una Comunidad Autónoma) no resulta sino del parámetro combinado de la Constitución y del respectivo Estatuto de Autonomía.

Más allá de estas cuestiones de constitucionalidad «competencial», las leyes de las Comunidades Autónomas pueden ser contrastadas con su respectivo Estatuto de Autonomía, su «norma institucional básica» (Art. 147.1 CE), control que, dado el carácter único del TC, sólo puede ser asumido por éste.

El «bloque de la constitucionalidad» no sólo puede quedar integrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. El Art. 28.1 LOTC establece que «para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas». La S 76/83 ha efectuado una importante precisión de estas otras leyes estatales que pueden venir a integrar el parámetro del control de una Ley de Comunidad Autónoma, al declarar que «el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria. (59).

En su Art. 28.2, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional declara que el Tribunal Constitucional «podrá declarar inconstitucionales» las disposiciones normativas no aprobadas como Leyes orgánicas que «impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido». Esta parte del precepto no ha sido interpretada nunca por el TC en el sentido de convertir a la Ley Orgánica en una categoría normativa de rango superior a la ley ordinaria y demás disposiciones normativas, susceptible de erigirse en parámetro de la validez de las mismas, con independencia de su contenido. Para el TC la inconstitucionalidad de una disposición normativa que no tenga

---

(59) S 5/81, FJ 20-25 (JC I, 62, 82 ss.); S 67/85, FJ 1, JC XI, 74, 87).

el carácter de ley orgánica no resulta de su contradicción con una ley orgánica, sino, eventualmente, del hecho de regular materias que el Art. 81.1 CE reserva a las leyes orgánicas <sup>(60)</sup>.

Finalmente, conviene señalar cómo en determinados supuestos el precepto sometido a control no es contrastado con toda la Constitución, sino sólo con un determinado precepto de la misma, consignándose así expresamente en el fallo. Parece darse a entender de este modo que la sentencia no prejuzga cual pudiera ser el fallo del Tribunal en el supuesto de un contraste con otro precepto constitucional <sup>(61)</sup>.

## 2. Contenido de las sentencias

A la hora de tipificar los diversos contenidos de las decisiones recaídas en las Sentencias dictadas por el TC en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad conviene comenzar refiriéndose a aquéllos de contenido puramente procesal, antes de ocuparse de aquéllos que entran en el fondo del asunto.

En el caso de los recursos de inconstitucionalidad, sólo dos de las cincuenta sentencias dictadas no entran en el fondo del asunto. En ambos casos se trata de supuestos en los que aparecen defectos en la legitimación. Así, en la S 25/81 el TC acuerda «desestimar el recurso promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre», es decir, la Ley más conocida como «Ley antiterrorista». En esta ocasión, el TC se atuvo a lo establecido en el art. 31.2. LOTC, declarando que «La Ley..., por su contenido y ámbito nacionales, no afecta específicamente a la autonomía de las Comunidades Autónomas en cuanto tales, y consecuentemente su posible inconstitucionalidad sólo podría ser planteada directamente por los legitimados por el Art. 32.1 de la LOTC» <sup>(62)</sup>. El otro supuesto es el de la S 42/85, en la que el TC «declara inadmisibile el presente recurso» al no aceptar la posibilidad de que un número de

---

<sup>(60)</sup> El supuesto más característico es el de las sentencias 21 y 22/86 en las que el mismo precepto, en sendas cuestiones de inconstitucionalidad, es contrastado, en la primera de las sentencias con los arts. 24 y 117.3 CE y en la segunda con el art. 81.1 CE (BOE 5.3.86, pp. 23 y 25). Ver también S 25/84 (JC VIII, 301) y S 18/86 (BOE 5.3.86, p. 16).

<sup>(61)</sup> FJ 5 (JC II, 122, 136).

<sup>(62)</sup> JC XI, 409.

cincuenta Diputados o cincuenta Senadores pueda delegar *genéricamente* en un comisionado la facultad de impugnar cualquier ley a través del recurso de inconstitucionalidad (63).

Por lo que hace a las cuestiones de inconstitucionalidad, en ocho de las treinta y seis Sentencias recaídas no se ha entrado en el fondo del asunto. Ello se ha producido, bien por apreciar el TC «falta de relevancia» en la cuestión planteada, bien por apreciar la desaparición del objeto del proceso. La apreciación por el TC de que el fallo en el proceso *a quo* no depende de la validez del precepto cuestionado, o falta de relevancia, puede tener lugar, y ello puede considerarse lo normal, en trámite de admisión (Art. 37.1 LOTC); no obstante, dicha apreciación también puede tener lugar, y así ha ocurrido en cuatro ocasiones, por medio de Sentencia (64). En cuanto a la posible desaparición del objeto de la cuestión al haberse pronunciado el TC, en una sentencia anterior sobre la validez o invalidez de la norma cuestionada, dicha desaparición ha sido apreciada por el TC, hasta el presente, solamente en supuestos de declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad (65).

### 2.1. *Los tipos simples o extremos*

Cabe considerar, siguiendo la terminología propuesta en el cuestionario, como tipos simples o extremos el de aquellas sentencias que proclaman ya sea la validez, ya sea la invalidez de todo un precepto, sin operar modificación alguna en su texto ni someterlo a condición interpretativa alguna. Cuando el TC no apre-

---

(63) S 17/81 (JC II, 13); S 26/84 (JC VIII, 312); S 37/86 (BOE 9.4.86, p. 3); S 106/86 (BOE 13.8.86, p. 8).

(64) S 169, 170 y 171/85, en relación con la S 151/85, que declaró nulo el art. 709.2 del Código de Justicia Militar. No obstante, en un supuesto similar producido en el año 1983 entre las sentencias 103 y 104 de dicho año (JC VII, 276 y 298), el TC opta por volver a reproducir literalmente los Fundamentos Jurídicos de la sentencia anterior, y «estimar» en el fallo la cuestión planteada, con expresa remisión a la anterior sentencia. Cuando se trata de un fallo desestimatorio o declaratorio de constitucionalidad el TC ha preferido reiterar su pronunciamiento; tal ha sido al menos el caso en el único supuesto planteado, el de las sentencias 41 y 51/83 (JC VI, 77 y 204) respecto de la S 6/83 (JC V, 69). Una solución atípica, que anuncia quizá la que se adopta a partir de la S 169/85 citada, es la de la S 150/85 (BOE 26.11.85, p. 36), donde la declaración de haber desaparecido el objeto de la cuestión, por previa declaración de nulidad, se hace en el FJ último, al que se remite el fallo «desestimatorio». Por lo demás, esta sentencia tiene, a este respecto, un carácter mixto, por cuanto respecto del otro precepto cuestionado se aprecia falta de relevancia.

(65) Así, por ejemplo, en la S 75/83.

cia inconstitucionalidad se limita a «desestimar» el recurso o, con frecuencia, en el caso de las cuestiones de inconstitucionalidad a declarar «no haber lugar a decretar la inconstitucionalidad» (66). Cuando el TC estima la inconstitucionalidad de un precepto declara por imperativo de la LOTC, su *nulidad* (67), si bien en el caso del control del derecho preconstitucional hace una declaración suplementaria de *derogación* (68). Por el contrario, cuando se trataba del control de proyectos de leyes orgánicas a través del recurso previo de inconstitucionalidad, las sentencias estimatorias se limitaron lógicamente a declarar la inconstitucionalidad (69).

## 2.2. Los tipos intermedios

Junto a las sentencias que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad *incondicional* de un precepto, podemos incluir, entre los «tipos intermedios», en primer lugar, el de aquéllas sentencias que se pronuncian, no sobre la validez o invalidez de un precepto sino sobre su *aplicación* a una determinada parte del territorio estatal (70); en segundo lugar, el de las sentencias que *modifican*, por una o otra vía, el precepto; y, en tercer lugar, el de aquéllas sentencias que, desestimando la inconstitucionalidad del precepto, condicionan su validez a una determinada interpretación de su contenido o mandato normativo. Lo que no existe en nuestro modelo de control de normas son declaraciones de

---

(66) Art. 39.1 LOTC: «Cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...».

(67) Así, p. ej. en la S 4/81 (JC I, 31).

(68) Así, p. ej. en la S 72/84 (JC IX, 214, 236). Cuando, en relación con el proyecto de LOAPA el TC apreció la inconstitucionalidad de su carácter tanto de Ley orgánica como de Ley de armonización utilizó la fórmula: «a) Que el Proyecto de LOAPA no puede promulgarse como Ley Orgánica...  
b) Que... no puede promulgarse como Ley armonizadora».

(69) Más exactamente, en este último supuesto: Que la Ley de la Comunidad Autónoma sea, en su ámbito territorial, de aplicación *preferente*, siendo la Ley del Estado sólo de aplicación *supletoria* (art. 149.3, inciso 3.º CE).

(70) Vid supra nota 66. Aún tratándose de un supuesto diferente (control de un precepto preconstitucional declarado contrario a la Constitución), puede apreciarse una limitación de los efectos de dicha declaración, que recuerda a las declaraciones de sola inconstitucionalidad del derecho comparado, en la S 83/84 (JC IX, 355) sobre farmacias.

inconstitucionalidad sin declaración de nulidad del precepto; el TC ha logrado hasta el momento evitar la necesidad de pronunciamientos de este tipo.

### 2.2.1. *Sentencias sobre el ámbito territorial de aplicación.*

Características del modelo español de control de normas son las sentencias que declaran la vigencia territorial limitada de una ley o precepto estatal como consecuencia de un control de constitucionalidad *competencial*. Dado, en efecto, que las competencias (legislativas, por lo que ahora importa) de las Comunidades Autónomas no son uniformes, es perfectamente posible que una Ley del Estado, siendo de aplicación al territorio correspondiente a unas Comunidades Autónomas, no lo sea al correspondiente a otras, por pertenecer a éstas la competencia legislativa en la materia en cuestión (71). De ahí que el eventual recurso de inconstitucionalidad planteado por una Comunidad autónoma pueda dar lugar a una declaración, no de invalidez del precepto, sino de su aplicación al ámbito territorial correspondiente a determinada o determinadas Comunidades Autónomas. Esta peculiaridad, que quizá se hubiese adecuado mejor a un específico «conflicto de competencia legislativa», no ha dado lugar, hasta el momento, a un gran número de sentencias con este contenido. Ello ha sido debido, en primer lugar, a que no han sido muchas las sentencias recaídas en control de leyes del Estado por inconstitucionalidad competencial (72). Y en segundo lugar, porque la mayoría de éstas, o bien desestiman el recurso, o lo estiman con carácter territorialmente general, es decir, declaran la nulidad del precepto. De hecho, son sólo tres las sentencias en las que se encuentran declaraciones de este tipo: la sentencia 35/84, en la que se declara la inconstitucionalidad «en todo lo que se refiere a las Islas Canarias» de un Decreto-Ley derogatorio de una exacción sobre gasolinas (73); la sentencia 179/85, en la que se declara no ser de aplicación al País Vasco ni a Cataluña un artículo de una Ley de Haciendas Locales

---

(71) S 84/82, 76/83, 35/84, 49/84, 98/85, 144/85, 179/85, 18/86, 29/86, 63/86 y 99/86.

(72) JC VIII, 412. El fallo de esta sentencia, sin embargo, utiliza, de forma que parece discutible, el verbo «anular».

(73) BOE de 15.12.85, p. 32. En la sentencia 18/86 (BOE 5.3.86, p. 16) la oposición parlamentaria impugna la extensión a Canarias de la vigencia de esta misma Ley, siendo, sin embargo, desestimado el recurso.

así como la inconstitucionalidad de la atribución de una competencia de inspección estatal en Cataluña <sup>(74)</sup>; y la sentencia 29/86, que declara no ser de aplicación en Galicia un precepto de un Decreto-Ley sobre reconversión industrial <sup>(75)</sup>.

### 2.2.2. Sentencias de inconstitucionalidad parcial.

La forma más evidente a través de la cual el Tribunal Constitucional *modifica* un precepto, y, lógicamente, el mandato o contenido normativo del mismo, es la de introducir o suprimir determinados incisos en el texto del mismo. Es claro que el precepto queda igualmente modificado, y consiguientemente la norma, tanto mediante la supresión de un inciso como mediante su incorporación. Esta actividad «manipuladora» del precepto es distinta a la de su declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad. Es igualmente claro que la supresión de un inciso puede tener una virtualidad transformadora de un precepto mucho más intensa que la incorporación de un inciso. No obstante, el TC ha interpretado desde el primer momento que su facultad de apreciar la inconstitucionalidad de un precepto cubre, posiblemente a partir de un razonamiento «a maiore ad minus», la de declarar la inconstitucionalidad de «parte» del precepto. Los supuestos de supresión de incisos o partes de un precepto son abundantes <sup>(76)</sup>, pero quizá uno de los más expresivos sea el operado en el Art. 160.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en la regulación de la pensión de viudedad. Así donde dicho precepto hasta entonces decía:

«Tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio... la viuda, cuando al fallecimiento del cónyuge, se den los requisitos siguientes...»,

---

<sup>(74)</sup> BOE de 21.3.86, p. 10.

<sup>(75)</sup> Vid. sentencias 11/81, 34/81, 36/81, 51/82, 64/82, 71/82, 76/82, 3/83, 103/83, 20/85, 26/85, 27/85, 46/85, 72/85, 87/85, 63/86, 82/86, 83/86 y 84/86. En la S 27/85, el fallo contiene la nueva redacción de los preceptos, con los diversos incisos ya suprimidos.

<sup>(76)</sup> JC VII, 276, 292.

la S 103/83, al declarar «inconstitucional y por tanto nulo... el inciso del párrafo que dice... la viuda», opera una extensión de la pensión de viudedad a los viudos en las mismas condiciones que a las viudas (77).

Cuando, en lo que podríamos llamar el proceso de adaptación a la Constitución de un precepto, éste no puede tener lugar a través de la supresión de incisos o partes de su texto, sino que el mismo exigiría, probablemente, la incorporación de un inciso, el TC procede de diferente manera. En lugar de efectuar «adiciones» en el texto del precepto, a lo que hasta ahora no se ha sentido legitimado, procede a la formulación de «declaraciones» en relación con dichos preceptos, muy frecuentemente en la forma: «El art. ... no es (o es) inconstitucional *en cuanto*» (78). Bien es verdad que la frontera que separa las declaraciones de este tipo con las sentencias interpretativas no es siempre nítida (79), y que el TC ha utilizado en ocasiones esta fórmula cuando pudo haber recurrido a la supresión de un inciso (80), pero quizá la función más clara de estas expresiones sea la de evitar la adición de incisos. Un buen ejemplo de lo que venimos diciendo puede ser el fallo contenido en la S 5/81, sobre la, hoy ya derogada, Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (LOECE). Así, en la regulación de los «centros privados» de enseñanza la Ley preveía un «Estatuto o reglamento de régimen interior» con unos contenidos determinados (art. 34); el TC declaró respecto de los apartados 2 y 3 b de este artículo su «inconstitucionalidad y consiguiente nulidad... en cuanto se refieren a centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, pero no *en cuanto se refieren a centros privados no sostenidos con fondos públicos* (81).

### 2.2.3. Sentencias interpretativas.

La posibilidad de que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia interpretativa se suscitó prácticamente desde el primer momento, concretamente con

---

(77) Vid. sentencias 4/81, 5/81, 11/81, 54/83, 29/86.

(78) Vid., p. ej. «declaraciones» c y d del punto 2.º del fallo de la S 11/81 (JC I, 174, 217).

(79) Vid S 4/81 (JC I, 31, 58).

(80) JC I, 62, 90.

(81) *Ibid.*, p. 71.



ocasión de la impugnación de la citada LOECE. En dicha ocasión, el recurrente «alude a la posibilidad de que este Tribunal pronuncie una sentencia del tipo que él califica de «interpretativa»; que fije la interpretación que los preceptos impugnados que sería inconstitucional o, en otro caso, la interpretación conforme a la cual puedan ser considerados tales preceptos como no contrarios a la Constitución» (82). Ante esta sugerencia, el TC describe, ante todo, lo que él mismo entiende por «sentencia interpretativa»:

«aquéllas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el TC considere adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considere inadecuados» (83).

Para el Tribunal Constitucional, pues, las sentencias interpretativas son sentencias desestimatorias condicionales, es decir, sentencias que no aprecian la inconstitucionalidad del precepto controlado, si bien de forma condicionada a su *interpretación* de una determinada manera, o a su *no interpretación* de algún otro modo. La sentencia interpretativa es una sentencia *desestimatoria*, con independencia de que la declaración interpretativa tenga el sentido de vedar o de imponer una determinada interpretación.

Para el Tribunal Constitucional esa alternativa a las sentencias que declaran la validez o invalidez *incondicionadas* de un precepto, constituye «*un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso*» de que lo parece inferirse que está pensando en las que serán sentencias con *interpretación* incorporada a la parte dispositiva de la sentencia. Sin embargo, por esta vez, el TC se limita a añadir que lo que no es lícito es la pretensión de una sentencia de este tipo: los legitimados para impugnar la constitucionalidad de una ley sólo pueden solicitar del TC «el pronunciamiento sobre la adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución» (84). Con todo, el primero de los «votos particulares» que acompaña a

---

(82) *Ibid.*, p. 72

(83) *Loc. cit.*

(84) JC I, 62, 106-107.

esta sentencia concluye con un fallo en el que se incorpora una interpretación adecuada a la Constitución del «ideario educativo» de los centros privados de enseñanza (85).

La declaración de mayor alcance del TC en relación con las sentencias interpretativas es la contenida en el siguiente recurso de inconstitucionalidad, en cuya sentencia, el TC, tras declarar que el objeto del control es el texto legal, y no el mandato contenido en el mismo, afirma que ello es así sin perjuicio de la posibilidad de dictar una sentencia interpretativa:

«Lo anterior no significa que el Tribunal tenga que renunciar a poder establecer lo que se ha llamado acertadamente una sentencia interpretativa, a través de la cual se declara que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. Se observará que esta labor interpretativa tiene por objeto el establecimiento del sentido y significación del texto, pero no, en cambio, lo que podría llamarse interpretación en un sentido más amplio, que sería la deducción o reconstrucción del mandato normativo, mediante la puesta en conexión de textos. Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que esta es la norma constitucional» (86).

Estas afirmaciones contenidas en la S 11/81 parecen en buena medida, condicionadas por la respuesta a dar a la argumentación del Abogado del Estado, que pretendía salvar la constitucionalidad de la regulación del derecho de huelga en el Decreto-Ley de 1977 *reconstruyendo* lo que sería el derecho vigente, en relación con la huelga, a partir de un bloque normativo más amplio (87). Dicha «escapada» sería el tipo de interpretación/creación normativa que al TC le estaría vedada («interpretación en un sentido más amplio»). En general, parece apreciarse en estas afirmaciones una preocupación por un uso controlado de las sentencias interpretativas, de tal modo que quizá las «declaraciones» contenidas en

---

(85) S 11/81, FJ 2 (JC I, 174, 185).

(86) Vid supra, p. 11.

(87) «... en la decisión sobre un proyecto de ley no parece aconsejable el recurso a las decisiones interpretativas, cuya utilización es más bien resultado del principio de conservación de la norma» FJ 24 (JC XII, 187, 247).

el fallo de dicha sentencia fueron buen ejemplo de lo que, en ese momento, el TC considera un uso lícito de este medio. Con todo, cabría preguntarse si a través de la «labor interpretativa», que sin duda tiene por objeto «el establecimiento del sentido y significación del texto» no se está procediendo a un control o delimitación de su ámbito o contenido normativo.

A partir de esta sentencia 11/82 el TC no ha vuelto a hacer afirmaciones acerca del sentido de las sentencias interpretativas, si prescindimos de la observación contenida en la sentencia 77/85 sobre la falta de idoneidad de estas declaraciones en el caso del control de proyectos de ley; el TC vincula aquí la sentencia interpretativa con el principio de conservación de la norma (88).

En la jurisprudencia del TC podemos distinguir tres tipos de sentencias interpretativas: sentencias con declaración interpretativa contenida en el *fallo*, sentencias en cuyo fallo aparece una *remisión expresa* a la interpretación contenida en los fundamentos jurídicos y sentencias en cuyos fundamentos jurídicos se contiene una interpretación conforme del precepto, sin que en el fallo aparezca referencia interpretativa alguna.

#### 2.2.3.1. *Sentencias con declaración interpretativa incorporada al fallo.*

Las primeras sentencias interpretativas «formulan» en la parte dispositiva de la sentencia la interpretación que hace al precepto controlado conforme (o, excepcionalmente, disconforme) a la Constitución. Son las sentencias 14/81, 22/81 y 10/82.

El primero de dichos supuestos es al mismo tiempo la primera cuestión de inconstitucionalidad de que conoce el TC. Versaba, además, sobre una norma preconstitucional, y derogada por el legislador (89). En el fallo se hacen dos decla-

---

(88) S 14/81 (JC I, 233).

(89) «... el art. 365.1 en relación con el art. 362.1. 4.º de la Ley de Régimen Local, ... no se ajusta a la Constitución en la parte en que permite que la facultad de suspensión de los acuerdos de las Corporaciones Locales proceda por la sola infracción manifiesta de las Leyes, *sin la concurrencia de otra circunstancia*; pero sí se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido de que confiere una facultad gubernativa para suspender acuerdos *que afecten a la competencia del Estado o excedan del límite de la competencia propia para la gestión de los intereses de la Entidad Local*». (ibid. p. 241).

raciones sucesivas sobre el precepto. Se comienza declarando el precepto como contrario a la Constitución (si bien identificándolo con lo que sería una interpretación del mismo contraria a la Constitución) para a continuación someterlo a una «interpretación conforme» (90). Se trata de una «interpretación conforme» cuyo resultado es similar al que produciría la incorporación de un inciso al mismo. Por lo demás, tratándose de una norma derogada no se puede afirmar que esta primera sentencia interpretativa se encuentre inspirada por el principio de conservación de la norma.

En la sentencia 10/82 se procede por segunda vez a incorporar al fallo una declaración interpretativa desestimatoria. Objetivamente su sentido es también muy similar al que hubiese producido la incorporación de un *inciso* al precepto controlado (91).

La tercera de las sentencias en cuyo fallo se contiene una declaración interpretativa ofrece la peculiaridad de ser la única sentencia interpretativa estimatoria, es decir la única en que se declara, no la validez condicionada, sino la invalidez condicionada del precepto: Se le declara inconstitucional y nulo en la medida en que se le interprete de una determinada manera (92). Esta peculiaridad se explica por el hecho de que el TC, en esta ocasión, estaba interesado en formular la inconstitucionalidad de una determinada interpretación del precepto más que la constitucionalidad de otra interpretación. Pero ello tampoco obligaba al TC a formular una sentencia en términos estimatorios, pues lo que para el TC caracteriza a la sentencia interpretativa es el condicionar su *validez* a una determinada interpretación, la cual, sin embargo, puede venir identificada tanto como la interpretación a efectuar como en cuanto interpretación vedada (93).

---

(90) JC III, 128-150; punto 1.º, letras d y e del fallo: «d) Declarar que no es inconstitucional el apartado k) del art. 3, *interpretado* en el sentido de que el asesoramiento a que hace referencia es *facultativo* y se realizará a *petición del Delegado territorial...*»; «e) Declarar que no es inconstitucional el art. 4, *interpretado* en el sentido de que la actividad de informar y asesorar a que hace referencia es *facultativa* y se realizará a *petición del Delegado territorial*.

(91) «Que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores como norma que establece la incapacidad para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad» (JC III, 76,92).

(92) El fallo en cuestión hubiese podido decir, posiblemente de forma más concreta: «Que es constitucional la disposición... siempre que la misma no sea interpretada como norma...».

(93) JC I, 62, 111.

### 2.2.3.2. Sentencias interpretativas con remisión a los fundamentos jurídicos.

Desde la sentencia 10/82 el TC no ha vuelto a efectuar una declaración interpretativa expresa contenida en la parte dispositiva de una sentencia en procedimientos de control de normas. Casi de forma simultánea a la variable anterior el TC comienza a efectuar declaraciones de constitucionalidad condicionadas a una determinada interpretación del precepto, la cual, sin embargo, no es la *formulada* en la parte dispositiva de la sentencia, sino la contenida en sus fundamentos jurídicos.

Dentro de estas sentencias interpretativas de *remisión* cabe distinguir dos variantes, la de aquéllas que se remiten genéricamente a los fundamentos jurídicos de la sentencia y la de las que se remiten, de modo específico, a uno o varios fundamentos jurídicos.

Al igual que las declaraciones interpretativas contenidas en el fallo, también las sentencias interpretativas de remisión *genérica* son características de los comienzos de este tipo de sentencias, no habiendo vuelto a repetirse desde entonces.

De hecho, la primera aparición de esta variante de sentencias interpretativas se produce en un voto particular, concretamente en el segundo de los votos particulares que acompañan a la sentencia 5/81. La fórmula entonces utilizada, y que no volverá a repetirse, explica el que la remisión sólo puede ser genérica: «Que no es inconstitucional la Disposición Adicional Tercera por las *razones* y con el *significado* que se expone en los Fundamentos»<sup>(94)</sup>. Mientras la referencia a las «razones» no parece añadir nada a lo que es propio de los fundamentos jurídicos, el razonamiento de la parte dispositiva, la referencia al «significado» debe ser considerada equivalente a la de «interpretación».

En la importante sentencia 37/81, sobre la regulación de los «centros de contratación de carga» en el País Vasco, se utiliza por vez primera la vía de la remisión expresa, en el fallo, a la interpretación contenida en los fundamentos jurídicos. Esta sentencia estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad contra la citada ley vasca por cuanto: a) declara inconstitucionales algunos de los preceptos impugnados; b) desestima el recurso respecto de otros preceptos;

---

<sup>(94)</sup> JC II, 293, 321.

y c) declara, por fin, que otros determinados preceptos impugnados no son contrarios a la Constitución «en cuanto no sean interpretados en contradicción con la doctrina de la presente sentencia» (95). De hecho, dicha interpretación conforme está recogida en tres de sus cinco fundamentos jurídicos, en particular el último. En general puede afirmarse que se trata de una sentencia muy apegada, en lo que ahora importa, al principio de conservación de la norma, condicionada también por la imperfección técnica y la imprecisión de algunos de los preceptos sometidos al control del TC, preocupada, en fin, por subrayar que la posibilidad de una aplicación contraria a la Constitución de un precepto no es motivo bastante para declarar la invalidez de éste.

El expediente de la remisión *genérica* a los fundamentos jurídicos se repetiría en la sentencia 5/82, sobre la Ley catalana de medidas urgentes sobre la función pública. En este caso la remisión lo es, de hecho, prácticamente, al segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia, la cual resulta, por lo demás, bastante menos compleja que la anterior (96).

A partir de dicha sentencia el TC no volverá a efectuar una remisión *genérica* a los fundamentos jurídicos en el fallo de una sentencia interpretativa. Todas las sentencias de *remisión* que, desde entonces, se han dictado concretan la remisión cuando menos a varios (97), por lo común a uno de los Fundamentos Jurídicos (98).

La impresión de conjunto que ofrecen las trece sentencias interpretativas, con reflejo directo o indirecto en el fallo, recaídas hasta el presente es la de que, en su mayoría, han servido para salvar la constitucionalidad *competencial* de leyes de las Comunidades Autónomas (99) o del Estado (100) a través de la *aclaración* de posibles ambigüedades o de identificación de posibles interpretaciones contrarias a la Constitución. De las tres recaídas en cuestiones de inconstitucional-

---

(95) JC III, 63, 75: «... dicha ley no es contraria a la Constitución en cuanto sus preceptos y en especial el contenido en la Disposición adicional cuarta, sean interpretados dentro de los límites y en el sentido que se les atribuye en los Fundamentos de la presente sentencia».

(96) S 87/85 y S 178/85.

(97) S 69/82, 72/83, 29/86, 63/86, 88/86 y 108/86. Esta es, por lo demás, la pauta seguida en las sentencias recaídas en conflictos de competencia en las que se lleva a cabo una declaración interpretativa de una norma de rango inferior a ley: Así, p. ej. S 18/82, 26/82, 33/82, entre otras.

(98) S 37/81, 5/82, 10/82, 69/82, 72/83, 87/85 y 88/86.

(99) S 29/86 y 63/86.

(100) S 14/81 y 178/85.

dad, resulta bastante expresivo el que dos de ellas hayan operado una «adecuación a la Constitución» de preceptos preconstitucionales <sup>(101)</sup>. Por otro lado, puede afirmarse que, con la excepción, por lo demás puntual, de la sentencia 108/86 sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial <sup>(102)</sup>, el TC ha evitado las declaraciones interpretativas en los procesos constitucionales de mayor trascendencia. Hasta el presente puede decirse que las «grandes decisiones» del TC español no han sido decisiones interpretativas.

### 2.2.3.3. *Sentencias interpretativas sin reflejo en el fallo.*

El Tribunal Constitucional realiza constantemente una «interpretación conforme» de las normas sometidas a su control así como de las normas con que opera en otros procesos constitucionales, singularmente en el recurso de amparo constitucional, interpretación que no se refleja en el fallo pero que, sin necesidad de ello, puede hacer que un determinado precepto, a partir de una determinada sentencia del TC, «no sea el mismo» <sup>(103)</sup>.

Ciñéndonos, sin embargo, a las sentencias recaídas en control de normas, el TC no siempre, ni mucho menos, deja constancia en el fallo de la «interpretación conforme» realizada en los fundamentos jurídicos. El TC no se ha pronunciado en relación con un eventual «significado» distinto de ambas formas de proceder. Pero no parece que ello sea para el TC un dato irrelevante. Es interesante señalar, en este sentido, cómo en la sentencia 77/85, sobre la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, a la vez que se advierte de la improcedencia de recurrir a una «sentencia interpretativa» en un recurso previo contra un proyecto de ley, no se renuncia a llevar a cabo una «interpretación conforme» no trasladada al fallo <sup>(104)</sup>.

---

<sup>(101)</sup> S 108/86 (BOE 13.8.86, p. 14).

<sup>(102)</sup> Baste citar el art. 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el «emplazamiento personal» a partir de la sentencia 63/82, recaída en un recurso de amparo constitucional (JC IV, 294).

<sup>(103)</sup> FJ 24 (JC XII, 187, 247).

<sup>(104)</sup> S 22/81, FJ 10, (JC II, 76, 91).

Entre los supuestos de interpretación conforme no reflejada en el fallo destaca el de la interpretación teleológica o finalista. Así, por ejemplo, el sentido de una sentencia 22/81, sólo resulta comprensible a partir de la interpretación finalista y sistemática, *no* reflejada en el fallo, del precepto que permite la limitación a los sesenta y nueve años de edad de la capacidad para trabajar: Son las consideraciones a la política de empleo las que pueden salvar, en positivo, la constitucionalidad de una disposición como la sometida a control <sup>(105)</sup>. De forma parecida, es la interpretación finalista, no reflejada en el fallo, del sistema de designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (asegurar el reflejo de la pluralidad existente en el seno de la sociedad y en el del propio Poder Judicial) la que delimita las condiciones de la constitucionalidad del art. 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial <sup>(106)</sup>.

### 2.3 *Una sentencia constructiva»: la sentencia 53/85.*

Mención aparte merece el contenido de la parte dispositiva de la sentencia 53/85, recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad sobre el proyecto de ley orgánica despenalizadora del aborto <sup>(107)</sup>. Es ésta, posiblemente, la sentencia que más ha dividido al Tribunal, no tanto por razón de la decisión de fondo, la constitucionalidad de la despenalización del aborto en determinados supuestos, cuanto por haber puesto en cuestión los límites de la función del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. El problema, en efecto, se suscita en el momento en que en un supuesto de control *previo* se plantea la posibilidad de dictar una sentencia distinta de los tipos que hemos llamado simples o extremos. En el supuesto que nos ocupa el fallo de la sentencia decía textualmente:

«...el proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la

---

<sup>(105)</sup> S 108/86, cit. n. 101, p. 23.

<sup>(106)</sup> JC XI, 546.

<sup>(107)</sup> *Ibid.*, p. 581.



Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresa en el fundamento jurídico 12 de la presente sentencia» (108).

Con este fallo el TC, ante todo, si bien de una manera peculiar, confirma la constitucionalidad del proyecto *en todo lo que dice*, o sea, la despenalización de los supuestos conocidos como aborto terapéutico, ético y eugenésico. Al mismo tiempo, declara la inconstitucionalidad del proyecto en la medida en que en el mismo se recogen lo que el TC llama «exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución». Estas *carencias* no se hallan identificadas en el fallo, sino en uno de los fundamentos jurídicos, al que el fallo se remite, de modo similar a como suele hacer en el caso de las sentencias interpretativas. En dicho fundamento jurídico se recogen algunas cautelas adicionales en relación con dos de los supuestos despenalizados, relativos a los preceptivos dictámenes médicos y al lugar de realización del aborto; al mismo tiempo señala que el proyecto sería constitucional en el supuesto de que éste contuviera la eventual exclusión de la responsabilidad penal de la embarazada en caso de incumplimiento de estas cautelas (109). El examen contrastado del proyecto de ley sometido al control del TC y de la ley orgánica promulgada tras la sentencia 53/86 pone de manifiesto cómo el legislador se atuvo estrictamente a las indicaciones contenidas en dicha sentencia(110).

La S 53/85 se dictó con el apoyo de la mitad de los Magistrados (111); los seis restantes expresaron su disconformidad con la sentencia a través de cinco votos particulares (112). La lectura de estos votos particulares evidencia hasta qué punto la sentencia dividió al TC en relación con la propia comprensión de su función de órgano de control de normas. Resumidamente cabría decir que para estos

---

(108) *Ibid.*, pp. 579-580.

(109) Cfr. texto original del proyecto en el FJ1 de la sentencia (*ibid.*, p. 572) y Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

(110) Entre los que se encontraba el Presidente del TC, con voto de calidad.

(111) Uno de ellos suscrito en común por dos Magistrados. JC XI, 546, 582 y ss.

(112) «No hay inconstitucionalidad por las omisiones en que pueda considerarse que el legislador ha incidido» (*ibid.* p. 584). Esta afirmación debe considerarse sobre todo válida para el control *previo* de las leyes. En la S 29/86 se contiene un supuesto en el que se declara la inconstitucionalidad de un precepto no por lo que dice sino por lo que omite. Textualmente el fallo de la sentencia declara la inconstitucionalidad de varios preceptos «en cuanto *no* establecen la intervención de las Comunidades Autónomas afectadas con competencias para el desarrollo y ejecución de los planes de reconversión».

Magistrados no es función del TC identificar, en los preceptos sometidos a su control, una inconstitucionalidad «por omisión» (113) o, lo que es su consecuencia, señalar las adiciones precisas, a modo de «enmiendas», para que el precepto sea constitucional (114), a base de efectuar lo que un voto particular llama «deducciones constructivas» (115); al operar de este modo el TC habría traspasado los límites de su propia función, «invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo» y, en definitiva, haciéndose acreedor, por una vez, al reproche de funcionar como una «tercera cámara» legislativa (116).

#### 2.4. Sentencias «Apelativas»

El TC no ha efectuado en la parte dispositiva de sus sentencias sobre control de normas invocaciones o mandatos dirigidos al legislador, si se prescinde de lo ya señalado en relación con la S 53/85 sobre despenalización del aborto. No hay ninguna sentencia en la que se condicione la validez de un precepto a una posterior actividad legislativa. Con independencia de ello, en los fundamentos jurídicos de las sentencias sí cabe encontrar recomendaciones expresas al legislador, aunque siempre formuladas con cautela.

Quizá el mejor ejemplo de una recomendación al legislador, por su relevancia política y por lo reciente del caso, sea la contenida en la citada sentencia 108/86, de 22 de julio, sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta sentencia el TC hubo de enfrentarse con el control de constitucionalidad del art. 112 de dicha Ley, que disponía la elección por el Congreso de los Diputados y el Senado de todos los miembros — veinte — del citado Consejo, ocho de ellos entre Abogados y otros juristas de prestigio, y los doce restantes entre Jueces y Magistrados en activo. Parámetro del control en este caso era el art. 122.3 CE que disponía la designación de doce miembros del Consejo entre Jueces y Magistrados «en los términos que establezca la ley orgánica»; los ocho miembros restantes

---

(113) «La jurisdicción constitucional es negativa» (ibid. p. 587); «... esta vedado al Tribunal... establecer modificaciones o adiciones del texto impugnado» (ibid. p. 582); «... el TC asume la función de introducir enmiendas» (ibid. p. 588).

(114) Ibid. p. 584.

(115) Ibid. pp. 587, 588, 590.

(116) Cfr. S 45/86 (BOE 29.4.86, p. 15) en la que el TC rechaza el intento de encauzar este enfrentamiento a través del conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales.

la Constitución establecía que fueran propuestos *entre* Abogados y juristas de prestigio por el Congreso de los Diputados y el Senado. La cuestión planteada, en sustancia, era la de si la Ley Orgánica podía atribuir también a las Cámaras la propuesta de nombramiento de los doce miembros a designar de entres los Jueces y Magistrados.

En relación con esta cuestión, que suscitó un notable enfrentamiento entre la magistratura y los poderes ejecutivo y legislativo (117), el TC, si bien declara que la solución adoptada por el legislador es constitucionalmente lícita, advierte que la *finalidad* perseguida con el art. 122.3 CE es «la de asegurar que la composición del Consejo refleja el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy en especial, en el seno del Poder Judicial», finalidad que corre el riesgo de frustrarse si la propuesta por las cámaras se efectúa con criterios partidistas. Para el TC,

«...La existencia y aún la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional *parece aconsejar su sustitución*»... (118).

Bien es cierto que no es esta la primera ocasión en la que el TC aprecia razones que «parecen aconsejar» la sustitución de un precepto que, en sí mismo no puede ser considerado inconstitucional (119). Pero sí es la primera vez que el TC utiliza esta expresión en relación con un precepto de indiscutible trascendencia política. Con ello se plantea la cuestión del sentido y de la eficacia de estas respuestas del juez constitucional en su función de control de la constitucionalidad de las leyes.

---

(117) FJ 13 (BOE 13.8.86, p. 14, 23).

(118) Así, la recomendación, hasta el presente no atendida, contenida en la S 3/83, FJ 5 (JC V, 19, 29), en relación con el art. 170 de la Ley de Procedimiento Laboral.

(119) En ocasiones, los llamamientos del TC aparecen rodeados de una oscuridad, o cuando menos imprecisión, que parece debe considerarse deliberadamente pretendida. Ejemplo reciente de este tipo de declaraciones sería el FJ 22 de la repetidamente citada 108/86 en el que, con referencia al escalonamiento del adelanto de la edad de jubilación de jueces y magistrados, el TC señala que, «su finalidad evidente es de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origina una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de comparación. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso».

### 3. Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Antes de entrar en el tema de este epígrafe, conviene hacer alguna observación preliminar. Ante todo, indicaremos que una reiterada doctrina constitucional identifica como objeto del control de constitucionalidad las disposiciones o los textos normativos, no las normas o los preceptos deducibles de los mismos por vía de interpretación: «Si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero» (S 11/81; en términos análogos S. 86/82 y S. 77/85).

El Tribunal ha advertido también la peculiar posición de quienes son partes en estos procedimientos, destacando que «todos los legitimados para acudir ante este Tribunal (...) realizan una función pública, cual es la de poner en marcha los mecanismos de depuración del ordenamiento jurídico» (S.11/81), de tal modo que «es característico de los procesos constitucionales el que en ellos las partes litigantes y el Tribunal que decide son, todos ellos, órganos del Estado, sin intereses contrapuestos, pues el interés fundamental para todos es buscar una mejor y más recta aplicación e inteligencia de la Constitución» (A. 221/84). Sin entrar ahora en otras consideraciones, cabe subrayar que el rasgo señalado de los procesos constitucionales no puede dejar de incidir, sobre una institución de tanta trascendencia en el régimen de los efectos de las sentencias como es la cosa juzgada material que pueda predicarse de ellas.

Como consideración de carácter general ha de señalarse que la determinación del régimen normativo de los efectos de las sentencias de las que hemos de tratar ha de atender, recogiendo una advertencia sobradamente conocida y reiterada también por la doctrina española <sup>(120)</sup>, tanto a las exigencias propias de los institutos procesales que son de aplicar (cosa juzgada, efecto preclusivo, valor de precedente, etc.) como a criterios materiales — extraídos de la regulación constitucional y legal de los procesos constitucionales. Para regular los efectos de su resolución no recurre la LOTC a la aplicación, ni siquiera con carácter supletorio, de la ordenación procesal común y ello tiene pleno sentido, si se repara

---

<sup>(120)</sup> Por todos, Raul Bocanegra Sierra, «El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional», p. 21, Madrid, 1982.

en la existencia de una regulación constitucional específica y de unas exigencias que difícilmente podrían ser satisfechas con la simple trasposición a este ámbito de construcciones y categorías desarrolladas en atención a los rasgos propios de los procesos ordinarios, específicamente de los civiles. Sin duda tales construcciones y categorías no pueden ignorarse. Cuando el constituyente se ha servido de la expresión «cosa juzgada», no puede ignorarse que se ha querido referir a un instituto bien identificado en nuestra cultura jurídica, pero tales categorías han de hallar su acomodo en el seno de un marco institucional específico — el de la jurisdicción constitucional — que posee exigencias propias. La Constitución introduce, en el tema que nos ocupa, una normación de principio que ha sido integrada y complementada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La normación constitucional (básicamente, los arts. 161.1.a y 164) no dejó de ser, desde un principio, críticamente considerada por la doctrina en algunas de sus aparentes inconsistencias lógicas <sup>(121)</sup> y tampoco han faltado severos enjuiciamientos sobre parte de la disciplina legal que a ella se liga, llegándose, en ocasiones, a apuntar o a sostener la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones contenidas en la LOTC <sup>(122)</sup>. Reseñar la existencia de estos debates doctrinales puede ser útil para hacer explícita la condición polémica de los efectos que hayan de atribuirse a un tipo de sentencias que, como las constitucionales se proyectan en el seno de un ordenamiento, que, durante siglos, creció y tomó forma a espaldas de la jurisdicción constitucional y de sus supuestos y efectos propios.

Por último, debe señalarse que abordar el amplio temario de la eficacia de las sentencias constitucionales es algo que puede hacerse, desde perspectivas diversas y siguiendo métodos de exposición diferentes. Aquí se empleará el más claro. Distinguiremos, como los procesalistas han hecho, los efectos de las sentencias en el ordenamiento jurídico (esto es, sus virtualidades transformadoras o confirmadoras de los actos y disposiciones examinados en los procesos a los que

---

<sup>(121)</sup> Al respecto, Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón Reyes, «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación Constitucional del control de constitucionalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, 7, 1979, pp. 161-171.

<sup>(122)</sup> Se ha sugerido así, por ejemplo, la inconstitucionalidad de los arts. 29.2 y 38.2 LOTC (Eduardo García de Enterría «La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, 1981, pp. 141-142) o del art. 38.3 de la misma ley Orgánica, respecto de este último precepto por entender-erróneamente, como se dirá — que concede exclusivamente efectos *inter partes* a la sentencia estimatoria recaída en cuestión de inconstitucionalidad (Jesús González Pérez, *Derecho Procesal constitucional*, Madrid, 1980, p. 267).

ponen término las mismas) y los efectos en el proceso constitucional de estas resoluciones, es decir, su eficacia interna en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Siguiendo una terminología de uso regular en el Derecho Procesal español, y empleando, para diversificarla, las palabras de la Constitución o de la Ley, trataremos, primero, de los efectos jurídico-materiales de las sentencias (su validez «erga omnes», su carácter «vinculante» para todos los poderes públicos) y abordaremos después lo que cabe llamar su eficacia jurídico-procesal (cosa juzgada, efecto preclusivo y valor de precedente).

### 3.1. *Los Efectos Generales o «Erga Omnes».*

De acuerdo con el art. 164.1 de la Constitución, las sentencias «que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos afectos frente a todos». Añade en el apartado segundo del citado artículo que «salvo que en el fallo se disponga otra cosa subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad».

Los efectos generales de las sentencias dictadas por el Tribunal en estos procedimientos tienen, pues, su fundamento primero en el art. 164.1 de la Constitución, fundamento que, en alguna medida, se refuerza por lo establecido en el apartado segundo, también citado, pues el sentido de esta norma, aparentemente banal (123), no puede ser otro que el de disponer, *a contrario*, que las disposiciones de ley declaradas inconstitucionales pierden su «vigencia» o «efectividad». Es patente que el primero de estos preceptos constitucionales no resulta inequívoco en cuanto al carácter de la eficacia que atribuye a las sentencias que así distingue («todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho»), de tal modo que, en este punto, la Constitución no parece haber querido limitarse a atribuir los efectos en cuestión a las solas sentencias estimatorias — frente a lo que se derivaría del primer enunciado del inciso segundo del precepto — sino que, por la delimitación negativa con la que la norma se cierra, da pie al intérprete para predicar también de las sentencias de carácter desestimatorio algún tipo de «efecto general». Esta inicial indefinición de lo previsto en el art. 164.1 ha sido despejada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El art. 38.1.

---

(123) Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragon Reyes, ob. cit. pp. 168 y 169.

de la LOTC dispone que «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad... vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado». De este modo, la LOTC parece haber diversificado en dos vertientes los efectos descritos en términos abstractos por el Art. 164.1. de la Constitución, situando ante el intérprete la no fácil tarea de determinar el ámbito específico de proyección de la «vinculación» de todos los poderes públicos y de los «efectos generales», dando por supuesto que una y otra expresión designan diferentes realidades jurídicas. Y es lo cierto que esta correspondencia de las palabras del legislador con la realidad jurídica que muestra la experiencia de la jurisdicción constitucional puede reconocerse ahora, se haya buscado así deliberadamente o no. No es arbitrario diferenciar la eficacia típica que ha de verse en las sentencias estimatorias (anulatorias, de acuerdo con el Art. 39.1 de la LOTC) de la que muestran aquellas que concluyen con la desestimación de un recurso o de una cuestión. Porque si las primeras, por definición, deparan una modificación en el ordenamiento, contando así con efectos de igual vigor — aunque de signo contrario — a los del acto o la disposición que expulsan del seno de aquél, las segundas, de principio, no habrán de carecer de toda relevancia jurídica por el hecho de que concluyan en un fallo desestimatorio, pues para llegar al mismo han debido establecer, como las sentencias de estimación, una «doctrina constitucional» (Arts. 13 y 40.2 de LOTC) cuya incidencia institucional sobre los aplicadores del Derecho no puede descartarse, ni el legislador la ha descartado. Denominaremos, por ello, «efectos generales» o *erga omnes* a los operados de modo directo por la sentencia en la composición misma del ordenamiento jurídico, entendiendo por «vinculación de todos los poderes públicos» la efectividad de la doctrina constitucional sobre las autoridades que han de aplicar el Derecho vigente en modo no contrario a lo que se derive de la doctrina constitucional.

Con esta precisión, la atribución de «eficacia general» a las sentencias vale tanto como afirmar que las mismas no resuelven con efectos meramente *ad casum*. El fallo de la sentencia constitucional se proyecta hacia el futuro, impidiendo toda aplicación ulterior de la disposición de ley considerada inconstitucional. La disposición ilegítima ha de quedar anulada por la sentencia (art. 39.1 LOTC) y en el efecto anulatorio se resume la máxima sanción que puede disponer el ordenamiento para el precepto que contravenga lo establecido en la Constitución. El texto viciado desaparecerá como precepto jurídico del seno del

ordenamiento vigente. Conviene advertir, sin embargo, que, aunque la resolución anulatória expresa, en términos generales, el contenido de este efecto *erga omnes*, no siempre será la anulación condición necesaria ni suficiente para reconocer dicha eficacia general en la sentencia. No será condición necesaria, cuando la sentencia estimatoria recaiga sobre una disposición de ley ya derogada y expulsa con anterioridad, por ello mismo, del ordenamiento, hipótesis ésta en la que, aun cuando el Tribunal ha dictado fallos de declaración de nulidad y de constatación de la derogación conjuntamente (entre otras, S. 4/81 y 34/81), puede también llegarse a un fallo en el que, meramente, se declare la inconstitucionalidad de la disposición ya antes derogada, declaración ésta que, en tales términos, se impondrá frente a todos en cualesquiera casos futuros en los que la disposición de ley pretendiera aplicarse (S. 11/81). Tampoco, de otra parte es la declaración de nulidad condición para la producción de efectos *erga omnes* si lo enjuiciado y considerado contrario a la Constitución fue un acto con fuerza de ley (art. 27.2.b de la LOTC) carente de pretensión de vigencia indefinida, esto es, de «abstracción». En tal hipótesis, al no adquirir la resolución estimatoria del Tribunal sino la proyección misma que cabía atribuir el acto anulado, los efectos de la sentencia no podrán ir más lejos de allá adonde hubiera llegado la aplicabilidad del acto (124). Predicar de aquélla eficacia general carecerá, pues, de especial significado.

En estos términos, la eficacia *erga omnes* de las sentencias dictadas en los procedimientos de inconstitucionalidad ha de predicarse de todas las sentencias estimatorias y sólo de ellas. En contra de lo que en alguna ocasión han sostenido los comentaristas (125), estos efectos corresponden también a las sentencias estimatorias que resuelvan una cuestión de inconstitucionalidad, pues la incidencia específica del fallo sobre el procedimiento en cuyo curso se suscitó la cuestión (art. 38.3 LOTC), no priva a estas resoluciones, que son también de anulación, de los efectos generales reseñados y así lo ha hecho explícito el Tribunal al señalar que a la sentencia recaída en cuestión de inconstitucionalidad le «es inherente la eficacia *erga omnes*» (A. 106/83), resaltando, de este modo, que la declaración de inconstitucionalidad de una cierta disposición cuestionada por un Juzgado o Tribunal no debe restringirse a un supuesto concreto, adquiriendo una proyección general (S.151/85).

---

(124) Depende, pues, más de la abstracción que de la generalidad de la regla estimada inconstitucional la producción del efecto *erga omnes*. Sobre la relación entre este efecto y el rasgo de la generalidad, cfr., entre otros, Pablo Perez Tremps, «Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Madrid, 1985, p. 259 y Pedro de Elizalde y Aimerich, «El Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia», en El Tribunal Constitucional, I, Madrid, 1981, p. 873.

(125) Fernando Garrido Falla, «Comentarios a la Constitución, (art. 164), Madrid, 1980, p. 1718.



Lo que, en otro orden de cosas, regula el art. 38.3 de la LOTC es sólo la eficacia sobre el proceso pendiente de la resolución del Tribunal Constitucional, debiendo éste comunicar la sentencia «inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso» y notificándose aquélla a las partes por el juzgador ordinario.

Añade el precepto que «el Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas».

Dictada, por lo tanto, sentencia estimatoria en cualesquiera de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, todos los aplicadores del Derecho — los jueces, de modo específico — habrán de abstenerse de aplicar la disposición así declarada nula (S. 66/83), sin que, por lo mismo, resulte procedente el replanteamiento de nuevas cuestiones de inconstitucionalidad sobre una disposición excluida ya del ordenamiento, constatando en tal caso el Tribunal la desaparición sobrevenida del objeto de las cuestiones introducidas antes de la resolución del primer proceso (SS. 169/85 y 171/85).

Las sentencias desestimatorias carecen, en el sentido que queda dicho, de esta eficacia. La disposición de ley declarada conforme a la Constitución, o no contraria a ella en los términos del enjuiciamiento constitucional, no adquiere, por ello, una presunción reforzada de legitimidad, ni se hace insusceptible de todo posible control ulterior de constitucionalidad. La sentencia que rechaza la pretensión o la duda de inconstitucionalidad no innova el ordenamiento jurídico, ni añade al precepto enjuiciado cualidad alguna de la que careciera antes, resultando obvio que el precepto podrá ser derogado por el legislador (S. 6/84). Todo ello, desde luego, no entraña negar a estas sentencias desestimatorias — sobre todo cuanto se presentan como sentencias «interpretativas» — la trascendencia propia de la doctrina constitucional, ni implica, de otra parte, desconocer la problemática específica de la preclusión procesal, esto es, de la eventualidad de que se de lugar a un nuevo enjuiciamiento de la disposición no considerada en su día disconforme con la Constitución.

Unida al tratamiento de los efectos *erga omnes* de las sentencias aparece la cuestión de cuál sea lo que cabría llamar su «valor normativo». Con esta expresión, o con otras de sentido análogo, suelen designarse problemas de diferente entidad, sobre alguno de los cuales no ha habido pronunciamiento del Tribunal. Nada procede decir ahora respecto de un asunto más propio del debate teórico que de la labor jurisdiccional como es el de los aspectos «creadores» o «cons-

tructivos» de la jurisprudencia constitucional, en cuanto a través de ella se actualiza una normación inevitablemente «abierta» o falta de plenitud <sup>(126)</sup>. Tampoco sobre la cuestión, diversa, del valor como «fuente» que pudiera reconocerse a la doctrina constitucional, problema al que se hará una alusión en el punto que sigue. Resta sólo observar de qué modo, en ocasiones, la sentencia estimatoria del Tribunal puede encerrar, más allá de su alcance estrictamente anulatorio, un contenido positivamente ordenador, si a resultas del fallo se produce la introducción de una nueva norma en el ordenamiento. Es bien conocido que la discusión acerca de la producción de este tipo de efectos se centra — al margen del problema específico de las sentencias «interpretativas» — en torno a las hipótesis de la resolución de carácter «aditivo» y en un ámbito del todo diverso, de la llamada «reviviscencia» de la norma en su día derogada por la declarada inconstitucional y nula. Encuanto al primer punto, cabe recordar que, también en nuestro Derecho, se han podido producir efectos innovadores por obra de una sentencia estrictamente anulatoria (S. 103/83), efectos que son seguramente connaturales a la recepción por una Constitución jurisdiccionalmente garantizada del principio de igualdad. Nada hay que decir, de otra parte, sobre la hipotética reviviscencia de las disposiciones anteriores a raíz de la declaración de nulidad del precepto que las derogó, salvo quizá recordar lo dispuesto en el último inciso del art. 2. 2 del Código Civil: «Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado». No estamos, sin embargo, ante un fenómeno derogatorio, sino ante una declaración de nulidad y por ello mismo el precepto transcrito no zanja el problema apuntado al menos en alguno de sus planteamientos posibles (la declaración de nulidad de la disposición de ley que, de modo tácito, derogó otra anterior).

### 3.2. *La eficacia vinculante.*

El Art. 161.1. a de la Constitución, en su segundo inciso, advierte que «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Dejando por el momento de lado

---

<sup>(126)</sup> Sobre este aspecto, entre otros, Alejandro Nieto «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional» en *Revista de Administración Pública*, 100-102, I, 1983, pp. 374 y ss.; Ignacio de Otto y Pardo, «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de interpretación constitucional» en *El Tribunal Constitucional*, ob. cit., III, pp. 1935-1953.

esta última proposición — alusiva, más bien, a los efectos en el tiempo de las sentencias estimatorias — puede observarse cómo en el pasaje constitucional citado han venido a confluír, en los términos de una redacción que no cabría llamar modélica, el vestigio de una norma en su día proyectada y finalmente no adoptada y una determinación positiva que apunta, aunque de modo indirecto, al engarce entre la doctrina constitucional y la establecida por los órganos jurisdiccionales ordinarios integrados en un Poder Judicial (Título VI de la Constitución) del que el Tribunal Constitucional no forma parte (S.9/81 y A.83/80). Aquel texto que, presente en el Proyecto de Constitución a través de diferentes versiones, terminó por no ser recogido en el Título regulador del Tribunal Constitucional, preveía un control por éste de la jurisprudencia «en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico» (y conviene reseñar que en el art. 1.6 del Código Civil se señala que «La Jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»). La disposición resultante de la supresión final de tal previsión no ha dejado de ser críticamente considerada por la doctrina científica <sup>(127)</sup>, mas no es dudoso, en todo caso, que en el inciso citado del Art. 161.1. a contempla la Constitución la necesidad de establecer una relación cierta, jurídicamente relevante, entre la doctrina constitucional y la establecida por los órganos judiciales ordinarios. Y podría también afirmarse que el precepto — en el que se alude a una jurisprudencia de los Tribunales ordinarios apoyada en una disposición de ley que ya no existe <sup>(128)</sup> — expresa literalmente menos de lo que cabría reconocer en su sentido propio: si la jurisprudencia de los órganos judiciales ha de verse «afec-

---

<sup>(127)</sup> Francisco Rubio LLorente y Manuel Aragon Reyes, ob. cit., pp. 165-166. Sobre el intento de introducir en la Constitución una revisión constitucional de la jurisprudencia, cfr. Francisco Rubio LLorente, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4, 1982, pp. 49 y ss. También, Manuel Aragon Reyes, «El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978», en *Revista de Estudios Políticos*, 7, 1979, pp. 186-190 y de este último autor, «Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: Control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia», en *El Tribunal Constitucional*, ob. cit., I, pp. 555-573. Asimismo, sobre el art. 161.1.a) de la Constitución, cfr. Gumersindo Trujillo. «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: Cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», en *Revista de Estudios Políticos*, 7, 1979, p. 154.

<sup>(128)</sup> Luis Díez-Picazo «Constitución y fuentes del Derecho» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 21, 1979 p. 196.

tada» por la sentencia estimatoria no se ve cuál pudiera ser la razón para negar la misma incidencia por obra de todas las demás sentencias constitucionales que consideramos, aun cuando no hubiesen concluido en la declaración de inconstitucionalidad de la disposición sometida a control. Quedaba así planteada la cuestión del valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el actuar de los demás órganos del Estado — los judiciales, sobre todo — extremo éste sobre el que la LOTC ha aportado algunas precisiones adicionales.

El art. 38.1 de la LOTC señala que las sentencias recaídas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad «vincularán a todos los poderes públicos». Este precepto, en la medida en que no se considere reiterativo de la mención, junto a él recogida, a los «efectos generales» de las sentencias, estimatorias, como hemos dicho, ha de ponerse en relación con otras previsiones de la Ley Orgánica, que contemplan, más que los efectos transformadores en el ordenamiento de las resoluciones del Tribunal, su incidencia institucional sobre el resto de órganos estatales, en su más amplio sentido, esto es, sobre los «poderes públicos», en la expresión constitucional de la que se vale la LOTC en el enunciado transcrito. Es cierto que el efecto «vinculación» se ha entendido a veces, siquiera para criticarlo, en un sentido aún más amplio y referido, por ejemplo, al grado de «sujeción» del TC a su propia doctrina y a la supuesta inmodificabilidad de ésta en la resolución de procesos ulteriores <sup>(129)</sup>. No parece que esta comprensión del concepto deba tomarse ahora, por su excesiva generalidad y por la heterogeneidad de las cuestiones con ella suscitadas, como marco delimitador del problema que a continuación se encara.

Los preceptos legislativos en todo caso ligados al anunciado transcrito del art. 38.1 de la LOTC son, en lo que aquí interesa, los recogidos en los arts. 1.1, 40.2 y 87.1 de la misma Ley Orgánica. De acuerdo con el primero de ellos el TC es «intérprete supremo de la Constitución». En virtud de la segunda de estas disposiciones, «la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad». De conformidad, en fin, con lo prevenido en el art. 87.1 de la LOTC «todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva».

---

<sup>(129)</sup> Sobre el particular, *in extenso*, Raúl Bocanegra Sierra, ob. cit., pp. 55 y ss.

Aunque todas las determinaciones legislativas que acaban de citarse entroncan, para justificarlo o para precisarlo, con el efecto de «vinculación» al que se refiere el art. 38.1 de la LOTC — efecto, por lo demás atribuido también a las sentencias resolutorias de conflictos competenciales: art. 61.3 de la LOTC — , aquí no vamos a hacer si no una breve mención a la problemática específica suscitada por una de dichas normas, aquella que, sobre la base de la previsión constitucional ya referida, contempla la incidencia de la doctrina constitucional sobre «la jurisprudencia de los tribunales de justicia» (art. 40.2). Apenas hace falta subrayar que la existencia, condiciones y límites de esta peculiar eficacia sobre los juzgadores ordinarios se perfila, en cualquier sistema de jurisdicción constitucional concentrada, como la *vexata questio* por excelencia. De una parte la atribución exclusiva de eficacia general a las sentencias estimatorias no se corresponde, como ha advertido la doctrina más autorizada <sup>(130)</sup>, con las exigencias planteadas por un control de constitucionalidad para el que las opciones aparentemente claras de validez/invalidéz no se presentan ajenas a la interpretación de los enunciados sujetos a enjuiciamiento, con todo lo que ello entraña de adopción de fallos condicionales («interpretativos») o de remisión genérica (S. 37/81) o específica (S.103/83, entre otras muchas) a la fundamentación de aquéllos, a la razón, en definitiva, de la decisión. Ha de suscribirse, así, el criterio doctrinal que resalta, respecto de las sentencias constitucionales, el papel jurídicamente relevante de su fundamentación <sup>(131)</sup>. De otro lado, sin embargo, la no integración del Tribunal Constitucional en el Poder Judicial y, sobre todo, la diversificación entre los planos de la «constitucionalidad» y de la «legalidad» hacen inevitable la existencia de una zona de penumbra en este capítulo de las relaciones, a través de sus doctrinas respectivas, entre el Tribunal Constitucional y los ordinarios. Despejando algo la relativa indeterminación constitucional en este punto — y en línea con la previsión contenida en el art. 40.2 LOTC —, el art 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone hoy, tras reiterar la supremacía y el carácter vinculante de la Constitución, que «los Jueces y Tribunales... interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios

---

<sup>(130)</sup> Francisco Rubio Llorente, «Sobre la relación...», ob. cit., pp. 52 ss. Del mismo autor, y en su conjunto, «La Jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», específicamente, pp. 15 y ss.

<sup>(131)</sup> Manuel García-Pelayo, «El status del Tribunal Constitucional», en Revista Española de Derecho Constitucional, 1, 1981, p. 33.

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

La controversia doctrinal sobre el alcance de las disposiciones citadas y sobre la compleja realidad que las mismas buscan encauzar, se ha situado en el primer plano del debate acerca del sentido institucional de la jurisdicción constitucional en nuestro ordenamiento. Cabría enunciar, de modo muy conciso, los puntos principales en torno a los que se ha centrado, y gira aún hoy, esta discusión:

a) Se ha buscado, en primer lugar, determinar cuál sea la posición que corresponda a la doctrina del Tribunal Constitucional por referencia al sistema de fuentes de producción en nuestro Derecho. Admitido que la doctrina constitucional ha de favorecer lo que se ha llamado una reorientación en sentido constitucional de todo el ordenamiento <sup>(132)</sup>, se ha sostenido tanto que dicha jurisprudencia habría de encontrar su acomodo en la misma previsión contenida en el Código Civil respecto de la establecida por el Tribunal Supremo <sup>(133)</sup>, como, en sentido diverso, que la doctrina constitucional recaída en el enjuiciamiento de la ley se integra con la ley misma, de tal modo que la sujeción a ésta del juzgador ordinario ha de reconocerse establecida respecto de la ley tal y como es interpretada por el Tribunal Constitucional <sup>(134)</sup>. En términos más tradicionales se ha negado, en fin, que el valor de la doctrina establecida por el Tribunal vaya más allá del que correspondería a una interpretación de especial «autoridad», sin que de esta constatación se hagan derivar vínculos más ciertos sobre el juzgador <sup>(135)</sup>.

---

<sup>(132)</sup> La expresión es de Angel Garrorena Morales, «La sentencia constitucional», en *Revista de Derecho Político*, 11, 1981, p. 23.

<sup>(133)</sup> Manuel Aragón Reyes, «Dos cuestiones interesantes...», ob. cit., pp. 570 y ss. En análogo sentido, Pedro de Elizalde y Aimerich, ob. cit., p. 873.

<sup>(134)</sup> Entre otros, T.S. Vives, «Tribunales de Justicia y Jurisprudencia constitucional», en *Poder Judicial*, 2, 1986, pp. 9 y ss. Un enfoque distinto en Pablo Perez Tremps, ob. cit., pp. 227 y ss.

<sup>(135)</sup> Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón Reyes, «La jurisdicción constitucional» en *La Constitución española de 1978*, E. García de Enterría y A. Predieri (eds.), Madrid, 1980, p. 815. Puede reseñarse, a este propósito, que el art. 123.1 de la Constitución define al Tribunal Supremo como «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto em materia de garantías constitucionales». Sobre la interpretación de la «legalidad ordinaria» por el Tribunal Constitucional cfr. , también, Angel Carrasco Perera, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 1984, pp. 69-70.

b) En relación estrecha con la cuestión anterior aparece la de si la relevancia específica de la doctrina del TC ha de ceñirse a la interpretación por éste realizada de la Constitución o si también dicha eficacia ha de predicarse respecto de la interpretación de la ley, en la medida en que, como será inevitable, aparezca la misma incorporada a la *ratio decidendi* de la sentencia. El TC ha declarado ser «intérprete y guardian de la Constitución, pero no del resto del ordenamiento jurídico» (S. 73/84), mas esta afirmación no puede llevar a restar toda virtualidad a la doctrina constitucional sobre la ley, pues, según ha podido señalarse, ser el supremo intérprete de la Constitución implica — en cierto modo, al menos —, ser el «supremo intérprete constitucional» (136). En rigor, las disposiciones citadas de la Constitución (Art. 161.1.a) y de la LOTC (arts. 38.1 y 40.2) resultarían privadas de sentido si la linde entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad se quisiera trazar en este punto con un empeño radical.

c) No ya sobre la extensión de esta eficacia de las sentencias, sino sobre la parte textual de las mismas en donde aquella resida, se ha discutido también y bien sabido es que la cuestión es aquí, sobre todo, la del sentido y necesidad de los llamados fallos «interpretativos», resoluciones que, como más arriba se apuntó se han dictado entre nosotros con un sentido casi sin excepción desestimatorio. La vastedad del problema así enunciado, y los límites propios a estas consideraciones, nos eximen aquí de otra cosa que no sea una remisión a la doctrina científica en la materia (137).

d) En la medida, en fin, en que ha de reconocerse una eficacia jurisprudencial propia a la interpretación del Tribunal Constitucional, restaría el problema de los instrumentos disponibles en el ordenamiento para garantizar y hacer efectiva una tal «vinculación». Más allá del propio aseguramiento que, en este aspecto, viene dado por la tarea revisora que corresponde, en el ejercicio de su jurisdicción propia, a todos los órganos judiciales ordinarios, es claro que el medio que, en última instancia, se perfila en este punto como decisivo es el recurso de amparo constitucional, cauce procesal a través del cual puede el TC revisar los actos y omisiones de los órganos judiciales (art. 44 de la LOTC) cuando los

---

(136) Francisco Rubio Llorente, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», ob. cit., en su conjunto.

(137) *Ibidem*, p. 14.

mismos sean objeto de recurso por haber conculcado un derecho fundamental de los protegidos en esta vía. Es claro que el ámbito material del recurso no es coextenso con el de la proyección integral de la doctrina constitucional, pero también lo es que la muy difusa penetración de los derechos fundamentales en todo el tejido del ordenamiento hace posible una notable capacidad revisora del TC sobre la acomodación a las exigencias constitucionales de lo resuelto por los órganos judiciales <sup>(138)</sup>. Con todo, el TC ha recordado que «... si bien la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (art. 40.2 de la LOTC), esa corrección no puede ser objeto de la pretensión y, desde luego, no cabe en modo alguno como objeto específico de un recurso de amparo» (S.86/85).

La cita anterior puede resultar indicativa del modo como identifica el TC la vinculación que su doctrina establece sobre los órganos judiciales y en tal sentido apunta, también, alguna resolución en la que se entra a examinar la consistencia de la queja deducida en amparo por quien invocó la lesión de su derecho fundamental por la resolución judicial que, en criterio del actor, desatendió la interpretación dada por el Tribunal, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad, sobre el derecho fundamental invocado (A. 10/83). Algo que, acaso con mayor claridad, queda expresado cuando el TC advierte que le corresponde establecer «una doctrina — doctrina constitucional — de acuerdo con el art. 40.2 de su Ley Orgánica y que el art. 87 de dicha Ley impone a todos los poderes públicos la obligación de dar cumplimiento a lo que este Tribunal resuelva cualquiera que sea el procedimiento en que lo haya sido», añadiendo que «los mencionados preceptos determinan por sí sólo una eficacia de las sentencias de este Tribunal, que no se proyectan únicamente respecto de los hechos pretéritos que fueron objeto del proceso, sino que se extiende de algún modo hacia el futuro» (A. 232/82). Aunque la resolución de la que este pasaje se toma se dictó en un procedimiento de amparo es claro que en la misma se muestra, en la medida en que mostrarlo era pertinente para resolver el caso, un entendimiento en cierto modo general de los efectos propios, en el ámbito que aquí hemos considerado, de las resoluciones del Tribunal.

---

<sup>(138)</sup> Por ejemplo, Afonso Perez Gordo, «Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil». Barcelona, 1982, p. 276.



No cubrirían estas observaciones su finalidad sino se hiciera alguna referencia, al modo como los órganos judiciales conciben, en sus resoluciones, la eficacia específica de las sentencias del TC a las que se ha venido haciendo referencia. Con frecuencia, el Tribunal Supremo se refiere en la fundamentación de sus sentencias a «la doctrina del Tribunal Constitucional» (Sala Tercera, S. de 7 de abril de 1986) o a la «doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional» (Sala Segunda, S. de 22 de abril de 1986). En términos análogos, pueden encontrarse referencias a «la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala» (Sala Sexta, S. 14 de octubre de 1985), a la «doctrina sentada por la Sala en armonía con la del Tribunal Constitucional» (Sala Sexta, S. de 20 de noviembre de 1985) o a la «doctrina de los Tribunales, Constitucional y ordinarios» (Sala Sexta, S. de 22 de octubre de 1985). Estas remisiones — que en ocasiones se hacen a lo que se denomina la «orientación doctrinal» establecida por el Tribunal Constitucional (Sala Tercera, SS. de 12 y 21 de marzo de 1986) — resultan a veces más específicas: así, cuando la Sala juzgadora considera que su doctrina «ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional» (Sala Tercera, S. de 11 de marzo de 1986), que la interpretación que realiza «no contraviene la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional» que se cita (Sala Tercera, S. de 16 de mayo de 1986) o que, frente a lo expuesto por el recurrente, la interpretación que llevó al fallo de la sentencia recurrida no contravino la doctrina que se desprende de los fundamentos y del fallo de la sentencia del TC invocada (Sala Tercera, S. de 5 de diciembre de 1985). En línea semejante, la S. de 23 de enero de 1985, de la Sala Cuarta, estima la apelación interpuesta aludiendo a la interpretación del Tribunal Constitucional del art. 11.7 de la Ley 39/78, de 17 de julio, doctrina constitucional — dice el Tribunal Supremo — que «impide a este Tribunal confirmar la sentencia apelada que mantiene el criterio opuesto».

Por citar algún otro asunto específico, las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, juzgando en apelación, vienen disponiendo la nulidad de actuaciones cuando el Tribunal *a quo* desconoció la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional en orden al debido emplazamiento personal en el proceso contencioso-administrativo de quienes pudieran ostentar la condición de codemandados (entre otras, S. de la Sala Cuarta, de 7 de junio de 1985 y S. de la Sala Quinta de 14 de enero de 1986).

La referencia a la doctrina constitucional no se produce sólo a la hora de la interpretación de una determinada disposición constitucional, sino también cuando se considera pertinente para ilustrar sobre el entendimiento correcto de

un cierto precepto legal (así, S. de 30 de octubre de 1985, Sala Sexta en donde se dice que «el alcance de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores ha sido fijado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 2 de julio de 1981»). En sentido análogo, la sentencia de 18 de junio de 1985 (Sala Tercera) recuerda, la doctrina constitucional sobre el régimen de los emplazamientos edictales y constata «... la aplicación al caso presente de la doctrina expuesta y su acatamiento por la Sala como intérprete del Derecho (sic) para conseguir las miras constitucionales».

Aun cuando lo anterior entraña siempre una referencia a la fundamentación jurídica de las sentencias constitucionales, considerada trascendente por el Tribunal Supremo, puede citarse algún caso en el que la Sala juzgadora parece reconocer relevancia al hecho de que la referencia a una resolución del TC se haga por remisión a la fundamentación jurídica o a la parte dispositiva de la sentencia, dándose así a entender (Sala Tercera, S. de 17 de marzo de 1986) que sólo la parte dispositiva habría de merecer la atención de la Sala para acomodar a ella su fallo.

### 3.3. *La eficacia de cosa juzgada.*

Dice el Art. 164. 1 de la Constitución que las sentencias del Tribunal Constitucional — todas ellas — «tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas». Por su misma generalidad, esta declaración no necesitaba de reiteración — sí, acaso, de concreción — en la LOTC y, de hecho, al ordenar el legislador orgánico los demás procedimientos, distintos a los que ahora se consideran, no creyó necesario advertir, de nuevo, sobre la eficacia jurídico-procesal reconocida por la Constitución. Se introdujo esta mención, sin embargo, al regular procedimientos de declaración de inconstitucionalidad y, así, el Art. 38.1 de la Ley Orgánica se abre con el recordatorio de que las sentencias en ellos recaídas «tendrán el valor de cosa juzgada». Se repetían, pues, las palabras del constituyente allá donde las mismas — por las peculiaridades de estos procesos — podían encerrar un significado más problemático.

Dejando ahora de lado alguna cuestión que, aunque nada intrascendente, se halla un poco en la periferia de lo que aquí puede tratarse (así, el condicionamiento de la eficacia de la cosa juzgada a la publicación de la sentencia, según

el Art. 164.1) conviene recordar la noción tradicional de cosa juzgada — tampoco exenta de controversias — en el ámbito procesal com, ún, común, aunque esta evocación no sea sino el punto de partida para advertir su modulación en el seno de estos procesos constitucionales. Usando las palabras empleadas por el Tribunal Constitucional para sintetizar el sentido de este instituto en los procedimientos jurisdiccionales ordinarios, cabe repetir que «la cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y un efecto negativo que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema» (S. 77/83). Se viene a aludir, de este modo, a las dos dimensiones usualmente reconocidas en los efectos de las resoluciones que gozan de esta eficacia: insusceptibilidad de todo recurso ulterior contra las mismas (cosa juzgada formal) e imposibilidad de que el *thema* resuelto por sentencia de lugar al planteamiento de otro litigio (cosa juzgada material). En una y otra vertiente, la cosa juzgada se presenta como un efecto jurídico-procesal de la sentencia firme y en tal sentido se impone también sobre el juzgador, determinando, de apreciarse, la inadmisibilidad de la nueva acción afectada por aquélla. También ahora ha de distinguirse entre uno y otro de los aspectos del instituto para apreciar su presencia en las sentencias que se consideran.

Que éstas gozan de la eficacia propia de la cosa juzgada formal no es discutible. El citado Art. 164.1 de la Constitución afirma resueltamente este rasgo («no cabe recurso alguno» contra las sentencias), singularizándolo, por lo tanto, de una afirmación de la existencia de cosa juzgada que no podría entenderse referida, en consecuencia, sino a la vertiente llamada «materiale» del instituto. Nada dice al respecto, de modo específico, la Ley Orgánica, pero cabe citar las normas de alcance general contenidas en su art. 93: inexistencia de recurso alguno frente a todo tipo de sentencias, aunque pueda solicitarse por las partes aclaración (n.º 1) y admisión de un «recurso de súplica» frente a las providencias y autos (n.º 2), previsión ésta aplicable en el ámbito de los procesos de declaración de inconstitucionalidad.

Más compleja se presenta la cuestión de los efectos de cosa juzgada material que cabe atribuir a las resoluciones dictadas en estos procesos, no tanto porque tal eficacia sea de aplicación dudosa en estos casos — los mandatos constitucionales y legales citados descartarían esta hipotética controversia — cuanto por la determinación de cuáles debieran ser las «correcciones» o matizaciones en el juego ordinario de esta técnica en los procedimientos que nos ocupan. Con todo, una

determinación inicial habría de afirmarse con claridad: las resoluciones que no recaen sobre el fondo — las de inadmisión, específicamente — no causan efectos de cosa juzgada. Así, el auto del Tribunal Constitucional por el que se disponga la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad incorrectamente promovida no impedirá el replanteamiento de la misma en el curso del procedimiento ordinario y en idéntica instancia (entre otros A. 17/83).

Aun respecto de las sentencias que resuelvan la duda o la pretensión de inconstitucionalidad en cuanto al fondo cabe plantear si la eficacia de cosa juzgada material habría de predicarse de todas ellas, según se ha sostenido por algunos (139), o sólo de las desestimatorias, conforme también se ha podido afirmar por un sector de la doctrina (140). En pro de esta última tesis abogaría la advertencia, aludida al principio de estas notas, de que, para el TC, objeto de su examen - y de su fallo — es sólo la disposición de ley, o parte de la misma, de tal modo que la sentencia estimatoria (anulatoria), al expulsar definitivamente del ordenamiento un determinado enunciado normativo, privaría de sentido a la observación de que el texto así considerado inválido no podría ser sometido a enjuiciamiento ulterior; por ser esto así, en definitiva, por enjuiciarse textos y no normas de ellos deducidas, no podría oponerse-de acuerdo con esta tesis — la excepción de cosa juzgada al nuevo procedimiento que controvirtiera la constitucionalidad de una disposición de ley que, aun formalmente distinta a la en su día anulada por el TC, contuviera norma «idéntica» a juicio de quien formulara este reparo. Por contra, quienes han argumentado a favor de una «ampliación» de la eficacia de cosa juzgada en estos procesos constitucionales (141) se ven llevados a la conclusión opuesta: la «nueva» disposición de ley que recogiese un precepto «idéntico» al contenido en un texto considerado inválido no se haría merecedora de un nuevo proceso, con cognición plena, pudiendo extenderse a la nueva impugnación o a la duda así «reiterada» la cosa juzgada que correspondería a la primera sentencia de estimación.

La doctrina del Tribunal Constitucional — consecuente con la observación repetida de que el enjuiciamiento vierte sobre textos — se inclina por la primera

---

(139) Jesús González Pérez, ob. cit., p. 218.

(140) Raúl Bocanegra Sierra, ob. cit., pp. 179 y ss y 236.

(141) Eduardo García de Enterría, ob. cit., pp. 141 y ss; Jerónimo Arozamena Sierra, «El recurso de inconstitucionalidad» en El Tribunal Constitucional, I, ob. cit., pp. 171 y ss.

de estas tesis: aun cuando la nueva disposición de ley reitere un precepto ya examinado por el TC y considerado inconstitucional, y pese a que el último procedimiento vaya a trabarse entre las mismas «partes» del primero, ha de darse lugar a una cognición plena y, en su caso, a una sentencia nueva, por más que sobre ella — si la identidad es efectivamente de constatar — pueda influir el criterio del «precedente» (S. 82/82). Esta solución parece la más ajustada a las peculiaridades de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, pues la mera reiteración en un nuevo texto de un contenido preceptivo considerado en su día inconstitucional nada dice, de principio, en orden a que la resolución haya de ser idéntica, aunque no sea más que por la amplitud en nuestro sistema del parámetro de la constitucionalidad (art. 28 LOTC) y por la consiguiente posibilidad de que un cambio en el marco normativo de referencia permita reconocer una modificación en el problema últimamente debatido. Cosa distinta puede sostenerse respecto de los procedimientos constitucionales en los que no se enjuician — al menos con carácter principal y directo — normas, sino situaciones jurídicas. En ellos — en el conflicto de competencia, por ejemplo — la eficacia de cosa juzgada puede predicarse del fallo estimatorio, aun cuando sea también de anulación, y proyectarse, así, sobre todos los supuestos futuros en los que, entre las mismas partes, aunque a partir de actos o disposiciones diversas, se suscita idéntica controversia competencial (S. 110/83; S. de 20.10.1986, Fund. jurídico 5.º; A. de 18.9. 1986, Fund. jurídico 2.º).

Si lo anterior puede afirmarse respecto de la cuestionable eficacia de cosa juzgada material de las sentencias estimatorias, con mayor razón parece habrá de sostenerse esto cuando — a diferencia de la hipótesis que acaba de considerarse — se conciba la eventualidad de abrir un nuevo procedimiento sobre la misma disposición o parte de disposición considerada inconstitucional y anulada, esto es, expulsada del ordenamiento. En tal supuesto — de posible verificación cuando se sucedan cuestiones de constitucionalidad sobre un mismo objeto — no tendrá mayor sentido sostener que, una vez resuelto el primer procedimiento en términos estimatorios, proyecta el mismo sus efectos de cosa juzgada sobre los que le sigan. Ocurrirá, más bien, que se habrá producido una desaparición sobrevenida del objeto en las cuestiones ulteriormente introducidas, carencia de objeto que, haciendo imposible la identidad objetiva necesaria para reconocer la cosa juzgada, permitirá resolver el procedimiento mediante auto (AA. 106/83 y 264/83) o mediante sentencia en la que se declare no haber lugar a un nuevo pronunciamiento (SS. 169/85 y 171/85). En otros casos, sin embargo, ha dictado

el TC sentencia desestimatoria (S. 150/85) o estimatoria (S. 104/83) sobre la nueva cuestión idéntica a la que concluyó en fallo anulatorio anterior.

Quedan, en fin, las sentencias desestimatorias como resoluciones de las que, típicamente, cabría predicar la eficacia procesal aquí considerada: son sentencias, como se dijo, que no hacen inatacable la disposición no considerada disconforme con la Constitución (de ahí su carencia de efectos *erga omnes*) y tal hipotético nuevo enjuiciamiento, incluso a la luz del mismo parámetro constitucional, se adecuaría bien, siguiendo consideraciones doctrinales ampliamente compartidas <sup>(142)</sup>, a las exigencias y al sentido de la jurisdicción constitucional, que tiene encomendada, en este punto, la tarea de controlar actos y disposiciones a partir de unos preceptos constitucionales cuyo entendimiento puede ir adoptándose y modulándose en el tiempo, al hilo de cambios normativos, institucionales y sociales. Como, de otra parte, esta potencial apertura al nuevo enjuiciamiento de lo en su día examinado y resuelto por sentencia desestimatoria no podría admitirse sin límites, so pena de relativizar todo el valor pacificador de las resoluciones del Tribunal, se diría que la cosa juzgada podría aquí proyectarse en su función plena. De conformidad con la regla tradicional de las «tres identidades», el acceso a un nuevo procedimiento sobre la misma disposición de ley y a partir de una fundamentación idéntica (si estas identidades no se dan el problema tampoco) resultaría procesalmente admisible siempre que las partes fuesen distintas a las comparecidas en su día en el proceso que concluyó en sentencia desestimatoria.

Sin embargo, los procedimientos constitucionales que consideramos, muestran, en lo que a las partes se refiere, notables peculiaridades respecto de los procesos ordinarios, hasta el extremo de que es dudoso que el criterio «subjetivo» posea en sede constitucional la misma relevancia en orden a la identificación de los efectos de la cosa juzgada. Así como las identidades «objetivas» y «causales» pueden ser delimitadas con criterios que no son diversos de los comunes, cuando se pretende la apertura de un nuevo proceso, la identidad de partes se resiste a su formalización rigurosa y a cumplir, por tanto, su papel aparente en la configuración del instituto.

Estas peculiaridades de los procedimientos de que tratamos, las muestra la cuestión de inconstitucionalidad — que es, en rigor, un proceso sin partes necesarias y que resulta introducido por quien no ostenta tal condición — pero las

---

<sup>(142)</sup> Sesión del día 19 de septiembre de 1979 (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, p. 1757).

ofrece también el recurso «abstracto». Quienes comparecen y pueden sostener, si lo estiman conveniente, la contradicción en estos procesos no son, en términos generales, sujetos portadores de intereses parciales, propios y distintos, sino órganos públicos, cuyo interés en coadyuvar a la defensa del orden constitucional se actualiza tantas veces cuantas, en hipótesis, una disposición de ley sea sometida a control de constitucionalidad. Podría así cuestionarse en abstracto — al margen de la cuestión del plazo para recurrir — la razón para negar a estos órganos, expresivos de orientaciones políticas diversas a lo largo del tiempo, la posibilidad de activar en el futuro nuevos procedimientos de inconstitucionalidad por la sola circunstancia de que hubieran sido parte en los mismos, manifestando unas tesis no ligadas a posiciones jurídicas subjetivas, en un proceso anterior resuelto, sobre la misma ley y desde igual motivación, en términos desestimatorios. Por lo demás, si este criterio subjetivo hubiera de aplicarse plenamente, tampoco resultaría dogmáticamente inobjetable la posibilidad de que accedan al proceso quienes, órganos estatales también, pudieron haber comparecido y no lo hicieron en el procedimiento constitucional antecedente, pues tampoco en este plano la alteración subjetiva sería criterio irrefutable — al no ser los demás órganos exponentes de intereses diversos — para abrir el proceso que quedaba, respecto de otros, definitivamente cancelado.

El criterio de la identidad de partes no resulta, pues, operativo, en términos generales, para identificar el alcance de la cosa juzgada en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, lo que lleva a reconocer la necesidad de distinguir de otro modo el instituto, operando con criterios objetivos que busquen, de otra manera, integrar aquí las exigencias, en tensión, de no abolir toda fijeza del *dictum* del Tribunal Constitucional y de dejar abierto, sin embargo, algún cauce que impida llegar a la conclusión de que la disposición considerada no disconforme con la Constitución se hizo, sólo por ello, invulnerable a todo cuestionamiento o controversia de constitucionalidad ulteriores. Tal criterio objetivo, que viene así a modular notablemente el entendimiento procesal común de la cosa juzgada material, aparece hoy recogido en el art. 38.2 de la LOTC.

#### 3.4. *El efecto preclusivo.*

De conformidad con el art. 38.2 de la LOTC «las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional». Busca este precepto, ordenando el régimen de

sucesión entre procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, integrar aquellas exigencias básicas de fijeza y reversibilidad en los pronunciamientos constitucionales y lo hace desligando esta disciplina de los efectos, ya aludidos, de las sentencias recaídas en estas vías (la «vinculación» de todos los poderes públicos y los «efectos generales», reconocidos también a las sentencias resolutorias de conflictos de competencia — art. 61.3 de la LOTC —, respecto de los cuales no introduce la Ley, sin embargo, una norma análoga a la contenida en el citado art. 38.2).

La disposición establece un efecto preclusivo a raíz de las sentencias desestimatorias, que toma como criterio la «vía» procesal, no las partes en el procedimiento que así concluyó, y que, en tal sentido, modula notablemente los efectos típicos de la cosa juzgada. Todos los legitimados — comparecieran o no en el procedimiento anterior — no podrán plantear en el mismo cauce la controversia constitucional ya resuelta y delimitada por la Ley tanto en atención a las disposiciones constitucionales y legales entonces contrastadas como en virtud del fundamento que llevó en su día a la impugnación, resultando pues claro no ya sólo, como se apuntó, que si la disposición es otra (aunque no el precepto que encierre) el replanteamiento en la misma vía es posible, sino que también lo será cuando, aun impugnándose el mismo texto considerado no contrario a la Constitución en su momento, la motivación — el parámetro constitucional ofrecido por el recurrente — haya variado. Correlativamente, si la vía procesal es diversa, todos los legitimados para comparecer en el proceso constitucional podrán hacerlo, sin que a ello obste su eventual presencia anterior en el procedimiento que concluyó con sentencia desestimatoria. Este equilibrio entre clausura y apertura de las vías hacia el examen de la constitucionalidad de la ley juega, en realidad, por el sometimiento a plazo de la acción abstracta de inconstitucionalidad (art. 33 de la LOTC), en beneficio sólo del control llamado «concreto» o «incidental». Menos claro es, en la literalidad del precepto, si este juego se produce también «en contra» de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, si, suscitada y «desestimada» una cuestión de este carácter, se hace ya inviable la promoción de nuevas dudas de inconstitucionalidad sobre la misma disposición de ley y por referencia a idéntico precepto constitucional. Es evidente que tampoco se produce la preclusión señalada cuando, tras la sentencia desestimatoria recaída en procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, la misma «cuestión» trata de plantearse indirectamente a través de procedimientos diversos, como es el amparo constitucional (S. 13/84). Y la sucesión procesal de curso inverso entre



estos mismos procedimientos tampoco será relevante a los efectos que aquí se consideran, porque no cabe utilizar «los pronunciamientos efectuados por este Tribunal con ocasión de procesos cuyo objeto inmediato no es el control de normas, sino el amparo de derechos fundamentales, no ya para apoyar un juicio directo sobre la validez o la falta de validez de un precepto legal, lo que es obvio, sino para rechazar como inadmisibles una cuestión de inconstitucionalidad» (S. 106/86).

Las dificultades de interpretación a propósito del art. 38.2 de la LOTC no se han suscitado tanto, sin embargo, respecto del contenido normativo del precepto cuanto por referencia a otra de las disposiciones de la misma Ley Orgánica. El art. 29.2 comprendido en las llamadas «Disposiciones generales» que la Ley dedica a la ordenación de los procedimientos de inconstitucionalidad, declara que «la desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley disposición o acto con fuerza de Ley no será obstáculo para que la misma Ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso». Considerando, de nuevo, criterios preliminares de literalidad, el precepto parece cegar una de las posibilidades abiertas por el art. 38.2, pues si este precepto, según se ha dicho, prevé con claridad la sucesión entre recurso y cuestión de inconstitucionalidad sobre un mismo objeto, la norma contenida en el art. 29.2 se diría que restringe tal eventualidad a la hipótesis de que la desestimación lo hubiese sido «por razones de forma». Y no puede desconocerse que esta interpretación del precepto no sólo introduciría una grave inconsistencia con lo prevenido por la misma Ley en otra de sus disposiciones sino que contrariaría abiertamente el sentido material que subyace, conforme se apuntó, a la permisión legislativa de una posible consecutividad entre vías distintas para el control de constitucionalidad de la Ley. La inconsistencia, por lo demás, reside también en el seno mismo del art. 29.2., pues no de otro modo puede calificarse a una proposición normativa que se abre con la mención a «un recurso de inconstitucionalidad» y que concluye, con un aparente sentido limitador, refiriéndose a la «aplicación (de la Ley, disposición o acto) en otro proceso».

Desajuste tan perturbador no existió en todas las redacciones del Proyecto de Ley Orgánica a lo largo de su procedimiento de elaboración parlamentaria. Más bien en algún estadio de este *iter* legislativo los preceptos que hoy se contienen en los arts. 29.2 y 38.2 de la LOTC se conciliaban con facilidad, pues, en el Proyecto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, la segunda

de estas disposiciones no difería de su actual redacción, en tanto que el hoy art. 29.2 (entonces párrafo segundo del art. 32) prescribía, más en reiteración — o en anticipación — que en armonía con lo establecido por el hoy art. 38.2, que «La desestimación de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley, disposición o acto con fuerza de ley promovido en vía principal no será obstáculo para que la misma ley, disposición o acto puedan ser impugnados en vía incidental con ocasión de su aplicación en otro proceso». La tensión se introduciría cuando, inalterado en lo sustancial el texto del actual art. 38.2, se acogió en el Congreso la enmienda del Grupo Socialista introductora del inciso «por razones de forma», hoy presente en el art. 29.2 inciso que, aun eliminado del texto a su paso por el Senado, fue reintroducido definitivamente en el Congreso de los Diputados (143).

La doctrina científica ha reconocido, desde el principio, el «gran margen de duda» (144) que abre la comparación entre los arts. 29.2 y 38.2 de la LOTC y ha optado bien por calificar como «inconstitucional» (145) el primero de estos preceptos, bien por buscar alguna interpretación conciliadora, apuntando cómo el controvertido inciso «por razones de forma» pudiera entenderse referido no a las razones de la desestimación, sino, antes aún, a los motivos de la impugnación, lo que, en definitiva, permitiría seguir reconociendo como norma plenamente eficaz, en lo que aquí interesa, a la contenida en el art. 38.2 (146). Esta general perplejidad de los comentaristas no tiene vía sencilla de superación en el terreno de la interpretación de los textos. Puede dejarse constancia de que el debatido art. 29.2 adquiriría sentido propio si — en conformidad con su inciso final, aunque no con su encabezamiento — se hubiera dirigido a ordenar exclusivamente la sucesión entre cuestiones de inconstitucionalidad, impidiendo que, dictada sentencia desestimatoria en una cuestión de inconstitucionalidad, se reprodujera un planteamiento idéntico en el mismo cauce, con la sola excepción de que la desestimación lo hubiera sido por carecer la primera cuestión de los requisitos de procedibilidad debidos, esto es, por las «razones de forma» a las que el precepto se refiere.

---

(143) Jerónimo Arozamena Sierra, ob. cit., p. 174; para otros la norma del art. 29.2 de la LOTC es «perniciosa, pero inequívoca» (Antonio Torres del Moral, «Principios de Derecho Constitucional Español», II, Madrid, 1986, p. 409.

(144) Entre otros, Jose María Rodríguez Oliver, «Los ámbitos exentos del control del Tribunal Constitucional Español», en *El Tribunal Constitucional*, ob. cit., III, p. 2342.

(145) Francisco Rubio Llorente y Manuel Reyes, «La jurisdicción constitucional», ob. cit., pp. 836-838.

(146) José Almagro Nosete, «Justicia Constitucional, Madrid, 1980, p. 126; Jesús González Pérez, ob. cit., p. 258.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, cuando ha habido ocasión para ello, ha extraído todas sus virtualidades de la norma contenida en el art. 38.2 de la LOTC, declarando en sentencia resolutoria de recurso de inconstitucionalidad que «... si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición — o la disconformidad — a la Constitución de alguno de los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el juez o tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (S. 4/81).

El genérico reconocimiento de la posibilidad admitida por el TC en este pasaje de su sentencia no tiene apenas discordancias en la doctrina científica y cuando éstas han aparecido <sup>(147)</sup> se ha debido, seguramente, más a un traslado quizá indiscriminado de las construcciones procesalistas sobre la cosa juzgada a estos procedimientos que a una consecuencia de entendimiento de la relación — de la tensión, mejor — que media entre los arts. 29.2 y 38.2 de la LOTC.

Resta, para acabar, la cuestión, no explícitamente resuelta por el último de estos preceptos, relativa a la hipotética sucesión entre cuestiones de inconstitucionalidad de idéntico signo. Cuando este supuesto se ha suscitado, el TC no ha dejado de observar que «dada la identidad sustancial de la actual pretensión procesal con la resuelta en la anterior sentencia (desestimatoria), podría plantearse la cuestión de si los efectos de la cosa juzgada impiden la admisión a trámite del presente proceso», por más que no se rehusara entoces el conocimiento y fallo de la nueva cuestión en atención a que la misma fue introducida antes de la adopción de las anteriores desestimatorias, no siendo objeto de acumulación con las entonces pendientes (SS. 41/83 y 51/83). Siendo claro que el problema será, en cada caso, el de la determinación de la efectiva «identidad» entre los objetos de las cuestiones que pretendan sucederse, nada que impida extender a esta vía la norma impeditiva — textualmente sólo aplicable al recurso — del art. 38.2 de la LOTC. De una parte, tal preclusión («en la misma vía»), sólo tendrá efectividad entre cuestiones, ya que los recursos están sujetos al plazo de impugnación. De otro lado, esta conclusión, abonada quizá por lo que pueda entenderse *a contrario* de lo dispuesto en el art. 35.2 *in fine* de la misma Ley, no contraría la norma

---

<sup>(147)</sup> Vuelve aquí a aparecer, indirectamente, el problema, ya aludido, del «valor normativo» de las sentencias constitucionales. Sobre el mismo, entre otros, Luis Sanchez Agesta, «Sistema político de la Constitución española», Madrid, 1980, p. 375 y Javier Perez-Royo, «Las fuentes del Derecho», Madrid, 1984, p. 48.

contenida en el art. 163 de la Constitución, porque el examen de la constitucionalidad de la ley se configura para el juzgador no como un derecho subjetivo, sino como un poder o como función al servicio de la depuración objetiva del ordenamiento, en cuyo ejercicio habrá de tenerse en cuenta, también, la doctrina establecida por el TC (art. 40.2 de la LOTC).

Un interés ya casi exclusivamente histórico tiene, por último, el considerar lo prevenido por la Ley Orgánica respecto de los efectos de las sentencias desestimatorias dictadas en el derogado recurso previo de inconstitucionalidad (art. 79.2: «El pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa»). Acaso sea sólo pertinente observar que este precepto no podría verse como una «excepción» a lo prevenido en el art. 38.2 de la misma LOTC, esto es, como una permisón de la sucesión entre recursos (previo y ordinario) sobre un texto idéntico (entonces proyectado y después vigente) y a partir de una idéntica motivación. So pena de concluir en que las sentencias dictadas en recurso previo carecieron de cosa juzgada (en contra de lo prevenido, con carácter general, en el art. 164.1 de la Constitución) y de relativizar plenamente el sentido pacificador de la resolución del Tribunal, la norma contenida en el citado art. 79.5 sólo debiera entenderse como negadora de la imposibilidad de toda ulterior impugnación del texto ya enjuiciado, pero no en los términos de una plena apertura al replanteamiento, sin alteración jurídica relevante, del problema de constitucionalidad ya resuelto.

### 3.5. *Valor de precedente.*

Los márgenes que abre el art. 38.2 de la LOTC para el nuevo enjuiciamiento del problema de constitucionalidad ya resuelto, en términos desestimatorios, por sentencia anterior pueden ponerse, por último, en relación con la cuestión, más amplia, de cuál sea la eficacia, sobre el propio Tribunal Constitucional, de la doctrina por él establecida en procesos anteriores cuando se hayan de enjuiciar disposiciones, a las que, de principio, pudiera extenderse la razón de la decisión anterior. Lo que así se plantea, como es obvio, va más allá del ámbito específico de aplicación del citado art. 38.2, pues el valor de precedente de las sentencias constitucionales no quedaría limitado — en la medida en la que haya de reconocerse — por los criterios de identidad objetiva y causal en la duda o en la

pretensión de inconstitucionalidad que recoge la Ley Orgánica de dicho precepto. Con todo, lo previsto en este art. 38.2 — la posibilidad de que, aunque en distinta vía, se busque la estimación de una pretensión o de una duda antes no acogida — resulta elocuente en orden a la inexistencia de una vinculación del propio Tribunal a la doctrina establecida en resoluciones propias anteriores.

A la misma conclusión ha de llevar lo prevenido en el art. 13 de la LOTC. Se dice allí que «cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno». No existe, pues, autovinculación del Tribunal en Pleno a su propia doctrina, aunque ésta limita la virtualidad innovadora de las resoluciones cuya adopción sea de competencia de las Salas y, por ello, con relativa frecuencia, estos órganos «inmediatos» del TC abordan en sus resoluciones, se pida o no así por los recurrentes, la posible aplicabilidad al nuevo caso de lo decidido antes para supuestos análogos (entre otras, SS. 86/83, 121/83 y 5/85), haciéndose, en ocasiones, expresa mención al valor como «precedente» de la doctrina constitucional (S. 59/86) o dictándose, en otros casos, sentencias que son, en parte, «de remisión» a lo expuesto en otras (S. 121/84).

El precedente, pues, cuando se reconozca por el Tribunal, ni impide el conocimiento pleno del nuevo asunto, ni predetermina la solución que al mismo haya de darse. No debe confundirse, por lo tanto, con los efectos, expresamente reconocidos por el art. 38.1 de la LOTC y ya tratados, de «cosa juzgada» y de «vinculación» sobre todos los poderes públicos, expresión ésta que, en lo que aquí importa, no queda referida al Tribunal Constitucional, quien está sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica cuando enjuicia la legitimidad de la ley (art. 1.1 de la LOTC) <sup>(148)</sup>. Si así no fuera, como ya se ha apuntado, se dejaría de realizar por el TC la tarea de ir acomodando su interpretación, en todos los procesos de los que conoce, a las posibles transformaciones del marco normativo e institucional dentro del cual su jurisdicción se ejerce. Cuestión distinta a la de la eficacia sobre el propio TC de su propia doctrina es, obviamente, la de la incidencia de la misma sobre los demás órganos que puedan dar inicio a uno de estos procedimientos, con lo que ello pueda suponer en orden al examen de la consistencia preliminar que los asuntos planteados puedan mostrar. Así como en el procedimiento de amparo la LOTC prevé una posible causa de inadmisibilidad para

---

<sup>(148)</sup> Parece asimilar los efectos de la estimación del recurso de inconstitucionalidad a los de la «derogación», Fernando Garrido Falla, ob. cit., p. 1718.

el caso de que «el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual» (art. 50.2.c, hipótesis ésta en la que el Tribunal «podrá» acordar la inadmisión), en la regulación legislativa de la cuestión de inconstitucionalidad se prevé un supuesto de inadmisibilidad para el caso de que la misma «fuese notoriamente infundada» (art. 37.1), fórmula en la que no dejan de tener cabida los casos en los que el incidente se hubiera promovido a partir de una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales abiertamente discordante de la establecida por el TC en su propia doctrina.

No es infrecuente, desde luego, la remisión en las sentencias de las que tratamos, a resoluciones anteriores, de las que se trae hasta el asunto pendiente una *ratio decidendi* que pueda llevar en él a resolución no diversa. Así, el TC ha asumido el valor de precedente de su doctrina, entre otros supuestos, en los casos en los que ha examinado la constitucionalidad de una disposición de ley con contenido idéntico al de otra ya enjuiciada y declarada inconstitucional (SS 26/85 y 72/85).

#### **4. La eficacia de las sentencias en el tiempo.**

Esta cuestión está tradicionalmente ligada — en éste y en otros ámbitos del ordenamiento — a la figura jurídica de la «nulidad» y ello, si bien puede dar razón de tal delimitación inicial, no permite desconocer que problemas de algún modo análogos pueden suscitarse respecto de las sentencias desestimatorias, cuyo fallo incorpora, espresamente o por remisión a la fundamentación que le precede, un contenido normativo determinado que, como se apuntó, no carece de efectos sobre la labor de los aplicadores del Derecho, vinculando también, cuando el procedimiento se inició por vía de cuestión de inconstitucionalidad, al órgano judicial que suscitó el incidente (art. 38.8 *in fine* de la LOTC, ya antes aludido). También respecto de este tipo de fallos cabría, así, plantear su proyección — su «vinculación» empleando la expresión legal — en el tiempo, pero nos ceñiremos el análisis de la incidencia en este plano de los fallos de carácter estimatorio, que son los únicos que, expulsando del ordenamiento una disposición o un fragmento de disposición, dejan abierta la cuestión de cuál haya de ser la suerte de las disposiciones y actos que a ella se ligaron con anterioridad a la adopción de la declaración de inconstitucionalidad.

#### 4.1. *La invalidez y sus consecuencias.*

En los procesos constitucionales que aquí importan se juzga de la «validez» (art. 163 de la Constitución) de actos y disposiciones con fuerza de ley, esto es, de su «constitucionalidad». Cuando tal juicio es negativo, ha de llegarse a la «declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley» (art. 161.1. a), declaración que se obtiene a partir de un «juicio de contraste entre las dos normas (la constitucional y la legislativa) al que subsigue una consecuencia jurídica» (S. 11/81). No califica jurídicamente la Constitución, sin embargo, en qué consista dicha consecuencia, de tal modo que de su articulado pueden sólo hacerse derivar, de modo indirecto, algunos de tales efectos, ya en términos positivos (pérdida de «vigencia» de la disposición inconstitucional: art. 164.2), ya negativamente («la sentencia o sentencias recaídas — sobre la base de aquella disposición — no perderán el valor de cosa juzgada» art. 161.1.a). La LOTC en su art. 39.1 puntualiza que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que debe extenderse por conexión o consecuencia». Quedaba así establecida la consecutividad entre declaración de inconstitucionalidad y de nulidad, descartándose, con ello, cualesquiera otras posibles interpretaciones de los efectos de la inconstitucionalidad — su asimilación a la «derogación», por ejemplo (149) — que, de *lege ferenda*, pudieran, acaso haberse concebido. Sin embargo, se introducía un nexo general y necesario, que algunos autores, calibrando la variedad de supuestos que habrían de llegar hasta el TC, consideraron en exceso simplificador (150).

Ciertamente, las definiciones normativas no han podido agotar la complejidad de la realidad jurídica de la que el Tribunal conoce diariamente. Si la declaración de inconstitucionalidad es el juicio negativo que subsigue al contraste entre la disposición sujeta a control y su parámetro constitucional, ha de decirse que existen en nuestro Derecho declaraciones de aquél carácter — explícitas o no — a las que no se anuda un efecto anulatorio. Naturalmente, no hay anulación

---

(149) Raúl Bocanegra Sierra, ob. cit., p. 237.

(150) Sobre esta problemática, Francisco Rubió Llorente, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Chr. Starck y A. Weber (eds.), Baden-Baden, p. 256.

cuando el juicio de inconstitucionalidad no recae sobre una «disposición», sino sobre una «norma», aunque tal hipótesis queda fuera de lo que ahora interesa. Importa no obstante señalar que, cuando el texto sujeto al control del Tribunal no existe aún — o ya no existe — en el ordenamiento, la declaración de su disconformidad con el parámetro constitucional no entraña, al menos necesariamente, la de su «nulidad». Tal era el caso de la «declaración de inconstitucionalidad» (art. 79.4.b) dictada, en tanto estuvo vigente, en el recurso previo regulado en el Capítulo II del Título VI de la LOTC y no distinto es, en lo que aquí interesa, el «pronunciamiento» del Tribunal, también en vía de control preventivo, sobre la conformidad o disconformidad entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional (art. 78 de la LOTC). Cuando la disposición enjuiciada haya desaparecido, por derogación, del ordenamiento no resulta necesario que la declaración de inconstitucionalidad vaya acompañada de la anulación si bien en diferentes casos, el Tribunal ha dictado, respecto de leyes preconstitucionales, fallos en los que se declara, acumulativamente, la inconstitucionalidad, la derogación y la nulidad del texto impugnado o cuestionado, tipo de pronunciamiento éste que se ha podido justificar en razón a que la «inconstitucionalidad sobrevenida» de una disposición de ley anterior a la Constitución «produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación» (S. 9/81).

Con independencia de estos casos, existe otro, específicamente ligado a la forma de distribución territorial del poder en nuestro Estado, que conviene también anotar. En el marco del ordenamiento autonómico español, puede verificarse el supuesto de que, sometida a control de constitucionalidad por supuesto vicio de incompetencia una cierta disposición de ley estatal, se concluya en la declaración de que la inconstitucionalidad denunciada no afecta a la disposición como tal — aplicable en determinadas zonas del territorio y en todo él como Derecho supletorio — sino a la regla, implícita en el texto y denunciada por quien promueva la acción, según la cual la disposición resultaría inmediatamente aplicable en cualesquiera ámbitos territoriales. En tales casos de «inconstitucionalidad» *ratione territorii* no procede una declaración de nulidad porque ésta es «un vicio que afecta a la validez de las normas, no simplemente a su vigencia o su eficacia y choca, por tanto, con el recto uso de las categorías jurídicas declarar la nulidad de una disposición que es plenamente válida en otras partes del territorio nacional» (S.80/85), de tal modo que, cuando es de acoger la pretensión actora, dicta el Tribunal en estos supuestos un fallo en el que se determina que



la disposición controvertida «no es de aplicación» en cierta parte del territorio (por todas, S. 179/85) <sup>(151)</sup>.

#### 4.2. *El alcance de la declaración de nulidad*

Las dificultades comienzan cuando se trata de determinar el alcance de la declaración de «nulidad» prevista con carácter general en el art. 39.1 de la LOTC. Ya hemos dicho que la Constitución sólo dice que la disposición de este modo sancionada perderá su eficacia (su «vigencia», dice *a contrario* el art. 164.2) lo que, al margen de otras posibles incidencias, no afectará a la cosa juzgada de las sentencias que hicieron aplicación de aquélla (art. 161.1.a). Ahora hay que añadir que la LOTC desarrolla y matiza estos tan genéricos enunciados disponiendo (art. 40.1) que «las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulta una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

Alrededor de este enunciado normativo, se ha centrado una reflexión doctrinal que, en principio, no difiere en sus líneas básicas de la producida en otros ordenamientos, como el italiano o el germano-occidental. También entre nosotros, por lo tanto, ha existido alguna discusión a propósito de cuestiones tales como la nulidad o anulabilidad de la disposición de ley viciada de inconstitucionalidad, el carácter declarativo de la sentencia que constate tal vicio y, en fin, el alcance del fallo anulatorio, esto es, lo que — en términos convencionales — se suele designar como la alternativa *ex nunc/ex tunc* para la determinación de los efectos de aquel tipo de resolución.

Antes de introducirnos en el debate y de reseñar los principales pronunciamientos del TC al respecto, conviene hacer una consideración de principio sobre el significado que ha de reconocerse, en el ordenamiento español, a la expresión «efectos temporales» de las sentencias en el ámbito de la jurisdicción constitu-

---

<sup>(151)</sup> Eduardo García de Enterría, ob. cit., p. 143.

cional. La obviedad de que el objeto del enjuiciamiento en estos procedimientos es sólo una o varias disposiciones de ley obliga a reconocer que los efectos de la sentencia que sancione a éstas con la declaración de nulidad incidirán, de modo directo, sólo sobre el texto reconocido como inconstitucional, texto que, desde la resolución del TC, no existirá ya en el ordenamiento, es decir, perderá toda la eficacia que el sistema jurídico atribuye a los actos y disposiciones dotados de la fuerza propia de la ley. No se enjuicia en estas vías una o varias «situaciones» que, surgidas al amparo del texto controlado, pudieran haber resultado o no afectadas por el mismo vicio en éste apreciado y por ello mismo la LOTC no recoge, al regular las sentencias dictadas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, la previsión de que estas resoluciones deban o puedan disponer alguna determinación sobre aquellas situaciones, previsión que sí se recoge, con plena coherencia, respecto de las sentencias que resuelvan recursos de amparo (art. 55.1.a), conflictos de competencia (art. 66) o conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado (art. 75.2).

Que esto sea así depende, como es claro, de la naturaleza de «control de normas» en que consiste esta competencia del TC, pero significa (y ésta es la consideración primera que aquí ha de hacerse) que el TC nada ha de decir, necesariamente, sobre los efectos de la inconstitucionalidad de la ley en las situaciones surgidas bajo su vigencia: «...no es objeto propio de la competencia de este Tribunal el pronunciamiento sobre la validez de todas estas disposiciones de rango infralegal (dictadas en aplicación de la ley inconstitucional), cuyo control de legalidad y constitucionalidad corresponde a los órganos del Poder Judicial y en especial a los del orden contencioso-administrativo ...», de tal modo que el alcance del fallo estimatorio «entraña la imposibilidad de que, al amparo de la norma que declaramos contraria a la Constitución, se dicten nuevos reglamentos», pero no significa «la invalidez de las normas reglamentarias ya existentes» (S. 83/84), cuestión esta cuya determinación corresponderá, en su caso, a los juzgadores ordinarios. El TC, en definitiva, juzga solo de la constitucionalidad de disposiciones de ley, no de la validez de otros preceptos o actos adoptados en aplicación y ejecución de aquéllas, y no podría, en modo alguno, extender a los últimos la sanción de nulidad aplicada a la primera, pues la declaración de inconstitucionalidad por conexión o por consecuencia es sólo factible en el ámbito de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley sometido a su control (art. 39.1 de la LOTC). No es, pues, posible que la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, al hilo de tal determinación, confirme o niegue la validez de otros

actos y disposiciones y, así, las referencias que en ocasiones se contienen en las sentencias de las que tratamos a tales textos vinculados al enjuiciado poseen sólo un alcance «negativo», por el que se descarta la definición del TC sobre aquéllos y no, en ningún caso, el sentido de afirmar o negar la validez de los mismos «... esta anulación no ha de comportar... la de los actos jurídicos dictados en ejecución de los preceptos que ahora se invalidan, ni, por lo mismo, la de las situaciones administrativas declaradas a su amparo, pues no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de la entrada en vigor de las mismas» (S. 60/86).

Al Tribunal Constitucional, en conclusión, no les es imposible determinar en su sentencia los efectos de sus declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad, pero sólo por referencia directa al que ha sido objeto propio de su examen, al acto o disposición impugnado o cuestionado.

Lo anterior lleva a modular respecto de estas sentencias — y esta es la segunda observación que procede apuntar — la construcción dogmática que cabe llamar general o «común» sobre el efecto de las nulidades. El TC no juzga sobre situaciones, sino sobre disposiciones, ya que, con carácter general, los enunciados sujetos a su examen no conforman inmediatamente, sin auxilio de otras disposiciones o actos ulteriores, el mundo concreto de las relaciones jurídicas existentes entre los diferentes sujetos.

#### 4.3. *Los efectos en el tiempo de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad*

Tras lo anterior, puede ya decirse algo sobre los efectos en el tiempo de la sentencia estimatoria dictada en recurso o en cuestión de inconstitucionalidad.

a) Una primera cuestión que puede abordarse — adoptando aquí el lenguaje común de la teoría de las nulidades — es la de si la disposición viciada de inconstitucionalidad incurre en un supuesto de nulidad o de anulabilidad, en la hipótesis de que uno y otro concepto determinasen en el ámbito de la jurisdicción constitucional, como en el de los procedimientos civiles y contencioso-adminis-

trativos, consecuencias diversas. La doctrina, en algún caso, ha apuntado ya que estaríamos ante supuestos de «nulidad» (152).

Apenas hace falta recordar la condición polémica, en cualquier ámbito jurídico, de esta dualidad conceptual. Como consideración general, parece oportuno advertir que uno de los rasgos que con frecuencia se han predicado de la noción de nulidad *a radice* o de «pleno derecho» (la de la total ineficacia del acto así viciado: *Titulus invalidus non potest aliquem affectum validum operari*) no podría entenderse nunca, tampoco en lo que al control sobre la ley se refiere, en toda su literalidad tan terminante porque, como la doctrina civil ha destacado, «la idea de ‘nullum effectum’ no expresa una experiencia o un fenómeno real, sino un mandamiento o una sanción del orden jurídico» (153), advertencia asumida también en nuestro Derecho por la literatura jurídico-administrativa (154). Que la disposición de ley se declare finalmente nula, no puede significar ni una ignorancia de los efectos anteriores que normalmente la misma habrá deparado, ni el designio, sin matices, de que tales efectos han de considerarse sin más como no verificados. La declaración, por tanto, de que es función de los procesos constitucionales «privar de todo efecto a las leyes contrarias» a la Constitución (S. 14/81), debe entenderse referida, en principio, los efectos *pro futuro* de la disposición estimada inconstitucional, pero no, de modo absoluto, respecto de los efectos ya causados, a propósito de los cuales son necesarios criterios de resolución menos tajantes.

Ello no significa que estemos ante supuestos de «anulabilidad», sino que esta pareja de conceptos es de escasa utilidad en nuestro ámbito. Algunos de los rasgos genéricamente atribuidos al acto anulable no se dan, desde luego, respecto de la ley inconstitucional, pues el vicio de ésta puede ser apreciado en todo tiempo (a través de la cuestión de inconstitucionalidad), sin sujeción plena al principio dispositivo en el proceso (arts. 39.2 y 84 de la LOTC y S. 11/81) y sin que, en rigor, sean imaginables supuestos de «subsanción» de un vicio cierto de inconstitucionalidad. Respecto de este último punto ha dicho ya el TC que la ley sobrevenida que transforme, asumiendo su contenido, un Real Decreto-Ley (art. 86.3

---

(152) Luis Díez-Picazo, «Fundamentos de Derecho Civil patrimonial», I, Madrid, 1983, p. 308.

(153) Juan Alfonso Santamaría Pastor, «La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos», Madrid, 1975, p. 93.

(154) Luis Díez-Picazo, «Fundamentos...», ob. cit., pp. 302 y ss.

de la Constitución) no hace imposible el examen de la constitucionalidad de este último (S. 111/83), como tampoco lo impide la llamada «convalidación» del Decreto-Ley (art. 86.2 de la misma norma fundamental) por obra del Congreso de los Diputados (S. 29/82). Ciertamente, en los escasos supuestos en los que el Tribunal ha debido examinar un alegado vicio *in procedendo* de la ley, ha aludido, para obtener su conclusión, a la entidad misma del defecto denunciado (S. 35/84) o a si éste «fue convalidado por la misma Cámara» (S. 108/86), pero estas consideraciones no apuntan tanto a la previsión de una hipotética inconstitucionalidad «subsanaible» cuanto a la determinación, sencillamente, de si hubo o no inconstitucionalidad en el procedimiento de adopción de la Ley.

Con fines descriptivos podría trasladarse a vicio de inconstitucionalidad parte de la tipología acuñada por los privatistas para identificar, en otro plano, los distintos supuestos de «ineficacia» (155). Así, la ineficacia de la ley inconstitucional puede decirse «provocada» (esto es, de necesaria determinación jurisdiccional), «absoluta» (afectante a todos o *erga omnes*) e «insanaible», en el sentido que acaba de apuntarse. Resta por ver, empleando aún otra de estas categorías, si la ineficacia de la ley inconstitucional ha de entenderse como «originaria» o «sobrevenida».

*b)* Ligada a esta dicotomía suele aparecer la cuestión del carácter «declarativo» o «constitutivo» de la sentencia que, apreciando la inconstitucionalidad de la disposición enjuiciada, disponga su anulación, dilema éste que, como es sabido, tiende a ponerse en relación con los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de la declaración misma de nulidad. En la doctrina ha podido afirmarse tanto que la sentencia estimatoria tiene un carácter constitutivo (156) como que su condición es la de un fallo «declarativo-constitutivo» (157), siendo de señalar alguna sentencia constitucional que parecería dar a entender que sus efectos son de los del primer tipo (S. 66/83), línea que acaso podría verse confirmada por las referencias que en ocasiones se hacen a la «validez o invalidez *ex origine* de las normas impugnadas» (S. 60/85).

---

(155) Alfonso Perez Gordo, ob. cit., p. 274.

(156) José Almargo Nosete, ob. cit., p. 175.

(157) Pedro Cruz Villalón, «Dos años de jurisprudencia constitucional española», en Revista de Derecho Político, 17, 1983 p. 42.

Puede partirse de la idea de que, por sí sola, la sentencia estimatoria no declara, ni crea, situaciones jurídicas determinadas. Sin duda, no es irrelevante observar que la sentencia que aprecia un vicio de inconstitucionalidad constata una anomalía jurídica preexistente, pero también ha de decirse que la declaración de nulidad es el acto a partir del cual — no antes — ha de considerarse ineficaz la disposición así viciada, sin que la sombra del acto, «inexistente» se proyecte sobre la ley inconstitucional que, en tanto sea ley, posee, según se dijo, una presunción de legitimidad que, respecto de las leyes postconstitucionales, puede ser sólo destruida por el TC (S. 66/85). En todo caso, la evidencia de que la inconstitucionalidad es un dato jurídico que preexiste a la sentencia que la declara — y que aprecia una invalidez y una ineficacia que «surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma» (S. 1/81) — nada dice, de modo directo, acerca del carácter *ex tunc* o *ex nunc* del pronunciamiento del TC sobre la inconstitucionalidad y la consiguiente ineficacia de la ley.

c) Lo anterior ha de tenerse en cuenta para aproximarse al problema de los efectos - *ex tunc* o *ex nunc*, por seguir con la oposición convencional — de la anulación de la ley inconstitucional. No existe hoy en el Derecho español la posibilidad de una declaración de nulidad con efectos diferidos, hipótesis, sin embargo, que — apuntada como conveniente, previa reforma legislativa, por algún comentarista <sup>(158)</sup> — no queda categóricamente prejuzgada por la Constitución. En cualquier caso, la LOTC, que enlaza la anulación con la declaración de inconstitucionalidad sin excepción expresa (art. 39.1), dispone hoy que «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad... producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1).

En la doctrina científica se ha sostenido tanto la eficacia *ex nunc* de la sentencia <sup>(159)</sup> como su proyección *ex tunc* <sup>(160)</sup>, identificada a veces en términos de «retroactividad». El Tribunal Constitucional se ha referido en algún caso, expresa o implícitamente, a los efectos *ex tunc* de la sentencia estimatoria dictada en estos procedimientos (SS.33/85 y 171/85), mas cabe preguntarse por cuál sea, en el

---

<sup>(158)</sup> Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragon Reyes, «La Jurisdicción constitucional», ob. cit., p. 835; Jerónimo Arozamena Sierra, ob. cit., p. 171.

<sup>(159)</sup> Pedro de Elizalde y Aimerich, ob. cit., p. 877.

marco de la LOTC y de las consideraciones que preceden, el sentido preciso de estas referencias jurisprudenciales.

No enjuicia el TC a través de estas vías la íntegra proyección en el ordenamiento de una cierta disposición de ley, sino, estrictamente, su conformidad o disconformidad con la Constitución. Su decisión no afecta, pues, directamente a las disposiciones y actos que aplicaron la ley inconstitucional, ni puede — por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica — remover, indiscriminadamente, todos los efectos (todas las situaciones jurídicas) que nacieron por obra de tales actos de aplicación y con fundamento último en la ley inválida. Al respecto, como ya se ha dicho, el principio de seguridad jurídica queda asumido por el art. 161.1.a) de la Constitución, de conformidad con el cual «la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada» por haber hecho aplicación de una ley inconstitucional, regla que la LOTC recoge y matiza (art. 40.1) en un punto específico, pues, de conformidad con este precepto legislativo, habrá lugar a la revisión del proceso ordinario sancionador (penal o contencioso-administrativo) en el que «como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad». Se introdujo así en la Constitución y en la ley misma, aun sin nombrarlo, el concepto de «situaciones consolidadas», empleado en otro pasaje de la LOTC para regular la posibilidad de combatir ante el propio TC actos anteriores a su constitución (Disposición Transitoria 2.1). No de otro modo lo ha entendido, desde el principio el Tribunal Constitucional: «... la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de nulidad con ineficacia originaria, si bien dentro de un respecto a situaciones consolidadas» (S. 14/81).

Por aplicación de idéntica *ratio*, pueden entenderse «consolidadas» o «agotadas» las situaciones jurídicas no examinadas y definidas por sentencia firme, porque no fueron siquiera llevadas ante los tribunales, aunque pudieron haber sido así controvertidas, pues la prescripción de acciones, cuando sea de apreciar, no podría ser ignorada, sin desconocer, al mismo tiempo, que la razón del instituto es, en lo que aquí interesa, no distinta a la garantizadora de la estabilidad de las *causae finitae*, de tal modo que una hipotética reapertura del plazo, ya consumido, para demandar justicia ante los tribunales haría paradójicamente de mejor condición a quien se aquietó frente al acto o disposición aplicadores de la ley inconstitucional respecto de quien, defendiendo su derecho, obtuvo finalmente y antes de la declaración de inconstitucionalidad, una sentencia firme de los juzgadores ordinarios desestimatoria de su pretensión.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre las situaciones jurídicas engendradas por aplicación de la disposición sancionada de nulidad se proyectan, de este modo, sólo sobre situaciones que quepa llamar «pendientes», susceptibles, pues, de ser aún conocidas y resueltas por los tribunales de justicia. Esto no significa otra cosa, en definitiva, sino que la ineficacia de la ley, ligada a la declaración de nulidad, es inmediatamente aplicable, de tal manera que — y aquí radica el distingo más neto frente a los efectos derogatorios comunes — los órganos del Poder Judicial no podrán reconocer, a raíz de la sentencia constitucional, ultraactividad alguna a la disposición inconstitucional, para cuya aplicación no cabría, pues, invocar la regla *tempus regit actum*: «la regla del art. 40.1 de la LOTC, cuyo propósito es preservar la cosa juzgada en aras del principio constitucional de la seguridad jurídica y con excepción, a su vez, en los casos que dice el mismo precepto..., no es obviamente un obstáculo a la aplicación de la nulidad a los procesos pendientes sino, justamente, un reforzamiento de la tesis de los efectos de la sentencia a los casos pendientes» (A.236/83). Parece clara la impropiedad de llamar «retroactiva» a este tipo de eficacia de la sentencia. Por hacer referencia a una problemática análoga, tampoco entraña retroactividad alguna, sino aplicabilidad inmediata, el enjuiciamiento a la luz de la legalidad constitucional sobrevenida, cuando ello sea procesalmente viable, de actos surgidos con anterioridad a su vigencia (S. 80/82).



## **DIREITO COMUNITÁRIO**



MANFRED A. DAUSES

*Référendaire*

*à la Cour de justice des Communautés européennes*

**LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES  
DANS LA COMMUNAUTE EUROPEENNE  
A LA LUMIERE DE LA JURISPRUDENCE RECENTE  
DE LA COUR DE JUSTICE  
DES COMMUNAUTES EUROPEENNES \***

---

\* Comunicação apresentada ao Curso de Direito Comunitário organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, em Leiria, no mês de Junho de 1987.



## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

- I. *Les droits de douane et les taxes d'effet équivalent*
  1. Les droits de douane
  2. Les taxes d'effet équivalent
  3. Les droits et redevances
- II. *Les impositions intérieures*
- III. *Les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent*
  1. L'interdiction posée aux articles 30 et 34 du Traité CEE
    - a) Les restrictions quantitatives
    - b) Les mesures d'effet équivalent
  2. La réserve prévue à l'article 36 du Traité CEE

### CONCLUSION



**LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES  
DANS LA COMMUNAUTE EUROPEENNE A LA LUMIERE  
DE LA JURISPRUDENCE RECENTE DE LA COUR DE JUSTICE  
DES COMMUNAUTES EUROPEENNES**

Par rapport à toutes les autres organisations économiques régionales, la Communauté européenne représente une innovation sur le plan juridique et sur le plan institutionnel. Elle va au-delà d'une union douanière de modèle classique, c'est-à-dire un espace économique dans lequel les droits de douane et les restrictions quantitatives sont abolis entre les membres de l'union, et les restrictions commerciales à l'égard des pays tiers sont uniformisées par l'application d'un tarif douanier extérieur commun.

La pierre angulaire de la Communauté est un marché commun largement intégré. Il est constitué par la fusion des économies nationales en un espace économique unifié, offrant des conditions de saine concurrence, dans lequel les entraves à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux sont très largement supprimées et qui, dans les relations internationales, est doté de la personnalité juridique impliquant notamment la compétence pour conclure des traités internationaux. La Cour de justice des Communautés européennes («la Cour») a défini la *marché commun* dans les termes suivants dans son arrêt *Schul* <sup>(1)</sup>:

---

<sup>(1)</sup> Arrêt du 5 mai 1982, affaire 15/81, *Schul*, Recueil 1982, p. 1409 et plus spécialement p. 1431.

«La notion de marché commun ... vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intra-communautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possibles de celles d'un véritable marché intérieur.»

La spécialiste des affaires européennes pourra donc s'étonner que l'acte unique européen ait recours à des notions quasiment identiques pour définir le *marché intérieur* devant être réalisé avant la fin de 1992: «... un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité» (2).

La Cour s'est penchée sur la question du marché commun dans de multiples arrêts intéressant des questions très diverses et a été amenée à élaborer une casuistique complexe et ramifiée. L'importance de cette jurisprudence prend un relief particulier dans la mesure où c'est précisément dans ce domaine que la Cour a dégagé et posé les *principes structurels de l'ordre juridique communautaire* qui font de ce dernier un ordre intégrationniste d'un genre spécifique, un «nouvel ordre juridique de droit international» (3), qui tranche sur le droit résultant des traités internationaux usuels. Il faut songer, en premier lieu, aux principes de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire (4), principes qui ont conféré aux dispositions des traités une force accrue et une qualité juridique nouvelle, mais il faut aussi songer à la méthode d'interprétation systématique et téléologique axée sur l'esprit des traités qui a permis à la Cour d'interpréter de manière large leurs principes fondamentaux et, au contraire, de manière étroite les exceptions et les réserves qu'ils prévoient (5). La jurisprudence n'a nullement donné à la réalisation du marché commun le sens d'un

---

(2) Article 13 de l'acte unique européen du 28 février 1986.

(3) Arrêt du 5 février 1963, affaire 26/62, Van Gend & Loos, Recueil 1963, pp. 1, 25.

(4) Arrêt du 5 février 1963, op. cit.; arrêt du 15 juillet 1964, affaire 6/64, Costa/ENEL, Recueil 1964, p. 1251; arrêt du 17 décembre 1970, affaire 33/70, SACE, Recueil 1970, p. 1213; arrêt du 9 mars 1978, affaire 106/77, Simmenthal, Recueil 1978, p. 629; arrêt du 19 janvier 1982, affaire 8/81, Becker, Recueil 1982, p. 53.



simple programme politique ou d'un objectif dépourvu de caractère obligatoire; elle l'a au contraire interprétée comme une *notion juridique soumise au contrôle juridictionnel*, qui échappe à la libre décision des autorités politiques et dont la substance ne doit subir aucune atteinte.

Notre tâche consistera ici à exposer la manière dont la Cour a conféré aux notions-clés du marché commun une teneur autonome, spécifiquement communautaire. A cet effet, nous nous bornerons à examiner les atteintes à la libre circulation des marchandises dans le commerce intra-communautaire qui sont imputables aux Etats, c'est-à-dire, d'une part, les droits de douane et les taxes d'effet équivalent — qu'il conviendra de délimiter par rapport aux impositions intérieures discriminatoires ou protectionnistes — et, d'autre part, les restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent. En revanche, nous n'examinerons pas les questions ayant trait au droit communautaire en matière d'ententes, c'est-à-dire le cloisonnement des marchés nationaux résultant des pratiques des particuliers, ni la politique agricole commune et ses mécanismes dirigistes de prix, de compensation et d'intervention, mécanismes qui ont défigurés le principe de la libre concurrence au point de le rendre pratiquement méconnaissable dans le cas des produits qui relèvent d'une organisation commune de marché.

## I. LES DROITS DE DOUANE ET LES TAXES D'EFFET EQUIVALENT

### 1. Les droits de douane

Le moyen de cloisonnement des marchés nationaux que représentent les *droits de douane* constitue, au moins depuis l'époque du mercantilisme — de Charles Quint à Frédéric le Grand, en passant par Colbert —, l'instrument clas-

---

(<sup>5</sup>) Cf. H. Kutscher, *Méthodes d'interprétation vues par un juge de la Cour*, Luxembourg 1976 (publications de la Cour de justice des Communautés européennes); A. Bleckmann, *Sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes*, NJW 1982, pp. 1177 et ss.

sique des politiques commerciales protectionnistes. Le désir de réduire et finalement supprimer les droits de douane, de même que le flot croissant de mesures de substitution d'effet équivalent, est au coeur des objectifs de la quasi-totalité des unions commerciales. A cet égard, il suffit de songer au texte de base du *GATT* dont l'article 28 bis prévoit de réaliser la libération du commerce international en réduisant progressivement les barrières douanières par la voie des négociations multilatérales (Kennedy-Round de 1964 et Tokyo-Round de 1968, par exemple. De la même façon, la plupart des *organisations régionales d'intégration économique* depuis les zones de libre échange <sup>(6)</sup> jusqu'aux marchés communs <sup>(7)</sup>, en passant par les unions douanières <sup>(8)</sup>, ont déclaré la guerre aux droits de douane et taxes d'effet équivalent. Bien souvent, elles ajoutent même une interdiction d'appliquer des taxes intérieures discriminatoires ou protectionnistes.

Dans le commerce intracommunautaire, les droits de douane sont supprimés depuis longtemps — sauf le cas particulier des nouveaux Etats membres, Espagne et Portugal. La Communauté originaire à six devait progressivement supprimer les droits de douane selon la procédure définie par les articles 13 à 16 du Traité CEE, et ce avant la fin de la première étape de la période de transition (31 décembre 1961) pour les droits à l'exportation et avant la fin de la période de transition (31 décembre 1969) pour les droits à l'importation. En fait, ces derniers ont été supprimés dès le 1<sup>er</sup> juillet 1968 pour les produits industriels par une décision du Conseil dite d'accélération <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Par exemple, Agreement of 4 January 1960 establishing a European Free-Trade Association (EFTA); Treaty of Montevideo of 18 February 1960, establishing a Latin American Free-Trade Association (LAFTA).

<sup>(7)</sup> Par exemple, Treaty of Managua of 13 December 1960 establishing a Central American Common Market (CACM); Treaty of 5 mai 1966 establishing an East-African Economic Community (ECEA); Treaty of 2 April 1968, establishing a Central African Union (UCAS); Treaty of Chaguaramas of 4 July 1973 establishing a Caribbean Community and a Caribbean Common Market (which dissolved the CARIFTA Free-Trade Association of December 1965 and May 1968).

<sup>(8)</sup> Par exemple, Treaty of 1964 establishing a Central African Economic and Customs Union (UDEAC), in: 1965 International Legal Materials, 699.

<sup>(9)</sup> Décision 66/532/CEE du Conseil, du 26 juillet 1966, relative à la suppression des droits de douane et à l'interdiction des restrictions quantitatives entre les Etats membres et à la mise en application des droits du tarif douanier commun pour les produits autres que ceux énumérés à l'annexe II du Traité. JO 1966, p 2971.

La *notion de droit de douane* ne prête à aucune difficulté du point de vue juridique. Les droits de douane sont facilement définissables selon des critères formels: ce sont des taxes qui sont perçues sur des marchandises à raison du franchissement d'une frontière et selon un taux ancré dans un tarif douanier. Depuis l'entrée en vigueur du tarif douanier commun (TDC), le 1<sup>er</sup> juillet 1968, les importations dans la Communauté de marchandises originaires de pays tiers relèvent exclusivement de la classification du TDC et des taux de droits de douane qu'il définit. Selon la jurisprudence de la Cour, le TDC ne vise que les importations destinées à une utilisation licite; en d'autres termes, il n'est pas permis de percevoir des droits de douane sur des marchandises d'une nature telle qu'elles ne peuvent être mises en circulation dans aucun des Etats membres. Il s'ensuit que les Etats membres ne sont plus habilités à établir des droits de douane, par exemple sur les stupéfiants qui sont introduits en contrebande, et qui se trouvent donc dans le circuit illégal, si ces produits demeurent dans l'illégalité, c'est-à-dire ne sont pas mis dans le commerce ni intégrés au circuit économique de la Communauté <sup>(10)</sup>.

La Cour n'a d'ailleurs été amenée à se pencher sur l'interdiction de percevoir des droits de douane dans le commerce intra-communautaire que dans quelques rares affaires. Il convient de mentionner à ce propos l'arrêt devenu célèbre qu'elle a rendu dans l'affaire *van Gend et Loos* <sup>(11)</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a précisé qu'il y avait méconnaissance de l'interdiction d'augmenter les droits de douane, édictée par l'article 12 du Traité CEE, non seulement dans le cas d'une majoration proprement dite du taux douanier mais aussi en cas de nouvel agencement du tarif aboutissant à classer un produit dans une position plus fortement taxée. La jurisprudence actuelle ne porte pratiquement plus que sur des problèmes de droit de douane dans le commerce extérieur, problèmes qui ont généralement trait à la classification tarifaire de marchandises déterminées.

---

<sup>(10)</sup> Arrêt du 5 février 1981, affaire 50/80, Horvath, Recueil 1981, p. 385; arrêts du 26 octobre 1982, affaires 221/80, Wolf et 240/81, Einberger, Recueil 1982, pp. 3681 et 3699.

<sup>(11)</sup> Arrêt du 5 février 1963 (op. cit.).

## 2. Les taxes d'effet équivalent

Il est plus délicat de définir la notion de taxe d'*effet équivalent*, car elle est plus difficile à saisir sur le plan juridique que celle de droits de douane. Elle vise toutes mesures fiscales, parafiscales, commerciales et autres mesures qui, sans constituer des droits de douane au sens classique, et quels que soient la désignation et le mode de perception, sont de nature à entraver les échanges entre les Etats membres de la même manière que les droits de douane.

Cette notion est à l'origine d'un grand nombre de litiges, dont la Cour a essentiellement été saisie par la voie du recours préjudiciel. Les Etats membres ont toujours fait preuve d'un haut degré d'imagination et d'inventivité dans l'introduction de telles mesures. Il était donc d'autant plus important que la Cour s'opposât dès le début à ces tendances avec fermeté et sans aucun compromis. C'est ce qu'elle a fait en interprétant de manière très large la notion de taxes d'effet équivalent à des droits de douane et en attribuant à l'interdiction de les appliquer dans les échanges intra-communautaires un effet tout aussi direct qu'à l'interdiction des droits de douane proprement dits <sup>(12)</sup>.

La première définition, dont les principes directeurs demeurent encore valables, date de l'arrêt dit du *pain d'épice*, du 14 décembre 1962. Dans cet arrêt, la Cour a déclaré qu'une taxe à l'importation que le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume de Belgique percevaient à l'occasion de la délivrance de licences d'importation de *pain d'épice* était incompatible avec l'obligation dite de «standstill» posée à l'article 12 du Traité CEE (qui impose d s'abstenir de tous nouveaux droits et taxes). Elle a en même temps utilisé l'occasion que lui fournissait l'affaire pour exprimer sa position de principe <sup>(13)</sup>:

---

<sup>(12)</sup> L'interdiction d'appliquer des droits de douane et taxes d'effet équivalent (article 13, paragraphe 2, du Traité CEE) est directement applicable au moins depuis la fin de la période de transition (1<sup>er</sup> janvier 1970): cf., par exemple arrêt du 17 décembre 1970, affaire 33/70 (op. cit.); arrêt du 18 juin 1975, affaire 94/74, IGAV, Recueil 1975, p. 699; arrêt du 16 décembre 1976, affaire 33/76, Rewe-Zentralfinanz, Recueil 1976, p. 1989. L'interdiction des droits de douane à l'exportation et taxes d'effet équivalent (article 16 du traité CEE) est devenue directement applicable dès la fin de la première étape de la période de transition (1<sup>er</sup> janvier 1962): cf. notamment arrêt du 26 octobre 1971, affaire 18/71, di Porro, Recueil 1971, p. 811; arrêt du 16 décembre 1976, affaire 45/76, Comet, Recueil 1976, p. 2043.

<sup>(13)</sup> Arrêt du 14 décembre 1962, affaires jointes 2 et 3/62, Commission contre Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique, Recueil 1962, p. 819.

«... il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'au sens des articles 9 et 12, la taxe d'effet équivalent peut être considérée, quelles que soient son appellation et sa technique, comme un droit unilatéralement imposé, soit au moment de l'importation, soit ultérieurement, et qui, frappant spécifiquement un produit importé d'un pays-membre à l'exclusion du produit national similaire, a pour résultat, en altérant son prix, d'avoir ainsi sur la libre circulation des produits, la même incidence qu'un droit de douane».

Cet arrêt mérite à plus d'un titre que l'on s'y arrête: il éclaire l'importance fondamentale, voire même le rôle de substrat communautaire, de l'interdiction de percevoir des droits de douane et taxes d'effet équivalent. Cette interdiction fait partie intégrante du principe capital de la libre circulation de marchandises et constitue, à ce titre, une condition préalable essentielle du fonctionnement du marché commun. Il en découle un certain nombre de conséquences quant à l'interprétation de l'interdiction des taxes d'effet équivalent. Celle-ci, à titre de «complément nécessaire» à la règle générale d'interdiction des droits de douane, doit être interprétée de manière large et ne permet que des exceptions strictement délimitées et clairement prévues. Simultanément, l'arrêt offre un exemple manifeste de l'interprétation favorable à l'intégration pratiquée par la Cour; cette interprétation, fondée sur la logique et la finalité du traité, a considérablement contribué à la réalisation des objectifs de ce dernier.

Alors que l'arrêt du *pain d'épice* faisait encore essentiellement reposer la notion de taxe d'effet équivalent sur le caractère *discriminatoire ou protectionniste*, la Cour s'est écartée de ce critère par la suite. Dans sa jurisprudence ultérieure, elle n'a plus utilisé que le critère de l'existence d'une charge pécuniaire, quelles qu'en soient l'appellation et la technique, frappant les marchandises à raison du fait qu'elles franchissent une frontière <sup>(14)</sup>:

«Dès lors, une charge pécuniaire, fût-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique, et frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchis-

---

<sup>(14)</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1969, affaires 2 et 3/69, Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders, Recueil 1969, p. 211.

sent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, constitue une taxe d'effet équivalent, au sens des articles 9 et 12 du traité, alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'Etat, qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur, et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale».

Il ressort clairement de cette citation que les charges pécuniaires sont susceptibles de constituer des taxes d'effet équivalent même si leur influence sur les flux commerciaux peut sembler douteuse compte tenu de leur importance *minime*. Cette jurisprudence a ultérieurement été confirmée par d'autres arrêts dont certains se signalent à l'attention en ce qu'ils vont même jusqu'à placer l'accent sur le seul fait d'entraver la libre circulation des marchandises par des *formalités administratives* associées à la perception d'une taxe <sup>(15)</sup>.

Il est à noter que l'interdiction des taxes d'effet équivalent à des droits de douane avait initialement été conçue par les rédacteurs du traité comme une simple interdiction de contourner une règle; une jurisprudence cohérente en a continuellement élargi le champ d'application et lui a conféré le caractère de *disposition générale*. Aujourd'hui, cette interdiction apparaît comme une règle fondamentale directement applicable et qui, par sa portée générale, englobe l'interdiction des droits de douane au sens classique du terme à titre, en quelque sorte, de simple cas particulier.

### 3. Les droits et redevances

En diverses circonstances, les Etats membres ont argué, pour leur défense, que la mesure qui leur était reprochée ne constituait pas une taxe interdite, mais une *redevance* autorisée rétribuant une *activité exercée par une administration*. La Cour n'a cependant pas accueilli cet argument dans la plupart des cas. Si elle n'a pas catégoriquement exclu qu'une indemnité d'un montant proportionné au service qu'elle rétribue puisse être perçue pour un service effectivement rendu

---

(15) Arrêt du 10 octobre 1973, affaire 34/73, Variola, Recueil 1973, p. 981 (droit de débarquement frappant des marchandises importées débarquées dans des ports italiens); arrêt du 25 janvier 1977, affaire 46/76, Bauhuis, Recueil 1977, p. 5 (droits relatifs à des contrôles sanitaires).

par une administration, elle a néanmoins soumis la licéité de ces indemnités à des conditions strictes. Elle a souligné, en particulier, que celles-ci ne devaient pas revenir à contourner l'interdiction d'appliquer des taxes d'effet équivalant à des droits de douane. Ainsi, une taxe que l'administration postale d'un Etat membre perçoit pour l'accomplissement des formalités liées à la perception de la taxe sur le chiffre d'affaires à l'importation, est interdite comme constituant une taxe d'effet équivalant à un droit de douane si le destinataire ne peut pas procéder lui-même auxdites formalités <sup>(16)</sup>.

Les affaires dans lesquelles la ligne de partage entre les taxes autorisées et les taxes d'effet équivalant à des droits de douane interdites s'est dessinée avec la plus grande clarté avaient trait à des sommes perçues à raison de contrôles phytosanitaires et épizootiques effectués sur des produits lors du franchissement d'une frontière. En principe, ce sont là des charges pécuniaires qui constituent des taxes d'effet équivalant à des droits de douane. Elles sont pourtant susceptibles de déroger à l'interdiction posée à l'article 9 du Traité CEE, sous réserve des trois conditions suivantes:

- il doit exister un service déterminé, effectivement rendu, rémunéré par une contrepartie;
- il doit s'agir d'un service rendu à l'importateur, et non d'une simple réglementation édictée dans l'intérêt général. Cette deuxième condition ne se trouve que rarement remplie, puisque les contrôles sanitaires sont censés en règle générale être effectués dans l'intérêt général et non pas dans celui de l'opérateur individuel;
- la contrepartie ne doit dépasser ni la valeur du service rendu ni son coût (principe de la couverture des frais de contrôle) <sup>(17)</sup>

Une règle spéciale régit le cas des droits perçus à raison de contrôles sanitaires administratifs uniformément effectués sur la base de *dispositions de droit*

---

<sup>(16)</sup> Arrêt du 12 janvier 1983, affaire 39/82, Donner, Recueil 1983, p. 19.

<sup>(17)</sup> Arrêt du 14 décembre 1972, affaire 29/72, Marimex, Recueil 1972, p. 1309; arrêt du 11 octobre 1973, affaire 39/73, Rewe-Zentralfinanz, Recueil 1973, p. 1039; arrêt du 5 février 1976, affaire 87/75, Bresciani, Recueil 1976, p. 129; arrêt du 15 décembre 1976, affaire 35/76, Simmenthal, Recueil 1976, p. 1871; dans le même sens, arrêt antérieur du 16 juin 1966, affaires 52 et 55/65, République fédérale d'Allemagne/Commission, Recueil 1966, p. 219.

*communautaire*. Pour ce qui concerne ce cas, la Cour a décidé que les mesures en question ne constituaient des mesures d'effet équivalant à des droits de douane que si l'importance des droits perçus dépassait le coût effectif du contrôle considéré (principe de la couverture des frais de contrôle). L'explication de ce traitement juridique particulier réservé aux contrôles effectués sur la base du droit communautaire est évidente: il ne s'agit pas de mesures édictées unilatéralement par les divers Etats membres en vue de protéger leurs intérêts propres, mais au contraire de mesures uniformes et obligatoires instaurées par la Communauté pour l'ensemble des produits concernés, et ce en vue de l'intérêt général de la Communauté (18).

## II. LES IMPOSITIONS INTÉRIEURES

Comme les droits de douane et les taxes d'effet équivalent à des droits de douane, les impositions intérieures au sens des articles 95 à 99 du traité CEE, constituent des charges pécuniaires qui ne représentent pas la contrepartie d'un service concrètement rendu par une administration.

Elles sont toutefois soumises à des règles distinctes de celles qui régissent les droits de douane et les taxes d'effet équivalent. Le traité a en principe laissé aux Etats membres la *souveraineté fiscale* intérieure, tout en fixant néanmoins certaines limites à cette dernière dans le but d'éviter que les produits importés ne soient désavantagés, du point de vue fiscal, par rapport aux produits nationaux, ce qui reviendrait à tourner l'interdiction d'appliquer des droits de douane et des taxes d'effet équivalent dans le commerce infra-communautaire. Les articles 95 à 99 ont donc pour objectif de garantir la libre circulation des marchandises entre les Etats membres, dans des conditions de concurrence normales, en supprimant toute forme de protection susceptible de résulter d'une imposition intérieure qui comporterait une discrimination à l'égard des marchandises originaires d'autres Etats membres. Ces articles visent à assurer la *neutralité complète* des impositions intérieures, *du point de vue de la concurrence*, entre les produits nationaux et les produits importés (19). Ainsi, les produits des autres Etats membres ne peuvent être frappés ni directement, ni indirectement, d'impo-

---

(18) Arrêt du 25 janvier 1977, affaire 46/76, Bauhuis, Recueil 1977, p. 5.



sitions intérieures supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires (article 95, alinéa 1 du Traité CEE); ces derniers ne peuvent pas non plus être indirectement protégés par la fiscalité (article 95, alinéa 2 du Traité CEE).

*L'article 95, alinéa premier*, du Traité CEE vise les produits similaires. Sont considérés comme des produits similaires, par exemple, le vin fabriqué à partir du raisin et le vin fabriqué à partir d'autres fruits. Ainsi, un Etat membre qui produit des quantités importantes de vin à base de fruits autres que le raisin, mais qui ne produit pas de vin à base de raisin, ne peut pas imposer cette seconde catégorie de vin plus lourdement que la première <sup>(20)</sup>.

Pour déterminer si des produits sont similaires, il faut examiner si leurs caractéristiques sont identiques et s'ils répondent aux mêmes besoins aux yeux des consommateurs. Il est toutefois à préciser que la similitude ne peut se déterminer selon un critère de stricte identité, mais doit au contraire être admise dès lors que les utilisations sont identiques ou comparables. Aux fins de cet examen, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des caractéristiques objectives des deux groupes de produits, notamment les matières de base et les procédés de fabrication <sup>(21)</sup>.

Dans la pratique, il s'agit le plus souvent de découvrir des *discriminations déguisées*, c'est-à-dire des cas dans lesquels les critères d'imposition choisis sont certes neutres en apparence, mais dont l'application désavantage en réalité les produits importés. Constitue ainsi une infraction à l'article 95, alinéa premier, du Traité CEE le fait de soumettre les automobiles d'une certaine puissance fiscale minimale à une imposition spéciale et de fixer la limite de cette puissance fiscale de telle manière que l'imposition spéciale ne frappe en réalité que les automobiles importées <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Cf. J. Wohlfahrt, «Steuerliche Diskriminierung im Gemeinsamen Markt», in J. Schwarze «Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung» Baden-Baden 1983, pp. 141 et ss.; R. Wägenbaur, «Die Beseitigung steuerlicher Diskriminierungen im innergemeinschaftlichen Warenverkehr, RIW/AWD 1980, pp. 121 et ss.

<sup>(20)</sup> Arrêt du 4 mars 1986, arrêt 106/84, Commission/Danemark (non encore publié).

<sup>(21)</sup> Arrêt du 4 mars 1986 précité; dans le même sens: arrêt du 27 février 1980, affaire 168/78, Commission/France, Recueil 1980, p. 347; arrêts du 15 juillet 1982, affaire 216/81, Cogis, Recueil 1982, p. 2701.

<sup>(22)</sup> Arrêt du 9 mai 1985, affaire 112/84, Humblot, non encore publié.

Il en est de même en ce qui concerne une taxe dite différentielle qui est calculée de telle sorte que les voitures importées d'autres Etats membres sont les seules à entrer dans les catégories fiscales les plus lourdement taxées. <sup>(23)</sup>

*L'article 95, alinéa 2, du Traité CEE* intervient lorsque les produits litigieux, sans être similaires, se font réciproquement concurrence, c'est-à-dire lorsque l'utilisateur dispose d'une alternative. C'est le cas, par exemple, de la bière par rapport au vin (léger et bon marché) <sup>(24)</sup>, ou des liqueurs à base de fruits autres que le raisin par rapport au whisky écossais <sup>(25)</sup>. Dans cette hypothèse, (et contrairement au cas visé par l'article 95, alinéa premier, du Traité CEE), il est nécessaire de démontrer que la différence de traitement fiscal produit un effet protecteur en faveur du produit national, en ce sens qu'il favorise effectivement la consommation de ce dernier au détriment de la consommation du produit concurrent importé. Il se pose alors la question de savoir si la réglementation fiscale incriminée assure un avantage concurrentiel aux produits nationaux, ce qui devra, le cas échéant, être prouvé concrètement à l'aide du comportement des consommateurs <sup>(26)</sup>.

Il y a lieu de remarquer que la *notion de taxe*, frappant une marchandise, est à interpréter de manière large en tenant compte de l'économie générale et de la finalité de l'article 95 du Traité CEE. Il est donc également interdit d'imposer un produit importé selon des méthodes de calcul et des modalités différentes de celles appliquées au produit national correspondant et aboutissant, ne fût-ce même que dans certains cas, à une imposition supérieure du produit

---

<sup>(23)</sup> Arrêt du 17 septembre 1987, affaire 433/85, *Feldain*, non encore publié.

<sup>(24)</sup> Arrêt du 27 février 1980, affaire 170/78, *Commission/Royaume-Uni*, Recueil 1980, p. 417; arrêt du 12 juillet 1983, affaire 170/78, *Commission/Royaume-Uni*, Recueil 1983, p. 2265. Dans diverses affaires, la Cour de justice des CEE a laissé en suspens la question de savoir dans quelle mesure des boissons alcoolisées étaient similaires au sens de l'article 95, alinéa premier, du traité CEE, au motif que lesdites boissons étaient en tout état de cause en concurrence en tant que produits susceptibles de se substituer l'un à l'autre: arrêt du 27 février 1980, affaire 168/78, *Commission/France* (loc. cit.); arrêt du 27 février 1980, affaire 169/78, *Commission/Italie*, Recueil 1980, p. 385; arrêt du 27 février 1980, affaire 171/78, *Commission/Danemark*, Recueil 1980, p. 447.

<sup>(25)</sup> Arrêt du 4 mars 1986, affaire 243/84, *Johnnie Walker & Sons Ltd.*, non encore publié.

<sup>(26)</sup> Arrêt du 9 juillet 1987, affaire 356/85, *Commission/Belgique*, non encore publié.

importé (27). D'autre part, la comparaison ne doit pas uniquement porter sur l'assiette et le taux d'imposition, mais aussi sur les avantages et les exonérations qui sont accordés dans tel ou tel cas (28). Dans un arrêt récent, la Cour a précisé, de surcroît, que l'interdiction d'appliquer des impositions discriminatoires ou protectionnistes visait tous les produits importés d'autres Etats membres et se trouvant en libre circulation dans ces derniers, y compris les produits originaires de pays tiers (29).

Sur le plan pratique, la question de la *délimitation* des impositions intérieures par rapport aux droits de douane et taxes d'effet équivalent revêt une grande importance. Seuls les droits et taxes du second groupe font l'objet d'une interdiction générale; les premières sont au contraire autorisées pour autant qu'elles ne sont pas discriminatoires ni protectionnistes. Il en résulte qu'une seule et même charge pécuniaire ne saurait, dans le système du traité, appartenir simultanément aux deux groupes (30). Dans un cas d'espèce donné, cette *classification* peut présenter des difficultés.

Selon une jurisprudence établie de la Cour, la qualification de «taxe d'effet équivalant à des droits de douane» ne s'applique qu'aux charges pécuniaires déterminées selon des critères de calcul différents de ceux qui servent à fixer le montant de la charge pécuniaire grevant les produits nationaux similaires. Une charge grevant un produit est, au contraire, une imposition intérieure si elle relève d'un régime général de redevances intérieures appréhendant systématiquement les produits nationaux et les produits importés selon les mêmes critères (31). Une telle charge est donc légitime à condition qu'elle ne soit pas discriminatoire ni protectionniste.

Les règles qui viennent d'être indiquées appellent un *complément et un rectificatif* sur deux points:

---

(27) Arrêt du 17 février 1976, affaire 45/75, Rewe, Recueil 1976, p. 181; arrêt du 16 février 1977, affaire 20/76, Schöttle, Recueil 1977, p. 247.

(28) Arrêt du 16 février 1977, op. cit.

(29) Arrêt du 7 mai 1987, affaire 193/85, Co-Frutta, non encore publié.

(30) Arrêt du 18 juin 1975, affaire 94/74, IGAV (op. cit.); arrêt du 22 mars 1977, affaire 78/76, Steinike et Weinlig, Recueil 1977, p. 595.

a) En premier lieu, même une imposition intérieure relevant d'un régime général et non discriminatoire peut constituer une taxe d'effet équivalant à un droit de douane à condition «qu'elle soit exclusivement destinée au *financement d'activités* qui *bénéficient* de façon spécifique au *produit national taxé*, qu'il y ait identité entre le produit taxé et le produit national bénéficiaire et que les charges pesant sur le produit national soient intégralement compensées» (32).

Il en est de même d'une taxe intérieure qui, tout en frappant uniformément les ventes intérieures et les exportations, est néanmoins destinée à alimenter des activités *tendant à rendre la commercialisation intérieure plus rémunératrice* que l'exportation, ou à favoriser, de toute autre manière, le produit destiné à la commercialisation intérieure au détriment de celui destiné à l'exportation. Une telle charge pécuniaire constitue aussi une taxe d'effet équivalant à un droit de douane (33).

L'explication de cette particularité est évidente. En effet, si la contribution litigieuse est uniquement destinée à financer des activités favorisant de manière spécifique les produits nationaux ou la commercialisation intérieure, elle neutralise la charge fiscale grevant ces produits ou cette commercialisation. Or, un tel système de taxation et de subventionnement n'aurait que l'apparence d'un régime d'impositions intérieures alors qu'il produirait, en pratique, le même effet qu'un droit de douane à l'importation ou à l'exportation.

b) Jusqu'à une date récente, la jurisprudence demandait aussi à être complétée sur la question du traitement à réserver à un régime général d'impositions intérieures qui, tout en appréhendant théoriquement les produits importés

---

(31) Arrêt du 14 décembre 1972, affaire 29/72, Marimex, op. cit.; arrêt du 11 octobre 1973, affaire 39/73, Rewe-Zentralfinanz, op. cit.; arrêt du 18 juin 1975, affaire 94/74, IGAV, op. cit.; arrêt du 15 décembre 1976, affaire 35/76, Simmenthal, op. cit.; arrêt du 25 janvier 1977, affaire 46/76, Bauhuis, op. cit.; arrêt du 22 mars 1983, affaire 88/82, Leonelli, Recueil 1983, p. 1061; arrêt du 22 mars 1977, affaire 78/76, Steinike und Weinlig, op. cit.; de même: arrêt du 28 janvier 1981, affaire 32/80, Kortmann, Recueil 1981, p. 251.

(32) Arrêts du 25 mai 1977, affaire 77/76, Cucchi, Recueil 1977, p. 987 et affaire 105/76, Interzucker, Recueil 1977, p. 1029 (contribution sur le sucre dont les recettes étaient destinées à financer des aides aux producteurs et aux transformateurs de betteraves de l'Etat membre en cause).

(33) Arrêt du 23 janvier 1975, affaire 51/74, Hulst, Recueil 1975, p. 79 (taxe instituée sur la vente de bulbes de fleur et dont les recettes étaient dirigées vers un fonds destiné à contribuer au développement de la branche).

et les produits nationaux sans distinction selon leur origine, ne touche en fait que les produits importés en raison de l'absence de produits nationaux similaires. Dans cette hypothèse, il serait inutile d'essayer d'appliquer la formule de base selon laquelle la taxe d'effet équivalant à un droit de douane ne vise fondamentalement que les produits importés alors que l'imposition intérieure grève les produits nationaux aussi bien que les produits importés. Plusieurs arrêts récents ont comblé cette lacune. Dans ces arrêts, la Cour a admis l'existence d'une *imposition intérieure* au sens de l'article 95 du Traité CEE même en cas d'absence de produits nationaux similaires. En effet, a-t-elle affirmé, le droit communautaire ne restreint pas la liberté de chaque Etat membre d'établir un système de taxation différencié pour certains produits; de telles différenciations sont compatibles avec le droit communautaire si elles poursuivent des objectifs de politique économique légitimes, et si leurs modalités sont de nature à éviter toute forme de discrimination, directe ou indirecte, à l'égard des importations en provenance des autres Etats membres, ou de protection en faveur de productions nationales concurrentes <sup>(34)</sup>.

Dans ce contexte, il convient de signaler l'arrêt de principe rendu le 15 mai 1982 dans l'affaire Schul (*premier arrêt Schul*) <sup>(35)</sup>. Cet arrêt est novateur dans la mesure où, pour la première fois, l'interprétation de la notion de discrimination fiscale aboutit à imposer de prendre en considération, lors de l'importation d'un produit provenant d'un autre Etat membre, la taxe du pays exportateur grevant déjà ce produit.

Le litige à l'origine de cette décision préjudicielle portait sur une taxe sur le chiffre d'affaires (taxe sur la valeur ajoutée) que l'administration fiscale néerlandaise avait perçue, conformément aux dispositions communautaires applicables, sur un bateau de plaisance d'occasion importé par un particulier. Ce bateau, acheté en France, était grevé de la TVA acquittée dans cet Etat membre, au prorata de sa valeur au moment de l'importation (part résiduelle de la TVA).

Les questions déferées par la juridiction nationale visaient en substance à demander à la Cour s'il était interdit à un Etat membre de percevoir la TVA

---

<sup>(34)</sup> Arrêt du 14 janvier 1981, affaire 140/79, *Chemial Farmaceutici*, Recueil 1981, p. 1; arrêt du 14 janvier 1981, affaire 46/80, *Vinal*, Recueil 1981, p. 77; de même: arrêt du 3 février 1981, affaire 90/79, *Commission/France* (taxe sur des appareils de reprographie) Recueil 1981, p. 283.

<sup>(35)</sup> Arrêt du 5 mai 1982, affaire 15/81, *op. cit.*

sur l'importation de produits en provenance d'un autre État membre et livrés par un particulier, alors qu'une telle taxe n'était pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de cet État membre. La Cour a conclu que la perception de la TVA à l'importation est compatible avec l'article 95 du Traité CEE, sous réserve cependant de «prendre en considération» la part résiduelle de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation. Le *second arrêt Schul* a ensuite précisé les modalités de calcul de cette part résiduelle de la TVA, acquittée dans l'État membre d'exportation, qui doit être prise en considération <sup>(36)</sup>.

Enfin, il convient de relever dans ce contexte une décision récente importante notamment pour le juge du pénal. Selon cet arrêt, l'article 95 du Traité CEE s'oppose à ce qu'une législation nationale sanctionne plus sévèrement les infractions à la TVA à l'importation que celles à la TVA afférentes aux cessions de biens à l'intérieur du pays. <sup>(37)</sup>

Il est manifeste que, si innovateurs et révolutionnaires soient-ils, les arrêts précités ne créent pas un régime de neutralité complète sur le plan de la concurrence. Cette neutralité complète dans les échanges intra-communautaires ne saurait être assurée que par une application stricte du principe de l'imposition fiscale dans le pays de destination, ce qui supposerait un dégrèvement total à l'exportation, même pour les marchandises à l'état de biens d'occasion. Or, une telle solution ne saurait être réalisée par la voie prétorienne. Elle exige une décision de fond de nature politique; c'est là une décision qui relève du législateur communautaire, c'est-à-dire des institutions politiques de la Communauté.

### III. LES RESTRICTIONS QUANTITATIVES ET LES MESURES D'EFFET EQUIVALENT

#### 1. L'interdiction posée aux articles 30 et 34 du Traité CEE

##### a) *Les restrictions quantitatives*

*Les restrictions quantitatives* (quotas, contingents) sont un instrument de protectionnisme commercial susceptible de produire des effets encore plus pré-

---

<sup>(36)</sup> Arrêt du 21 mai 1985, affaire 47/84, Schul, non encore publié.

<sup>(37)</sup> Arrêt du 25 février 1988, affaire 299/86, Drexl, non encore publié.

judiciales à la liberté des échanges que les droits de douane, les taxes d'effet équivalant aux droits de douane et les discriminations fiscales. C'est pourquoi le code du *GATT* repose sur l'axiome que les restrictions quantitatives destinées à protéger l'économie nationale sont interdites (article XI). Ce texte a incontestablement contribué à la libération des échanges internationaux, mais, portant une empreinte politique marquée et ne pouvant être concrétisé par l'action d'un organe juridictionnel habilité à en assurer une interprétation authentique, il n'a pas pu pleinement déployer ses effets.

Il en va autrement de l'ordre juridique communautaire qui porte l'empreinte de la jurisprudence résolue et cohérente de la Cour. C'est grâce à cette jurisprudence que, loin de rester lettre morte, l'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent, posée aux articles 30 à 35 du Traité CEE et uniquement limitée par la réserve prévue à l'article 36, en est au contraire venue à conférer à la notion de marché commun une qualité nouvelle, voire même à introduire une dimension nouvelle <sup>(38)</sup>.

Comme les droits de douane, les restrictions quantitatives ont été éliminées depuis longtemps dans le commerce entre les Etats membres — sauf pour l'Espagne et le Portugal. Selon la procédure prévue par les articles 31 à 35 du traité CEE, la Communauté originaire à six devait supprimer les contingents avant la fin de la première étape de la période transitoire (31 décembre 1961) pour l'exportation, et avant la fin de la période de transition (31 décembre 1969) pour l'importation. Toutefois, à la suite de deux décisions d'accélération adoptées par les représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil, les contingents à l'importation ont aussi été supprimés dès la fin de la première étape pour ce qui est des produits industriels <sup>(39)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Cf. L. Funck-Brentano, «Der Grundsatz des freien Warenverkehrs im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», *RIW/AWD* 1980, pp. 779 et ss.; Ch. Moench, «Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt», *NJW* 1982, pp. 2689 et ss.; P. Oliver, «Free Movement of Goods in the EEC under articles 30 to 36 of the Rome Treaty», Londres 1982; du même auteur: «Measures of Equivalent Effect: A. Reappraisal, *Common Market Law Review*», vol. 19, 1982, pp. 217 et ss.; R. Barents, «New Developments in Measures having an Equivalent Effect, *Common Market Law Review*», vol. 18, 1981, pp. 271 et ss.; A. C. Evans, «Economic Policy and the Free Movement of Goods in EEC Law, *International and Comparative Law Quarterly*», vol. 32, 1983, pp. 577 et ss.

<sup>(39)</sup> Décision du 12 mai 1960 des représentants des gouvernements des Etats membres de la Communauté économique européenne réunis au sein du Conseil concernant l'accélération du rythme de réalisation des objets du traité, *JO* 1960, p. 1217 et décision du 15 mai 1962 des représentants des gouvernements des Etats membres de la Communauté économique européenne réunis au sein du Conseil concernant l'accélération supplémentaire du rythme de réalisation des objets du traité, *JO* 1962, p. 1284.

Tout comme la notion de droits de douane, la notion de *restrictions quantitatives* ne présente aucune difficulté juridique. Cette catégorie englobe toutes les mesures étatiques qui restreignent ou entravent, totalement ou partiellement, l'importation ou l'exportation de marchandises, en quantité ou en valeur. Sur le plan administratif, le respect des contingents est habituellement contrôlé par un régime de licences d'importation ou d'exportation. Les restrictions quantitatives dans les échanges intra-communautaires n'ont sollicité l'attention de la Cour que dans quelques arrêts peu nombreux et peu importants sur le plan de l'histoire du droit.

b) *Les mesures d'effet équivalent*

Il est plus difficile de saisir la notion de *mesures d'effet équivalent* à des restrictions quantitatives. Ces mesures sont susceptibles de revêtir les formes les plus diverses; elles peuvent, par exemple, présenter le caractère de mesures ou de pratiques d'ordre social, sanitaire, technique, ou encore de mesures d'orientation économique ou d'ordre public, ou encore de réglementations portant sur les droits de propriété industrielle. Les Etats membres ont constamment fait preuve d'un extraordinaire degré d'imagination et d'inventivité pour introduire des barrières commerciales non tarifaires, surtout pour équilibrer un bilan commercial déficitaire. La définition classique, encore valable aujourd'hui, a été donnée pour la première fois dans un arrêt de principe du 11 juillet 1974, l'arrêt *Dassonville* <sup>(40)</sup>:

«Toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives».

Un grand nombre de décisions ultérieures ont repris cette formule. Elles ont précisé que l'interdiction édictée par les articles 30 et 34 du Traité CEE, qui interdisent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation ainsi que les mesures d'effet équivalent, était *directement* applicable et faisait

---

<sup>(40)</sup> Affaire 8/74, Recueil 1974, p. 837.



obstacle à l'application de toute disposition nationale incompatible avec cette interdiction <sup>(41)</sup>.

La formule utilisée dans l'arrêt Dassonville est extrêmement large. En particulier, la notion d'entrave indirecte ou potentielle est propre à englober la quasi-totalité des mesures nationales d'ordre juridique ou pratique. Il était donc manifeste dès l'origine que cette définition abstraite ne pouvait se comprendre, dans un cas d'espèce donné, qu'en fonction des faits précis.

Ainsi, en premier lieu, il n'importe pas de savoir si le commerce intra-communautaire est effectivement entravé, ni de savoir si la mesure incriminée tend à une restriction des échanges. Ensuite, son degré d'importance (*effet sensible*) ne joue aucun rôle. C'est ainsi qu'un régime de *licences d'importation et d'exportation* peut constituer une mesure interdite d'effet équivalant à une restriction quantitative même si la licence demandée est systématiquement octroyée sur demande; en effet, selon la jurisprudence de la Cour, une simple formalité peut équivaloir à un obstacle aux échanges intra-communautaires, par le retard qu'elle entraîne et l'effet dissuasif qu'elle comporte à l'égard des opérateurs économiques <sup>(42)</sup>.

Même de simples *contrôles systématiques à l'importation* sont susceptibles de représenter une atteinte au principe de la libre circulation des marchandises; c'est le cas lorsque ces contrôles, par les retards qu'ils entraînent au dédouanement, sont de nature à restreindre les importations <sup>(43)</sup>. En outre, les mesures d'effet équivalent ne se limitent pas aux actes qui comportent une entrave généralisée à l'importation ou à l'exportation de certains produits, mais comprennent également tous les actes qui rendent certaines importations ou exportations particulières plus difficiles que d'autres, entraînant ainsi des *déplacements des flux commerciaux* <sup>(44)</sup>.

---

(41) Par exemple arrêt du 31 octobre 1974, affaire 16/74, Centrafarm, Recueil 1974, p. 1183; arrêt du 20 mai 1976, affaire 104/75, de Peijper, Recueil 1976, p. 613; arrêt du 15 décembre 1976, affaire 41/76, Donckerwolcke, Recueil 1976, p. 1921; arrêt du 29 novembre 1978, affaire 83/78, *Pigs Marketing Board*, Recueil 1978, p. 2347.

(42) Arrêt du 16 mars 1977, affaire 68/76, Commission/France, Recueil 1977, p. 515; dans le même sens arrêt du 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, Affaires 51 à 54/71, Recueil 1971, p. 1107.

(43) Arrêt du 22 mars 1983, affaire 42/82, Commission/France, Recueil 1983, p. 1013.

(44) Arrêt du 20 mai 1976, affaire 104/75, de Peijper, Recueil 1976, page 613; dans le même sens, cf. aussi les motifs de l'arrêt Dassonville déjà cité.

D'autre part, la Cour a précisé à plusieurs reprises que la notion de mesure d'effet équivalent ne supposait nullement l'existence d'une réglementation commerciale au sens formel. C'est ainsi qu'elle utilise souvent des expressions très générales telles que «disposition nationale» (45), «mesure nationale» (46), «réglementation ou pratique nationale» (47) ou «toute réglementation nationale» (48).

La notion de mesure d'effet équivalent suppose toutefois que la réglementation ou la pratique litigieuse de l'Etat membre concerné soit imputable à ce dernier en sa qualité de *détenteur des prérogatives de puissance publique*. Une restriction commerciale résultant du comportement des particuliers ne relève donc pas des articles 30 et suivants du Traité CEE; elle pourrait tout au plus être jugée en fonction des règles édictées par le Traité en matière de concurrence (articles 85 à 90 du Traité CEE). Tel est également le cas lorsqu'un Etat membre agit en qualité d'entrepreneur, ainsi qu'il ressort notamment de l'article 90 relatif aux entreprises publiques.

Assurément, la Cour n'a pas défini la ligne de partage entre le champ d'application respectif des *articles 30 et suivants*, d'une part, et des *articles 85 et suivants*, d'autre part, selon des critères juridiques formels, mais l'a dégagée à la lumière des données de fait. Par exemple, dans un recours en manquement dirigé contre l'Irlande à propos d'une campagne publicitaire de promotion de vente de produits irlandais («*buy Irish*»), elle a considéré comme établi que les activités incriminées, qui du point de vue formel étaient effectuées par une société de droit privé, étaient imputables au gouvernement irlandais et relevaient à ce titre des articles 30 et suivants du Traité CEE (49). En revanche, les règles de la concurrence sont d'application — à travers la clause générale de l'article 5 du Traité CEE — à toute action étatique susceptible d'imposer ou de favoriser la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 du Traité CEE ou d'en renforcer les effets (50). La Cour a toutefois pris soin préciser que l'article 85 ne

---

(45) Arrêt du 15 décembre 1971, affaires 51 à 54/71, *International Fruit Company*, Recueil 1971, p. 1107.

(46) Arrêt du 12 octobre 1978, affaire 13/78, *Eggers*, Recueil 1978, p. 1935.

(47) Arrêt du 20 mai 1976, affaire 104/75, de *Peijper*, Recueil 1976, p. 613.

(48) Arrêt du 30 octobre 1974, affaire 190/73, *Van Haaster*, Recueil 1974, p. 1123.

(49) Arrêt du 24 novembre 1982, affaire 249/81, *Commission/Irlande*, Recueil 1982, p. 4005.

s'oppose pas à une législation nationale selon laquelle, par exemple, le *prix de vente au détail des livres* doit être fixé par l'éditeur ou l'importateur d'un livre, puisqu'une telle législation ne vise pas à imposer la conclusion d'accords entre éditeurs et détaillants mais exige la fixation unilatérale, en vertu d'une obligation légale, du prix de vente par l'éditeur ou l'importateur, rendant ainsi inutiles des comportements d'entreprises interdits par l'article 85 <sup>(51)</sup>.

La doctrine a longtemps été indécise sur le point de savoir si la notion de mesure d'effet équivalent supposait une réglementation ou une pratique défavorisant les produits étrangers par rapport aux produits nationaux ou si, au contraire, des mesures indistinctement applicables aux produits importés et aux produits nationaux pouvaient elles aussi entrer dans cette catégorie. En d'autres termes, il faut se demander si la présence d'un *élément discriminatoire* est inhérente à la notion à la mesure d'effet équivalent.

La Cour a semblé admettre cette thèse dans sa jurisprudence ancienne. A titre d'exemple en ce sens, on peut citer l'arrêt «*des vins mousseux et eaux de vie*» du 20 février 1975 <sup>(52)</sup>. Il s'agissait d'un recours en manquement qui a donné lieu à une condamnation de la République fédérale d'Allemagne pour avoir réservé exclusivement aux produits nationaux les dénominations génériques «Sekt» et «Weinbrand» réputées auprès des consommateurs allemands.

L'étape suivante a consisté à s'attaquer non seulement aux discriminations ouvertes, mais aussi aux *discriminations déguisées*. Les mesures qui entrent dans cette seconde catégorie sont celles qui, tout en appréhendant indistinctement les produits nationaux et les produits importés sur le plan théorique, conduisent en pratique, en raison des particularités du marché, à défavoriser les produits importés. Ce problème a été particulièrement mis en lumière par des litiges portant sur des mesures étatiques relatives à la structure des prix. Ainsi, un *prix maximum* indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés ne constitue certes pas en soi une mesure d'effet équivalent à une res-

---

<sup>(50)</sup> Arrêt du 10 janvier 1985, affaire 229/83, Leclerc (prix de vente des livres), Recueil 1985, p. 17; arrêt du 29 janvier 1985, affaire 231/83, Cullet (prix minimal de vente des carburants), Recueil 1985, p. 315; arrêt du 30 avril 1986, affaires 209 à 213/84, Asjes e.a., Rec. 1986, p. 1457; arrêt du 1er octobre 1987, affaire 311/85, Vereniging van Vlaanse Reisbureaus, non encore publié; cf. également arrêt du 13 février 1969, affaire 14/68, Walt Wilhelm, Recueil 1969, p. 1; arrêt du 16 novembre 1977, affaire 13/77, Inno c/ ATAB, Recueil 1977, p. 2115.

<sup>(51)</sup> Arrêt du 10 janvier 1985, op. cit.

<sup>(52)</sup> Arrêt du 20 février 1975, affaire 12/74, Commission/Allemagne, Recueil 1975, p. 181.

triction quantitative, mais il peut cependant produire cet effet lorsqu'il est fixé à un niveau tel que la vente des produits importés devient impossible ou plus difficile que celle des produits nationaux <sup>(53)</sup>. Il en est de même d'un *prix minimum* fixé par l'Etat qui empêche qu'un prix de revient inférieur dans le pays exportateur se répercute sur le prix de vente. <sup>(54)</sup>.

La percée marquant l'apparition d'une approche globale de la notion de mesures d'effet équivalent date de l'arrêt «*Cassis de Dijon*» du 20 février 1979 <sup>(53)</sup>. Dans cet arrêt de principe, ressenti comme véritablement révolutionnaire par les milieux intéressés, la Cour a déclaré que les obstacles au commerce intra-communautaire résultant de réglementations nationales relatives à la commercialisation indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés n'étaient acceptables que

«dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs.»

Un pas important a ainsi été franchi dans la voie de la liberté de circulation des marchandises; en effet, l'arrêt a clairement récusé la thèse doctrinale

---

<sup>(53)</sup> Arrêt du 26 février 1976, affaire 65/75, *Tasca*, Recueil 1976, p. 291; arrêt du 26 février 1976, affaires jointes 88 à 90/75, *SADAM*, Recueil 1976, p. 323.

<sup>(54)</sup> Arrêt du 24 janvier 1978, affaire 82/77, *Van Tiggele*, Recueil 1978, p. 25; arrêt du 6 novembre 1979, affaires jointes 16 à 20/79, *Danis*, Recueil 1979, p. 3327; arrêt du 29 novembre 1983, affaire 181/82, *Roussel Laboratoria*, Recueil 1983, p. 3849.

<sup>(55)</sup> Arrêt du 20 février 1979, affaire 120/78, *Rewe-Zentral*, Recueil 1979, p. 649. Cette demande de décision préjudicielle portait sur la réglementation allemande relative aux boissons spiritueuses qui imposait une teneur en esprit de vin d'au moins 25% pour les liqueurs. Cette mesure écartait du marché allemand la liqueur française très appréciée dénommée «cassis de Dijon». Cf. commentaires de E. Millarg, *Europarecht* 1979, pp. 420 et ss.; D. Wyatt, «State Monopolies of a Commercial Character», *European Law Review*, 1980, pp. 213 et ss.; du même auteur: «Article 30 CEE and Non-discriminatory Trade Restrictions», *European Law Review* 1981, pp. 185 et ss.; R. Kovar, *Journal du Droit International* 1981, pp. 106 et ss.; A. Mattera, «L'arrêt "Cassis de Dijon": une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur», *Revue du Marché commun* 1980, pp. 505 et ss.; R. Barents, *Sociaal-economische Wetgeving* 1979, p. 750 et ss.; C.W.A. Timmermans, *Sociaal-economische Wetgeving* 1981, pp. 381 et ss.

qui avait précédemment cours et selon laquelle les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant de législations nationales non discriminatoires devaient être acceptés tant que le domaine concerné n'était pas «harmonisé».

La doctrine a analysé la jurisprudence «Cassis de Dijon» en partie comme une extension de la définition posée dans l'arrêt Dassonville, et en partie comme un rétrécissement de cette définition. Il serait plus exact de parler d'une concrétisation des potentialités contenues dans la formule de base très large de l'arrêt Dassonville. Le fait que des décisions récentes sur les articles 30 et suivants du Traité CEE commencent en règle générale par un rappel des deux formules semble militer en faveur de cette thèse.

En quoi consistait exactement le mérite de la cause célèbre «*Cassis de Dijon*»? Par rapport à l'arrêt Dassonville, on peut y distinguer un élément de clarification et un élément d'innovation:

- la *clarification* consiste à préciser que les législations relatives à la commercialisation indistinctement applicables aux produits importés et aux produits nationaux peuvent elles aussi constituer des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives. Cette idée est certes contraire à la théorie traditionnelle selon laquelle les obstacles aux échanges résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation ne peuvent être supprimés que par l'harmonisation de ces législations; toutefois elle était déjà contenue, pour l'essentiel, dans la formule de l'arrêt Dassonville.
- L'arrêt «Cassis de Dijon» est *novateur* en ce qu'il a jugé que les obstacles aux échanges intra-communautaires ne tombent pas sous le coup de l'article 30 du Traité CEE si les prescriptions dont ils résultent sont nécessaires pour satisfaire à certaines exigences impératives. Ces dernières ne sont indiquées dans l'arrêt qu'à titre d'exemples et non à titre d'énumération limitative.

Outre les attaques politiques contre la tendance intégrationniste qui est la base de l'arrêt Cassis de Dijon, cette décision a également été fort contestée par la doctrine du droit européen. Les exigences impératives qui y sont citées suffisent à exclure, selon les attendus, l'*élément constitutif* d'une mesure d'effet équivalent. Au contraire, les exceptions énumérées à l'article 36 du Traité CEE sont considérées comme des *justifications*. N'aurait-il pas été plus simple d'éten-

dre la portée de l'article 36 du Traité CEE en ajoutant de nouveaux cas de dérogation, tels que la loyauté des transactions commerciales et la protection des consommateurs? La Cour n'a toutefois pas suivi cette voie. Cela peut s'expliquer par une jurisprudence constante qui a interprété l'article 36 du Traité CEE comme une énumération exhaustive, excluant ainsi toute interprétation extensive.

Un autre élément a aussi jeté le trouble dans la doctrine, à savoir le fait que la *protection de la santé publique*, mentionnée dans la formule de l'arrêt «Cassis de Dijon», est déjà expressément prise en compte par l'article 36 du Traité CEE. Toutefois, dans le système du traité, le recours à l'article 36 n'est possible que pour autant qu'il existe une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, c'est-à-dire lorsque les exigences de la protection de la santé n'ont pas déjà pour effet d'exclure l'élément constitutif d'une infraction à l'article 30 du Traité CEE. Cette problématique a soulevé la question de savoir si, à l'avenir, la protection de la santé devrait être examinée sous l'angle de l'article 30 ou plutôt de l'article 36 du Traité CEE. D'un point de vue purement dogmatique, il eût été concevable de conserver la distinction introduite par l'arrêt «Cassis de Dijon» entre les mesures discriminatoires et les mesures non discriminatoires, et donc, d'examiner la protection de la santé dans le cadre de l'article 30 du Traité CEE dans le cas des premières, et au contraire dans le cadre de l'article 36 dans le cas des secondes. La Cour en a cependant décidé différemment dans sa jurisprudence ultérieure. Même lorsqu'il s'agit de mesures non discriminatoires, l'examen des prescriptions relatives à la protection de la santé relève désormais exclusivement de l'article 36 du Traité CEE; les arrêts récemment intervenus dans les «*affaires de la bière*»<sup>(56)</sup> offrent des exemples célèbres de cette jurisprudence.

La Commission des Communautés européennes a commencé par déduire de la jurisprudence «Cassis de Dijon» que tout produit régulièrement fabriqué et mis en circulation dans un Etat membre devait en principe pouvoir librement circuler dans tous les autres Etats membres. Une telle position va naturellement trop loin. En effet, au cours des années qui ont suivi l'arrêt, la Cour n'a pas hésité à apporter les précisions et atténuations nécessaires, ni à délimiter le con-

---

(56) Arrêt du 12 mars 1987, affaire 178/84, Commission/Allemagne, non encore publié; arrêt du 12 mars 1987, affaire 176/84, Commission/Grèce, non encore publié.

tenu de la notion et ses frontières dans un grand nombre de décisions d'espèce. A cet effet, elle a procédé en mettant en balance, dans chaque cas, l'intérêt du principe de la libre circulation des marchandises et l'intérêt des impératifs de protection sanitaire et ce, en conservant toujours au premier plan de ses préoccupations le principe de *proportionnalité*, qui figure au nombre des principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire.

Divers arrêts récents se signalent par une tendance à endiguer toute extension illimitée de la notion de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives. Des *limitations* s'imposaient dans la mesure où les situations de nature purement interne, sans rapport avec le franchissement d'une frontière, n'entrent pas dans le champ d'application du traité.

Dans le domaine des restrictions à l'exportation, l'arrêt de la «viande chevaline»<sup>(57)</sup> a introduit la notion de «restriction spécifique des courants d'exportation» à titre de critère supplémentaire. La Cour a estimé qu'une réglementation néerlandaise interdisant de stocker et de transformer la viande chevaline ne répondait pas à ce critère. Elle était donc légitime, puisqu'elle ne comportait pas de restriction spécifique des exportations. Des esprits critiques ont soulevé la question de savoir si le principe de proportionnalité n'imposait pas d'établir une distinction entre, d'une part, l'interdiction de stockage et de transformation pour la consommation intérieure — interdiction qui n'appelle aucune objection en droit communautaire — et, d'autre part, l'interdiction portant sur les exportations — dont la situation est plus délicate en droit communautaire. Le raisonnement suivi dans l'arrêt de la «viande chevaline» a été repris trois ans plus tard à propos d'une réglementation de la République fédérale d'Allemagne interdisant le *travail de nuit dans les boulangeries* (58).

La Cour a tranché dans le même sens dans l'arrêt *Blesgen* (59) à propos de restrictions à l'importation. Cette affaire portait sur une réglementation belge interdisant la vente de certaines boissons spiritueuses dans les restaurants. La Cour a affirmé que cette réglementation non discriminatoire, relative à la commercialisation de certains produits, était compatible avec le droit communau-

---

(57) Arrêt du 8 novembre 1979, affaire 15/79, Groenveld, Recueil 1979, p. 3409.

(58) Arrêt du 14 juillet 1981, affaire 155/80, Oebel, Recueil 1981, p. 1993.

(59) Arrêt du 31 mars 1982, affaire 75/81, Blesgen, Recueil 1982, p. 1211.

taire car ses effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises ne dépassaient pas le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce.

Au titre des exigences impératives visées dans la formule de l'arrêt «Cassis de Dijon», les Etats membres invoquent souvent la *loyauté des transactions commerciales* et son pendant, la *protection des consommateurs*. Toutefois, cette argumentation ne trouve que rarement écho auprès de la Cour. Les jalons ont été posés dès l'arrêt «Cassis de Dijon»: une information adéquate des consommateurs peut aisément être assurée en imposant d'indiquer la provenance et le titre alcoométrique sur l'emballage des produits, en l'occurrence des liqueurs dont il s'agissait <sup>(60)</sup>.

Un *marquage* adéquat suffit donc en principe à assurer la transparence des transactions et des offres adressées au consommateur. Cette règle vaut aussi pour un produit qui, comme la bière, est souvent débitée à la pression; dans ce cas, les indications nécessaires peuvent être portées sur les fûts ou les siphons <sup>(61)</sup>.

Dans l'arrêt *Fietje* <sup>(62)</sup>, la Cour a été amenée à se prononcer sur le contenu autorisé d'une réglementation relative à l'étiquetage. Le litige qui avait donné lieu à la demande de décision préjudicielle avait pour origine une réglementation néerlandaise («Likeurbesluit») imposant l'utilisation des dénominations «likeur», «liqueur» ou «likorette» pour certains spiritueux. La Cour a confirmé la licéité de principe des réglementations relatives à la dénomination édictées dans un souci de protection des consommateurs, mais elle a apporté des restrictions explicites à cette règle. Elle a affirmé que la nécessité d'organiser cette protection disparaît lorsque les indications portées sur l'étiquette originale du produit importé ont un contenu informatif tout aussi compréhensible pour les consommateurs de l'État importateur. Elle s'est ainsi fondée sur les usages commerciaux.

---

<sup>(60)</sup> Arrêt du 20 février 1979, affaire 120/78, Rewe-Zentral AG, (op. cit., p 664).

<sup>(61)</sup> Arrêts du 12 mars 1987, affaire 178/84, Commission/Allemagne et affaire 176/84, Commission/Grèce, op. cit., respectivement 36<sup>ème</sup> et 29<sup>ème</sup> attendus.

<sup>(62)</sup> Arrêt du 16 décembre 1980, affaire 27/80, Fietje, Recueil 1980, p. 3839.



Dans la même ligne, on relève l'arrêt *Kikvorsch*,<sup>(63)</sup> relatif à l'importation aux Pays-Bas d'une bière dénommée «Berliner Weisse». L'étiquette de cette bière portait l'indication de la densité primitive, ce qui était interdit par les dispositions néerlandaises applicables comme étant susceptible de prêter à confusion avec l'indication du pourcentage d'alcool. Là encore, la Cour a essentiellement pris en considération le risque de confusion pour le groupe des consommateurs potentiels. Comme il s'agissait — de même que dans l'affaire *Fietje* — d'un renvoi préjudiciel au titre de l'article 177 du Traité CEE, la Cour s'est vue en mesure de laisser à la juridiction nationale le soin de se prononcer sur les questions de fait. Elle a d'ailleurs aussi tranché dans le même sens des litiges concernant d'autres branches économiques, notamment dans l'arrêt *Robertson*<sup>(64)</sup> qui avait trait à des prescriptions différenciées pour les poisons des métaux nobles.

En règle générale, la Cour hésite à soustraire à la juridiction nationale l'appréciation des faits lorsqu'elle rend une décision à titre préjudiciel. Dans la plupart des cas, elle est, en tout état de cause, dans l'impossibilité de procéder elle-même à cette appréciation dans la mesure où la question fait intervenir une conception des pratiques commerciales qui peut varier d'un Etat membre à un autre. Toutefois, dans certains cas flagrants, elle n'a pas manqué d'introduire une remarque explicite; ainsi, dans l'arrêt *Rau*, qui portait sur des prescriptions édictées par la Belgique en matière d'emballage de margarine<sup>(65)</sup>, elle a déclaré:

«Toutefois, l'application, par un État membre, à la margarine légalement produite et commercialisée dans un autre Etat membre, de dispositions législatives qui prévoient impérativement, pour ce produit, un type d'emballage déterminé, comme la forme cubique, à l'exclusion de toute autre forme de conditionnement, dépasse notablement les nécessités de l'objectif visé (à savoir d'éviter que les consommateurs ne con-

---

(63) Arrêt du 17 mars 1983, affaire 94/82, *Kikvorsch*, Recueil 1983, p. 947.

(64) Arrêt du 22 juin 1982, affaire 220/81, *Robertson*, Recueil 1982, p. 2349.

(65) Arrêt du 10 novembre 1982, affaire 261/81, *Rau*, Recueil 1982, p. 3961 et plus spécialement p. 3973.

fondent le beurre et la margarine). En effet, la protection des consommateurs peut être assurée de manière aussi efficace par d'autres mesures qui apportent moins d'obstacles à la liberté des échanges, telles que les prescriptions relatives à l'étiquetage.»

Dans le cas particulier des deux arrêts dits du «vinaigre» <sup>(66)</sup> la réglementation italienne des désignations incriminées défavorisait en pratique les produits importés. Elle interdisait d'utiliser la dénomination «aceto» (vinaigre) pour le vinaigre de fruit, dont la fabrication est interdite en Italie; elle la réservait au seul vinaigre de vin car, selon le gouvernement italien, le terme «aceto» évoquait pour le consommateur italien le seul vinaigre de vin. La Cour n'a pas retenu cet argument; elle a en effet estimé que la protection des consommateurs pouvait tout aussi bien être assurée par d'autres moyens permettant un traitement égal des produits nationaux et des produits importés, et notamment par l'apposition obligatoire d'un étiquetage adéquat, à la condition toutefois que cette prescription s'appliquât à tous les vinaigres y compris le vinaigre de vin <sup>(67)</sup>.

Un arrêt comparable, l'arrêt *Miro* <sup>(68)</sup>, a été rendu dans le contexte suivant: le droit néerlandais ne permettait de commercialiser sous l'appellation de «genièvre» que des boissons d'un titre alcoométrique d'au moins 35%. En Belgique, au contraire, des boissons d'un titre alcoométrique de 30% étaient fabriquées depuis longtemps sous cette appellation. De même que dans l'affaire «Cassis de Dijon», la réglementation nationale en cause n'était pas discriminatoire. Là encore, la Cour s'est fondée sur le principe de proportionnalité et a estimé qu'un étiquetage adéquat était suffisant pour assurer la protection du consommateur.

---

<sup>(66)</sup> Arrêt du 3 décembre 1981, affaire 193/80, Commission/Italie, Recueil 1981, p. 3019; arrêt du 15 octobre 1985, affaire 281/83, Commission/Italie, rec. 1985, p. 3402.

<sup>(67)</sup> Op. cit. p. 3035.

<sup>(68)</sup> Arrêt du 26 novembre 1985, affaire 182/84, *Miro*, non encore publié. Cf. aussi l'arrêt du 4 décembre 1986 (affaire 179/85, Commission/Allemagne, non encore publié), condamnant la République fédérale d'Allemagne pour avoir interdit la vente de «pétillant de raisin», vin fabriqué en France partiellement fermenté, d'une teneur maximale en alcool de 3%, dans des bouteilles ressemblant à celles de mousseux.

Le célèbre arrêt «*Bocksbeutel*»<sup>(69)</sup> a marqué l'apparition d'un concept nouveau et remarquable, à savoir l'obligation de respect mutuel des usages loyalement pratiqués. Il en résulte essentiellement que la protection des consommateurs ne doit plus être appréciée dans un cadre purement national, mais à l'échelle communautaire. Concrètement, ce renvoi préjudiciel portait sur le point de savoir si la bouteille pansue dite «*Bocksbeutel*», de Franconie et de Franconie dite badoise, qui constituait une indication indirecte d'origine géographique, pouvait être exclusivement réservée, en Allemagne, à un vin provenant de ces régions ou si, au contraire, un vin rouge sud-tyrolien, traditionnellement conditionné dans des bouteilles analogues, pouvait lui aussi être commercialisé en Allemagne dans cette présentation. La Cour a arbitré ce litige de manière réaliste et judicieuse. Elle n'a pas suivi l'opinion de la Commission qui soutenait qu'on ne saurait en aucun cas associer certaines formes particulières de bouteille à des régions de production déterminées, mais a préféré se fonder sur le fait que l'utilisation de la bouteille du type «*Bocksbeutel*» avait également une tradition plus que centenaire dans le Tyrol du Sud<sup>(70)</sup>:

«... s'agissant de déterminer si une réglementation nationale peut valablement, en vue de défendre une désignation indirecte d'origine géographique dans un souci de protection du consommateur, interdire la commercialisation de vins importés dans un certain type de bouteille, il y a lieu de faire remarquer que, dans un régime de marché commun, la défense des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales en matière de présentation des vins doivent être assurées dans le respect mutuel des usages loyalement et traditionnellement pratiqués dans les différents États membres».

A l'occasion du recours en manquement, déjà cité, qui avait été introduit contre la République fédérale d'Allemagne à propos de la loi sur la *pureté de la bière* — affaire qui a suscité une grande effervescence dans le public allemand —, la Cour a complété et consolidé sa jurisprudence en matière de restrictions quantitatives. Elle a considéré comme une mesure d'effet équivalent

---

<sup>(69)</sup> Arrêt du 13 mars 1984, affaire 16/83, Prantl, Recueil 1984, p. 1299.

<sup>(70)</sup> Op. cit., p. 1328.

à une restriction quantitative la décision de réserver la désignation allemande «*Bier*» (bière), et les dénominations correspondantes dans les langues des autres Etats membres, à la bière fabriquée selon les règles en vigueur en République fédérale d'Allemagne; en effet, une telle réglementation des désignations servirait à cristalliser les habitudes de consommation existantes et rendrait leur évolution impossible au fil du temps et à mesure de l'instauration du marché commun. Dans les attendus de l'arrêt, elle a en outre souligné que, dans les autres États membres, les dénominations correspondant à la dénomination allemande «*Bier*» (bière) avaient un *caractère générique* pour désigner une boisson fermentée fabriquée à base de malt d'orge, que celui-ci soit utilisé exclusivement ou concurremment avec du riz et du maïs <sup>(71)</sup>. Elle a ainsi établi une passerelle avec une jurisprudence déjà bien établie selon laquelle les désignations à caractère générique ne peuvent pas être réservées aux seuls produits nationaux, et aux produits importés offrant exactement les mêmes caractéristiques que les produits nationaux. <sup>(72)</sup>

## 2. La réserve prévue à l'article 36 du Traité CEE

Aux termes de l'article 36 du Traité CEE, les restrictions d'importation, d'exportation ou de transit qui constituent des restrictions quantitatives ou des mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 à 34 du Traité CEE ne sont pas interdites, pour autant qu'elles sont justifiées par «des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale». La portée de ces exceptions est elle même limitée par l'interdiction des «discriminations

---

(71) Arrêt du 12 mars 1987, affaire 178/84, Commission/Allemagne, op. cit. 32<sup>ème</sup> et 33<sup>ème</sup> attendus. Sur ce sujet, cf. Ch. Moench, «Rheinheitsgebot für Bier. Zum Urteil des EuGH vom 12.3.1987», NJW 1987, pp. 1109 et ss; M. Dausen, «Die nevere Rechtsprechung des En GH im Lebensmittelrecht unter besonderer Berücksichtigung des Sogenannten Bier-Urteils», Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 1987/3, pp. 243 et ss.

(72) Cf. notamment, arrêt du 20 février 1975, affaire 12/74, Commission/ République fédérale d'Allemagne, («Vins mousseux»); arrêt du 3 décembre 1981 et du 15 octobre 1985, affaires 193/80 et 281/83, Commission/Italie («vinaigre»), op. cit.

arbitraires» et des «restrictions déguisées» dans le commerce entre les États membres.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 36 du Traité CEE ne constitue pas une *réserve de souveraineté* des Etats membres, ni une atteinte au principe de la libre circulation des marchandises. Compte tenu des objectifs de la constitution communautaire, cette disposition doit s'entendre comme une exception qui est d'interprétation stricte et qui ne saurait en aucun cas permettre de tourner l'interdiction fondamentale d'entraver les échanges. Cette disposition ne saurait non plus s'interpréter comme une clause de sauvegarde contre les répercussions économiques de l'ouverture des marchés; elle ne vise au contraire que «des hypothèses de nature non économique n'étant pas susceptibles de porter atteinte aux principes fixés par les articles 30 à 34» (73).

Sur ce point, il y a lieu de souligner que l'article 36 du Traité CEE autorise certes les Etats membres à introduire des restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, mais non à *percevoir des droits de douane* ou des taxes d'effet équivalent, le régime du traité n'organisant aucune exception analogue à celle de l'article 36 pour les seconds. Dans le domaine des contrôles sanitaires, il en résulte le principe suivant: si la réalisation de ces contrôles est susceptible d'être justifiée par la protection de la santé, il n'est cependant pas permis de percevoir des droits pour en couvrir les frais, de sorte que l'Etat concerné doit supporter ces frais lui-même (74).

La Cour a constamment interprété l'article 36 du Traité CEE de manière restrictive; elle a précisé à cet égard que les exceptions qu'il prévoit ne peuvent être étendues à des hypothèses autres que celles qui y sont exhaustivement énumérées. C'est pourquoi ni la protection des consommateurs, ni la loyauté des transactions commerciales ne sauraient être invoquées dans le cadre de l'article 36 du Traité CEE. Ce sont là des intérêts protégés qui ne peuvent être pris en compte que dans le cadre de la formule de l'arrêt «Cassis de Dijon», c'est-à-dire uniquement dans l'hypothèse d'une réglementation indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés. Les pratiques ou *réglementations discriminatoires* ne sauraient donc en aucun cas être justifiées

---

(73) Arrêt du 19 décembre 1961, affaire 7/61, Commission/Italie, Recueil 1961, p. 693; arrêt du 7 février 1984, affaire 238/82, Duphar, Recueil 1984, p. 523; arrêt du 10 juillet 1984, affaire 72/83, Campus Oil, Recueil 1984, p. 2727.

(74) Arrêt du 27 janvier 1977, affaire 46/76, Bauhuis, Recueil 1977, p. 5; arrêt du 22 mars 1983, affaire 88/82, Leonelli, Recueil 1983, p. 1061.

par des motifs de loyauté des transactions commerciales ou de protection des consommateurs <sup>(75)</sup>.

Là encore, le *principe de proportionnalité* joue un rôle primordial. Les Etats membres sont certes libres, pour protéger les intérêts énumérés à l'article 36 du Traité CEE, de prendre certaines mesures en fonction de leurs propres conceptions politiques et en se fondant sur leur propre échelle de valeurs; ils peuvent, en particulier, déterminer le niveau de la protection et la sévérité des contrôles. Ce pouvoir est cependant bien délimité par le droit communautaire. Il résulte de ce dernier que les seules mesures justifiées sont celles qui «satisfont à des exigences impératives» <sup>(76)</sup> et qui sont «absolument indispensables» <sup>(77)</sup> pour atteindre le but visé. Cela signifie donc que, parmi plusieurs mesures intrinsèquement appropriées, il faut toujours choisir la plus inoffensive, c'est-à-dire celle qui affecte le moins la circulation des marchandises dans la Communauté (principe de la mesure la moins contraignante); d'autre part, la restriction occasionnée doit être raisonnablement proportionnée au but visé (interdiction d'édicter des mesures disproportionnées) <sup>(78)</sup>.

Au cours de la période récente, une jurisprudence très complète s'est dégagée en matière de *protection de la santé* et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux» au sens de l'article 36 du Traité CEE. Ainsi que nous l'avons indiqué ci-dessus, la jurisprudence récente impose d'examiner les impératifs de la protection de la santé exclusivement dans le cadre de l'article 36 du Traité CEE, et non dans le cadre de la formule de l'arrêt «Cassis de Dijon», et ce même si les mesures commerciales restrictives en cause s'appliquent de manière indifférenciée aux produits nationaux et aux produits importés. Si la Cour a constamment souligné la *relativité* de la notion de protection de la santé qui — tout comme la notion d'ordre public — peut varier selon les pays et au fil du temps —, elle a cependant toujours affirmé qu'il s'agissait

---

<sup>(75)</sup> Arrêt du 17 juin 1981, affaire 113/80, Commission/Irlande (importation de souvenirs) Recueil 1981, p. 1625; arrêt du 20 avril 1983, affaire 59/82, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft (vermouth), Recueil 1983, p. 1217.

<sup>(76)</sup> Arrêt du 20 février 1979, affaire 120/78, op. cit.

<sup>(77)</sup> Arrêt du 15 décembre 1976, affaire 41/76, op. cit.; cf. arrêt du 30 novembre 1983, affaire 227/82, Van Bennekom, Recueil 1983, p. 3883.

<sup>(78)</sup> Ces principes impliquent, par exemple, qu'un système de réception pour les véhicules importés d'un autre Etat membre où ils ont déjà été réceptionnés ou agréés n'est conforme au traité que si la procédure de contrôle ne comporte pas des frais ou des délais déraisonnables et ne fait pas double emploi avec les documents établis et les contrôles déjà effectués dans l'Etat membre d'exportation (arrêt du 11 juin 1987, affaire 406/85, Gofette et Gilliard, non encore publié).

d'une notion juridique, soumise à un contrôle juridictionnel et qui devait s'interpréter de manière stricte.

La jurisprudence en la matière permet de distinguer trois *groupes de cas*:

a) *Les contrôles sanitaires aux frontières*, notamment les contrôles épi-zootiques ou les contrôles des produits alimentaires (contrôles sur lesquels aucun droit ne peut en principe être perçu — cf. supra page 265) sont autorisés en eux-mêmes, mais les *doubles contrôles* doivent être évités dans la mesure du possible. Il en résulte que les contrôles effectués dans l'État membre exportateur — tout au moins lorsque l'importateur les invoque et produit les justificatifs correspondants — doivent obligatoirement être reconnus par l'État membre importateur <sup>(79)</sup>. Bien entendu, ce dernier demeure libre, sous réserve du principe de proportionnalité, de prescrire des contrôles supplémentaires portant par exemple, dans le cas des denrées périssables, sur une éventuelle détérioration au cours du transport. En revanche, il n'obtiendra pas gain de cause si, pour les justifier, il argue que les analyses effectuées par l'État membre exportateur ne sont pas fiables, à moins que certains éléments précis n'étayent cette hypothèse (suspicion légitime de manipulations, par exemple).

b) Les résidus de *pesticides* présents dans les fruits et les légumes sont susceptibles d'entraîner des dangers considérables pour la santé des personnes et des animaux. L'État membre importateur peut donc fixer une teneur maximale admissible pour les diverses denrées alimentaires en fonction de ses conditions climatiques, de la composition de l'alimentation habituelle de la population et de l'état de santé de cette dernière. Il est cependant tenu de déterminer la teneur maximale prescrite en fonction de l'état de la science et de la recherche et de la revoir si des découvertes nouvelles apparaissent <sup>(80)</sup>.

Dans le récent arrêt *Mirepoix* <sup>(81)</sup>, la Cour a déclaré qu'il est légitime d'adopter des mesures rigoureuses attendu que les quantités absorbées par le consommateur dans les denrées alimentaires sont imprévisibles et incontrôlables. De manière plus précise, elle a défini les *critères* suivants:

---

<sup>(79)</sup> Par exemple, arrêt du 8 novembre 1979, affaire 25/78, *Denkavit*, Recueil 1979, p. 3369; arrêt du 7 avril 1981, affaire 132/80, *United Foods*, Recueil 1981, p. 995.

<sup>(80)</sup> Arrêt du 19 septembre 1984, affaire 94/83, *Heijn*, Recueil 1984, p. 3263.

<sup>(81)</sup> Arrêt du 13 mars 1986, affaire 54/85, *Mirepoix*. Rec. 1986, p. 1074.

- La réglementation en ce domaine peut varier d'un pays à l'autre en fonction des conditions climatologiques, de la composition de l'alimentation habituelle de la population ainsi que de l'état de santé de cette dernière.
- L'interdiction ou la teneur maximale prescrite sont à revoir s'il apparaît que les raisons qui ont conduit à édicter de telles mesures ont été modifiées. Tel peut être le cas lorsqu'une utilisation nouvelle a été découverte pour tel ou tel pesticide ou si la recherche a conduit à des résultats nouveaux.
- L'interdiction doit être assortie d'une réserve de *possibilité d'autorisation* lorsqu'il apparaît qu'un usage déterminé du produit en cause ne présente pas de danger; l'autorisation doit être octroyée selon une procédure facilement accessible. L'arrêt ne précise pas ce que la Cour entend par l'expression «procédure facilement accessible». On peut supposer que cette notion vise tant l'introduction de la demande d'autorisation (conditions de recevabilité) que les modalités de la procédure (durée, règles de preuve etc.).

c) La question des *additifs* est particulièrement délicate. Dans ce domaine, la Cour s'est adaptée à l'évolution internationale et sa jurisprudence est spécialement nuancée. L'arrêt *Sandoz* <sup>(82)</sup>, qui a défini les orientations directrices, concernait des adjonctions de vitamines à des bâtons de muesli, à du power-pack et à des boissons analeptiques. Pour simplifier, le problème est le suivant: Les vitamines ne sont certes pas nocives en elles-mêmes mais elles peuvent, notamment à long terme, entraîner certains risques pour la santé lorsqu'il en est fait une consommation excessive dans l'ensemble des prises alimentaires dont la composition est imprévisible et incontrôlable. Les récents arrêts *Motte* <sup>(83)</sup> et *Muller-Kampfmeyer* <sup>(84)</sup> concernaient respectivement des *colorants* utilisés dans les conserves de poisson et des *émulsifiants* utilisés dans la pâtisserie. Les «arrêts de la bière» <sup>(85)</sup> portaient sur une *interdiction absolue des additifs*, édictée res-

---

<sup>(82)</sup> Arrêt du 14 juillet 1983, affaire 174/82, Sandoz, Recueil 1983, p. 2445.

<sup>(83)</sup> Arrêt du 10 décembre 1985, affaire 247/84, Motte, Rec. 1985, p. 3898.

<sup>(84)</sup> Arrêt du 6 mai 1986, affaire 304/84, Muller-Kampfmeyer, Rec. 1986, p. 1521.

<sup>(85)</sup> Arrêts du 12 mars 1987, affaire 178/84 et affaire 176/84, op. cit.; Cf. Ch. Moench, op. cit.



pectivement par la République fédérale d'Allemagne et par la République hellénique. Ces derniers arrêts ont récapitulé l'ensemble de la jurisprudence en matière de denrées alimentaires et l'ont développée sur divers points.

Leurs attendus sont en grande partie identiques. Sur la question des *additifs*, leur quintessence peut se résumer comme suit:

- en l'état actuel de la recherche scientifique, des *incertitudes* subsistent quant à la nocivité des additifs et notamment quant aux seuils limites.
- A défaut d'une réglementation communautaire, les États membres déterminent eux-mêmes le *niveau* de protection de la santé qu'ils entendent atteindre en tenant compte des exigences de la libre circulation des marchandises.
- Une interdiction d'utiliser des additifs est légitime si elle est assortie d'une *possibilité d'autorisation* et si l'autorisation en question est accordée par un acte de portée générale pour des additifs déterminés, soit pour tous les produits, soit pour certains d'entre eux seulement, soit en vue de certains emplois. Au contraire, une interdiction générale visant tous les additifs utilisés dans les autres États membres pour un produit déterminé, sans qu'une procédure d'autorisation correspondante soit prévue, n'est pas légitime.
- Les conditions matérielles auxquelles l'autorisation est soumise doivent obéir au *principe de proportionnalité*. L'autorisation doit obligatoirement être octroyée si deux conditions cumulées sont remplies, à savoir que l'utilisation de l'additif considéré ne comporte aucun danger pour la santé et qu'elle réponde à un besoin réel, notamment d'ordre technologique.
- Tant pour l'appréciation du *risque pour la santé* que pour l'appréciation du besoin technologique, il y a lieu de «tenir compte» des résultats de la recherche scientifique internationale et spécialement des travaux du comité scientifique communautaire de l'alimentation humaine et de la commission du Codex-Alimentarius de la FAO et de l'OMS. Il s'ensuit que les travaux des instances scientifiques compétentes, sans déployer des effets obligatoires, constituent néanmoins un élément que l'État membre importateur doit prendre en considération. Par ailleurs, les habitudes alimentaires de la population de l'État membre importateur peuvent aussi être prises en considération.

- Pour ce qui concerne, en particulier, l'appréciation de la *nécessité technologique* (notion qui est à la base de la législation applicable aux denrées alimentaires dans tous les États membres et qui s'exprime sous la forme du principe dit de minimisation des risques), les «arrêts de la bière» ont précisé qu'on ne peut nier l'existence de ce besoin en se fondant simplement sur le fait que la bière peut aussi être fabriquée sans additifs dès lors que sont utilisées les seules matières premières prescrites dans l'État membre importateur (malt d'orge, houblon, levure et eau). La notion de besoin technologique doit au contraire s'apprécier en fonction des matières premières utilisées et en tenant compte de l'appréciation qui en a été faite par les autorités de l'État membre dans lequel le produit a été fabriqué. C'est là une limitation du principe selon lequel l'État membre importateur détermine de manière autonome le niveau auquel il entend assurer la protection de la santé dans son territoire. Il est permis de considérer que cette prise de position se fonde sur l'idée que l'État membre dans lequel une denrée alimentaire est fabriquée, et qui en autorise la commercialisation dans son territoire, a eu des raisons solides d'agir ainsi, et que l'État membre importateur doit en tenir compte — de même qu'il doit tenir compte des résultats de la recherche scientifique internationale — sans toutefois être lié par ces appréciations.
- Les États membres doivent avoir la possibilité de demander une autorisation pour certains produits, selon une «*procédure aisément accessible*» qui puisse notamment être menée à terme dans des délais raisonnables, l'autorisation devant être octroyée par un acte juridique de portée générale; une possibilité de recours juridictionnel doit être prévue contre le refus d'autorisation.
- La *charge de prouver* qu'une interdiction d'utiliser des additifs est justifiée par des raisons de sauvegarde de la santé incombe aux autorités de l'État membre importateur. Les opérateurs économiques (importateurs) peuvent néanmoins se voir imposer de produire tous les documents en leur possession utiles à l'appréciation des faits.

En résumé, on peut affirmer qu'il résulte de cette jurisprudence que le droit communautaire admet entièrement une *politique de santé prophylactique*.

Les «zones grises» de la connaissance scientifique sont des zones protégés au sens de l'article 36 du Traité CEE, car les incertitudes médicales ne doivent pas jouer au détriment de la santé humaine.

Ces considérations ne valent naturellement que pour les domaines non harmonisés ou partiellement harmonisés, domaines dans lesquels les États membres conservent encore une marge d'appréciation politique. En revanche, le recours unilatéral à l'article 36 du Traité CEE est exclu «lorsque des règles communautaires prévoient l'*harmonisation* complète de toutes les mesures nécessaires à assurer la protection de la santé et aménagent des procédures communautaires de contrôle de leur observation»<sup>(86)</sup>. Cela tient au fait que, dans les domaines qui ont fait l'objet d'une harmonisation complète, la protection de la santé est finalement garantie par les mesures communautaires; toute activité concurrente des États membres compromettrait l'efficacité de la réglementation communautaire.

La protection des *droits de propriété industrielle* constitue un autre des principaux cas d'application de l'article 36 du Traité CEE; or, on sait que ces droits peuvent provoquer un cloisonnement des marchés nationaux en raison de la fragmentation de leurs effets territoriaux<sup>(87)</sup>. Il y a là une source fréquente de conflits entre le principe de la libre circulation des marchandises et celui de la garantie des droits protégés par les divers ordres juridiques nationaux. Après avoir suscité certaines inquiétudes par sa jurisprudence initiale, la Cour a exposé pour la première fois de façon cohérente sa doctrine en la matière dans l'arrêt Terrapin/Terranova<sup>(88)</sup>.

---

<sup>(86)</sup> Arrêt du 10 décembre 1985, affaire 247/84, Motte, op. cit. 16<sup>ème</sup> attendu.

<sup>(87)</sup> Jusqu'à présent, la propriété industrielle n'est pas régie par des dispositions communautaires harmonisées pour ce qui concerne les brevets et les marques. La convention sur le brevet communautaire («Convention relative au brevet européen pour le marché commun») du 15 décembre 1975 (JO 1976, n° L 17, p. 1), qui prévoit un droit commun aux États contractants en matière de brevets d'invention, n'est pas encore entrée en vigueur. Le texte de la convention a été modifié et complété en 1985 par une conférence intergouvernementale tenue à Luxembourg. En ce qui concerne les marques, il existe depuis 1980 deux propositions de la Commission pour un «règlement du Conseil sur la marque communautaire», et «une première directive du Conseil sur le rapprochement de la législation des marques des États membres». En 1984, la Commission a présenté une proposition modifiée de «règlement du Conseil sur la marque communautaire» (JO 1984, n° C 230, p. 1).

<sup>(88)</sup> Arrêt du 22 juin 1976, affaire 119/75, Terrapin/Terranova, Recueil 1976, p. 1039.

Selon une jurisprudence actuellement établie, le Traité CEE n'affecte pas l'«existence», c'est-à-dire la substance, des droits de propriété industrielle et commerciale accordés par la législation nationale, mais il peut en affecter «l'exercice»; en effet, comme l'affirme la Cour, l'article 36 du Traité CEE n'admet des dérogations à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété <sup>(89)</sup>.

Qu'est-ce qu'on entend par objet spécifique de la propriété industrielle et commerciale? Ainsi que la Cour l'a jugé récemment, il comporte, pour le titulaire d'un brevet ordinaire, notamment le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon. Toutefois, dans le cas particulier où un brevet se trouve assorti de la mention «licence de droit», le titulaire du brevet ne peut s'opposer à la délivrance d'une telle licence à un tiers qui en fait la demande aux fins de fabrication et de commercialisation du produit en cause; il conserve uniquement le droit d'obtenir le paiement d'une rémunération équitable. Dans ces conditions spécifiques, l'importation du produit concerné ne peut être interdite, conformément à l'article 36 du Traité, que si l'interdiction est nécessaire pour assurer au titulaire du brevet une rémunération équitable <sup>(90)</sup>.

Généralement, l'exercice d'un droit de propriété industrielle et commerciale est incompatible avec les articles 30 et 36 du Traité dans les quatre cas suivants:

- lorsque le titulaire d'un droit de propriété industrielle, et de droits parallèles dans plusieurs États membres, s'oppose à l'importation d'un produit qui a été *régulièrement mis en circulation* sur le marché d'un autre État membre soit par lui-même soit avec son consentement <sup>(91)</sup>. Il en va cependant différemment lorsque le produit est fabriqué dans l'État

---

<sup>(89)</sup> Arrêt du 3 juillet 1974, affaire 192/73, Hag, Recueil 1974, p. 731; arrêt du 31 octobre 1974, affaire 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, Recueil 1974, p. 1147; arrêt du 22 juin 1976, op. cit.

<sup>(90)</sup> Arrêt du 3 mars 1988, affaire 434/85, Allen and Hanburys, non encore publié.

<sup>(91)</sup> Arrêt du 31 octobre 1974, loc. cit.; arrêt du 22 juin 1976, loc. cit.; arrêt du 14 septembre 1982, affaire 144/81, Keurkoop, Recueil 1982, p. 2853.

membre de départ sous *licence obligatoire*; en effet, dans ce cas, le titulaire de la licence ne saurait être réputé avoir consenti aux actes accomplis par le tiers auquel la licence obligatoire est attribuée. Il peut donc s'opposer à la mise en circulation du produit sur la base d'un brevet parallèle dans l'Etat membre importateur <sup>(92)</sup>;

- lorsque le droit invoqué est issu d'un *fractionnement*, soit volontaire soit par mesure de contrainte publique, d'un droit de propriété industrielle ayant appartenu originellement à un seul et même titulaire <sup>(93)</sup>;
- lorsque l'exercice du droit constitue l'objet, le moyen ou la conséquence d'une *entente interdite* par le traité; <sup>(94)</sup>
- lorsque l'exercice du droit est de nature à entraîner une *restriction déguisée* au commerce entre les Etats membres. Il en est ainsi, en particulier, dans l'hypothèse où l'exercice du droit du titulaire, «compte tenu du système de commercialisation appliqué par celui-ci, contribuerait à cloisonner artificiellement les marchés entre Etats membres» <sup>(95)</sup>;

Ces principes caractérisant le rapport entre la libre circulation des marchandises et la propriété industrielle ou commerciale ont été confirmés par des arrêts récents pour les *droits d'auteur* et pour l'*imitation dite servile* <sup>(96)</sup>.

En ce qui concerne les *droits d'auteur*, la jurisprudence reflète un développement de grande envergure, à savoir l'arrivée des *supports de son et d'images* tels que les disques et, plus récemment, les vidéo-cassettes. Le point de départ de cette jurisprudence est la constatation que les droits d'auteur ne peuvent être invoqués pour interdire l'importation de tels supports mis sur le marché d'un autre Etat membre avec le consentement du titulaire des droits. Les droits d'auteur sont donc «épuisés» par toute la Communauté, dès lors que le produit en cause est une fois régulièrement mis en circulation dans l'un des Etats membres. Cette règle s'applique également lorsque le titulaire des droits s'oppose

---

<sup>(92)</sup> Arrêt du 9 Juillet 1985, affaire 19/84, Pharmon/Hoechst, non encore publié.

<sup>(93)</sup> Arrêt du 3 juillet 1974, op. cit.; arrêt du 22 juin 1976, op. cit.

<sup>(94)</sup> Arrêt du 22 juin 1976, op. cit.; arrêt du 14 septembre 1982, op. cit.

<sup>(95)</sup> Arrêt du 23 mai 1978, affaire 102/77, Hoffmann-La Roche/Centrafarm, Recueil 1978, p. 1139.

<sup>(96)</sup> Arrêt du 2 mars 1982, affaire 6/81, Beele, Recueil 1981, p. 707.

à l'importation non pas en vue d'interdire toute commercialisation, mais en vue d'obtenir un versement correspondant à la différence entre les redevances habituelles applicables dans le pays d'importation et celles, moins élevées, payées dans le pays de fabrication <sup>(97)</sup>.

Cette jurisprudence a toutefois été nuancée pour ce qui est du *droit de représentation* (c'est-à-dire la communication de l'oeuvre au public, notamment par voie de diffusion) et du *droit de reproduction* (c'est-à-dire la fixation matérielle de l'oeuvre, notamment par voie d'enregistrement mécanique). En effet, ni le droit de représentation ni celui de reproduction mécanique n'est perçu à l'occasion de l'importation ou de la commercialisation de disques mais en raison de leur utilisation publique, par exemple par une station de radio, dans une discothèque ou dans un «juke-box» installé dans un local public. Il s'ensuit que, même à supposer que la perception d'un droit de représentation ou d'un droit de reproduction soit susceptible d'avoir un effet restrictif sur les importations, elle ne rentre pas dans le cadre des mesures d'effet équivalent interdites par les articles 30 et 36 du Traité mais doit être considérée comme l'exploitation normale d'un droit d'auteur <sup>(98)</sup>.

La même ligne de raisonnement a été suivie dans une affaire toute récente relative à la *location de vidéocassettes*. Comme on le sait, l'apparition d'un marché de location de vidéocassettes, distinct du marché de la vente de ces supports, est un phénomène nouveau qui a été rendu possible par différents facteurs et, notamment, le niveau relativement élevé du prix d'achat et le fait que les spectateurs ne visionnent que rarement les vidéocassettes achetées. Ce marché de la location touche un public plus large que celui de la vente et constitue, à l'heure actuelle, une importante source potentielle de revenus pour les auteurs de films. Il apparaît donc qu'en autorisant la perception des droits d'auteur seulement à l'occasion des ventes de vidéocassettes, il n'est pas possible d'assurer aux auteurs de films une rémunération qui soit en rapport avec le nombre des locations effectivement réalisées et qui réserve à ces auteurs une part satisfaisante du marché de la location. Ces considérations ont amené la Cour à reconnaître la compatibilité, avec les articles 30 et 36 du Traité, d'une législation

---

<sup>(97)</sup> Arrêt du 20 janvier 1981, affaires 55/80 et 57/80, GEMA, Rec. 1981, p. 147.

<sup>(98)</sup> Arrêt du 9 avril 1987, affaire 402/85, Basset c/SACEM, no encore publié.

nationale qui donne à l'auteur la faculté de subordonner à son autorisation la mise en location de vidéocassettes, même lorsqu'il s'agit de vidéocassettes déjà mises en cocirculation avec son consentement dans un autre Etat membre <sup>(99)</sup>.

Dans le régime d'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent, les cas de dérogation prévus par l'article 36 du Traité CEE sont eux-mêmes assortis d'une *réserve*, aux termes de laquelle les interdictions ou restrictions au commerce inter-étatique justifiées en elles-mêmes, ne doivent constituer ni «un moyen de discrimination arbitraire», ni une «restriction déguisée dans le commerce entre les États membres» (*article 36, seconde phrase*).

La Cour a interprété la première justification envisagée comme une interdiction générale des discriminations, sans d'ailleurs attribuer à l'adjectif «arbitraire» une teneur particulière. La seconde hypothèse envisagée peut s'entendre comme une règle qui est induite de l'interdiction d'abus ou de détournement d'un droit et qui est essentiellement destinée à s'appliquer lorsque l'interdiction principale est tournée. En ce sens, dans l'arrêt de la bière» contre la République fédérale d'Allemagne, la Cour a estimé que cet Etat pratiquait une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres, alors que celui-ci, pour nier que l'adjonction d'additifs à la bière répondait à un besoin technologique, faisait valoir que la bière produite selon la «loi de pureté» pouvait être fabriquée sans additifs. Selon la Cour, pareille interprétation de la notion de besoin technologique aboutit à privilégier de manière inacceptable les méthodes de production nationales <sup>(100)</sup>.

Il résulte de cette interprétation large de la restriction apportée par la seconde phrase de l'article 36 du Traité CEE que les États membres ne conservent qu'une marge de manoeuvre minimale dans le domaine des mesures applicables sans distinction aux produits importés et aux produits nationaux. Quant aux *réglementations discriminatoires*, il est probable qu'elles ne sauraient, à la rigueur, être justifiées par les motifs prévus à l'article 36 du Traité CEE que dans des cas très rares. La Cour ne semble en effet avoir admis cette justification que dans une seule affaire, dans laquelle il ressortait de l'appréciation

---

<sup>(99)</sup> Arrêt du 17 mai 1988, affaire 158/86, Warner Brothers, non encore publié.

<sup>(100)</sup> Arrêt du 12 mars 1987, affaire 178/84, op. cit., 51<sup>ème</sup> attendu.

d'ensemble que la formulation de l'interdiction coïncidait dans une large mesure avec l'interdiction de fabrication et de distribution sur le marché national <sup>(101)</sup>. En revanche, dans une affaire analogue très récente, la Cour a estimé que l'article 36 ne justifiait pas une interdiction d'importation motivée par des raisons de moralité publique si les mêmes produits pouvaient librement être fabriqués et commercialisés dans le territoire de l'État membre importateur <sup>(102)</sup>.

## Conclusion

La jurisprudence de la Cour a élaboré, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, un dense réseau de règles. Il paraît révélateur du niveau d'évolution atteint par le droit communautaire que l'accent, d'abord placé sur l'interdiction «classique» des droits de douane et des restrictions quantitatives, ait rapidement été porté sur les interdictions complémentaires visant les taxes et mesures d'effet équivalent. La Cour n'a nullement interprété ces dernières comme de simples dispositions accessoires visant les seules hypothèses dans lesquelles l'interdiction principale est tournée; elle leur a au contraire conféré le caractère de dispositions générales.

---

<sup>(101)</sup> Arrêt du 14 décembre 1979, affaire 34/79, Henn et Darby (importation de matériel pornographique), Recueil 1979, p. 3795.

<sup>(102)</sup> Arrêt du 11 mars 1986, affaire 121/85, Conegate (importation d'articles érotiques), Rec. 1986, p. 1007



On ne saurait certes pas prétendre que la jurisprudence de la Cour porte l’empreinte d’une certaine conception du commerce ou de la politique économique. On ne saurait néanmoins ignorer qu’elle a contribué à réaliser, dans la voie de la théorie de l’économie de marché, un niveau de *libération des échanges* qui répond à l’idéal d’un marché intérieur unifié. Cela a permis à la Communauté de s’assurer les avantages concurrentiels de l’économie de marché et, en particulier, de faire un emploi optimum des facteurs de production dans l’ensemble de son territoire. Il en a résulté une rationalité et une efficacité accrues des principes d’organisation du traité, une meilleure transparence de l’accès au marché ainsi qu’un renforcement de la sécurité juridique et de la protection juridictionnelle des particuliers.

L’audacieux arrêt «*Cassis de Dijon*», de même que la jurisprudence ultérieure qui l’a précisé et développé, a permis un bond décisif dans la réalisation des objectifs du traité et a devancé d’innombrables directives d’harmonisation. Divers problèmes soulevés par cette «landmark decision» appellent néanmoins des précisions.

a) Il y a d’abord lieu de se demander si les réglementations et pratiques susceptibles d’échapper à l’application des articles 30 à 34 du Traité CEE sont uniquement celles qui ne prévoient pas de différence de traitement entre produits importés et produits nationaux, ou s’il s’y ajoute les mesures qui, sans être discriminatoires, comportent une telle différenciation. Il est notoire que, selon une jurisprudence établie de la Cour, la notion de *discrimination* est plus étroite que celle de *traitement différencié* dans la mesure où elle ne vise que le cas de situations comparables soumises à des différences de traitement sans justification objective. La logique semble militer en faveur d’un développement de la formule de l’arrêt «*Cassis de Dijon*» dans le sens d’une extension à toutes les catégories de mesures non discriminatoires.

Toutefois, ce n’est que dans certains cas extrêmes qu’il est possible d’envisager une différence de traitement objectivement justifiée qui ne revient pas à une restriction déguisée, destinée à protéger une production nationale. Le fait que cette marge potentielle est très réduite a été récemment mis en évidence par des affaires dans lesquelles les Etats membres incriminés n’ont pas obtenu gain de cause en faisant valoir que le traitement différentiel litigieux aboutissait en

réalité à une égalité de traitement entre les produits importés et les produits nationaux <sup>(103)</sup>.

b) D'autre part, la jurisprudence n'a pas encore tranché la question de savoir si les principes de l'arrêt «Cassis de Dijon» peuvent être transposés aux *produits originaires de pays tiers* qui ont été régulièrement mis en circulation dans un autre État membre de la Communauté. On peut induire de l'article 9, paragraphe 2, du Traité CEE un argument en faveur de l'égalité de traitement entre les produits originaires de pays tiers se trouvant en libre circulation dans un État membre et les produits originaires de cet État membre. Il y a lieu de signaler à ce propos que, dans le cadre de l'interprétation de l'article 95 du Traité CEE, la Cour s'est appuyée, dans un arrêt récent, sur l'article 9, paragraphe 2, pour conclure que l'interdiction des impositions intérieures discriminatoires ou protectionnistes s'étendait à l'ensemble des produits importés des autres États membres, même originaires de pays tiers <sup>(104)</sup>

c) La jurisprudence appelle aussi une précision sur le point de savoir si la formule de l'arrêt «*Cassis de Dijon*» peut être étendue aux produits qui ont été régulièrement fabriqués dans un autre État membre mais dont la *mise en circulation* n'est pas permise dans ce dernier. Il s'agit des produits qui sont uniquement fabriqués en vue de l'exportation. Cette question s'est récemment posée dans un renvoi préjudiciel, mais la Cour a pu rendre son arrêt sans la trancher <sup>(105)</sup>. A notre avis, des raisons sérieuses militent contre une telle extension; notamment l'idée de l'unité du marché, qui est à la base de la jurisprudence de la Cour, n'entre pas en ligne de compte dans cette hypothèse.

---

<sup>(103)</sup> Par exemple arrêt du 17 juin 1981, affaire 113/80, Commission/Irlande (importation de souvenirs) op. cit.; les dispositions irlandaises incriminées imposaient d'indiquer le pays d'origine sur les souvenirs importés qui étaient susceptibles d'apparaître comme des souvenirs provenant d'Irlande. Cf. également arrêt du 10 janvier 1985, affaire 229/83, Leclerc (prix de vente des livres), op. cit.; la législation française en cause prescrivait que le prix de vente au détail des livres édités en France devait être fixé par l'éditeur alors que le prix des livres importés devait être fixé par l'importateur chargé d'accomplir la formalité du dépôt légal d'un exemplaire de ces livres (dépositaire principal), ce qui impliquait que l'importateur parallèle était tenu au respect du prix fixé par le dépositaire principal.

<sup>(104)</sup> Arrêt du 7 mai 1987, affaire 193/85, op. cit.

<sup>(105)</sup> Arrêt du 20 avril 1983, affaire 59/82, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft (vermouth), Recueil 1983, p. 1217.

d) Certaines difficultés susceptibles de surgir sont liées au fait que les règles communautaires qui régissent le domaine de la libre circulation des marchandises (sauf dispositions particulières du droit dérivé) visent uniquement la suppression des *obstacles aux échanges de marchandises* entre les États membres; elles ne peuvent donc s'opposer à l'application des législations nationales relatives à la production et à la commercialisation que dans la mesure où ces législations affectent les produits importés. En effet, selon une jurisprudence bien établie, les mesures intérieures dénuées d'effet sur la circulation de marchandises transfrontalière ne relèvent pas du domaine d'application du traité <sup>(106)</sup>. Le désavantage qui peut éventuellement résulter de cette situation pour les produits nationaux, par rapport aux produits importés (*discrimination à rebours*), doit être accepté en droit communautaire; il ne peut, en particulier, être contesté sur la base du principe communautaire de l'égalité de traitement, étant donné que ce cas ne relève pas du champ d'application du traité <sup>(107)</sup>. La question de savoir dans quelle mesure les principes du droit national, par exemple le principe d'égalité figurant dans les constitutions de divers États membres, interdisent de défavoriser les produits nationaux, est une question bien distincte.

e) Dans ce contexte, on ne saurait trop insister sur le fait que la Cour, contrairement au Parlement, au Conseil et à la Commission, n'est pas une institution politique. Une jurisprudence pragmatique et dégagée des contraintes idéologiques peut apporter des correctifs et combler des lacunes, mais elle ne peut se substituer à la décision du législateur communautaire. Cela signifie que la fusion des marchés nationaux, qui est le dessein du traité, ne pourra pas être réalisée par le seul biais de l'effet direct des dispositions du traité; elle est également au coeur des objectifs du *rapprochement des législations* qui seul pourra éliminer les disparités des législations nationales en matière de production et de commercialisation. C'est avant tout par le rapprochement des législations nationales que pourront être éliminés les troubles de fonctionnement dont souffre le marché commun à cause de la disparité des ordres juridiques qui régissent la vie économique dans les États membres.

---

<sup>(106)</sup> Cf. supra, p. 281 à 282.

<sup>(107)</sup> Arrêt du 13 novembre 1986, affaires 80 et 159/85, Edah, non encore publié; cf. aussi arrêt du 23 octobre 1986, affaire 355/85, Cognet, non encore publié.

On ne saurait actuellement ignorer le risque d'un *conflit d'objectifs* entre, d'une part, le pouvoir des États de réglementer de manière autonome un domaine particulier, pouvoir qui découle de leur souveraineté législative, et, d'autre part, l'interdiction fondamentale d'instituer ou de maintenir des obstacles au commerce entre les États membres. Il faut savoir gré à la Cour d'avoir, dans cette «zone de tensions», résolument et systématiquement affirmé la primauté des principes du traité et d'avoir opposé une ferme résistance aux forces et tendances centrifuges. Selon un principe bien établi de sa jurisprudence, l'existence de disparités résultant de l'absence d'harmonisation des législations nationales ne peut servir à justifier les obstacles de la libre circulation des marchandises <sup>(108)</sup>:

«Il entre dans la mission des autorités communautaires d'éliminer les facteurs qui seraient de nature à fausser la concurrence entre les États membres, notamment par l'harmonisation des mesures nationales ... l'existence de tels facteurs dans un État membre, cependant, ne saurait justifier le maintien ou l'introduction par un autre État membre de mesures incompatibles avec les règles relatives à la libre circulation des marchandises...»

---

<sup>(108)</sup> Arrêt du 31 octobre 1974, affaire 16/74, *Centrafarm/Winthrop*, Recueil 1974, p. 1183.

**DECISÕES  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DAS COMUNIDADES**



Processos apensos n.ºs 2 e 3/62 de 14.12.1962

**COMMISSION DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE  
CONTRE GRAND-DUCHE DU LUXEMBOURG ET ROYAUME DE BELGIQUE**

Recueil 1962, p. 813

MOTIFS

*Quant à la recevabilité*

Attendu que les défendeurs, soulevant l'irrecevabilité du recours, font grief à la Commission d'avoir empêché la régularisation de la situation litigieuse en exigeant abusivement la suspension des mesures critiquées avant de statuer sur les demandes de dérogation par eux formées sur la base de l'article 226 du traité et d'un règlement pris par le Conseil de ministres, le 4 avril 1962, en vertu de l'article 235;

que par «abus de pouvoir et excès de juridisme», et, faute d'avoir statué d'urgence sur ces demandes comme elle y aurait été tenue, la Commission aurait perdu qualité pour poursuivre les défendeurs en violation du traité;

attendu que la Commission, tenue, en vertu de l'article 155, de veiller à l'application des dispositions du traité, ne peut être privée de l'exercice du pouvoir essentiel, qu'elle tient de l'article 169, d'en faire assurer le respect;

que, s'il était possible de tenir en échec l'application de l'article 169 par une demande de régularisation, cet article perdrait toute efficacité;

attendu qu'une demande de dérogation aux règles générales du traité, introduite au surplus très tardivement en l'espèce, ne peut avoir pour effet de rendre licites des mesures unilatérales prises en contradiction aux dites règles et ne peut, en conséquence, légitimer rétroactivement l'infraction initiale:

que les procédures de dérogation utilisées dans la présente affaire et dont la solution dépendait de l'appréciation de la Commission, distinctes par leur nature et leurs effets de la procédure comminatoire dont dispose la Commission en vertu de l'article 169, ne sauraient en rien paralyser cette dernière;

attendu que, sans avoir à examiner si un éventuel abus de droit de la Commission peut priver celle-ci de la totalité de moyens qu'elle tient de l'article 169, il suffit de constater qu'en l'espèce la démonstration d'un tel abus n'a été ni faite, ni offerte en preuve;

qu'il résulte d'ailleurs des débats que les défendeurs ont négligé de fournir à la Commission les éléments nécessaires pour statuer sur leurs demandes;

qu'au surplus la faute éventuelle de la Commission, justiciable d'un contentieux propre, n'affecterait en rien le recours pour violation du traité, dirigé contre des décisions qui subsistent encore à la date de ce jour et dont la Cour est tenue d'examiner la légalité;

que les recours doivent être, en conséquence, déclarés recevables.

### *Quant au fond*

Attendu que ces recours tendent à faire déclarer illégales l'augmentation du droit spécial à l'importation sur le pain d'épice intervenue après l'entrée en vigueur du traité et l'extension à certains produits similaires de ce même droit considéré comme une taxe d'effet équivalent au droit de douane, prohibée par les articles 9 et 12.

#### *1. Sur la taxe d'effet équivalent a un droit douane*

Attendu qu'aux termes de l'article 9 la Communauté est fondée sur une union douanière reposant sur l'interdiction des droits de douane et de «toutes taxes d'effet équivalent»;

qu'aux termes de l'article 12 est interdite l'introduction de «nouveaux droits de douane à l'importation... ou taxes d'effet équivalent» et l'augmentation de ceux qui sont déjà en vigueur;

attendu que la place de ces articles en tête de la partie réservée aux «fondements de la Communauté», celle de l'article 9 à l'entrée même du titre sur «la libre circulation des marchandises», celle l'article 12 à l'ouverture de la section consacrée à «l'élimination des droits de douane», suffit à marquer le rôle essentiel des interdictions ainsi édictées;

attendu que la force de ces prohibitions est telle que, pour éviter de les voir tournées par la variété des pratiques douanières ou fiscales, le traité a voulu prévenir toute faille éventuelle dans leur mise en oeuvre;

qu'il est ainsi précisé (article 17) que les interdictions de l'article 9 recevront application même si les droits de douane ont un caractère fiscal;

que l'article 95, placé, à la foi dans la partie du traité consacrée à la «politique de la Communauté» et dans le chapitre réservé aux «dispositions fiscales», vise à colmater les brèches qu'un procédé fiscal pourrait ouvrir dans les interdictions prescrites;

que ce souci est poussé si loin qu'il est faite défense à un État soit d'imposer d'une manière quelconque plus lourdement les produits des autres États membres que les siens propres, soit de frapper les produits de ces États d'impositions intérieures de nature à «protéger» indirectement ses productions nationales;

qu'il résulte donc de la netteté, de la fermeté et de l'intérieures de nature à «protéger» indirectement ses productions nationales;

qu'il résulte donc de la netteté, de la fermeté et de l'étendue sans réserve des articles 9 et 12, de la logique de leurs dispositions et de l'ensemble du traité, que l'interdiction des droits de



douane nouveaux, liée aux principes de la libre circulation des produits, constitue une règle essentielle et qu'en conséquence toute éventuelle exception, d'ailleurs d'interprétation stricte, doit être clairement prévue;

attendu que la notion de «taxe d'effet équivalent» à un droit de douane, loin d'apparaître comme une exception à la règle générale d'interdiction des droits de douane, se présente, au contraire, comme son complément nécessaire, permettant de rendre efficace cette interdiction;

que cette expression sans cesse accolée à celle de «droits de douane» marque le dessein de prohiber, non seulement les mesures ostensiblement revêtues de la forme douanière classique, mais encore toutes celles qui, présentées sous d'autres appellations, ou introduites par le biais d'autres procédés, aboutiraient aux mêmes résultats discriminatoires ou protecteurs que les droits de douane;

attendu que, pour reconnaître à une taxe un effet équivalent à celui d'un droit de douane, il importe de considérer cet effet au regard des objectifs que se propose le traité, notamment dans les parties, titre et chapitre où sont insérés les articles 9 et 12, c'est-à-dire par rapport à la libre circulation des marchandises et, plus généralement encore, des objectifs de l'article 3 tendant à éviter que soit faussée la concurrence;

qu'il importe donc peu de savoir si tous les effets des droits de douane sont réunis, ou l'un seulement d'entre eux, ou encore si, parallèlement à ces effets, d'autres buts principaux ou accessoires ont été recherchés, dès lors que la taxe porte atteinte aux objectifs susvisés du traité et résulte non d'une procédure communautaire mais d'une décision unilatérale;

attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'au sens des articles 9 et 12, la taxe d'effet équivalent peut être considérée, quelles que soient son appellation et sa technique, comme un droit unilatéralement imposé, soit au moment de l'importation, soit ultérieurement, et qui, frappant spécifiquement un produit importé d'un pays membre à l'exclusion du produit national similaire, a pour résultat, en altérant son prix, d'avoir ainsi sur la libre circulation des produits, la même incidence qu'un droit de douane.

## *2. Application au cas d'espèce*

Attendu que le droit sur le pain d'épice, introduit en Belgique par arrêté royal du 16 août 1957 et au Luxembourg par arrêté Grand-ducal du 20 août 1957, se présente comme un «droit spécial à l'importation», «perçu à l'occasion de la délivrance des licences d'importation»;

que la légalité de ce droit, institué après la signature du Traité, mais avant son entrée en vigueur, ne peut être mise en cause;

que peuvent l'être, par contre, les augmentations de ce droit postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 1958, de même que l'extension dudit droit aux produits similaires au pain d'épice de la position n.º 19.08 du tarif douanier commun, par arrêtés respectifs des 24 et 27 février 1960 pour les deux pays;

attendu que, décidées unilatéralement après l'entrée en vigueur du traité, ces aggravations d'un «droit spécial» perçu lors et à l'occasion de l'importation des produits en cause et frappant uniquement ces produits en raison de leur importation, font présumer l'existence d'une discrimination et d'une protection, contraires au principe fondamental de libre circulation des produits que la généralisation de telles pratiques réduirait à néant;

attendu que les défendeurs combattent ces indices, au motif que l'article 95, paragraphe 1, du Traité permettrait l'institution d'un tel droit, s'il constitue la contrepartie de charges intérieurs pesant sur la production nationale pour les besoins d'une politique souveraine de marché;

qu'ils considèrent le droit litigieux comme le corollaire du prix de soutien institué au profit des producteurs de seigle nationaux en vertu des dérogations prévues par les dispositions agricoles du traité;

attendu cependant que l'application de l'article 95, qui ouvre le chapitre II de la troisième partie du traité, consacré aux «dispositions fiscales», ne saurait être étendue à toutes sortes de charges quelconques;

qu'en l'espèce le droit litigieux n'apparaît, ni par sa forme, ni par son but économique clairement proclamé, comme une disposition fiscale susceptible de relever de l'article 95;

qu'au surplus le champ d'application de cet article ne saurait être étendu au point de permettre une compensation quelconque entre une charge fiscale créée pour frapper un produit importé et une charge de nature différente, économique par exemple, pesant sur le produit intérieur similaire;

que si une telle compensation était permise, tout État pourrait, en vertu de sa souveraineté interne, compenser de la sorte les charges les plus diverses frappant n'importe quel produit et cette pratique ouvrirait une brèche irrémédiable dans les principes du Traité;

que si l'article 95, paragraphe 1, tolère implicitement des «impositions» sur un produit importé, c'est dans la seule et restrictive mesure où les mêmes impositions frappent pareillement les produits nationaux similaires;

attendu, au surplus, qu'il convient de remarquer qu'en espèce le droit litigieux a pour but, non pas d'égaliser entre elles des charges qui grèveraient inégalement produits intérieurs et produits importés, mais les prix mêmes de ces produits;

que les défendeurs ont, en effet, affirmé que la taxe litigieuse tendait à «rendre équivalent le prix du produit étranger et prix du produit belge» (mémoire en défense, p. 19);

qu'ils ont même mis en doute qu'il soit «compatible avec l'économie du traité qu'au sein du marché commun les producteurs d'un pays (puissent) acquérir la matière première meilleur marché que les producteurs d'un autre État membre» (duplique, p. 29);

que cette argumentation méconnaît le principe selon lequel l'action de la Communauté comporte l'établissement d'un régime garantissant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun (article 3.f);

qu'admettre le thèse des défendeurs conduirait donc à une situation absurde puisque exactement opposée à celle voulue par le traité;

attendu qu'il découle du paragraphe 2 de l'article 38 que les dérogations, admises en matière agricole, aux règles prévues pour l'établissement du marché commun, constituent des mesures d'exception d'interprétation restrictive;

qu'elles ne peuvent donc être étendues à peine de voir l'exception devenir la règle et une grande partie des produits transformés échapper à l'application du Traité;

que la liste constitutive de l'annexe II doit, par conséquent, être considérée comme limitative, ainsi que le confirme la seconde phrase du troisième paragraphe de l'article 38;

attendu que le pain d'épice ne figure pas dans les produits énumérés à l'annexe II et n'a pas été ajouté à cette liste selon la procédure communautaire prévue à l'article 38, paragraphe 3;

que, pour résoudre les difficultés pouvant survenir dans un secteur économique déterminé, les États membres ont voulu instituer des procédures communautaires pour éviter l'intervention unilatérale des administrations nationales;

qu'en l'espèce cependant les majorations et extension du droit litigieux ont été décidées unilatéralement;

attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la présomption de discrimination et de protection relevée contre les défendeurs n'a pas été détruite;

attendu qu'ils n'ont d'ailleurs pas contesté, jusqu'à leur requête en réouverture des débats du 8 novembre 1962, que, de leur politique de marché «résulte indirectement une protection» (plaidoirie belge, p. 21), celle-ci étant seulement, d'après eux, un effet accessoire et non l'effet caractéristique du droit litigieux;

que ladite requête du 8 novembre 1962, contredisant ces affirmations, reconnaît cependant que les droits spéciaux litigieux «constituent assurément des entraves à la libre circulation des marchandises».

qu'enfin, dans sa lettre du 27 novembre 1961, le gouvernement belge qui, dans sa duplique (p. 13), fait grief à la Commission d'être «la cause du maintien de l'état d'infraction auquel la partie défenderesse avait montré vouloir mettre fin», n'a pas nié «le caractère critiquable d'une mesure unilatérale»;

attendu que, de l'ensemble de ces considérations, résulte la réunion, dans le «droit spécial à l'importation» du pain d'épice augmenté et étendu en Belgique et au Luxembourg après l'entrée en vigueur du Traité, de tous les éléments d'une taxe d'effet équivalent à un droit de douane, prévue par les articles 9 et 12;

qu'il convient donc de dire et juger que les décisions d'augmentation ou d'extension de ce droit, intervenues après le 1<sup>er</sup> janvier 1958, ont été prises en infraction avec le Traité.

#### *Sur les dépens*

Attendu que les défendeurs, ayant succombé en tous leurs moyens, doivent, en vertu de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, être condamnés à supporter les dépens;

vu les actes de procédure;

le juge rapporteur entendu en son rapport;

les parties entendues en leurs plaidoiries;

l'avocat général entendu en ses conclusions;

vu les articles 3, 9, 12, 17, 38, 95, 155, 169, 226 et 235 du Traité instituant la Communauté économique européenne;

vu le protocole sur le statut de la Cour de justice de la Communauté économique européenne;

vu le règlement de la Cour de justice des Communautés européennes et notamment son article 69, paragraphe 2;

## LA COUR

rejetant toutes autres conclusions plus amples ou contraires, déclare et arrête:

1° Les recours 2 et 3-62 de la Commission de la Communauté économique européenne, dirigés contre le Grand-duché de Luxembourg et le royaume de Belgique, sont recevables et fondés;

2° Les augmentations du droit spécial, décidées par le Luxembourg et la Belgique, à l'occasion de la délivrance de licences d'importation pour le pour le pain d'épice, et l'extension de ce droit aux produits similaires au pain d'épice de la position n° 19.08 du tarif douanier commun, intervenues après le 1<sup>er</sup> janvier 1958, sont contraires au traité;

3° Les dépens sont à la charge des défendeurs.

Ainsi jugé à Luxembourg le 14 décembre 1962.

DONNER

DELVAUX

ROSSI

RIESE

HAMMES

TRABUCCHI

LECOURT

Lu en séance publique à Luxembourg le 14 décembre 1962.

*Le greffier*

*Pour le président*

A. VAN HOUTTE

L. DELVAUX  
*Président de chambre*

Processo n.º 26/62 de 5.2.1963

**N.V. ALGEMENE TRANSPORT — EN EXPEDITIE ONDERNEMING VAN GEND  
EN LOOS CONTRE ADMINISTRATION FISCALE NEERLANDAISE  
DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE PRESENTEE  
PAR LE TARIEF-COMMISSIE A AMSTERDAM**

Recueil, 1963, p. 3

**POINTS DE FAIT ET DE DROIT**

**I — EXPOSÉ DES FAITS ET PROCÉDURE**

Attendu que les faits qui sont à la base de la présente affaire et le déroulement de la procédure peuvent être résumés comme suit:

1. Le 9 septembre 1960, la société N.V. Algemene Transport — en Expeditie Onderneming van Gend & Loos (ci-après désignée par «Van Gend & Loos») a, suivant déclaration en douane du 8 septembre, sur formulaire D 5061, importé de la République fédérale d'Allemagne aux Pays-Bas une certaine quantité d'uréeformaldéhyde, désignée dans le document d'importation comme «Harnstoffharz (résine U. F.) 70, émulsion aqueuse d'urée-formaldéhyde».

2. A la date de l'importation, le produit en question était classé sous la position 39.01-a-1 du tarif des droits d'entrée compris dans le «Tariefbesluit» entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1960; celui-ci reprenait la nomenclature du protocole conclu entre le Royaume de Belgique, le Grand-duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas à Bruxelles le 25 juillet 1958, ratifié aux Pays-Bas par la loi du 16 décembre 1959.

3. La position 39.01-a-1 y était libellée comme suit:

	Droits applicables	
	gén. %	spéc. %
«Produits de condensation, de polycondensation et de polyaddition, modifiés ou non, polymérisés ou non, linéaires ou non (phénoplastes, aminoplastes, alkydes polyesters allyliques et autres polyesters non saturés, silicones, etc.):		
a. produits liquides ou pâteux, y compris les émulsions, dispersions et solutions:		
1. aminoplastes en émulsions, dispersions ou solutions aqueuses .....	10%	8%»

4. Sur cette base, l'administration fiscale néerlandaise a appliqué le droit d'entrée de 8% *ad valorem* à l'importation litigieuse.

5. Le 20 septembre 1960, Van Gend & Loos a introduit auprès de l'inspecteur des droits d'entrée et des accises à Zaandam une réclamation contre l'application de ce droit au cas d'espèce. Elle avançait notamment l'argumentation suivante:

au 1<sup>er</sup> janvier 1958, date d'entrée en vigueur du Traité CEE, les aminoplastes en émulsions étaient classés sous la position 279-a-2 du tarif compris dans le «Tariefbesluit» de 1947 et grevés d'un droit d'entrée *ad valorem* de 3%;

dans le «Tariefbesluit» entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1960, la position 279-a-2 été remplacée par la position 39.01-a;

au lieu d'appliquer uniformément, pour les échanges intracommunautaires, à tous produits de l'ancienne position 279-a-2 un droit d'entrée de 3%, une subdivision fut opérée: pour une position 39.01-a-1, qui comprenait exclusivement les aminoplastes en émulsions, dispersions ou solutions aqueuses, le droit d'entrée fut fixé à 8%; pour les autres produits de la positions 39.01-a, qui figuraient également sous l'ancienne position 279-a-2, le droit d'entrée de 3% appliqué au 1<sup>er</sup> janvier 1958 était maintenu;

en augmentant ainsi, après l'entrée en vigueur du Traité CEE, le droit d'entrée sur le produit litigieux, le gouvernement néerlandais a violé l'article 12 de ce traité, qui prévoit que les États membres s'abstiendront d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent, et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles.

6. La réclamation de Van Gend & Loos fut rejetée le 6 mars 1961 irrecevable, parce que ne visant pas l'application même du tarif, mais son taux, par l'inspecteur des droits d'entrée et des accises à Zaandam.

7. Contre cette décision Van Gend & Loos a, le 14 avril 1961, formé un recours devant la Tariefcommissie à Amsterdam.

8. L'affaire fut portée à l'audience de la Tariefcommissie le 21 mai 1962.

Van Gend & Loos y développa, à l'appui de sa demande en annulation de la décision attaquée, les moyens déjà avancés dans sa réclamation du 20 septembre 1960.

L'administration fiscale répondit notamment qu'à l'entrée en vigueur du Traité CEE le produit litigieux n'était pas grevé, au titre de la position 279-a-2, d'un droit de 3% seulement, mais qu'en raison de sa nature et de sa destination il était classé sous la position 332 *bis* («colles synthétiques et autres, non dénommées ni comprises ailleurs») et grevé d'un droit de 10%, de sorte qu'en fait il n'y a pas eu augmentation.

9. La Tariefcommissie, sans se prononcer formellement sur la question de savoir si le produit litigieux tombait sous la position 332 *bis* ou sous la position 289-a-2 du «Tariefbesluit» de 1947, estima que l'argumentation des parties soulevait une question portant sur l'interprétation du Traité CEE; en conséquence, elle a suspendu la procédure et, conformément à l'article 177, alinéa 3 du traité, saisit la Cour de justice, le 16 août 1962, des deux questions préjudicielles indiquées ci-dessus.

10. La décision de la Tariefcommissie a été notifiée le 23 août 1962 par les soins du greffier de la Cour aux parties en cause, aux États membres et à la Commission de la CEE.

11. En application de l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de la CEE, des observations écrites ont été déposées par les parties au litige principal, par le Gouvernement du Royaume de Belgique, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, la Commission de la CEE et le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas.

12. A l'audience publique de la Cour du 29 novembre 1962, la partie requérante au principal et la Commission de la CEE ont été entendues en leurs observations orales.

A la même audience des questions leur ont été posées par la Cour; les réponses écrites ont été introduites dans le délai imparti.

13. L'avocat général a pris ses conclusions orales et motivées à l'audience du 12 décembre 1962, il a proposé à la Cour de ne répondre dans son arrêt qu'à la première question qui lui est soumise et de déclarer que l'article 12 du traité CEE ne contient qu'une obligation pour les États membres.

## II — ARGUMENTS ET OBSERVATIONS

Attendu que les arguments contenus dans les observations présentées, conformément à l'article 20, alinéa 2, du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, par les parties en cause, les États membres et la Commission peuvent être résumés comme suit:

### A. Sur la première question

#### *De la recevabilité*

Le *Gouvernement néerlandais*, le *Gouvernement belge* et l'*administration fiscale néerlandaise* (qui, dans son mémoire, a déclaré faire entièrement siennes les observations présentées par le gouvernement néerlandais) constatent que Van Gend & Loos fait essentiellement grief aux Gouvernements des pays du Benelux d'avoir, par le protocole de Bruxelles du 25 juillet 1958, violé l'article 12 du Traité CEE en augmentant, après l'entrée en vigueur de ce Traité, un droit de douane appliqué dans leurs relations avec les autres États membres des Communautés.

Le *Gouvernement néerlandais* conteste qu'une prétendue violation du Traité par un État membre puisse être soumise à la censure de la Cour par une procédure autre que celle des articles 169 ou 170, c'est-à-dire sur l'initiative d'un autre État membre ou de la Commission; is soutient, en particulier, que la Cour ne peut en être saisie par la procédure préjudicielle de l'article 177.

La Cour, selon lui, ne saurait, dans le cadre de la présente affaire, statuer sur un tel problème puisqu'il ne porte pas sur l'interprétation, mais sur l'application du traité dans un cas concret.

Le *gouvernement belge* soutient que la première question soumet à la Cour une difficulté de caractère constitutionnel, qui est de l'unique compétence du juge national néerlandais.

Celui-ci se trouve en présence de deux actes internationaux, tous les deux intégrés dans la législation nationale; il doit décider, sur le plan national — dans l'hypothèse où ils seraient réellement contradictoires — de la prééminence d'un traité sur un autre ou, plus exactement, de la prééminence d'une loi d'approbation nationale antérieure sur une loi d'approbation nationale postérieure.

Il s'agit là typiquement d'une question de droit constitutionnel interne, qui ne ressortit nullement à l'interprétation d'un article du Traité CEE et qui, ne pouvant être résolue que selon les normes constitutionnelles et jurisprudentielles du droit interne néerlandais, relève du seul juge néerlandais.

Le *Gouvernement belge* fait encore remarquer qu'une décision sur le premier point soumis à la Cour, non seulement n'est pas nécessaire à la Tariefcommissie pour rendre son jugement, mais ne peut même exercer aucune influence sur la solution de la difficulté réelle qu'elle est appelée à résoudre.

En effet, quelle que soit la réponse de la Cour, la Tariefcommissie aura à résoudre le même problème; a-t-elle le droit de ne pas tenir compte de la loi du 16 décembre 1959 portant approbation du protocole de Bruxelles, sous prétexte qu'elle serait en contradiction avec une loi — antérieure — du 5 décembre 1957, portant approbation du traité instituant la CEE?

Le question posée n'est donc pas une véritable question préjudicielle, puisque sa solution ne peut permettre au juge du fond de statuer définitivement sur le litige qui est pendant devant lui.

La *Commission de la CEE*, par contre, fait observer que l'effet des dispositions du traité sur le droit interne des États membres ne saurait être déterminé par le droit proprement national de chacun d'eux, mais par le traité lui-même; il s'agit donc bien d'un problème relevant de l'interprétation du Traité.

La Commission signale, par ailleurs, qu'une décision d'irrecevabilité aurait pour conséquence paradoxale et choquante que les droits des particuliers seraient sauvegardés dans tous les cas de violation du droit communautaire, sauf si cette violation est le fait d'un État membre.

### *Quant au fond*

*Van Gend & Loos* répond par l'affirmative à la question de savoir si l'article a un effet interne. Elle soutient, en particulier, que:

- l'article 12 est applicable sans qu'il doive être, au préalable, intégré dans la législation nationale des États membres, puisqu'il n'impose qu'une obligation de ne pas faire;
- il a un effet direct, sans autre élaboration de la part du législateur communautaire, tous les droits de douane appliqués par les États membres dans leurs relations commerciales mutuelles étant consolidés au 1<sup>er</sup> janvier 1957 (article 14 du Traité);
- bien qu'il ne vise pas directement les ressortissants des États membres, mais les autorités nationales, sa violation porte atteinte aux principes fondamentaux de la Communauté et non seulement celle-ci, mais aussi les particuliers doivent être protégés contre une telle violation;
- il se prête particulièrement à être appliqué directement par le juge national, qui doit censurer l'application de droits de douane introduits ou augmentés en violation de ses dispositions.

La *Commission* souligne l'intérêt qui s'attache à la réponse que la Cour apportera à la première question: elle aura des conséquences non seulement sur l'interprétation, dans un cas particulier, de la disposition en cause et sur l'effet qui lui sera reconnu dans l'ordre juridique des États membres, mais aussi sur certaines autres dispositions du traité, aussi claires et aussi complètes que l'article 12.

De l'analyse de la structure juridique du traité et de l'ordre juridique qu'il institue, il ressort, selon la Commission, d'une part, que les États membres n'ont pas entendu seulement contracter des engagements mutuels, mais instituer un droit communautaire, d'autre part, qu'ils n'ont pas voulu soustraire l'application de ce droit à la compétence normale des instances judiciaires nationales.

Or, le droit communautaire doit recevoir une application effective et uniforme dans l'ensemble de la Communauté.

Il en résulte, tout d'abord, que l'effet du droit communautaire sur le droit interne des États membres ne peut être déterminé par ce droit interne, mais le seul droit communautaire, ensuite, que les juridictions nationales sont tenues d'appliquer directement les règles du droit communautaire, enfin, que le juge national est tenu de faire prévaloir les règles du droit communautaire sur les lois nationales contraires, même postérieures.

La Commission fait observer dans ce contexte que le fait qu'une règle communautaire soit, en la forme, destinée aux États ne suffit pas à dénier aux particuliers, qui y ont intérêt, le droit d'en requérir l'application devant le juge national.

En ce qui concerne plus particulièrement la question soumise à la Cour, la Commission est d'avis que l'article 12 contient une règle de droit susceptible d'application effective par le juge national.

Il s'agit d'une disposition parfaitement claire, en ce sens qu'elle fonde, pour les États membres, une obligation concrète et dépourvue d'ambiguïté, portant sur l'élaboration de leur droit interne en une matière qui touche directement leurs ressortissants; et elle n'est pas affectée ou atténuée par une autre disposition du traité.



Il s'agit aussi d'une disposition complète et qui se suffit à elle-même, en ce qu'elle n'exige, sur le plan communautaire, aucune mesure nouvelle pour concrétiser l'obligation qu'elle définit.

Le *Gouvernement néerlandais* établit une distinction entre le problème de l'effet interne et celui de l'effet direct (ou de l'applicabilité directe), le premier, selon lui, conditionnant le second.

Il estime qu'il ne peut être répondu affirmativement à la question de savoir si une certaine disposition du traité a un effet interne que si chacun des éléments essentiels, l'intention des parties contractantes et la teneur matérielle de la disposition considérée, permet une telle conclusion.

En ce qui concerne l'intention des parties au traité, le gouvernement néerlandais soutient que l'examen de ses termes mêmes suffit à établir que l'article 12 n'oblige que les États membres, qui sont libres de décider de la manière dont ils entendent respecter cette obligation; une comparaison avec d'autres dispositions du traité confirme cette constatation.

N'ayant pas d'effet interne, l'article 12 ne peut, *a fortiori*, avoir d'effet direct.

Même si l'on devait considérer comme un effet interne le seul fait qu'il oblige les États membres, l'article 12 ne saurait avoir d'effet direct au sens qu'il autoriserait les ressortissants des États membres à faire valoir des droits subjectifs que le juge doit sauvegarder.

A titre subsidiaire, le gouvernement néerlandais fait valoir que le Traité CEE ne diffère pas d'un traité international classique quant aux conditions requises pour qu'il puisse avoir un effet direct. Les éléments décisifs en cette matière sont l'intention des parties et les termes du Traité.

Or, la question de savoir si, en vertu du droit constitutionnel néerlandais, l'article 12 est directement applicable, ressortit à l'interprétation du droit néerlandais et n'entre pas dans les compétences de la Cour de justice.

Enfin, le gouvernement néerlandais indique les conséquences qu'entraînerait, à ses yeux, une réponse affirmative à la première question posée par la Tariefcommissie:

- elle bouleverserait le système qu'ont entendu établir les auteurs du traité;
- elle créerait, à l'égard des nombreuses dispositions des règlements communautaires qui obligent explicitement les États membres, une insécurité juridique de nature à mettre en cause la collaboration de ces États;
- elle mettrait en jeu la responsabilité des États au moyen d'une procédure qui n'a pas été prévue à cet effet.

Le *Gouvernement belge* soutient que l'article 12 ne figure pas parmi les dispositions — qui sont l'exception dans le Traité — avec effet interne direct.

L'article 12 ne constitue pas une norme juridique de caractère général prévoyant la non-validité d'office ou la nullité absolue de toute introduction d'un droit de douane nouveau ou de toute augmentation d'un droit existant; il oblige seulement les États membres à s'abstenir de procéder à de telles mesures.

Il ne crée donc pas un droit immédiatement applicable, que les nationaux pourraient invoquer et faire respecter; il exige des gouvernements une intervention ultérieure pour atteindre l'objectif fixé par le traité; le respect de cette obligation ne peut être demandé devant le juge national.

Le *Gouvernement allemand* est également d'avis que l'article 12 du Traité CEE ne constitue pas une règle de droit immédiatement applicable dans tous les États membres; il établit à leur charge une obligation internationale (en matière de politique douanière) qui doit être mise à exécution par les organes nationaux dotés de la compétence législative.

Les droits de douane applicables à un citoyen d'un État membre des Communautés, tout au moins pendant la période transitoire, ne résultent donc pas du Traité CEE ou d'actes juridiques des institutions, mais des actes juridiques posés par les États membres. L'article 12 ne fait qu'énoncer les règles que ceux-ci doivent respecter dans leur législation.

L'obligation qu'il porte n'existe d'ailleurs qu'envers les autres États contractants.

En droit allemand, une règle juridique qui fixerait un droit de douane à l'encontre des dispositions de l'article 12 serait parfaitement valable.

Dans le cadre du Traité CEE, la protection juridictionnelle des nationaux d'un État membre n'est assurée, par des dispositions dérogeant à celles de leur système constitutionnel national, qu'à l'égard des actes des institutions de la Communauté qui les concernent directement et individuellement.

## B. Sur la deuxième question

### *De la recevabilité*

Le *gouvernement néerlandais* et le *gouvernement belge* estiment que la deuxième question, tout comme la première, est irrecevable.

La réponse à la question de savoir si, en fait, le protocole de Bruxelles de 1958 comporte de la part des États signataires un manquement aux obligations définies à l'article 12 du Traité CEE ne peut être, selon eux, donnée dans le cadre d'un avis préjudiciel, l'application du traité et non son interprétation étant en cause.

Par ailleurs, elle suppose un examen approfondi et une appréciation concrète des faits et circonstances propres à une situation déterminée, qui ne relève pas non plus de l'article 177.

Le *Gouvernement néerlandais* fait ressortir, par ailleurs, que si un manquement d'un État à ses obligations communautaires pouvait être soumis à la Cour par une procédure autre que celle des articles 169 et 170, sa protection juridictionnelle s'en trouverait indûment amoindrie.

Le *Gouvernement allemand* pour sa part, sans en faire formellement une exception d'irrecevabilité, soutient que l'article 12 ne fonde qu'une obligation internationale à charge des États et que la question de savoir si une réglementation nationale, prise pour son exécution, ne satisfait pas à cette obligation, ne peut dépendre d'une décision de la Cour dans le cadre de l'article 177, puisqu'elle ne concerne pas l'interprétation du traité.

*Van Gend & Loos* estime également que, sous la forme directe dans laquelle elle a été posée, la deuxième question nécessiterait un examen des faits qui ne relève pas de la compétence de la Cour statuant aux termes de l'article 177.

La véritable question d'interprétation qui se pose pourrait, selon elle, être libellée de la manière suivante:

Une dérogation aux règles appliquées antérieurement au 1<sup>er</sup> mars 1960 (ou plus précisément: antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1958) peut-elle ne pas avoir le caractère de l'augmentation interdite par l'article 12 du Traité, bien que cette dérogation représente une augmentation du point de vue arithmétique?

### *Quant au fond*

*Van Gend & Loos* reprend en détail l'évolution de la classification des aminoplastes dans les tarifs successifs, pour prouver que c'est consciemment, et non pas par l'effet inévitable de l'adaptation de l'ancien tarif au nouveau, qu'ils ont été grevés d'un droit de 8% au lieu de 3%.

Le *Gouvernement néerlandais* a ainsi augmenté, en violation de l'article 12 du Traité CEE, un droit de douane appliqué dans ses relations commerciales avec les autres États membres.

Le *Gouvernement néerlandais* et *gouvernement belge* répondent que l'urée-formaldéhyde de était, avant l'adaptation du tarif Benelux de 1958, soumise non pas au droit d'entrée de 3% prévu à la position 279-a-2 du «*Tariefbesluit*» de 1947, mais au droit d'entrée de 10% prévu à la position 332 bis (colle).

La pratique, en effet, avait démontré que les marchandises en question étaient le plus souvent utilisées comme colle et qu'un règle générale elles pouvaient être utilisées comme telle. Aussi, les ministères intéressés avaient-ils décidé que le produit litigieux devait toujours être taxé comme colle et figurer sous la position 332 *bis*.

Bien que la Tariefcommissie ait, dans certains cas, où sa destination n'était pas suffisamment déterminée, classé le produit qui fait l'objet du litige sous la position 279-a-2, les administrations des pays du Benelux l'avaient soumis à un droit d'entrée de 10% dès avant la mise en vigueur de la nomenclature de Bruxelles qui, elle, ne permet plus de contestations.

Il ne peut donc être question en l'espèce d'une augmentation d'un droit de douane ni d'une dérogation aux règles de l'article 12 du traité.

*Van Gend & Loos* réplique à cet égard que ne pouvaient être classés sous la position 332 *bis* que les solutions aqueuses d'aminoplastes additionnées de charges ou liants et ne nécessitant plus que l'adjonction d'un produit durcissant pour donner une colle efficace, c'est-à-dire celles qui ne pouvaient être considérées comme simple matière première.

La Commission de la CEE estime, en premier lieu, que l'interdiction de l'article 12 concerne toute marchandise susceptible de faire l'objet d'un commerce entre les États membres (dans la mesure où ce commerce porte sur des produits remplissant les conditions de l'article 9, § 2).

L'article 12 ne vise pas seulement au maintien général des droits de douane appliqués, dans leurs relations mutuelles, par les divers États membres, mais concerne chaque produit pris isolément; il ne comporte aucune exception, même partielle ou temporaire.

La Commission relève ensuite que, dans le cadre de l'article 12, il faut prendre en considération le droit effectivement appliqué lors de l'entrée en vigueur du traité; celui-ci résulte de l'ensemble des dispositions et des usages du droit administratif.

Or, une classification occasionnelle sous une autre position tarifaire est en soi insuffisante pour ne pas faire considérer comme étant effectivement appliqué aux aminoplastes le droit de 10% correspondant à la position 332 *bis*.

Il fait admettre, en l'occurrence, une notion de régularité apparente: lorsqu'il existe une interprétation officielle de l'administration compétente et des instructions conformes à cette interprétation données aux agents d'exécution pour fixer les modalités de perception d'un droit, c'est là le «droit appliqué» au sens de l'article 12 du Traité.

La Commission considère donc comme droit appliqué à l'entrée en vigueur du Traité le droit de 10%; il n'y a par conséquent pas eu, en l'espèce, augmentation contraire à l'article 12.

## MOTIFS

### I — QUANT A LA PROCÉDURE

Attendu que la régularité de la procédure de la demande de décision préjudicielle adressée en vertu de l'article 177 du Traité CEE à la Cour par la Tariefcommissie, juridiction au sens de cet article, ne fait l'objet d'aucune objection;

que par ailleurs la demande à cet égard ne donne lieu à aucune critique d'office.

### II — QUANT À LA PREMIERE QUESTION

#### A — De la compétence de la Cour

Attendu que le Gouvernement des Pays-Bas et le gouvernement belge contestent la compétence de la Cour, au motif qu'il s'agirait en l'espèce d'une demande relative non à l'interprétation mais à l'application du Traité dans le cadre du droit constitutionnel des Pays-Bas;

que plus particulièrement la Cour ne serait pas compétente pour se prononcer sur une prééminence à reconnaître, le cas échéant, aux dispositions du Traité CEE soit sur la législation néerlandaise, soit sur d'autres accords passés par les Pays-Bas et intégrés dans leur droit national; que la solution d'un tel problème tomberait sous la compétence exclusive des juridictions nationales, sous réserve d'un recours selon les conditions fixées par les articles 169 et 170 du Traité;

attendu cependant qu'en l'espèce la Cour n'est pas appelée à juger de l'application du Traité selon les principes du droit interne néerlandais, qui reste du ressort des juridictions nationales, mais qu'il lui est demandé exclusivement, conformément à l'article 177, *a*, du Traité, d'interpréter la portée de l'article 12 dudit Traité dans le cadre du droit communautaire et sous l'aspect de son incidence sur les particuliers;

que ce moyen manque donc de base en droit;

attendu que le gouvernement belge évoque encore l'incompétence de la Cour, motif pris de ce que la réponse susceptible d'être apportée par celle-ci à la première question de la Tariefcommissie ne serait pas relevante pour la solution du litige soumis à cette juridiction;

attendu cependant que pour conférer compétence à la Cour en la présente affaire, il faut et il suffit qu'il ressorte à suffisance de droit que la question posée vise une interprétation du Traité;

que les considérations qui ont pu guider une juridiction nationale dans le choix de ses questions, ainsi que la pertinence qu'elle entend leur attribuer dans le cadre d'un litige soumis à son jugement, restent soustraites à l'appréciation de la Cour;

attendu que le libellé des questions posées les fait paraître relatives à l'interprétation du Traité;

qu'elles entrent ainsi dans la compétence de la Cour;

que ce moyen n'est pas non plus fondé.

## B — *Quant au fond*

Attendu que la Tariefcommissie pose en premier lieu la question de savoir si l'article 12 du traité a un effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des États membres pourraient faire valoir sur la base de cet article des droits que le juge national doit sauvegarder;

attendu que pour savoir si les dispositions d'un traité international ont une telle portée il faut en envisager l'esprit, l'économie et les termes;

attendu que l'objectif du Traité CEE qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce Traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants;

que cette conception se trouve confirmée par le préambule du Traité qui, au delà des gouvernements, vise les peuples, et de façon plus concrète par la création d'organes qui institutionnalisent des droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens;

qu'il faut d'ailleurs remarquer que les ressortissants des États réunis dans la Communauté sont appelés à collaborer, par le truchement du Parlement européen et du Comité économique et social, au fonctionnement de cette Communauté;

qu'en outre le rôle de la Cour de justice dans le cadre de article 177, dont le but est d'assurer l'unité d'interprétation du traité par les juridictions nationales, confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions;

qu'il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants;

que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique;

que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le Traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires;

attendu qu'eu égard à l'économie du traité en matière de droits de douane et taxes d'effet équivalent, il convient de souligner que l'article 9, qui fonde la Communauté sur une union douanière, comporte comme règle essentielle l'interdiction de ces droits et taxes;

que cette disposition figure en tête de la partie du Traité qui définit les «fondements de la Communauté»; qu'elle se trouve appliquée et explicitée par l'article 12;

attendu que le texte de l'article 12 énonce une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire, mais de ne pas faire;

que cette obligation n'est d'ailleurs assortie d'aucune réserve des États de subordonner sa mise en oeuvre à un acte positif de droit interne;

que cette prohibition se prête parfaitement, par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables;

attendu que l'exécution de l'article 12 ne nécessite pas une intervention législative des États;

que le fait, par cet article, de désigner les États membres comme sujets de l'obligation de s'abstenir n'implique pas que leurs ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires;

attendu que, par ailleurs, l'argument tiré des articles 169 et 170 du Traité qu'ont invoqué les trois gouvernements qui ont présenté à la Cour des observations dans leurs mémoires tombe à faux;

qu'en effet la circonstance que le Traité, dans les articles susvisés, permet à la Commission et aux États membres d'attirer devant la Cour un État qui n'a pas exécuté ses obligations n'implique pas pour les particuliers l'impossibilité d'invoquer, le cas échéant, devant le juge national ces obligations, tout comme le fait que le Traité met à la disposition de la Commission des moyens pour assurer le respect des obligations imposées aux assujettis n'exclut pas la possibilité, dans les litiges entre particuliers devant le juge national, d'invoquer la violation de ces obligations;

qu'une limitation aux seules procédures des articles 169 et 170 des garanties contre une violation de l'article 12 par les États membres supprimerait toute protection juridictionnelle directe des droits individuels de leurs ressortissants;

que le recours à ces articles risquerait d'être frappé d'inefficacité s'il devait intervenir après l'exécution d'une décision nationale prise en méconnaissance des prescriptions du Traité;

que la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres;

attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent que selon l'esprit, l'économie et le texte du Traité l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder.

### III — QUANT A LA DEUXIEME QUESTION

#### A — *De la compétence de la Cour*

Attendu que, selon les observations des gouvernements belge et néerlandais, le libellé de cette question semblerait exiger, pour sa solution, de la part de la Cour un examen de la classification tarifaire de l'urée-formaldéhyde importée aux Pays-Bas, classification sur laquelle Van Gend & Loos et l'inspecteur des droits d'entrée et des accises à Zaandam défendent des opinions divergents au regard du «Tariefbesluit» de 1947;

que la position du problème ne comporterait pas une interprétation du Traité, mais viserait un cas d'application de la législation douanière néerlandaise à la classification des aminoplastes, qui sort de la compétence attribuée par l'article 177, a, à la juridiction communautaire;

que, partant, la demande de la Tariefcommissie excéderait la compétence de la Cour;

attendu cependant que la portée véritable de la question posée par la Tariefcommissie revient à savoir si, en droit, une augmentation effective des droits de douane grevant un produit déterminé et qui résulterait non pas d'une hausse du barème, mais d'un nouveau classement du produit à la suite du changement de sa qualification tarifaire, contrevient à la prohibition de l'article 12 du Traité;

attendu que sous cet aspect la question posée vise une interprétation de cette disposition du Traité et plus particulièrement de la portée qu'il convient d'attribuer à la notion de droits appliqués avant la mise en vigueur du Traité;

que dès lors la Cour est compétente pour répondre à la question.

#### B — *Quant au fond*

Attendu qu'il résulte du texte et de l'économie de l'article 12 du Traité qu'il faut, pour constater si des droits de douane ou taxes d'effet équivalent ont été augmentés en méconnaissance de la défense y contenue, prendre en considération les droits et taxes effectivement appliqués à la date d'entrée en vigueur du Traité;

attendu, par ailleurs, qu'au regard de la prohibition de l'article 12 du Traité une telle augmentation illicite peut provenir aussi bien d'un nouvel agencement du tarif, qui aurait pour conséquence le classement du produit dans une position plus fortement taxée, que d'une majoration proprement dite du taux douanier;

attendu qu'il importe peu de savoir de quelle manière l'augmentation des droits de douane est survenue, dès lors que, dans un même État membre, le même produit s'est trouvé, depuis l'entrée en vigueur du Traité, imposé à taux plus élevé;

que l'application de l'article 12, conformément à l'interprétation qui a été donnée ci-dessus, entre dans la compétence du juge national qui doit rechercher si le produit imposable, en l'espèce l'urée-formaldéhyde en provenance de la République fédérale d'Allemagne, se trouve frappé par les mesures douanières mises en vigueur aux Pays-Bas d'un droit d'importation supérieur à celui qui le grevait au 1<sup>er</sup> janvier 1958;

que la Cour n'est pas compétente pour vérifier à ce sujet le bien-fondé des affirmations contradictoires qui lui ont été présentées au cours de la procédure, mais doit les abandonner à l'appréciation des instances nationales.

#### IV — QUANT AUX DEPENS

Attendu que les frais exposés par la Commission de la CEE et les gouvernements des États membres qui ont soumis leurs observations à la Cour ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

qu'en l'espèce la procédure revêt, à l'égard des parties en cause, le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant la Tariefcommissie; qu'ainsi la décision sur les dépens incombe à cette juridiction;

*par ces motifs:*

vu les actes de procédure;

le juge rapporteur entendu en son rapport;

la partie requérante au principal et la Commission de la CEE entendues en leurs observations orales;

l'avocat général entendu en ses conclusions;

vu les articles 9, 12, 14, 169, 170 et 177 du Traité instituant la Communauté économique européenne;

vu le protocole sur le statut de la Cour de justice de la Communauté économique européenne;

vu le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes,

LA COUR

se prononçant sur la demande à elle soumise à titre préjudiciel par la Tariefcommissie, par décision du 16 août 1962, dit pour droit:

- 1° L'article du Traité instituant la Communauté économique européenne produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder;
- 2° Pour constater si des droits de douane ou taxes d'effet équivalent ont été augmentés en méconnaissance de la défense contenue à l'article 12 du Traité, il faut prendre en considération les droits et taxes effectivement appliqués par l'État membre dont il s'agit à l'entrée en vigueur du Traité;  
une telle augmentation peut provenir aussi bien d'un nouvel agencement du tarif qui aurait pour conséquence le classement du produit dans une position plus fortement taxée que d'une majoration du taux douanier appliqué;
- 3° Il appartient à la Tariefcommissie de statuer sur les dépens de la présente instance.

Ainsi jugé à Luxembourg le 5 février 1963.

*Le greffier*

A. VAN HOUTTE

*Le président*

A.M. DONNER



**Processo n.º 8/74 de 11.7.1974**

**PROCUREUR DU ROI CONTRE BENOIT ET GUSTAVE DASSONVILLE**

**DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE FORMEE  
PAR LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE BRUXELLES**

**Recueil, 1974, p. 837**

**EN DROIT**

1. Attendu que, par jugement du 11 janvier 1974, parvenu au greffe de la Cour le 8 février 1974, le tribunal de première instance de Bruxelles a posé, en vertu de l'article 177 du Traité CEE, deux questions concernant l'interprétation des articles 30, 31, 32, 33, 36 et 85 du Traité CEE, relatives à l'exigence d'une pièce officielle délivrée par le gouvernement de l'exportateur pour les produits à appellation d'origine;

2. que, par la première question, il est demandé si constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative au sens de l'article 30 du Traité une disposition réglementaire nationale interdisant l'importation d'une marchandise portant une appellation d'origine lorsque cette marchandise n'est pas accompagnée d'une pièce officielle délivrée par l'État exportateur et attestant sont droit à cette appellation;

3. que cette question a été soulevée dans le cadre d'une action pénale engagée en Belgique contre des commerçants qui ont régulièrement acquis un lot de Scotch whisky en libre pratique en France et qui l'ont importé en Belgique sans être en possession d'un certificat d'origine de la douane britannique, en infraction à une réglementation nationale;

4. qu'il ressort du dossier et des débats qu'un commerçant, désirant importer en Belgique du Scotch whisky déjà en libre pratique en France, ne peut se procurer un tel certificat qu'au prix de sérieuses difficultés, à la différence de l'importateur qui importe directement de l'État producteur;

5. attendu que toute réglementation commerciale des États membres susceptibles d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives;

6. que, tant que n'est pas institué un régime communautaire garantissant aux consommateurs l'authenticité de l'appellation d'origine d'un produit, si un État membre prend des mesures pour prévenir des pratiques déloyales à cet égard, c'est cependant à la condition ces mesures soient raisonnables et que les moyens de preuve exigés n'aient pas pour effet d'entraver le commerce entre les États membres et soient, par conséquent, accessibles à tous leurs ressortissants;

7. que, sans même avoir à rechercher si de telles mesures relèvent ou non de l'article 36, elles ne sauraient de toute manière, en vertu du principe exprimé à la deuxième phrase de cet article, constituer un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres;

8. que tel peut être le cas de formalités exigées par un État membre pour la justification de l'origine d'un produit, auxquelles les importateurs directs seraient pratiquement seuls en mesure de satisfaire sans se heurter à de sérieuses difficultés;

9. que, dès lors, l'exigence par un État membre d'un certificat d'authenticité plus difficilement accessible aux importateurs d'un produit authentique régulièrement en libre pratique dans un autre État membre, qu'aux importateurs du même produit en provenance directe du pays d'origine constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative incompatible avec le Traité;

10. attendu que, par la deuxième question, il est demandé si un accord, ayant pour effet de restreindre la concurrence et d'affecter le commerce entre États membres lorsqu'il est combiné avec une réglementation nationale relative au certificat d'origine, est nul lorsque l'accord se borne à autoriser l'utilisation de cette réglementation par l'importateur exclusif pour empêcher des importations parallèles ou ne s'y oppose pas;

11. attendu qu'un accord d'exclusivité tombe sous l'interdiction de l'article 85 lorsqu'il fait obstacle, en droit ou en fait, à ce que les produits en cause soient importés d'autres États membres dans la zone protégée, par des personnes autres que l'importateur exclusif;

12. que, plus particulièrement, un accord d'exclusivité est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et peut avoir pour effet d'entraver la concurrence, dès lors que le concessionnaire peut empêcher les importations parallèles en provenance d'autres États membres dans le territoire concédé grâce à la combinaison de l'accord avec les effets d'une législation nationale, exigeant exclusivement un certain moyen de preuve d'authenticité;

13. attendu qu'en vue de juger si tel est le cas, il convient de prendre en considération non seulement les droits et obligations découlant des clauses de l'accord, mais encore le contexte économique et juridique au sein duquel celui-ci se situe, et notamment l'existence éventuelle d'accords similaires passés entre un même producteur et les concessionnaires établis dans d'autres États membres;

14. qu'à cet égard, le maintien dans un État membre de prix sensiblement plus élevés que ceux pratiqués dans un autre État membre peut conduire à examiner si l'accord d'exclusivité n'est pas employé pour empêcher les importateurs de se procurer les moyens de preuve de l'authenticité du produit en cause, exigés par une réglementation nationale du type envisagé par la question;

15. que, toutefois, le fait qu'un accord se borne à autoriser l'utilisation d'une telle réglementation nationale, ou ne s'y oppose pas, ne suffit pas, à lui seul, à rendre l'accord nul de plein droit.

#### *Quant aux dépens*

16. Attendu que les frais exposés par les gouvernements de Belgique et du Royaume-Uni ainsi que par la Commission des Communautés européennes qui ont soumis des observations à la Cour ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

17. que la procédure revêtant à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant le Tribunal de première instance de Bruxelles, il appartient à celui-ci statuer sur les dépens;

*pas ces motifs,*

LA COUR

statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal de première instance de Bruxelles par jugement du 11 janvier 1974, dit pour droit:

- 1) L'exigence par un État membre d'un certificat d'authenticité plus difficilement accessible aux importateurs d'un produit authentique régulièrement en libre pratique dans un autre État membre, qu'aux importateurs du même produit en provenance directe du pays d'origine constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative incompatible avec la Traité;
- 2) le fait qu'un accord se borne à autoriser l'utilisation d'une telle réglementation nationale, ou ne s'y oppose pas, ne suffit pas, à lui seul, à rendre l'accord nul de plein droit.

LECOURT      DONNER      SØRENSEN      MONACO      MERTENS DE WILMARS

PESCATORE      KUTSCHER      Ó DÁLAIGH      MACKENZIE STUART

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 11 juillet 1974.

*Le greffier*

A. VAN HOUTTE

*Le président*

R. LECOURT

**COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES  
CONTRE RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE**

Recueil, 1975, p. 181

EN DROIT

1. Attendu que, par recours du 21 février 1974, la Commission, en application de l'article 169 du traité instituant la Communauté économique européenne, vise à faire reconnaître qu'en réservant les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» à la production nationale et la dénomination «Prädikatssekt» à des vins produits en Allemagne à partir d'une proportion minimale déterminée de raisins allemands, la République fédérale d'Allemagne aurait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions du Traité, notamment quant à la libre circulation des marchandises;

2. attendu qu'aux termes du paragraphe 26 de la loi vinicole allemande du 14 juillet 1971 (Bundesgesetzblatt 1971, I, p. 893) et des paragraphes 3 et 8 du règlement d'application sur les vins mousseux et les eaux-de-vie de vin du 15 juillet 1971 (Bundesgesetzblatt 1971, I, p. 939) ci-après dénommés «législation vinicole», la dénomination «Sekt» ne peut désigner qu'un vin mousseux allemand répondant à certaines conditions de qualité et ne peut s'appliquer à des vins étrangers que si l'allemand est langue officielle dans l'ensemble du pays de production;

3. qu'en vertu de ces mêmes dispositions, la dénomination «Prädikatssekt» ne peut désigner qu'un «Sekt» contenant au moins 60% de raisins allemands;

qu'en outre, selon le paragraphe 44 de la loi précitée, la dénomination «Weinbrand» ne peut être utilisée que pour une production nationale ayant droit à la dénomination «eau-de-vie de vin de qualité» et, pour une production étrangère, que si l'allemand est langue officielle dans l'ensemble du pays de production;

qu'enfin, les vins mousseux et les eaux-de-vie de vin non nationaux autres que ceux produits dans les pays où l'allemand est langue officielle sont, en principe, astreints aux dénominations «Schaumwein» ou «Qualitätsschaumwein», «Branntwein aus Wein» ou «Qualitätsbranntwein aus Wein»;

3 attendu que la Commission soutient que les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» sont des dénominations génériques que le législateur allemand aurait essayé de transformer en indications de provenance indirectes par le truchement d'un acte législatif;

que la dénomination «Prädikatssekt» ne serait pas comprise par les milieux intéressés et le consommateur allemands comme désignant un vin contenant une proportion minimale déterminée de raisins allemands, mais comme une qualité particulière de «Sekt»;

qu'en réservant les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» aux produits nationaux et la dénomination «Prädikatssekt» au «Sekt» qui contient une proportion minimale déterminée de raisins allemands, alors que les produits étrangers seraient astreints à utiliser sur le marché allemand des dénominations moins appréciées ou inconnues du consommateur, la législation vinicole favoriserait la production nationale au détriment des produits étrangers et comporterait ainsi des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, contraires aux impératifs de l'article 30 du Traité et, en ce qui concerne le «Sekt» et le «Prädikatssekt», à l'article 12, paragraphe 2 b), du règlement n.º 816/70 du Conseil du 18 avril 1970 (JO 1970, n.º L 99);

que, par ailleurs, les mesures litigieuses, n'étant pas indispensables pour protéger les producteurs contre la concurrence déloyale et les consommateurs contre la fraude portant sur la provenance des produits, ne se justifieraient pas en vertu de l'article 36 du Traité;

4. attendu que la République fédérale fait valoir, à titre principal, que le législateur n'aurait pas innové, par rapport à la situation de fait existant avant l'entrée en vigueur de la législation vinicole, mais se serait borné à consacrer, sur le plan normatif, l'opinion des milieux économiques intéressés et du consommateur allemands, pour lesquels les dénominations litigieuses désigneraient des produits nationaux;

que, de ce fait, les dispositions de la législation vinicole concernant le «Sekt» et le «Weinbrand» relèveraient du régime des indications de provenance indirectes et ne sauraient dès lors, aux termes de l'article 2, paragraphe 3 s), de la directive 70/50/CEE de la Commission du 22 décembre 1969 (JO 1969, n.º L 13, p. 29), être qualifiées de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives;

qu'en outre, la dénomination «Prädikatssekt» désignerait un «Sekt» dont la quantité minimale déterminée de raisins allemands utilisés pour sa fabrication accentuerait le bouquet typiquement allemand;

5. attendu que le marché commun est fondé sur la liberté de circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté;

que, pour assurer cette liberté, le Traité interdit, notamment par ses articles 12 et 31, l'introduction entre les États membres de mesures nouvelles ayant pour effet d'entraver directement ou indirectement les échanges à l'intérieur de la Communauté et qui ne soient pas justifiées en vertu de l'article 36;

que, plus spécialement pour le «Sekt» et le «Prädikatssekt», depuis l'entrée en vigueur du règlement n.º 816/70, une réglementation relative aux conditions du marché de ces produits doit se situer dans un cadre communautaire;

que la législation vinicole adoptée en 1971, après l'entrée en vigueur dudit règlement, peut affecter les conditions de l'offre des produits qu'elle vise sur le marché allemand;

que c'est au vu des interdictions tant du Traité que du règlement n.º 816/70, qu'il y a lieu d'examiner si, en adoptant les dispositions en cause, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du Traité;

qu'à ces fins il échet d'examiner tout d'abord la situation faite aux dénominations «Sekt» et «Weinbrand»;

6. attendu que la directive 70/50/CEE, fondée sur les dispositions de l'article 33, paragraphe 7, du Traité et ayant pour objet, aux termes de son article 1, l'élimination des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation existant à la date d'entrée en vigueur du Traité, énumère, dans son article 2, paragraphe 3, les mesures à considérer comme interdites au sens des paragraphes précédents et mentionne, sous s), celles qui «réservent aux seuls produits nationaux des dénominations ne constituant pas des appellations d'origine ou des indications de provenance»;

7. attendu que les appellations d'origine et les indications de provenance visées par ladite directive, quels que soient les éléments qui peuvent les distinguer, désignent au moins, dans tous les cas, un produit provenant d'une zone géographique déterminée;

que, dans la mesure où ces dénominations sont juridiquement protégées, elles doivent satisfaire aux objectifs de cette protection, notamment à la nécessité d'assurer non seulement la sau-

vegarde des intérêts des producteurs intéressés contre la concurrence déloyale, mais aussi celle des consommateurs contre les indications susceptibles de les induire en erreur;

que ces dénominations ne remplissent leur fonction spécifique que si le produit qu'elles désignent possède effectivement des qualités et des caractères dus à localisation géographique de sa provenance;

qu'en ce qui concerne plus spécialement les indications de provenance, la localisation géographique de l'origine d'un produit doit imprimer à celui-ci une qualité et des caractères spécifiques de nature à l'individualiser;

8. attendu que la législation vinicole allemande prévoit que les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» désignent des produits originaires de la République fédérale d'Allemagne ou provenant d'autres pays sur l'ensemble du territoire desquels l'allemand est langue officielle;

qu'une zone de provenance définie en fonction de l'étendue du territoire national ou d'un critère linguistique ne saurait suffire à constituer un milieu géographique, au sens précité, apte à justifier une indication de provenance, d'autant plus que les produits en question peuvent être fabriqués à partir de raisins de provenance indéterminée;

qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que la zone de provenance visée par la législation vinicole ne présente pas des facteurs naturels homogènes qui la délimitent par rapport aux zones limitrophes, les propriétés naturelles des produits de base utilisés dans la fabrication des produits litigieux ne correspondant pas nécessairement au tracé de la frontière nationale;

que, cependant, le gouvernement allemand soutient que les produits couverts par les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» seraient nettement individualisés grâce à la méthode spécifique de fabrication employée en Allemagne, qui leur conférerait un bouquet typique, par ailleurs accentué, dans le «Prädikatssekt», par la teneur minimale de raisins allemand exigé;

9. attendu que, dans le cas des produits vinicoles, les facteurs naturels de la zone d'origine, tels que le raisin à partir duquel ces produits sont obtenus, jouent un rôle important dans la détermination de leur qualité et de leurs caractères;

que si la méthode de fabrication utilisée pour de tels produits peut contribuer à les caractériser, elle n'est pas, à elle seule, décisive, indépendamment de la qualité du raisin utilisé, pour en déterminer la provenance;

qu'au surplus, la méthode de fabrication d'un produit vinicole constitue un critère de rattachement d'autant moins apte à caractériser à lui seul sa provenance que, dans la mesure où elle n'est pas liée à l'utilisation d'un raisin déterminé, elle est susceptible d'être appliquée dans d'autres milieux géographiques;

qu'on ne saurait exclure la possibilité que la méthode de fabrication appliquée dans une zone déterminée soit pratiquée, pour autant qu'elle n'est pas protégée par des droits d'exclusivité, par des fabricants installés en tout ou en partie dans d'autres zones géographiques;

qu'en outre, la comparaison entre les dispositions du paragraphe 3 (1) et celles du paragraphe 8 (1) troisième phrase du règlement «vins mousseux et eaux-de-vie de vin» laisse apparaître que, compte tenu de l'annexe 2 de ce règlement, les conditions auxquelles doivent répondre les vins mousseux de qualité étrangers et le «Sekt» sont pour l'essentiel identiques;

que, de même, les dispositions du paragraphe 40 (1) et du paragraphe 44 (1) de la loi vinicole ne font pas non plus apparaître, entre la «Weinbrand» et l'eau-de-vie de vin de qualité étrangère, une différence appréciable dans les exigences de qualité applicables à l'un et à l'autre produit;

qu'en outre, la condition prévue au paragraphe 40 (1), n.º 4, pour le «Weinbrand» est d'autant moins essentielle en l'espèce que, d'une part, le législation vinicole n'exclut pas la possibilité que le distillat indigène soit obtenu à partir de vins étrangers et que, d'autre part, l'obligation de faire reposer ce distillat dans une entreprise située sur le territoire allemand n'implique pas nécessairement que tous les producteurs implantés sur ce même territoire appliquent effectivement la méthode de fabrication spécifique dont il est question;

10. qu'au vu de ces considérations, les arguments que la partie défenderesse tire de la méthode de fabrication utilisée pour la production du «Sekt» et du «Weinbrand» ne permettent pas d'établir que ces produits auraient, en raison de cette méthode, une qualité et des caractères qui leur seraient propres et qui en feraient des produits typiquement allemands;

qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que le droit en vigueur en République fédérale d'Allemagne jusqu'à 1971 permettait, en ce qui concerne le «Sekt», et même imposait, en ce qui concerne le «Weinbrand», l'utilisation en langue allemande des dénominations litigieuses pour les produits importés;

qu'il ressort implicitement des dispositions du paragraphe 75 (6) de la loi vinicole prévoyant un régime transitoire d'application, ainsi que des réactions dont cette loi a fait l'objet, sur le plan judiciaire, en République fédérale d'Allemagne, de la part d'importateurs ou de producteurs tant de vins mousseux que d'eaux-de-vie de vin étrangers que, lors de l'entrée en vigueur de ladite loi, lesdites dénominations étaient effectivement appliquées à une partie au moins des produits importés;

qu'en soutenant, dans sa réponse à une question posée par la Cour au cours de la procédure orale, que le recours à ces dénominations pour désigner les produits importés aurait été «très peu fréquent», la partie défenderesse se réfère à l'année 1966, c'est-à-dire à une époque à laquelle l'offre de ces produits était, sur le marché allemand, encore très limitée, en raison des mesures nationales restrictives de l'importation en vigueur à l'époque et destinées, peu après, à être supprimées en vertu du Traité;

qu'en effet, les données chiffrées relatives aux importations intervenues dans les années postérieures à 1966 montrent que ces importations ont considérablement augmenté en République fédérale d'Allemagne, notamment au cours des années 1969 et 1970;

qu'au surplus, les précisions fournies par la partie défenderesse sur les ventes du vin mousseux allemand et sur les importations de vins mousseux étrangers laissent apparaître qu'au cours des années 1969 à 1971, les importations et, par conséquent, les quantités offertes sur le marché allemand ont augmenté à un rythme beaucoup plus élevé que celui des ventes de la production nationale, ce rythme étant en revanche décroissant, par rapport à celui des ventes, dans les années qui suivent l'entrée en vigueur de la législation vinicole;

qu'il faut donc admettre que le recours aux dénominations en cause pour désigner des produits importés, s'il était encore très peu fréquent notamment en 1966, pouvait intéresser, lors de l'entrée en vigueur de la législation vinicole, des quantités de plus en plus importantes de ces produits;

qu'il y a donc lieu de conclure que les dénominations «Sekt» et «Weinbrand», ne s'appliquant pas à des produits dont la qualité serait due essentiellement à leur localisation dans une zone de provenance déterminée, et pouvant de devant désigner des produits importés aussi bien que la production nationale, n'étaient pas, lors de l'entrée en vigueur de la législation vinicole, aptes à identifier les produits en cause comme des produits allemands, en raison de leur qualité et de leurs caractères spécifiques;

12. attendu que la partie défenderesse produit des sondages d'opinion pour prouver qu'à la date susdite, les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» évoquaient chez le consommateur allemand la notion de produit national;

que, cependant, la protection accordée par l'indication de provenance n'étant légitime que si le produit qui en fait l'objet possède réellement des caractères susceptibles de l'individualiser du point de vue de sa provenance géographique, on ne saurait, à défaut d'une telle condition, justifier cette protection en s'appuyant sur l'opinion du consommateur, telle qu'elle peut résulter de sondages effectués sur la base de critères statistiques;

qu'au surplus, en raison des difficultés inhérentes à ces formes d'enquête, celles-ci ne sont pas, de par leur nature, susceptibles d'aboutir à des résultats permettant une appréciation objective des faits controversés;

que, par ailleurs, les sondages présentés par la partie défenderesse, effectués en 1966 et en 1973, se situent à des époques qui ne sont pas déterminantes en l'espèce, des mesures restrictives des importations des produits en cause étant encore en vigueur, en 1966, en République fédérale, et la législation vinicole étant, à la date des derniers sondages, appliquée depuis deux ans déjà;

qu'il ressort des considérations qui précèdent que les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» ne constituent pas des indications de provenance;

13. attendu qu'en ce qui concerne la dénomination «Prädikatssekt», créée par la législation vinicole, on ne saurait admettre que l'emploi de raisins allemands à concurrence de 60% confère au produit en cause un bouquet spécial;

qu'en effet, le législateur vinicole ne déterminant pas les raisins dont l'utilisation est obligatoire pour le «Prädikatssekt» en fonction de leur caractère spécifique, mais en raison uniquement de leur origine nationale, le pourcentage minimum requis n'implique pas nécessairement que le produit en question ait réellement une qualité spéciale par rapport au «Sekt», justifiant la protection qui lui est accordée;

14. attendu que les dispositions du Traité établissant la libre circulation des marchandises, notamment celles de l'article 30, interdisent, entre États membres, les restrictions quantitatives à l'importation et toutes mesures d'effet équivalent;

qu'aux termes de l'article 2, paragraphe 3 s), de la directive 70/50/CEE de la Commission, sont à considérer comme des mesures interdites au sens des articles 30 et suivants du Traité, celles qui «réservent aux seuls produits nationaux des dénominations ne constituant pas des appellations d'origine ou des indications de provenance»;

qu'en réservant ces dénominations à la production nationale et en astreignant les produits des autres États membres à des dénominations inconnues ou moins appréciées par le consommateur,



mateur, la législation vinicole est de nature à favoriser l'écoulement sur le marché allemand de la production nationale au détriment des produits des autres États membres;

que ladite législation vinicole comporte donc des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, au sens des dispositions précitées, et, en ce qui concerne les importations de vins mousseux en provenance des pays tiers, contraires à l'article 12, paragraphe 2 b), du règlement n.º 816/70 du Conseil;

qu'aux fins de cette interdiction, il n'est pas nécessaire d'établir que de telles mesures restreignent effectivement les importations des produits concernés, mais, conformément à l'article 2, paragraphe 1, de la directive précitée, qu'elles peuvent seulement faire obstacle «à des importations qui pourraient avoir lieu en leur absence»;

que, par ailleurs, il résulte des données chiffrées contenues dans le mémoire en duplique qu'en ce qui concerne notamment les importations de vins mousseux, le taux annuel d'augmentation de ces importations présente, après l'entrée en vigueur de la législation vinicole, en fléchissement par rapport à celui des années 1969 à 1971;

15. attendu que la circonstance que les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» ne constituent pas des indications de provenance exclut que les mesures litigieuses que comporte la législation vinicole puissent se justifier en vertu de l'article 36 du Traité, pour des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale;

que la partie défenderesse fait toutefois valoir qu'en se référant aux règles nationales de la propriété industrielle et commerciale, l'article 36 précité n'entendrait pas renvoyer à un régime déterminé de protection juridique de cette propriété, mais laisserait aux États membres le pouvoir d'aménager et de faire évoluer ce régime;

qu'en l'espèce, le régime en vigueur en République fédérale d'Allemagne dans le domaine des indications de provenance, tout en relevant encore du droit de la concurrence, évoluerait précisément vers celui de la propriété industrielle et commerciale;

16. attendu cependant qu'une évolution aussi illimitée risquerait de restreindre progressivement la portée du Traité;

que, si le Traité ne fait pas obstacle au pouvoir de chaque État membre de légiférer en matière d'indications de provenance, il leur interdit néanmoins, à l'article 36, deuxième phrase, l'introduction de nouvelles mesures ayant un caractère arbitraire et injustifié et, de ce fait, comportant des effets équivalant à des restrictions quantitatives;

que tel serait précisément le cas lorsque le législateur national accorde la protection prévue pour les indications de provenance à des dénominations n'ayant, au moment où cette protection est accordée, que la nature de dénominations génériques;

17. attendu que la République fédérale d'Allemagne soutient en outre que les mesures litigieuses trouvent leur justification dans des raisons d'ordre public, au sens de l'article 36 du Traité, notamment en raison de la nécessité de protéger les producteurs contre la concurrence déloyale et les consommateurs contre la fraude portant sur la provenance des produits;

que, cependant, indépendamment de toute définition de la notion d'ordre public retenue par l'article 36 du Traité, cette disposition ne saurait déroger aux articles 30 à 34 que pour autant que ces dérogations s'avèreraient nécessaires pour assurer la protection du producteur et du consommateur contre les fraudes commerciales;

que des produits vinicoles de même genre peuvent se diversifier les uns par rapport aux autres en raison de leur qualité et de certains de leurs caractères;

que, d'ailleurs, avant l'entrée en vigueur de la législation vinicole, figuraient sur le conditionnement d'une partie au moins des produits litigieux, à côté de la dénomination générique, la désignation d'origine de ces produits;

que la partie défenderesse n'a pas établi les raisons pour lesquelles elle a modifié cette pratique;

18. qu'il convient donc de conclure qu'en réservant, dans la loi vinicole et dans le règlement d'application «vins mousseux et eaux-de-vie de vin» de juillet 1971, les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» à la production nationale et la dénominations «Prädikatssekt» à des vins produits en Allemagne à partir d'une proportion minimale déterminée de raisins allemands, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du Traité et, en ce qui concerne le vin mousseux, en vertu de l'article 12, paragraphe 2 b), du règlement n° 816/70 du Conseil du 28 avril 1970.

#### *Sur les dépens*

19. Attendu qu'aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens;

qu'en l'espèce la République fédérale d'Allemagne a succombé en ses moyens;

qu'elle fait toutefois que la Commission, ayant, dans son mémoire en réplique et contrairement aux termes de son recours, restreint au vin mousseux le grief tiré de la violation de l'article 12, paragraphe 2 b), du règlement n° 816/70, ne serait partiellement désistée de son recours et devrait de ce fait être condamnée aux dépens afférents à ce désistement, conformément à l'article 69, paragraphe 4, du règlement de procédure;

20. attendu qu'il ressort de l'article 1, paragraphe 2, du règlement n° 816/70 que ce règlement, concernant entre autres le vin mousseux, ne vise pas l'eau-de-vie de vin;

que, dès lors, en limitant au vin mousseux le grief tiré de la violation de l'article 12, paragraphe 2 b), du règlement n° 816/70, la Commission n'a pas modifié les conclusions du recours, mais y a apporté une précision découlant du champ d'application dudit règlement;

que, par conséquent, il n'y a pas lieu d'appliquer en l'espèce l'article 69, paragraphe 4, du règlement de procédure;

*par ces motifs,*

LA COUR

déclare et arrête:

- 1) En réservant, dans la loi vinicole du 14 juillet 1971 (Bundesgesetzblatt 1971, I, p. 893) et dans le règlement d'application «vins mousseux et eaux-de-vie de vin» du 15 juillet 1971 (Bundesgesetzblatt 1971, I, p. 939) les dénominations «Sekt» et «Weinbrand» à la production nationale et la dénomination «Prädikatssekt» à des vins produits en Allemagne à partir d'une proportion minimale déterminée de raisins allemands, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du Traité et, en ce qui concerne le vin mousseux, en vertu de l'article 12, paragraphe 2 b), du règlement n.º 816/70 du Conseil du 28 avril 1970 (JO 1970, n.º L 99, p. 1);
- 2) La République fédérale d'Allemagne est condamnée aux dépens de l'instance.

LECOURT

MERTENS DE WILMARS

MACKENZIE STUART

DONNER

MONACO

PESCATORE

KUTSCHER

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 20 février 1975.

*Le greffier*

*Le président*

A. VAN HOUTTE

R. LECOURT

**SOCIETE TERRAPIN (OVERSEAS) LTD  
CONTRE SOCIETE TERRANOVA INDUSTRIE CA KAPFERER ET CO.  
DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE FORMEE  
PAR LE BUNDESGERICHTSHOF**

Recueil, 1976, p. 1039

EN DROIT

1 Attendu que, par ordonnance du 31 octobre 1975, parvenue au greffe de la Cour le 5 décembre suivant, le Bundesgerichtshof a posé, en vertu de l'article 177 du Traité, la question suivante relative au rapport entre les dispositions du Traité concernant la libre circulation des marchandises et la protection assurée par les législations nationales au droit de marque et au nom commercial:

«Est-il compatible avec les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises (art. 30, 36 du Traité CEE) qu'en se fondant sur ses droits à la marque est à son nom commercial existant dans un État membre A, une entreprise établie dans cet État s'oppose à l'importation de produits similaires provenant d'une entreprise établie dans un État membre B, lorsque ces produits ont été régulièrement pourvus, dans l'État B, d'une dénomination susceptible de prêter à confusion avec le nom commercial et la marque qui sont protégés dans le pays A au profit de l'entreprise y établie, lorsqu'il n'y a pas de lien entre les deux entreprises, lorsque leurs droits nationaux à la marque sont nés séparément et indépendamment l'un de l'autre (aucune origine commune) et lorsqu'à à l'heure actuelle, il n'y a pas non plus de dépendance économique ou juridique entre les deux entreprises?»;

2. attendu qu'il résulte de l'ordonnance de renvoi que la requérant au principal — défenderesse en révision — est titulaire, dans la République fédérale d'Allemagne, des marques «Terra», «Terra Fabrikate» et «Terranova», enregistrées auprès de l'Office allemand des brevets, la dernière de ces désignations étant utilisée simultanément en tant que nom commercial;

que, sous le couvert de ces dénominations, la requérante fabrique et commercialise des revêtements pour façades et d'autres matériaux de construction;

que la défenderesse au principal — requérante en révision — est une société commerciale britannique, spécialisée dans la production de maisons préfabriquées et d'éléments destinés à la construction de telles maisons, vendues sous la désignation «Terrapin» qui est, en même temps, le nom commercial de la défenderesse;

que celle-ci ayant demandé à l'Office allemand des brevets l'enregistrement de la marque «Terrapin», cet enregistrement lui a été refusé, sur opposition de Terranova, par ordonnance du Bundespatentgericht du 3 février 1967, en raison du risque de confusion avec les marques «Terra» et «Terranova»;

que, dans la suite, Terranova a introduit devant le Landgericht de Munich une action visant à interdire à la défenderesse d'utiliser pour ses produits la désignation «Terrapin»;

que cette action a été rejetée par jugement du 27 novembre 1972, le Landgericht estimant que les dénominations litigieuses ne présentent pas un risque réel de confusion;

que Terranova s'est pourvue en appel devant le Bayrisches Oberlandesgericht à Munich qui, réformant le jugement du Landgericht, a, par arrêt du 27 septembre 1973, admis l'existence d'un risque de confusion, fait en conséquence interdiction à la défenderesse d'utiliser la désignation «Terrapin» et reconnu, dans son principe, l'obligation pour la défenderesse de réparer le dommage causé à la requérante par l'utilisation de la désignation litigieuse;

qu'un recours en révision a été introduit par Terrapin contre cet arrêt devant le Bundesgerichtshof;

3. attendu que le Bundesgerichtshof estime que c'est à bon droit que la juridiction d'appel a constaté qu'il y a effectivement similitude entre les produits des deux parties et risque de confusion entre les dénominations en cause et que, dès lors, selon le droit allemand, l'arrêt de la juridiction d'appel et l'interdiction qu'il formule à l'égard de Terrapin doivent être pour autant confirmés;

4. que si cette appréciation a été mise en cause au cours de la procédure, la Cour n'a cependant pas à statuer sur ce point, n'ayant été saisie d'aucune question à ce sujet;

qu'il convient toutefois de faire ressortir que la réponse donnée ci-après ne préjuge pas la question de savoir si l'invocation, par une entreprise, de la similitude de produits originaires de différents États membres et du risque de confusion de marques ou de noms commerciaux légalement protégés dans ces États peut éventuellement mettre en jeu l'application du droit communautaire, au regard notamment de la deuxième phrase de l'article 36 du Traité;

qu'il appartient, en effet, au juge du fond, après avoir apprécié la similitude des produits et le risque de confusion, de rechercher en outre, dans le cadre de cette dernière disposition, si l'exercice, dans un cas d'espèce, des droits de propriété industrielle et commerciale peut constituer ou non un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres;

qu'il revient au juge national, à cet égard, de vérifier notamment si les droits en cause sont effectivement exercés par le titulaire avec la même rigueur, quelle que soit l'origine nationale du contrevenant éventuel;

5. attendu que, par l'effet des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des marchandises et, en particulier, de l'article 30, sont prohibées entre États membres les mesures restrictives à l'importation et toutes mesures d'effet équivalent;

qu'aux termes de l'article 36, ces dispositions ne font cependant pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale;

qu'il ressort toutefois de cet article même, notamment de sa deuxième phrase, autant que du contexte que, si le Traité n'affecte pas l'existence des droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'exercice de ces droits n'en peut pas moins, selon les circonstances, être limité par les interdictions du Traité;

qu'en tant qu'il apporte une exception à l'un des principes fondamentaux du marché commun, l'article 36 n'admet, en effet, des dérogations à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où ces dérogations sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété;

6. attendu qu'il résulte de ce qui précède que le titulaire d'un droit de propriété industrielle et commerciale protégé par la législation d'un État membre ne saurait invoquer cette législation

pour s'opposer à l'importation d'un produit qui a été écoulé licitement sur le marché d'un autre État membre par le titulaire lui-même ou avec son consentement;

qu'il en est même lorsque le droit invoqué est issu du fractionnement, soit volontaire, soit par mesure de contrainte publique, d'un droit de marque ayant appartenu originellement à un même titulaire;

qu'en effet, dans ces hypothèses, la fonction essentielle de la marque, consistant à garantir aux consommateurs l'identité d'origine du produit, se trouve déjà mise en cause par le fractionnement même du droit originaire;

que même lorsque les droits en cause appartiennent à des titulaires distincts, la protection assurée à la propriété industrielle et commerciale par une législation nationale ne saurait être invoquée lorsque l'exercice de ces droits est l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente interdite par le Traité;

que, dans tous ces cas, l'invocation de la territorialité des lois nationales protégeant la propriété industrielle et commerciale a pour effet de consacrer l'isolement des marchés nationaux, sans que ce cloisonnement à l'intérieur du marché commun soit justifié par la protection d'un intérêt légitime dans le chef du titulaire de la marque ou du nom commercial;

7. attendu, par contre, qu'en l'état actuel du droit communautaire, un droit de propriété industrielle et commerciale légalement acquis dans un État membre peut être légitimement opposé, en vertu de l'article 36, première phrase, du Traité, à l'importation de produits commercialisés sous une dénomination prêtant à confusion lorsque les droits en cause ont été établis, par des titulaires distincts et indépendants, sous l'empire de législations nationales différentes;

qu'en effet, si dans un tel cas le principe de la libre circulation des marchandises devait prévaloir contre la protection accordée par les législations nationales respectives, les droits de propriété industrielle et commerciale seraient atteints dans leur objet spécifique;

que, dans la situation donnée, la conciliation entre les exigences de la libre circulation des marchandises et le respect dû aux droits de propriété industrielle et commerciale doit être réalisée de telle manière qu'une protection soit assurée à l'usage légitime des droits conférés par les législations nationales, relevant des interdictions d'importation «justifiées» au sens de l'article 36 du Traité, mais refusée, par contre, à tout exercice abusif des mêmes droits, de nature à maintenir ou établir des cloisonnements artificiels à l'intérieur du marché commun;

8. qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée qu'il est compatible avec les dispositions du Traité CEE relatives à la libre circulation des marchandises qu'une entreprise établie dans un État membre s'oppose, en vertu d'un droit de marque et du droit au nom commercial, protégés par la législation de cet État, à l'importation de produits d'une entreprise établie dans un autre État membre et revêtus, en vertu de la législation de cet État, d'une dénomination prêtant à confusion avec la marque et le nom commercial de la première entreprise, à condition cependant qu'il n'existe entre les entreprises en cause aucune sorte d'entente restrictive de la concurrence ou de rapport de dépendance, juridique ou économique, et que leurs droits respectifs aient été créés indépendamment les uns des autres.

#### *Quant aux dépens*

9. Attendu que les frais exposés par le gouvernement du royaume de Belgique, le gouvernement du royaume de Danemark, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, le

gouvernement de la République française, le Gouvernement d'Irlande, le Gouvernement du royaume des Pays-Bas, le Gouvernement du Royaume-Uni et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

que la procédure revêtant à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant le Bundesgerichtshof, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

*par ces motifs,*

LA COUR

Statuant sur la question à elle soumise par le Bundesgerichtshof par ordonnance du 31 octobre 1975, dit pour droit:

Il est compatible avec les dispositions du Traité CEE relatives à la libre circulation des marchandises qu'une entreprise établie dans un État membre s'oppose, en vertu d'un droit de marque et du droit au nom commercial, protégés par la législation de cet État, à l'importation de produits d'une entreprise établie dans un autre État membre et revêtus, en vertu de la législation de cet État, d'une dénomination prêtant à confusion avec la marque et le nom commercial de la première entreprise, à condition cependant qu'il n'existe entre les entreprises en cause aucune sorte d'entente restrictive de la concurrence ou de rapport de dépendance, juridique ou économique, et que leurs droits respectifs aient été créés indépendamment les uns des autres.

LECOURT	KUTSCHER	O'KEEFFE	
MERTENS DE WILMARS	PESCATORE	SØRENSEN	CAPOTORTI

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 22 juin 1976.

*Le greffier*

*Le président*

A. VAN HOUTTE

R. LECOURT

Processo n.º 120/78 de 20.2.1979

**REWE — ZENTRAL AG. CONTRE  
BUNDESMONOPOLVERWALTUNG FÜR BRANNTWEIN  
DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE  
FORMEE PAR LE HESSISCHES FINANZGERICHT**

Recueil, 1979, p. 649

**EN DROIT**

1. Attendu que, par ordonnance du 28 avril 1978, reçue à la Cour le 22 mai suivant, le Hessisches Finanzgericht a posé, en vertu de l'article 177 du Traité CEE, deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 30 et 37 du Traité CEE, en vue d'apprécier la compatibilité, avec le droit communautaire, d'une disposition de la réglementation allemande relative à la commercialisation des boissons spiritueuses fixant un degré alcoométrique minimum pour diverses catégories de produits alcoolisés;

2. attendu qu'il résulte de l'ordonnance de renvoi que la requérante au principal a l'intention d'importer un lot de «cassis de Dijon» originaire de France, en vue de le commercialiser dans la République fédérale d'Allemagne;

que la requérante s'étant adressée à l'administration du monopole des alcools (Bundesmonopolverwaltung) en vue d'obtenir l'autorisation d'importer le produit en question, cette administration lui a fait savoir que celui-ci n'a pas, en raison de l'insuffisance de son titre alcoométrique, les qualités requises pour être commercialisé dans la République fédérale d'Allemagne;

3. que cette prise de position de l'administration se fonde sur le paragraphe 100 du «Branntweinmonopolgesetz» et sur les réglementations arrêtées par l'administration du monopole en vertu de cette disposition, à l'effet de fixer des teneurs minimales en alcool pour des catégories déterminées de liqueurs et d'autres boissons alcoolisées (Verordnung über den Mindestweingeistgehalt von Trikbranntweinen du 28 février 1958, Bundesanzeiger n.º 48 du 11 mars 1958);

qu'il résulte des dispositions citées que la commercialisation de liqueurs de fruits, telles que le cassis de Dijon, est soumise à l'exigence d'une teneur alcoolique minimale de 25°, alors que le titre du produit en question, commercialisé librement comme tel en France, se situe entre 15° et 20° d'alcool;

4. que, selon la requérante, la détermination, par la réglementation allemande, d'une teneur minimale en alcool a pour conséquence que des produits alcoolisés connus, originaires d'autres États membres de la Communauté, ne peuvent pas être écoulés dans la République fédérale d'Allemagne et que cette disposition constitue, dès lors, une restriction à la libre circulation des marchandises entre les États membres, dépassant le cadre des réglementations commerciales réservées à ceux-ci;

qu'il s'agit, selon elle, d'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation, contraire à l'article 30 du Traité CEE;

que, s'agissant au surplus d'une mesure prise dans le cadre de la gestion du monopole des alcools, la requérante considère qu'il y a également violation de l'article 37, aux termes duquel les États membres aménagent progressivement les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle sorte qu'à l'expiration de la période de transition soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres;



5. qu'en vue de trancher ce litige, le Hessisches Finanzgericht a posé deux questions, libellées comme suit:

- a) La notion de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation au sens de l'article 30 du Traité CEE est-elle à interpréter en ce sens qu'elle s'applique également à la fixation d'une teneur minimale en esprit-de-vin pour les alcools destinés à la consommation humaine, prévue par la loi allemande sur le monopole des alcools, qui a pour effet d'empêcher la mise en circulation en République fédérale d'Allemagne de produits traditionnels d'autres États membres dont la teneur en esprit-de-vin est inférieure à la limite fixée?
- b) La fixation d'une telle teneur minimale en esprit-de-vin relève-t-elle de la notion de discrimination dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés entre les ressortissants des États membres au sens de l'article 37 du Traité CEE?

6. attendu que la juridiction nationale demande ainsi d'obtenir des éléments d'interprétation permettant d'apprécier si l'exigence d'une teneur minimale en alcool pourrait relever soit de l'interdiction de toutes mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives dans les échanges entre États membres, par l'article 30 du Traité, soit de la prohibition de toutes discriminations dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, entre les ressortissants des États membres, au sens de l'article 37;

7. qu'il y a lieu de faire remarquer, à cet égard, que l'article 37 est une disposition spécifique aux monopoles nationaux à caractère commercial;

que cette disposition n'a, dès lors, pas de pertinence au regard de dispositions nationales qui ne concernent pas l'exercice, par un monopole public, de sa fonction spécifique — à savoir, son droit d'exclusivité — mais visent, de manière générale, la production et la commercialisation de boissons alcoolisées, peu importe que celles-ci relèvent, ou non, du monopole en question;

que, dans ces conditions, l'incidence, sur les échanges intracommunautaires, de la mesure visée par la juridiction nationale doit être examinée exclusivement au regard des exigences découlant de l'article 30, envisagé par la première question;

8. attendu qu'en l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool — une proposition de règlement présentée par la Commission au Conseil le 7 décembre 1976 (JO n.º C 309, p. 2) n'ayant pas encore reçu de suite de la part de ce dernier — il appartient aux États membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production et la commercialisation de l'alcool et des boissons spiritueuses;

que les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs;

9. attendu que le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, intervenant à la procédure, a mis en avant divers arguments qui, selon lui, justifieraient l'application de dispositions

relatives à la teneur minimum en alcool de boissons spiritueuses, en faisant valoir des considérations tenant, d'une part, à la sauvegarde de la santé publique et, d'autre part, à la protection des consommateurs contre des pratiques commerciales déloyales;

10. attendu qu'en ce qui concerne la sauvegarde de la santé publique, le gouvernement allemand expose que la détermination des teneurs minimales en alcool par la législation nationale aurait pour fonction d'éviter la prolifération de boissons spiritueuses sur le marché national, spécialement de boissons spiritueuses à teneur alcoolique modérée, de tels produits pouvant, à son avis, provoquer plus facilement l'accoutumance que des boissons à titre alcoolique plus élevé;

11. attendu que de telles considérations ne sont pas décisives, alors que le consommateur peut se procurer sur le marché une gamme extrêmement variée de produits faiblement ou moyennement alcoolisés et qu'au surplus, une partie importante des boissons alcoolisées à fort titre alcoométrique, librement commercialisées sur le marché allemand, est consommée couramment sous forme diluée;

12. attendu que le gouvernement allemand fait encore valoir que la fixation d'une limite inférieure du titre alcoométrique pour certains liqueurs serait destinée à protéger le consommateur contre les pratiques déloyales de producteurs ou distributeurs de boissons spiritueuses;

que cette argumentation est fondée sur la considération que l'abaissement du titre alcoométrique assurerait un avantage concurrentiel par rapport aux boissons de titre plus élevé, étant donné que l'alcool constitue, dans la composition des boissons, l'élément de loin le plus coûteux en raison de la charge fiscale considérable à laquelle il est soumis;

qu'au surplus, selon le gouvernement allemand, le fait d'admettre la libre circulation des produits alcoolisés dès lors que ceux-ci correspondent, en ce qui concerne leur teneur en alcool, aux normes du pays de production, aurait pour effet d'imposer, dans la Communauté, comme standard commun la teneur alcoométrique la plus faible admise dans l'un quelconque des États membres, voire même de rendre inopérantes toutes prescriptions en la matière alors que la réglementation de plusieurs États membres ne connaîtrait aucune limite inférieure de ce genre;

13. attendu, ainsi qu'il a été relevé avec raison par la Commission, que la fixation de valeurs-limites en matière de taux alcoométrique des boissons peut servir à la standardisation des produits commercialisés et de leurs dénominations, dans l'intérêt d'une plus grande transparence des transactions commerciales et des offres au public;

que, pour autant, on ne saurait cependant aller jusqu'à considérer la fixation impérative de taux minima d'alcoolisation comme étant une garantie essentielle de la loyauté des transactions commerciales, alors qu'il est facile d'assurer une information convenable de l'acheteur par l'existence d'une indication de la provenance et du titre alcoométrique sur l'emballage des produits;

14. attendu qu'il résulte de ce qui précède que les prescriptions relatives à la teneur alcoolique minimum des boissons spiritueuses ne poursuivent pas un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises, qui constitue l'une des règles fondamentales de la Communauté;

que l'effet pratique de prescriptions de ce genre consiste principalement à assurer un avantage aux boissons spiritueuses à forte teneur alcoolique, en éloignant du marché national les produits d'autres États membres ne répondant pas à cette spécification;

qu'il apparaît, dès lors, que l'exigence unilatérale, imposée par la réglementation d'un État membre, d'une teneur alcoométrique minimum pour la commercialisation de boissons spiritueuses constitue un obstacle aux échanges incompatible avec les dispositions de l'article 30 du Traité;

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 États membres, soient introduites dans tout autre État membre sans que puisse être opposée, à l'écoulement de ces produits, une prohibition légale de commercialiser des boissons comportant un degré d'alcoolisation inférieur à la limite déterminée par la réglementation nationale;

15. qu'en conséquence, il y a lieu de répondre à la première question qu'il faut comprendre la notion de «mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation», figurant à l'article 30 du Traité, en ce sens que relève également de l'interdiction prévue par cette disposition la fixation d'une teneur minimale en alcool pour les boissons spiritueuses destinées à la consommation humaine, fixée par la législation d'un État membre, lorsqu'il s'agit de l'importation de boissons alcoolisées légalement produites et commercialisées dans un autre État membre.

*Quant aux dépens*

16. Attendu que les frais exposés par la gouvernement du royaume de Danemark, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

que la procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant le Hessisches Finanzgericht, il appartient à celui-ci de statuer sur les dépens;

*par ces motifs,*

LA COUR

statuant sur les questions à elle soumises par le Hessisches Finanzgericht par ordonnance du 28 avril 1978, dit pour droit:

Le notion de «mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation», figurant à l'article 30 du Traité CEE, est à comprendre en ce sens que relève également de l'interdiction prévue par cette disposition la fixation d'une teneur minimale en alcool pour les boissons spiritueuses destinées à la consommation humaine, fixée par la législation d'un État membre, lorsqu'il s'agit de l'importation de boissons alcoolisées légalement produites et commercialisées dans un autre État membre.

KUTSCHER MERTENS DE WILMARS MACKENZIE STUART DONNER PESCATORE

SØRENSEN

O'KEEFFE

BOSCO

TOUFFAIT

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 20 février 1979.

*Le greffier*

*Le président*

A. VAN HOUTTE

H. KUTSCHER

**PROCEDURE PENALE CONTRE ANTON ADRIAAN FIETJE  
DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE  
FORMEE PAR L'ARRONDISSEMENTSRECHTBANK DE ASSEN**

Recueil, 1970, p. 3839

EN DROIT

1. Par jugement du 19 décembre 1979, parvenu à la Cour le 18 janvier 1980, l'Economische Politierichter de l'Arrondissementsrechtbank de Assen a posé, en vertu de l'article 177 du Traité CEE, une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 30 du Traité, en vue d'apprécier la compatibilité, avec le droit communautaire, de l'article 1<sup>er</sup> du «Likeurbesluit» néerlandais, en ce que cet article prévoit l'obligation d'utiliser le mot «likeur» pour les boissons qui y sont définies.

2. La question est posée dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre un négociant en boissons poursuivi pour avoir livré une boisson, importée de la République fédérale d'Allemagne et dénommée «Berentzen Appel — Aus Apfel mit Weizenkorn 25 vol. %», qui ne portait pas la dénomination «likeur» alors qu'elle tombe sous le coup de la disposition précitée.

3. Le «Likeurbesluit» a été promulgué sur la base des articles 14 et 15 de la «Warenwet» néerlandaise (loi sur les marchandises) du 28 décembre 1935 (Staatsblad 793). Ces articles prévoient, entre autres, que, pour protéger la santé publique ou promouvoir la loyauté dans les transactions commerciales, des règlements d'administration générale peuvent déterminer des dénominations qui doivent être utilisées dans le commerce des marchandises si celles-ci sont d'un type ou d'une composition prévus dans le règlement.

4. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, du «Likeurbesluit» du 11 septembre 1953 (Staatsblad 466) est actuellement libellé comme suit:

“Tout produit contenant comme composants caractéristiques de l'alcool éthylique, du sucre, des matières aromatiques et/ou du jus de fruits, pour autant qu'il satisfasse aux dispositions de l'article 3, peut et doit être exclusivement désigné par un des termes suivants: «likeur», «tussenlikeur», «verloflikeur» (le terme «likeur» pouvant le cas échéant s'orthographier «liqueur»), ou «likorette», cette dernière désignation devant être immédiatement suivie de celle de la teneur en alcool en pourcentage de volume à 15° C. Ces désignations peuvent être utilisées conjointement avec des termes précisant le goût ou l'arôme.”

L'article 3 du «Likeurbesluit» dispose que tout produit dénommé conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, doit avoir une certaine teneur minimale en sucre. Il prévoit également que le produit dénommé «likeur» doit avoir une teneur en alcool d'au moins 22% en volume et il fixe des teneurs en alcool différentes, inférieures à cette limite, pour les autres produits qu'il cite. En outre, l'article 3 contient diverses autres dispositions sur la composition et la qualité des produits. Suivant l'article 6, le nom fixé pour le produit doit figurer sur tout emballage qui est destiné ou se prête à être livré avec le produit au consommateur.

5. L'article 2 du «Likeurbesluit» énonce un certain nombre d'exceptions à l'obligation d'utiliser les dénominations visées à l'article 1<sup>er</sup>. Une de ces exceptions concerne les produits «dénommés à l'aide d'une appellation généralement en usage dans la pratique commerciale courante pour désigner une liqueur», lorsque ces liqueurs ont une teneur en alcool d'au moins 24% en volume et que

le directeur du service compétent a donné son agrément. D'autres exceptions visent des boissons, qui sont énumérées dans l'article et désignées par des appellations dont la plupart sont typiquement néerlandaises. Enfin, l'article 14, paragraphe 4, de la «Warenwet» donne aux ministres compétents le pouvoir d'accorder des exemptions, entre autres, aux règles du «Likeurbesluit».

6. Le prévenu ayant invoqué l'incompatibilité de cette réglementation nationale avec l'article 30 du Traité CEE, l'Economische Politiechter a estimé nécessaire, avant de rendre son jugement dans la procédure pénale, que la Cour statue sur la question suivante:

“Le concept de «mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives», figurant à l'article 30 du Traité CEE, s'étend-il à la disposition de l'article 1<sup>er</sup> du «Nederlandse Likeurbesluit», réglant l'obligation d'utiliser le mot «liqueur» pour les boissons qui y sont définies, en sorte que des produits provenant d'autres États membres qui présentent les caractéristiques définies à l'article 1<sup>er</sup> du «Likeurbesluit», mais à l'égard desquels il n'existe pas dans ces États d'obligations d'utiliser la dénomination «liqueur», doivent être étiquetés différemment aux fins de l'importation aux Pays-Bas?”

7. Avant de répondre à la question posée, il convient de relever qu'en l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool il appartient, en principe, aux États membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la commercialisation des boissons alcooliques, y compris la dénomination et l'étiquetage de ces boissons, sous réserve de toute mesure communautaire prise en vue de rapprocher les législations nationales dans ces domaines.

8. Au stade actuel du droit communautaire, les éléments d'interprétation dont le juge national aura besoin ne concernent donc pas la compatibilité, avec ce droit, de l'obligation d'utiliser une certaine dénomination pour la commercialisation de boissons alcooliques déterminées. Comme le juge l'a lui-même indiqué par le libellé de la question préjudicielle, il s'agit de savoir si l'extension d'une telle obligation aux boissons importées d'autres États membres, de manière à rendre impossible la commercialisation du produit importé sans modification de l'étiquette sous laquelle la boisson est légalement commercialisée dans l'État membre exportateur, est à considérer comme mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative interdite par l'article 30 du Traité.

9. Pour répondre à cette question, il faut examiner si l'extension de la réglementation nationale est susceptible d'entraver la libre circulation des marchandises entre les États membres et, le cas échéant, dans quelle mesure une telle entrave est justifiée par les raisons d'intérêt général qui sont à la base de la réglementation nationale.

10. Si l'extension, aux produits importés, d'une obligation d'utiliser une certaine dénomination sur l'étiquette n'exclut pas, de façon absolue, l'importation dans l'État membre concerné de produits originaires d'autres États membres ou se trouvant en libre pratique dans ces États, elle peut néanmoins rendre leur commercialisation plus difficile, surtout en cas d'importation parallèle. Comme le gouvernement néerlandais l'admet lui-même dans ses observations, elle est ainsi susceptible d'entraver, au moins indirectement, les échanges entre les États membres. Il y a donc lieu d'examiner si elle peut être justifiée par des raisons d'intérêt général tenant à la défense des consommateurs, raisons qui, selon les observations du gouvernement néerlandais et conformément à la «Warenwet», sont à base de la réglementation en cause.

11. Si une réglementation nationale concernant un produit déterminé comprend l'obligation d'utiliser une dénomination suffisamment précise pour permettre à l'acheteur de connaître la nature du produit et de le distinguer des produits avec lesquels il pourrait être confondu, il peut certainement être nécessaire, pour donner aux consommateurs une protection efficace, d'étendre cette obligation également aux produits importés, même de manière à imposer la modification des étiquettes

originaires de certains de ces produits. Sur le plan de la législation communautaire, cette éventualité est reconnue par plusieurs directives relatives au rapprochement des législations des États membres concernant certaines denrées alimentaires, ainsi que par la directive 79/112 du Conseil, du 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard (JO L 33, p. 1).

12. Cependant, la nécessité d'une telle protection n'existe plus lorsque les indications portées sur l'étiquette originaire du produit importé ont un contenu informatif, quant à la nature du produit, qui comporte au moins les mêmes informations et qui est aussi compréhensible pour les consommateurs de l'État importateur que la dénomination exigée par le réglementation de cet État. Dans le cadre de l'article 177 du Traité, les appréciations de fait nécessaires en vue d'établir l'existence ou non d'une telle équivalence relèvent de la compétence du juge national.

13. Dans leurs observations, tant la Commission que le gouvernement néerlandais tirent des arguments de l'existence, dans la réglementation néerlandaise, de plusieurs dispositions prévoyant des exemptions. Le gouvernement souligne la possibilité, suivant l'article 2 du «Likeurbesluit», de permettre une appellation généralement en usage dans la pratique commerciale pour désigner une liqueur ainsi que l'article 14, paragraphe 4, de la «Warenwet» qui prévoit la possibilité d'accorder des exemptions à toute règle adoptée en vertu dudit article. La Commission, au contraire, estime que les exceptions prévues à l'article 2 du «Likeurbesluit» ont pour effet d'opérer une discrimination à l'égard des produits importés et relativement peu connus sur le marché néerlandais.

14. Face à ces arguments, il y a lieu de rappeler qu'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. Par contre, pour une mesure justifiée par des raisons reconnues par le Traité, celui-ci n'interdit pas, en principe, de prévoir la possibilité de dérogations par des décisions individuelles laissées à l'appréciation de l'administration. Cependant, des règles d'exception ne doivent pas conduire à favoriser les produits nationaux, ce qui constituerait une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée à l'encontre des produits importés d'autres États membres. Sous cette dernière réserve, il ne semble pas que les exemptions prévues par la réglementation néerlandaise apportent des éléments nouveaux concernant la question posée par le juge national.

15. Il convient donc de répondre à la question préjudicielle posée que l'extension, par un État membre, d'une disposition, prohibant la vente de boissons alcooliques déterminées sous une dénomination autre que celle prescrite par la législation nationale, aux boissons importées d'autres États membres de manière à rendre nécessaire une modification de l'étiquette sous laquelle la boisson importée est légalement commercialisée dans l'État membre exportateur, est à considérer comme mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, interdite par l'article 30 du Traité, dans la mesure où les indications portées sur l'étiquette originaire ont, pour les consommateurs, en ce qui concerne la nature du produit en cause, un contenu informatif équivalent à celui de la dénomination légalement prescrite. Les appréciations de fait nécessaires en vue d'établir l'existence ou non d'une telle équivalence sont à porter par le juge national.

#### *Sur les dépens*

16. Les frais exposés par le gouvernement du royaume des Pays-Bas et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet

d'un remboursement; la procédure revêtant, à l'égard du prévenu au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

*Par ces motifs,*

LA COUR

statuant sur la question à elle soumise par l'Economische Politie-rechter de l'Arrondissements-rechtbank de Assen, par jugement du 19 décembre 1979, dit pour droit:

- 1) L'extension, par un État membre, d'une disposition, prohibant la vente de boissons alcooliques déterminées sous une dénomination autre que celle prescrite par la législation nationale, aux boissons importées d'autres États membres de manière à rendre nécessaire une modification de l'étiquette sous laquelle la boisson importée est légalement commercialisée dans l'État membre exportateur, est à considérer comme mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, interdite par l'article 30 du Traité, dans la mesure où les indications portées sur l'étiquette originale ont, pour les consommateurs, en ce qui concerne la nature du produit en cause, un contenu informatif équivalent à celui de la dénomination légalement prescrite.
- 2) Les appréciations de fait nécessaires en vue d'établir l'existence ou non d'une telle équivalence sont à porter par le juge national.

PESCATORE

KOOPMANS

MACKENZIE STUART

O'KEEFFE

BOSCO

TOUFFAIT

DUE

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 16 décembre 1980.

*Le greffier*

*Le président faisant fonction*

A. VAN HOUTTE

P. PESCATORE  
président de la deuxième chambre

**GASTON SCHUL DOUANE EXPEDITEUR BV  
CONTRE INSPECTEUR DES DROITS D'IMPORTATION  
ET DES ACCISES, DE ROSENDAAL  
DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE, FORMEE PAR  
LE GERECHTSHOF DE 'S-HERTOGENBOSCH**

Recueil 1982, p. 1409

EN DROIT

1. Par arrêt du 19 décembre 1980, parvenu à la Cour le 30 janvier 1981, le Gerechtshof de 's-Hertogenbosch a posé, en vertu de l'article 177 du Traité CEE, quatre questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 13 et 95 du Traité CEE ainsi qu'à la validité de l'article 2, point 2, de la sixième directive 77/388 du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme (JO L 145, p. 1).

2. La société à responsabilité limitée Gaston Schul Douane Expéditeur BV, transitaire en douane, a importé le 16 février 1979 aux Pays-Bas un bateau de plaisance et de sport, à l'état de bien d'occasion, sur l'ordre et pour le compte d'un particulier domicilié aux Pays-Bas, lequel l'avait acheté en France à un autre particulier. L'administration fiscale néerlandaise a appliqué sur cette importation une taxe sur la valeur ajoutée au taux de 18% sur le prix de vente, taux normal appliqué à l'intérieur du pays pour les livraisons à titre onéreux de biens. C'est la perception de cette taxe qui fait l'objet du litige au principal.

3. L'administration néerlandaise s'est fondée sur la loi néerlandaise de 1968 relative à la taxe sur le chiffre d'affaires et notamment sur l'article 1 de celle-ci. En vertu de cette disposition, la taxe sur le chiffre d'affaires frappe, d'une part, les livraisons de marchandises et les prestations de services effectuées à l'intérieur du pays par des opérateurs commerciaux dans le cadre de leurs entreprises et, d'autre part, les importations de marchandises. Cette disposition met en oeuvre l'article 2 de la deuxième directive 67/228 du Conseil, du 11 avril 1967, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Structure et modalités d'application du système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JO, p. 1303), article qui a été repris en substance par l'article 2 de la sixième directive 77/388 du Conseil, du 17 mai 1977, précitée.

4. La réclamation contre cette décision ayant été rejetée au motif que la taxation avait été effectuée conformément à la législation néerlandaise, la société Gaston Schul s'est pourvue devant le Gerechtshof de 's-Hertogenbosch. Elle fait valoir que la taxation est contraire aux dispositions du Traité CEE, notamment aux articles 12 et 13, d'une part, et à l'article 95, d'autre part.

5. C'est en vue d'être mis en mesure d'apprécier ce moyen que le Gerechtshof a posé les questions préjudicielles suivantes:

- (1) La taxe sur le chiffre d'affaires qu'un État membre perçoit, en cas d'importation de marchandises d'un autre État membre qui sont livrées par un particulier doit-elle être considérée comme une taxe d'effet équivalent à des droits de douane à l'importation au sens de l'article 13, paragraphe 2, du Traité, si la taxe sur le chiffre d'affaires n'est pas perçue au titre de la livraison par un particulier de marchandises qui se trouvent déjà dans cet État membre?
- 2) En cas de réponse négative à la première question, la taxe sur le chiffre d'affaires qu'un État membre perçoit au titre de l'importation de marchandises d'un autre État membre qui sont livrées par un particulier doit-elle être considérée comme une imposition inté-



rieure supérieure à celle qui frappe les produits nationaux similaires, et ce au sens de l'article 95 du Traité, si aucune taxe sur le chiffre d'affaires n'est perçu au titre de la livraison de marchandises qui se trouvent déjà dans cet État membre, lorsque la livraison est effectuée par un particulier?

- 3) En cas de réponse affirmative à une des deux questions précédentes, faut-il alors admettre que l'article 2, point 2, de la sixième directive en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires est incompatible avec le Traité, et, partant, non valide, pour autant que cette disposition prescrit aux États membres d'assujettir à la taxe sur la valeur ajoutée l'importation de marchandises provenant d'autres États membres sans faire à cet égard une exception pour la livraison par des particuliers de marchandises, qui ne seraient pas assujetties à ladite, taxe si elle étaient livrées à l'intérieur de l'État membre concerné?
- 4) Une réponse affirmative à la question n.º 3 implique-t-elle qu'il est interdit à un État membre d'assujettir à la taxe sur la valeur ajoutée l'importation de marchandises provenant d'un autre État membre, livrées par un particulier, si la livraison de ces marchandises par un particulier à l'intérieur de l'État membre n'était pas assujettie à cette taxe?»

6. Les questions posées par la juridiction nationale visent en substance à savoir s'il est conforme aux dispositions du Traité, notamment aux articles 12 et 13, d'une part, et 95, d'autre part, qu'un État membre perçoive, conformément à des directives communautaires, la taxe sur le chiffre d'affaires, sous forme de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), à l'occasion de l'importation de produits en provenance d'un État membre, livrés par un non-assujetti (ci-après particulier).

7. La demanderesse au principal conteste la compatibilité de cette imposition avec le Traité en faisant valoir que les livraisons comparables effectuées à l'intérieur d'un État membre par un particulier ne seraient pas soumises à la TVA. Elle soutient, en outre, que la perception de la TVA à l'occasion de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier donne lieu à un cumul de taxes, étant donné que dans ce cas, à la différence des livraisons effectuées par des assujettis, il n'y aurait pas de dégrèvement sur la TVA perçue dans l'État membre d'exportation. En conséquence, la TVA perçue à l'occasion de l'importation de tels produits devrait être considérée soit comme une taxe d'effet équivalent à un droit de douane, soit comme une imposition intérieure discriminatoire.

#### *Sur le système commun de la taxe la valeur ajoutée*

8. Afin d'apprécier la portée de ces arguments et d'apporter les éléments nécessaires à une réponse aux questions posées, il y a lieu de rappeler brièvement les caractéristiques, pertinentes en l'espèce, du système de la taxe sur le chiffre d'affaires sous forme du système commun de la TVA.

9. Ce système commun a été instauré, sur la base des articles 99 et 100 du Traité, par la première directive 67/227 du Conseil, du 11 avril 1967, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires (JO, p. 1301). Il a été complété par la deuxième directive 67/228 du Conseil, de la même date, cette dernière ayant été remplacée par la sixième directive 77/388 du Conseil, du 17 mai 1977, précitée.

10. Le principe du système commun consiste, en vertu de l'article 2 de la première directive, à appliquer aux biens et aux services, jusqu'au stade du commerce de détail inclus, un impôt général sur la consommation exactement proportionnel au prix des biens et des services, quel que soit le nombre des transactions intervenues dans le processus de production et de distribution antérieur au stade d'imposition. Toutefois, à chaque transaction, la TVA n'est exigible que déduction faite du montant de la TVA qui a grevé directement le coût des divers éléments constitutifs du prix.

Le mécanisme des déductions est aménagé par l'article 17, paragraphe 2, de la sixième directive, de telle sorte que seuls les assujettis sont autorisés à déduire de la TVA dont ils sont redevables la TVA qui a déjà grevé les biens en amont.

11. C'est dans ce cadre général que s'inscrit l'article 2 de la sixième directive, aux termes duquel sont soumises à la TVA, d'une part, «les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux à l'intérieur du pays par un assujetti agissant en tant que tel» (point 1) et, d'autre part, «les importations de biens» (point 2). L'article 4 de cette directive définit comme «assujetti» quiconque accomplit, d'une façon indépendant et quel qu'en soit le lieu, une activité économique telle que les activités de producteur, de commerçant ou de prestataire de services, y compris les activités extractives, agricoles et celles des professions libérales ou assimilées. La «livraison d'un bien» est définie, à l'article 5, comme «le transfert du pouvoir de disposer d'un bien corporel comme un propriétaire», alors que «l'importation d'un bien» est définie, à la 7, comme «l'entrée de ce bien à l'intérieur du pays».

12. La sixième directive harmonise également les notions de fait générateur et d'exigibilité de la taxe (article 10), et porte harmonisation de la base d'imposition (article 11). Des exonérations sont prévues tant pour les opérations à l'intérieur du pays que pour les importations (articles 13 et 14). Les opérations à l'exportation et les opérations assimilées sont exonérées de la taxe (article 15).

13. Il convient de souligner que lesdites directives n'effectuent qu'une harmonisation partielle du système de la taxe sur la valeur ajoutée. Au stade actuel du droit communautaire, les États membres sont libres notamment de fixer le taux de la TVA, étant entendu toutefois que le taux applicable à l'importation d'un bien est celui appliqué à l'intérieur du pays pour la livraison d'un même bien (article 12 de la sixième directive).

14. L'analyse des caractéristiques du système commun de la TVA, ci-dessus rappelées, permet d'en déduire, d'une part, que, pour ce qui est des opérations à l'intérieur d'un État membre, le fait générateur de la taxe est constitué par la livraison d'un bien effectuée à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel, alors que, pour ce qui est des opérations à l'importation, le fait générateur est constitué par la seule entrée d'un bien à l'intérieur d'un État membre, qu'il ait ou non une transaction, que l'opération soit effectuée à titre onéreux ou à titre gratuit, par un assujetti ou par un particulier.

15. Il s'ensuit, d'autre part, que, si les livraisons à l'exportation elles-mêmes sont exonérées de la TVA, qu'elles soient effectuées par un assujetti ou un particulier, seuls les assujettis sont autorisés à exercer le droit à déduction. Par voie de conséquence, seuls les biens livrés à l'exportation par des assujettis ou pour leur compte peuvent être dégrevés de toute TVA de l'État membre d'exportation, les biens livrés à l'exportation par des particuliers ou pour leur compte restant grevés de cette taxe au prorata de leur valeur au moment de l'exportation. Étant donné que toutes les importations sont soumises à la TVA de l'État d'importation, il y a dans ce cas un cumul de taxes, tant de l'État d'exportation que de l'État d'importation.

16. C'est sur la base de ces éléments du système commun qu'il convient d'examiner les questions préjudicielles.

*Sur la première question: l'interprétation des articles 12 et 13 du Traité.*

17. Par la première question, le *Gerechthof* demande en substance si la perception de la TVA au titre de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, est compatible avec les articles 12 et 13 du Traité.

18. Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que l'interdiction dans les rapports entre États membres de taxes d'effet équivalent à des droits de douane vise toute taxe exigée à l'occasion ou en raison de l'importation et qui, frappant spécifiquement un produit importé, à l'exclusion du produit nationale similaire, a pour résultat, en altérant son prix de revient, d'avoir sur la libre circulation des marchandises la même incidence restrictive qu'un droit de douane.

19. La caractéristique essentielle d'une taxe d'effet équivalent à un droit de douane, qui la distingue d'une imposition intérieure, réside donc dans la circonstance que la première frappe exclusivement le produit importé en tant que tel, tandis que la seconde frappe à la fois les produits importés et les produits nationaux.

20. La Cour a toutefois reconnu qu'une charge pécuniaire qui frappe un produit importé d'un autre État membre, alors qu'elle ne frappe pas un produit national identique ou similaire, ne constitue pas une taxe d'effet équivalent mais une imposition intérieure au sens de l'article 95 du Traité, si elle relève d'un régime générale de redevances intérieures appréhendent systématiquement des catégories des produits selon des critères objectifs appliqués indépendamment de l'origine des produits.

21. Ces considérations font apparaître qu'une taxe du type de celle visé par la juridiction nationale ne réunit pas les éléments constitutifs d'une taxe d'effet équivalent à des droits de douane à l'importation, au sens des articles 12 et 13, paragraphe 2, du Traité. En effet, une telle taxe fait partie du système commun de la TVA dont la structure et les modalités déterminantes ont été arrêtées par des directives d'harmonisation du Conseil. Celles-ci ont instauré un mécanisme fiscal uniforme appréhendent systématiquement et selon des critères objectifs tant des opérations effectuées à l'intérieur des États membres que les opérations à l'importation. Il convient de relever à cet égard notamment que le système commun assujetti au même taux les importations et les livraisons d'un même bien à l'intérieur d'un État membre. En conséquence la taxe litigieuse doit être considérée comme faisant partie intégrant d'un régime général d'impositions intérieurs au sens de l'article 95 du Traité, et sa compatibilité avec le droit communautaire doit être appréciée dans le cadre de cet article et non pas dans celui des articles 12 et suivants du Traité.

22. Il y a donc lieu de répondre à la *première question* que la taxe sur la valeur ajoutée qu'un État membre perçoit au titre de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, ne constitue pas une taxe d'effet équivalent à un droit de douane à l'importation au sens des articles 12 et 13, paragraphe 2, du Traité.

*Sur la deuxième question: l'interprétation de l'article 95 du Traité.*

23. Par la deuxième question, le *Gerechthshof* demande en substance si la perception de la TVA au titre de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, est compatible avec l'article 95 du Traité.

24. La requérant au principal estime que cette différence de traitement est contraire à l'article 95 du Traité, étant donné, d'une part, qu'elle défavorise la livraison de produits entre particuliers résident dans différents États membres par rapport à celle effectuée entre particuliers résident dans l'État membre d'importation, et, d'autre part, qu'elle donne lieu à un cumul de taxes en ce qui concerne les produits livrés par des particuliers à travers la frontière, lesquels — contrairement aux produits livrés par des assujettis — ne sont pas dégrévés à l'occasion de l'exportation.

25. Les États membres, parties à l'instance, le Conseil font valoir que l'élimination du cumul de taxes à l'intérieur de la Communauté, pour souhaitable qu'elle soit, ne peut se faire que par la voie d'une harmonisation progressive des régimes fiscaux nationaux, conformément à l'article 99 ou 100 du Traité, et non pas par l'application de l'article 95. A l'appui de cette thèse, il a été allégué que le cumul de taxes est un corollaire du fait que le Traité, en réservant la compétence en matière d'imposition intérieures aux États membres, a laissé subsister les frontières fiscales.

26. Dans le système du Traité, les dispositions de l'article 95 du Traité, conjointement avec celles relatives à la suppression des droits de douane et des taxes d'effet équivalent, ont pour but d'assurer la libre circulation des produits, à l'intérieur de la Communauté, dans des conditions normales de concurrence, par l'élimination de toute forme de protection pouvant résulter de l'application d'impositions intérieures discriminatoires à l'égard de produits en provenance d'autres États membres.

27. L'article 95 du Traité se fonde essentiellement sur une comparaison des impositions intérieures qui frappent les produits importés avec celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires. En vue de l'application correcte de cette disposition, il convient de comparer, du point de vue fiscal, ces produits en prenant en considération, à chaque stade de production ou de commercialisation, tant le taux de la taxe que son assiette et les modalités de sa perception.

28. L'article 95 du Traité ne fait pas obstacle à ce que l'importation d'un produit soit soumise à la TVA dans la mesure où la livraison d'un produit similaire, à l'intérieur du pays, y est également soumise. Il y a lieu, dès lors, d'examiner si l'importation d'un produit peut être soumise à la TVA lorsque la livraison d'un produit similaire, à l'intérieur du pays, soit en l'occurrence la livraison effectuée par un particulier, n'est pas soumise à la TVA.

29. A cet égard, les États membres, parties à l'instance, le Conseil et la Commission soutiennent que la soumission des importations à la TVA est admissible, pourvu que tant le taux de la TVA que son assiette et les modalités de sa perception soient les mêmes que ceux appliqués pour la livraison d'un produit similaire à l'intérieur de cet État membre par un assujéti. La taxation ne ferait que placer les produits importés dans le même position que les produits nationaux similaires, quant aux charges fiscales supportées par ces deux catégories. En effet, les produits nationaux auraient déjà été frappés de la TVA à l'intérieur de l'État membre à l'occasion de leur livraison à l'État neuf. Cette taxe se répercutant sur le prix de marché des biens d'occasion, la TVA appliquée à l'importation n'aurait pour effet que de compenser la rémanence de cette taxe et d'établir ainsi, dans la perspective d'une parfaite neutralité au regard des échanges intracommunautaires, l'égalité de traitement entre la production nationale et la production étrangère.

30. En revanche, la requérant au principal fait valoir que le principe de l'égalité de traitement est violé, étant donné que les produits importés par des particuliers sont déjà grevés de la TVA de l'État membre d'exportation, à défaut de leur dégrèvement à l'occasion de l'exportation.

31. Il convient de constater qu'au stade actuel du droit communautaire les États membres sont libres, en application de l'article 95, de compenser à l'occasion de l'importation de produits la TVA qu'ils perçoivent sur les produits nationaux similaires. Toutefois, une telle compensation n'est justifiée que dans la mesure où les produits importés ne supportent pas déjà une charge de la TVA dans l'État membre d'exportation, étant donné qu'autrement la taxation à l'importation se révélerait en réalité comme une charge supplémentaire qui grèverait les produits importés plus lourdement que les produits nationaux similaires.

32. Cette conception se dégage en premier lieu des termes de l'article 95 du Traité, lequel interdit de frapper, non seulement directement mais encore indirectement, les produits des autres États membres d'impositions intérieures supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires. Cette interdiction ne serait pas respectée si les produits importés pouvaient être soumis à la TVA applicable aux produits nationaux similaires sans qu'il soit tenu compte de la part de la TVA qui grève encore ces produits au moment de l'importation.

33. Une telle interprétation correspond à la nécessité de tenir compte des finalités du Traité, telles qu'énoncées aux articles 2 et 3 du Traité, parmi lesquelles figure, en premier lieu, l'établissement d'un marché commun. La notion de marché commun telle que la Cour l'a dégagée dans une jurisprudence constante, vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur. Il importe que les avantages de ce marché soient assurés, en dehors du commerce professionnel, également aux particuliers qui sont dans le cas de poursuivre des opérations économiques au-delà des frontières nationales.

34. Par voie de conséquence, il convient, en vue d'apprécier la compatibilité, avec les exigences de l'article 95, d'une imposition de la TVA aux produits en provenance d'un autre État membre livrés par des particuliers, dans la mesure où la livraison de produits similaires effectuée par des particuliers à l'intérieur de l'État membre d'importation n'est pas imposée, de prendre également en considération la TVA perçue dans l'État membre d'exportation. Partant, dans la mesure où un tel produit importé livré par un particulier, et ne pouvant pas légalement être dégrevé à l'occasion de l'exportation, reste effectivement grevé, au moment de son importation, d'une partie de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation, le montant de la TVA exigible à l'occasion de l'importation doit être diminué de la part résiduelle de la TVA de l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation. Le montant venant ainsi en diminution ne peut toutefois pas être supérieur au montant de la TVA effectivement acquité dans l'État membre d'exportation.

35. Les États membres, parties à l'instance, ont objecté à cette interprétation que la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation est difficile à vérifier, étant donné que tant le taux de la TVA que sont assiette ont pu varier dans le temps.

36. Sous ce rapport, il convient de relever qu'il appartient à celui qui demande la suppression ou la réduction de la TVA normalement perçue à l'occasion d'importation d'établir que les conditions pour en bénéficier sont remplies. Dès lors, il est loisible à l'État membre d'importation d'exiger d'un tel importateur de fournir les documents nécessaires prouvant la TVA perçue dans l'État membre d'exportation et qui grève encore le produit au moment de l'importation.

37. En outre, les États membres ont soutenu que l'établissement d'un régime assurant la parfaite neutralité des impositions intérieures au regard des échanges intracommunautaires ne pouvait se faire que par une application stricte du principe de la taxation dans l'État membre de destination, application qui présupposerait le dégrèvement complet de tous produits à l'exportation. Or, l'adoption d'une telle solution impliquent un choix politique appartiendrait aux institutions politiques de la Communauté.

38. Toutefois, si la mise en place d'un régime de parfaite neutralité concurrentielle comportant le dégrèvement complet à l'exportation appartient en effet au législateur communautaire, l'article 95 du Traité s'oppose, aussi longtemps qu'un tel régime n'est pas instauré, à ce qu'un État membre d'importation applique son régime de TVA aux produits importés d'une manière contraire aux principes de cette disposition.

39. Enfin, doivent être écartées également les objections tirées d'éventuelles difficultés d'ordre technique et administratif, qui résulteraient de la prise en considération de la TVA de l'État membre d'exportation, ainsi que celles tirées de la nécessité de prévenir des circuits frauduleux et des distorsions de la concurrence à l'intérieur de la Communauté. En effet, le premier ordre d'objections doit être écarté, étant donné qu'il incombe au particulier, qui veut se prévaloir du bénéfice de la suppression ou réduction de la TVA à l'occasion de l'importation, de fournir la preuve que les conditions sont remplies. Le deuxième ordre d'objections est sans pertinence du fait que la perception du montant différentiel de la TVA supprime l'incitation aux détournements de trafic.

40. Il y a donc lieu de répondre à la *deuxième question* que la taxe sur la valeur ajoutée qu'un État membre perçoit au titre de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, constitue une imposition intérieure supérieure à celle qui frappe les produits nationaux similaires, au sens de l'article 95 du Traité, dans la mesure où n'est pas prise en considération la part résiduelle de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation. La preuve des éléments justifiant la prise en considération de cette taxe incombe à l'importateur.

*Sur la troisième question: la validité de l'article 2, point 2, de la sixième directive.*

41. La troisième question concerne la validité de l'article 2, point 2, de la sixième directive dans la mesure où soumet à la TVA les importations de produits en provenance d'un autre État membre, livrés par un particulier.

42. Les exigences de l'article 95 du Traité sont de nature impérative et n'admettent pas de dérogation par un acte quelconque pris par une institution de la Communauté. Il ressort toutefois de ce qui précède que cette disposition n'interdit pas de façon générale de soumettre les importations de produits à la TVA lorsque la livraison des produits nationaux similaires à l'intérieur de l'État membre d'importation n'y est pas soumise, mais qu'elle oblige seulement de prendre en considération la part de la TVA de l'État membre d'exportation qui grève encore le produit au moment de son importation.

43. Par voie de conséquence, il n'y a pas lieu de considérer comme non valide l'article 2, point 2, de la sixième directive aux termes duquel «les importations de biens» sont soumises à la taxe. Il convient seulement de définir la portée de cette disposition en l'interprétant dans un sens conforme aux impératifs du Traité, tel qu'il a été indiqué ci-dessus.

44. Il y a donc lieu de répondre à la *troisième question* que l'article 2, point 2, de la sixième directive 77/388 du Conseil, du 17 mai 1977, est compatible avec le Traité et, partant, valide, étant entendu qu'il doit être interprété en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à l'obligation découlant de l'article 95 du Traité de prendre en considération, pour l'application de la taxe sur la valeur ajoutée aux importations de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, la part résiduelle de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation.

*Sur la quatrième question: l'effet direct de l'article 95 du Traité.*

45. La quatrième question concerne selon son libellé les seuls effets d'une éventuelle invalidité de l'article 2, point 2, de la sixième directive. Il ressort toutefois de son analyse, notamment

à la lumière des réponses donnés aux trois premières questions, que le juge national vise en substance l'effet direct de l'article 95 du Traité et les conséquences de cet effet direct sur les législations nationales et sur leurs conditions d'application.

46. Selon une jurisprudence constante de la Cour, cette disposition énonce une interdiction de discrimination qui constitue une obligation claire et inconditionnelle qui n'est assortie d'aucune condition ni subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte des institutions de la Communauté ou des États membres. Cette interdiction produit donc des effets directs et crée pour les particuliers des droits individuels que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder.

47. Par conséquent, dans la mesure où cette disposition, dans l'interprétation donnée par la Cour, limite les conditions d'imposition de la TVA au titre de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, les États membres sont tenus de s'y conformer et de laisser inappliquée toute disposition éventuellement contraire de leur loi nationale.

48. Il y a donc lieu de répondre à la *quatrième question* que l'article 95 du Traité interdit aux États membres de soumettre à la taxe sur la valeur ajoutée les importations de produits en provenance d'autres États membres livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, dans la mesure où n'est pas prise en considération la part résiduelle de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation.

#### *Sur les dépens*

Les frais exposés par les gouvernements néerlandais, français et italien, ainsi que par le Conseil et la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

#### *Par ces motifs,*

#### LA COUR

statuant sur les questions elle soumises par le *Gerechthof de 's-Hertogenbosch*, par arrêt du 19 décembre 1980, dit pour droit:

- 1) La taxe sur la valeur ajoutée qu'un État membre perçoit au titre de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, ne constitue pas une taxe d'effet équivalent à droit de douane à l'importation au sens des articles 12 et 13, paragraphe 2, du Traité.
- 2) La taxe sur la valeur ajoutée qu'un État membre perçoit au titre de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, constitue une imposition intérieure supérieure à celle qui frappe les produits nationaux similaires, au sens de l'article 95 du Traité, dans

la mesure où n'est pas prise en considération la part résiduelle de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation. La preuve des éléments justifiant la prise en considération de cette taxe incombe à l'importateur.

- 3) L'article 2, point 2, de la sixième directive 77/388 du Conseil, du 17 mai 1977, est compatible avec le Traité et, partant, valide, étant entendu qu'il doit être interprété en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à l'obligation découlant de l'article 95 du Traité de prendre en considération, pour l'application de la taxe sur la valeur ajoutée aux importations de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, la part résiduelle de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation.
- 4) L'article 95 du Traité interdit aux États membres de soumettre à la taxe sur la valeur ajoutée les importations de produits en provenance d'autres États membres livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, dans la mesure où n'est pas prise en considération la part résiduelle de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation.

	MERTENS DE WILMARS	BOSCO	TOUFFAIT
DUE	PESCATORE	MACKENZIE STUART	O'KEEFFE
KOOPMANS	EVERLING	CHLOROS	GRÉVISSE

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 5 mai 1982.

*Le greffier*

P. HEIM

*Le président*

J. MERTENS DE WILMARS



**Processo n.º 47/84 de 21.5.1985**

**STAATSSECRETARIS VAN FINANCIEN  
CONTRE GASTON SCHUL DOUANE — EXPEDITEUR  
DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE  
FORMEE PAR LE HOGE RAAD DER NEDERLANDEN**

**Recueil 1985, p. 1501**

**EN DROIT**

1. Par arrêt 15 février 1984, parvenu à la Cour le 28 février suivant, le Hoge Raad des Pays-Bas a posé, en vertu de l'article 177 du Traité CEE, deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 95 du Traité ainsi que des dispositions de la sixième directive 77/388 du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme (JO L 145, p. 1).

2. Le Hoge Raad a été saisi d'un pourvoi en cassation, de la part du secrétaire d'État aux Finances, contre l'arrêt que le Gerechtshof de s'Hertogenbosch a rendu, le 18 février 1983, en considération de l'arrêt de la Cour du 5 mai 1982 (Schul, 15/81, Rec. p. 1409).

3. Il convient de rappeler que le litige ayant donné lieu à cet arrêt concernait la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après TVA) à appliquer à l'importation aux Pays-Bas d'un bateau de plaisance et de sport, à l'état de bien d'occasion, sur l'ordre et pour le compte d'un particulier domicilié aux Pays-Bas, lequel l'avait acheté en France à un autre particulier. Conformément à sa législation nationale, l'administration fiscale néerlandaise avait appliqué, sur cette importation, une TVA au taux de 18% sur le prix de vente, taux-normal appliqué à l'intérieur du pays pour les livraisons à titre onéreux de biens.

4. Après avoir rappelé les caractéristiques du système commun de la TVA, l'arrêt du 5 mai 1982 a analysé la portée de l'article 95 du Traité pour la perception de la TVA au titre de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés à un particulier par un autre particulier, étant donné que les produits importés par des particuliers sont déjà grevés de la TVA de l'État membre d'exportation, à défaut de leur dégrèvement à l'occasion de l'exportation. Cette analyse a amené la Cour à la conclusion que l'article 2, paragraphe 2, de la sixième directive, en soumettant «les importations de bien» à la TVA, doit être interprété dans un sens conforme aux impératifs du Traité tels que découlant notamment de son article 95.

5 L'arrêt précité a dit pour droit que la TVA qu'un État membre perçoit au titre de l'importation de produits en provenance d'un autre État membre livrés par un particulier, lorsqu'une telle taxe n'est pas perçue au titre de la livraison de produits similaires effectuée par un particulier à l'intérieur de l'État membre d'importation, constitue une imposition intérieure supérieure à celle qui frappe les produits nationaux similaires, au sens de l'article 95 du Traité, dans la mesure, où n'est pas prise en considération la part résiduelle de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation.

6. L'arrêt explique à cet égard que, dans la mesure où un produit importé livré par un particulier, et ne pouvant pas légalement être dégrèvé à l'occasion de l'exportation, reste effectivement grèvé, au moment de son importation d'une partie de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation, le montant de la TVA exigible à l'occasion de l'importation doit être diminué de la part résiduelle de la TVA de l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation. Il ajoute que le montant venant ainsi en diminution ne peut pas être supérieur au montant de la TVA effectivement acquitté dans l'État membre d'exportation.

7. Le Gerechtshof de 's-Hertogenbosch, saisi à nouveau de l'affaire, a constaté que le bateau litigieux, construit sur le territoire de Monaco, avait été importé en France et que, à ce moment, les autorités fiscales françaises ont perçu le TVA due pour l'importation d'un bien. La valeur du bateau déclaré aux autorités françaises étant de 269 571 FF, la TVA française, au taux de 17,6%, s'élevait à 47 444,49 FF. Une année plus tard, le bateau a été vendu à un ressortissant néerlandais résident aux Pays-Bas moyennant une somme de 365 000 FF, montant supérieur au prix brut du bateau au moment de l'importation en France. Le taux de la TVA néerlandaise était de 18% lorsque le bateau a été importé aux Pays-Bas.

8. À la lumière de ces circonstances, le Gerechtshof a considéré que la TVA acquittée en France demeurait encore dans son ensemble incorporée dans la valeur du bateau au moment où celui-ci était importé aux Pays-Bas, la vente vers ce pays ayant été réalisée moyennant un prix plus élevé que la valeur déclarée aux autorités fiscales françaises. Le Gerechtshof a ensuite estimé que, d'après l'arrêt de la Cour du 5 mai 1982, la somme des montants de la TVA française et de la TVA à l'importation ne saurait dépasser le montant de la TVA néerlandaise prélevé sur un bateau similaire de valeur égale, hors taxe, livré à un particulier sur le territoire néerlandais. À cet effet, la valeur à l'importation devrait être calculée en soustrayant la taxe française actuellement payée du prix à l'importation aux Pays-Bas; sur cette base, une taxe néerlandaise de 18% devrait être calculée, dont le montant serait diminué de la taxe française affectivement acquittée.

9. Devant le Hoge Raad, l'administration des finances a fait valoir que l'article 95 du Traité, tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour du 5 mai 1982, fait obligation aux autorités fiscales de soustraire de la TVA à payer à l'importation la TVA résiduelle ayant été perçue dans le pays d'exportation et grevant encore le produit. Toutefois, cette disposition ne viserait pas la base d'imposition qui ne pourrait être autre que le prix payé à l'importation, comme il ressortirait aussi bien de la législation néerlandaise que de la sixième directive [article 11, partie B, paragraphe 1, sous a)]. Pour cette raison, le Gerechtshof aurait appliqué une méthode incorrecte de calcul.

10. Le Hoge Raad a constaté que la solution du problème soulevé dépendait de l'interprétation du droit communautaire et qu'il y avait lieu de poser des questions préjudicielles à la Cour. Ces questions sont ainsi libellées:

- 1) Lorsqu'une taxe sur la valeur ajoutée (ci-après TVA) est perçue par un État membre lors de l'importation d'un produit originaire d'un autre État membre, lequel est livré par un (particulier) non-assujéti, alors que cette taxe n'est pas perçue lors de la livraison par un particulier de produits similaires à l'intérieur de l'État membre d'importation, l'État membre d'importation doit-il, en vue d'éviter que cette taxe ne constitue une imposition intérieure supérieure à celle frappe les produits nationaux similaires au sens de l'article 95 du Traité CEE, tenir compte sur le montant de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation, qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation:
  - a) de manière telle que ce montant ne figure pas dans la base d'imposition de la TVA due à l'importation et soit en outre déduit de la TVA due à l'importation, ou
  - b) de manière telle que le montant en question soit seulement déduit de la TVA due à l'importation?
- 2) Comment doit être calculé le montant visé dans le cas décrit sous 1)?».

11. Ces questions reviennent à savoir si la part, résiduelle de la taxe grevant le produit importé en cas de vente de particulier à particulier doit entrer en ligne de compte pour le seul calcul du montant de la TVA à l'importation ou également pour la détermination de la base d'imposition (première question). La juridiction nationale demande en outre comment cette part résiduelle grevant le produit doit être calculée (deuxième question).

#### *Considérations générales*

12. La Commission a observé que la ligne de jurisprudence établie par l'arrêt du 5 mai 1982 est susceptible de donner lieu à certaines difficultés dans l'application pratique du régime de TVA à l'importation de biens livrés entre particuliers. En concertation étroite avec les administrations fiscales des États membres, la Commission se serait attachée à trouver des solutions, sous forme législative, pour certains problèmes pratiques. Sur la base de ces travaux, elle aurait établi une proposition de nouvelle directive, présentée au Conseil le 23 juillet 1984 [ proposition de seizième directive du Conseil en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: régime commun applicable à certains biens définitivement grevés de taxe sur la valeur ajoutée, importés par un consommateur fiscal d'un État membre en provenance d'un État membre (JO C 226, p. 2)].

13. Les problèmes pratiques à clarifier seraient notamment ceux de savoir comment il faut tenir compte de la TVA acquittée dans un autre État membre sans que l'État membre d'importation subisse une perte de revenus fiscaux; comment il convient de calculer le montant résiduel d'imposition contenu dans le prix d'achat; comment les autorités d'un État membre d'importation peuvent connaître les taux de TVA en vigueur au moment du premier achat dans le pays d'exportation; comment il faut calculer le montant de l'imposition résiduelle contenue dans le prix de vente, lorsque différentes transactions ont eu lieu dans trois ou quatre États membres différents; comment il faut résoudre les problèmes de preuve; quelle est la situation lorsque le prix du bien d'occasion est plus élevé que le prix du bien à l'état neuf; et, enfin, s'il faut prévoir une exemption.

14. La Commission est arrivée à la conclusion, sur la base des travaux et des consultations qui ont eu lieu, que la seule orientation fidèle à l'esprit de l'arrêt du 5 mai 1982 consiste à créer, pour le cas visé, l'obligation de l'État membre d'exportation de restituer à l'exportateur la partie résiduelle de l'imposition grevant encore le bien, de façon à permettre la perception d'une TVA à l'importation sur la base du montant pris en considération pour la restitution. En revanche, une solution différente devrait être envisagée pour le cas où le bien concerné a vu sa valeur augmenter: la Commission serait d'avis que, dans ce cas, aucune TVA ne doit être restituée à l'exportation, mais qu'à l'importation la TVA soit seulement perçue sur la différence de valeur entre le prix du bien d'occasion et celui du bien à l'état neuf. Toutes ces solutions ne pourraient cependant être réalisées que par la voie législative, à savoir par la modification des lois nationales concernant la TVA à l'importation, sur la base d'une nouvelle directive du Conseil.

15. Il convient d'observer à cet égard que l'application pratique du système commun de la TVA tel qu'institué par la sixième directive a donné lieu à des phénomènes de double imposition dans les échanges intracommunautaires dont la présente espèce fournit une illustration. En effet, une application des articles 2 et 11 de la sixième directive qui ne tiendrait pas compte de l'incidence, sur la perception de la TVA, des principes consacrés par l'article 95 du Traité aurait pour conséquence, dans de cas de la livraison d'un bien par un non-assujetti à un particulier domicilié dans un autre État membre, de soumettre ce bien à la perception de la TVA à l'importation au taux plein alors que ce bien reste grevé d'une charge de la TVA payée dans l'État membre d'exportation.

16. L'arrêt du 5 mai 1982 a déjà constaté que, si la mise en place d'une parfaite neutralité concurrentielle comportant éventuellement le dégrèvement complet à l'exportation appartient au législateur communautaire, l'article 95 s'oppose, aussi longtemps qu'un tel régime n'est instauré, à ce qu'un État membre d'importation applique son régime de TVA aux produits importés d'une manière contraire aux principes de cette disposition.

17. Il en résulte que, dans l'attente d'une solution législative, la perception de la TVA à l'importation doit tenir compte de l'incidence de l'article 95 du Traité. Dans ces circonstances, il appartient à la Cour d'établir des lignes directrices qui soient compatibles avec l'article 95 du Traité, conformes à l'économie générale de la sixième directive et suffisamment simples pour pouvoir être appliquées de façon uniforme dans l'ensemble des États membres.

*La base d'imposition (première question)*

18. Dans ses observations, le gouvernement néerlandais soutient que la TVA à l'importation est assise sur la valeur du bien au moment de son importation et que cette valeur comprend toutes taxes antérieurement payées, TVA incluse. Il ajoute que les mêmes règles sont appliquées aux transactions à l'intérieur du pays, les transactions entre particulières et assujettis portant sur des biens d'occasion étant soumises à la TVA calculée sur la base du prix d'achat toutes taxes comprises.

19. Selon le gouvernement français, il résulte des règles générales d'application de la TVA que la base d'imposition ne peut s'entendre que d'une valeur hors taxe. La seule question serait donc celle de savoir si la TVA antérieurement payée dans un autre État membre peut être considérée, par les autorités fiscales, comme une taxe qui grève encore le produit, mais cette question aurait reçu une réponse affirmative dans l'arrêt du 5 mai 1982.

20. Le transitaire en douane qui a importé le bateau litigieux et la Commission sont d'avis que l'arrêt précité a été fondé sur la comparaison de la situation d'un produit par un particulier avec celle d'un produit fabriqué et commercialisé dans l'État membre d'importation puis acheté par un particulier. Cette comparaison impliquerait que la base d'imposition est la même dans les deux hypothèses, soit une valeur hors taxe.

21. La Cour a considéré, dans l'arrêt précité, que l'interdiction de l'article 95 ne serait pas respectée si les produits importés pouvaient être soumis à la TVA applicable aux produits nationaux similaires sans qu'il soit tenu compte de la part de la TVA qui grève encore ces produits au moment de l'importation. Il en découle que cette part de la TVA ne fait pas partie de la base imposable sur laquelle la TVA à l'importation est assise, étant donnée que la base imposable des produits nationaux similaires est également une valeur hors taxe.

22. Cette conclusion implique, comme la juridiction nationale l'a indiqué dans la première question, sous a), que la montant de la taxe résiduelle qui grève le produit ne fasse pas partie de la base d'imposition de la TVA à l'importation et qu'il soit en outre déduit du montant de la TVA due à l'importation.

23. Il convient donc de répondre à la première question de la TVA perçue par un État membre lors de l'importation, en provenance d'un autre État membre, d'un produit livré par un non-assujetti, alors que cette taxe n'est pas perçue lors de la livraison par un produits similaires à l'intérieur de l'État membre d'importation, doit être calculée compte tenu du montant de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporé dans la valeur du produit au moment de son importation, de manière telle que ce montant ne fasse pas partie de la base d'imposition et soit en outre déduit de la TVA due à l'importation.

*La part résiduelle de la TVA grevant le produit (deuxième question)*

24. La deuxième question vise le calcul de la part résiduelle de la TVA de l'État membre d'exportation qui est encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation.

25. L'arrêt du 5 mai 1982 a précisé que le montant de cette part résiduelle ne peut pas être supérieur au montant de la TVA effectivement acquitté dans l'État membre d'exportation. Le *Gerechtshof* s'est basé sur cette précision pour considérer que, en cas d'augmentation de valeur du produit, entre le moment de la dernière perception de TVA dans le pays d'exportation et celui de l'importation, la part résiduelle de la taxe encore incorporée dans la valeur du produit équivaut au montant de la TVA effectivement payé dans le pays d'exportation.

26. Les gouvernements néerlandais et français sont d'avis que le montant de la TVA perçue dans l'État d'exportation ne peut pas être considéré comme étant entièrement incorporé dans la valeur du produit, celui-ci étant devenu entre-temps un bien usagé. Il faudrait donc admettre que la part résiduelle évoquée par l'arrêt du 5 mai 1982 s'entend de la seule partie de la TVA perçue dans l'État d'exportation qui peu être réputée n'avoir pas correspondu à une utilisation du produit dans cet État.

27. Pour cette raison, les deux gouvernements suggèrent l'application d'une règle d'amortissement de la taxe perçue dans l'État d'exportation. Un amortissement en fonction de la durée de vie du bien importé étant trop incertain pour pouvoir être admis, étant donné les différences entre les usages existant dans les différents États membres et dans les différents secteurs d'activité, il y aurait lieu de s'orienter vers le système prévu par l'article 20, paragraphe 2, de la sixième directive pour la régularisation des déductions des biens d'investissement qui ont été cédés après avoir été utilisés. Un tel système comporterait un amortissement de cinq ans et aurait donc pour résultat que la part résiduelle de TVA incorporée dans la valeur du bien importé correspond à la taxe effectivement perçue dans l'État membre d'exportation diminuée d'un cinquième par année civile, ou fraction d'année civile, écoulée depuis la date de cette perception.

28. La Commission s'est opposée à cette façon de voir. Elle fait valoir que la méthode proposée revient à une modalité forfaitaire du calcul de la part résiduelle de taxe, alors que la sixième directive est fondée sur le principe que la TVA à l'importation est assise sur le prix effectif à l'importation. D'ailleurs, la situation des biens d'investissement visée par l'article 20 de la sixième directive représenterait un cas spécial qui ne serait nullement comparable à celle des biens d'occasion importés par un particulier.

29. Schul considère que l'amortissement de la taxe perçue dans le pays d'exportation se traduira, dans la plupart des cas, par une diminution de la valeur du produit. C'est pour cette raison que le calcul de la part résiduelle devrait être fait sur la base du pourcentage du taux de TVA appliqué dans l'État membre d'exportation, étant entendu que ce montant ne saurait être supérieur au montant effectivement acquitté dans cet État. En cas d'augmentation de la valeur du bien, la part résiduelle correspondrait donc au montant effectivement acquitté, comme le *Gerechtshof* l'avait déjà constaté dans son arrêt du 18 février 1983.

30. La Commission s'est finalement, à l'audience, rangée au même avis.

31. La Cour adopte, après avoir pesé les arguments de part et d'autre, le même point de vue. Tout système forfaitaire, tel celui proposé par les gouvernements néerlandais et français, présenterait le désavantage de s'éloigner trop du régime de la sixième directive pour pouvoir être

développé par interprétation judiciaire. La méthode adoptée par le Gerechtshof reste, quels que soient ses mérites intrinsèques, porche de ce régime, tout en étant praticable et en respectant les dispositions de l'article 95 du Traité.

32. Cette méthode est en effet conforme à l'interprétation que l'arrêt du 5 mai 1982 a donnée à l'article 95 du Traité et aux dispositions de la sixième directive. Elle peut être appliquées sans grandes difficultés pratiques par les administrations fiscales puisque, en cas de dépréciation de la valeur du bien, la part résiduelle de taxe encore incorporée dans cette valeur est calculée, au moment de l'importation, en diminuant le montant de la TVA effectivement acquittée dans l'État membre d'exportation à proportion du pourcentage de la dépréciation constatée, alors que cette part résiduelle correspond simplement au montant de la taxe effectivement perçue en cas d'augmentation de la valeur du bien.

33. A cet égard, il y a lieu de rappeler que, comme l'a déjà constaté l'arrêt du 5 mai 1982, la preuve des éléments justifiant la prise en considération de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporée à la valeur du bien au moment de son importation incombe à l'importateur.

34. Il découle de tout ce qui précède que le montant de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporé dans la valeur du produit au moment de son importation équivaut:

- en cas de dépréciation de la valeur du produit entre le moment de la dernière perception de TVA dans l'État membre d'exportation et celui de l'importation au montant de TVA effectivement acquitté dans l'État membre d'exportation diminué à proportion du pourcentage de cette dépréciation;
- en cas d'augmentation de la valeur du produit au cours de cette même période au montant intégral de la TVA effectivement acquitté dans l'État membre d'exportation.

#### *Sur les dépens*

35. Les frais exposés par le gouvernement du Royaume des Pays-Bas, le gouvernement de la République française et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

*Par ces motifs,*

#### LA COUR (*quatrième chambre*)

Statuant sur les questions à elle soumises par le Hoge Raad des Pays-Bas, par arrêt du 15 février 1984, dit pour droit:

- 1) La TVA perçue par un État membre lors de l'importation, en provenance d'un autre État membre, d'un produit livré par un non-assujetti, alors que cette taxe n'est pas perçue lors de la livraison par un particulier de produits similaires à l'intérieur de l'État membre

d'importation, doit être calculée compte tenu du montant de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporé dans la valeur du produit au moment de son importation, de manière telle que ce montant ne fasse pas partie de la base d'imposition et soit en outre déduit de la TVA due à l'importation.

2) Le montant de la TVA acquittée dans l'État membre d'exportation qui est encore incorporé dans la valeur du produit au moment de son importation équivaut:

- en cas de dépréciation de la valeur du produit entre le moment de la dernière perception de TVA dans l'État membre d'exportation et celui de l'importation: au montant de TVA effectivement acquitté dans l'État membre d'exportation, diminué à proportion du pourcentage de cette dépréciation;
- en cas d'augmentation de la valeur du produit au cours de cette même période: au montant intégral de la TVA effectivement acquitté dans l'État membre d'exportation.

BOSCO

PESCATORE

KOOPMANS

BAHLMANN

O'HIGGINS:

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 21 mai 1985.

*Le greffier*

*Le président de la quatrième chambre*

P. HEIM

G. BOSCO

**PROCEDURE PENALE CONTRE KARL PRANTL  
DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE FORMEE PAR  
LE LANDGERICHT MÜNCHEN II**

Recueil 1984, p. 1299

EN DROIT

1. Par ordonnance du 12 janvier 1983, parvenue à la Cour le 28 janvier 1983, le Landgericht München II a posé, en vertu de l'article 177 du Traité, deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 30 et 36 du Traité, en vue d'être mis en mesure d'apprécier la compatibilité avec le droit communautaire de l'article 17 du règlement allemand sur le vin, le vin de liqueur et les boissons contenant du vin, en date du 15 juillet 1971 (Bundesgesetzblatt 1971, première partie, p. 926) (ci-après le règlement sur le vin).

2. Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre un ressortissant italien, M. Prantl, négociant en boissons, poursuivi pour avoir, du 3 décembre 1980 au 10 septembre 1981, importé, stocké et vendu en République fédérale d'Allemagne, par une action continue, du vin rouge italien provenant des caves Martini à Girlan (Province de Bolzano — Trentino Alto Adige), en utilisant de façon prétendument abusive des bouteilles dites de «Bocksbeutel».

3. La bouteille, dite «Bocksbeutel», est une bouteille pansue, de forme caractéristique, et les vins de qualité (VQPRD) produits en Franconie, en Franconie dite badoise et dans quatre communes situées dans la partie centrale du pays de Bade sont commercialisés dans cette bouteille. En Franconie, l'usage de cette bouteille a une tradition de plusieurs siècles.

4. En Italie, dans la province de Bolzano, l'usage de la bouteille du type «Bocksbeutel» a également une tradition plus que centenaire. La bouteille italienne traditionnelle du type «Bocksbeutel» est très légèrement plus ronde que la bouteille de «Bocksbeutel» de Franconie et elle a un col à peine plus court que celui de cette dernière.

5. Le règlement allemand sur le vin, dans sa version applicable aux faits faisant l'objet du litige au principal, dispose en son article 17 que:

«Seul peut être mis en bouteilles de «Bocksbeutel» de type traditionnel dans le commerce du vin de qualité B.A. provenant de la région déterminée de Franconie, du Taubertal, de Bade et du Schüpfergrund ainsi que des communes de Neuweire, Steinbach, Umweg et Varnhalt», et son article 23, paragraphe 2, que:

«Est puni, conformément à l'article 67, paragraphe 5, n.° 2, de la loi sur le vin, quiconque, en violation de l'article 17 met dans le commerce, en bouteilles de «Bocksbeutel», d'autres produits que ceux qui y sont indiqués.»

6. La partie défenderesse au principal a été acquittée le 6 juillet 1982, par l'Amsgericht de Miesbach, ce tribunal ayant estimé que si les bouteilles utilisées par M. Prantl étaient bien des bouteilles de «Bocksbeutel» de type traditionnel, au sens de l'article 17 du règlement sur le vin, cette dernière disposition n'était pas applicable en vertu des articles 30 et 36 du Traité.

7. Le ministère public a formé appel contre cette décision auprès du Landgericht München II, en soutenant, d'une part, que l'article 17 du règlement sur le vin ne constitue pas une restri-



ction quantitative à l'importation contraire à l'article 30 du Traité et, d'autre part, que cette disposition serait justifiée par l'intérêt du consommateur et la protection de la loyauté des échanges commerciaux.

8. Le Landgericht estime que les bouteilles utilisées par l'entreprise de M. Prantl «ressemblent beaucoup par leur forme à la bouteille de «Bocksbeutel» de Franconie et il incline à penser que ces bouteilles sont des bouteilles de «Bocksbeutel» de type traditionnel au sens de l'article 17 du règlement sur le vin. Toutefois, il s'est demandé si cette disposition, en cas d'importation de vin en provenance d'un autre pays membres, est compatible avec les articles 30 et 36 du Traité.

9. Aussi, le Landgericht München II a-t-il estimé nécessaire, avant de rendre son jugement sur la procédure pénale, que la Cour statue sur les questions préjudicielles suivantes:

- «1. L'article 17 du règlement relatif au vin, au vin de liqueur et aux boissons contenant du vin du 15 juillet 1971 (règlement sur le vin) équivaut-il pas ses effets à une restriction quantitative à l'importation interdite selon l'article 30 du Traité CEE?
2. Dans les conditions particulières de la présente affaire, l'article 17 du règlement sur le vin est-il applicable en vue de protéger les biens bénéficiant d'une protection juridique, cités à l'article 36 du Traité CEE?»

10. Ainsi que l'a fait remarquer, à juste titre, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, la Cour, statuant dans le cadre de l'article 177 du Traité, ne peut se prononcer sur l'interprétation et la validité de dispositions législatives ou réglementaires nationales. Toutefois, ainsi qu'il a été maintes fois jugé, elle peut fournir à la juridiction nationale des éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui permettront à celle-ci de résoudre le problème dont elle se trouve saisie.

11. Ainsi comprises, les questions posées reviennent à savoir si les articles 30 et 36 du traité doivent être interprétés comme s'opposant à des dispositions du type de celles édictées par la réglementation nationale visée.

*Sur l'application de la réglementation communautaire en matière d'organisation commune de marché viti-vinicole*

12. Il convient d'examiner préalablement les observations formulées à titre principal par la Commission, qui fait valoir qu'en matière d'organisation commune de marché viti-vinicole, il existe une réglementation communautaire exhaustive qui comprend toutes les dispositions utiles relatives à la présentation des vins et à l'utilisation de certains récipients en vue de permettre de distinguer la qualité et l'origine des vins. La Commission en déduit qu'il existe désormais des dispositions prévalant de droit communautaire et que les États membres n'ont plus compétence, depuis l'entrée en vigueur de cette réglementation, pour maintenir en vigueur ou édicter des mesures de droit interne dans le domaine considéré.

13. Il est exact que dès lors qu'une réglementation portant organisation commune de marché peut être considérée comme constituant un système complet, les États membres n'ont plus compétence en la matière, sauf dispositions spéciales en sens contraire.

14. Il est vrai également qu'à l'époque des faits soumis à l'appréciation de la juridiction nationale, les textes de droit communautaire relatifs à l'organisation commune du marché viti-vinicole (notamment le règlement n.º 337/79 du Conseil, du 5.2.1979, portant organisation commune du marché viti-vinicole, JO L 54, p. 1; le règlement n.º 335/79 du Conseil, du 5.2.1979, établissant les règles générales pour la désignation et la présentation des vins et des moûts de raisins, JO L 54, p. 99; le règlement n.º 2164/80 de la Commission, du 8.8.1980, portant septième modification du règlement n.º 1608/76, portant modalités d'application pour la désignation et la présentation

des vins et des moûts de raisins, JO L 214, p. 1; puis le règlement n.° 997/81 de la Commission, du 26.3.1981, portant modalités d'application pour la désignation et la présentation des vins et des moûts de raisin, JO L 106, p. 1) pouvaient être considérés comme constituant un système complet, notamment en matière de prix et d'intervention, de régime des échanges avec les pays tiers, de règles concernant la production et certaines pratiques oenologiques ainsi qu'en ce qui concerne les conditions de désignation des vins et d'étiquetage.

15. Toutefois, il convient d'observer que l'article 54, paragraphe 1, du règlement n.° 337/79 édicte des dispositions particulières selon lesquelles «le Conseil, statuant sur proposition de la Commission à la majorité qualifiée, arrête, si besoin est, les règles relatives à la désignation et à la présentation des produits énumérés à l'article 1. Jusqu'à la mise en application des règles visées au premier alinéa, les règles applicables en la matière sont celles arrêtées par les États membres». Or, le règlement n.° 335/79 s'est borné à préciser, en son article 40, que l'utilisation des récipients peut être soumise à certaines conditions à déterminer, assurant notamment la distinction de la qualité et de l'origine des produits et, en son article 43, que la désignation et la présentation des vins ne peuvent être susceptibles de créer des confusions sur la nature, l'origine et la composition du produit. Sur la question de la protection à accorder à certaines formes particulières de bouteilles, le règlement n.° 977/81 s'est borné, par son article 18, à protéger l'utilisation de la bouteille du type «flûte d'Alsace».

16. S'agissant du problème de la forme des bouteilles et de la protection qui peut s'y rattacher, qui revêt un caractère par rapport aux principes fondamentaux d'une organisation commune de marché, on ne saurait déduire des dispositions relatives à la protection de la «flûte d'Alsace» que le législateur communautaire a épuisé la compétence que lui a conférée l'article 54, précité. On peut d'ailleurs relever en ce sens que se poursuivent depuis plusieurs années, au niveau communautaire, des négociations en vue de parvenir à l'institution d'un régime de protection de la «Bocksbeutel» et que plusieurs propositions de règlement ont été élaborées sans succès à cet effet. Il apparaît ainsi que la législation communautaire n'a pas attribué une exclusivité de protection à la bouteille du type «flûte d'Alsace». Dès lors, l'article 54, paragraphe 1, du règlement n.° 337/79 précité permet, en cette matière, le maintien des règles arrêtées par les États membres, pour autant qu'elles ne méconnaissent pas les articles 30 et suivants du Traité.

17. Dans ces conditions, les observations présentées à titre principal par la Commission ne peuvent être accueillies et il y a lieu de répondre aux questions de la juridiction nationale relatives à l'interprétation des articles 30 et 36 du Traité.

*Sur l'article 30 du Traité (première question)*

18. Par cette question, la juridiction nationale demande, en substance, si l'article 30 du Traité doit être interprété en ce sens que constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative l'application, par un État membre, à l'importation de vin originaire d'un autre État membre, d'une réglementation qui réserve l'usage d'une forme de bouteille déterminée à certains producteurs nationaux et qui sanctionne l'utilisation d'une bouteille similaire par tout autre utilisateur.

19. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a soutenu que la disposition litigieuse du règlement sur le vin ne tombe pas sous la coup de l'article 30 du Traité dans la mesure où elle:

- ne constitue pas une mesure nationale susceptible d'affecter, de manière sensible, les échanges commerciaux intracommunautaires;

- s'applique indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés;
- sanctionne la seule utilisation des «Bocksbeutel» originales et ne concernent donc pas, normalement, les importateurs utilisant des bouteilles analogues, dès lors que celles-ci présentent des différences, mêmes légères, avec les bouteilles originales;
- est justifiée par des motifs tenant à la protection des consommateurs et à la loyauté des échanges commerciaux, la «Bocksbeutel» originale devant être regardée comme une désignation indirecte de provenance géographique.

20. Il convient de rappeler, en premier lieu, que l'article 30 du Traité, interdit, dans le commerce entre États membres, toute mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative. Aux fins de cette interdiction, il suffit que les mesures en question soient aptes à entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, les échanges entre les États membres, sans qu'il soit nécessaire que ces mesures soient de nature à affecter sensiblement les échanges intracommunautaires.

21. Il convient d'observer, en second lieu, ainsi qu'il a déjà été plusieurs fois jugé, qu'une réglementation nationale relative à la commercialisation d'un produit, même si elle s'applique sans distinction aux produits nationaux et importés, n'échappe pas à l'interdiction édictée à l'article 30 du Traité si elle comporte, en fait, des effets protecteurs en profitant à une production nationale typique et en défavorisant, dans la même mesure, diverses catégories de produits d'autres États membres.

22. A cet égard, une réglementation du type de celle édictée par l'article 17 du règlement sur le vin, en réservant l'usage d'une bouteille de forme déterminée à certains producteurs de vins nationaux, comporte des effets protecteurs, dans la mesure où elle favorise ces producteurs par rapport à ceux d'autres États membres qui embouteillent traditionnellement leurs vins dans des bouteilles de forme identique ou très voisine.

23. En effet, les producteurs de l'État membre d'exportation, désirant commercialiser leur vin dans l'État membre où a été prise la réglementation faisant l'objet du litige au principal, se voient imposer l'obligation de conditionner leur vin, pour un marché déterminé, dans des bouteilles différentes de celles qu'ils utilisent traditionnellement aussi bien dans leur pays d'origine que sur le marché des autres États membres. La commercialisation de ces vins serait rendue plus difficile ou plus onéreuse, notamment en raison des frais supplémentaires occasionnés par la nécessité de conditionner spécialement ces produits en vue de les rendre conformes aux exigences prévalant sur le marché de leur destination. Au surplus, ces mêmes producteurs seraient privés de l'avantage commercial que peut constituer, pour eux, l'utilisation, sur le marché où s'applique la réglementation en cause, du conditionnement traditionnel dans l'État ou la région d'origine.

24. Il apparaît ainsi qu'une telle réglementation, bien que s'appliquant indistinctement aux produits nationaux et importés comporte, en fait, des effets protecteurs. Elle ne saurait donc échapper, de ce fait, à l'interdiction édictée par l'article 30 du Traité.

25. Il est exact, en troisième lieu, ainsi qu'il a été plusieurs fois jugé, qu'en l'absence d'une réglementation commune exhaustive en matière de conditionnement des produits dont il s'agit, les obstacles à la libre circulation intracommunautaire résultant des disparités des réglementations nationales doivent être acceptés dans la mesure où une telle réglementation, indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, peut être justifiée comme étant nécessaire satisfaire à des exigences impératives tenant notamment à la défense des consommateurs et à la loyauté des transactions commerciales.

26. On ne saurait contester, dans son principe, la justification de mesures législatives ou réglementaires destinées à éviter la confusion, aux yeux du consommateur, entre des vins d'origine et

de qualité différentes. Ce souci est tout particulièrement respectable en matière de vins où les traditions et les spécificités jouent un rôle important. D'ailleurs, à cet égard, le préambule du règlement n° 355/79 déclare, en son deuxième considérant, que «le but de toute désignation et présentation doit être de fournir des informations aussi exactes et aussi précises qu'il est nécessaire pour l'appréciation des produits concernés par l'acheteur éventuel et par les organismes publics chargés de la gestion et du contrôle du commerce de ces produits; qu'il convient donc d'établir des règles susceptibles d'atteindre ce but», et en son troisième considérant qu'il convient de rechercher une information optimale des intéressés, tout en tenant compte des usages et traditions différents tant dans les États membres que dans les pays tiers ainsi que de l'évolution du droit communautaire».

27. Toutefois, s'agissant de déterminer si une réglementation nationale peut valablement, en vue de défendre une désignation indirecte d'origine géographique dans un souci de protection du consommateur, interdire la commercialisation de vins importés dans un certain type de bouteille, il y a lieu de faire remarquer que, dans un régime de marché commun, la défense des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales en matière de présentation des vins doivent être assurées dans le respect mutuel des usages loyalement et traditionnellement pratiqués dans les différents États membres.

28. Sur ce point, les débats menés devant la Cour ont fait apparaître que des bouteilles du même type que la «Bocksbeutel», ou ne présentant avec celle-ci que des différences imperceptibles par le consommateur, servent traditionnellement à commercialiser les vins originaires de certaines régions d'Italie. L'exclusivité de l'usage d'un type de bouteille, assurée par une réglementation nationale dans un État membre, ne saurait donc être opposée à l'importation de vins originaires d'un autre État membre, conditionnés dans les bouteilles de forme identique ou similaire en vertu d'un usage loyalement et traditionnellement pratiqué dans cet État membre.

29. Si le gouvernement allemand fait valoir que la commercialisation dans un même type de bouteille de vins de provenances différentes serait de nature à induire en erreur les consommateurs, il convient de relever que les dispositions communautaires relatives à l'étiquetage des vins, et notamment les articles 12 à 18 du règlement n° 355/79, relatifs à l'étiquetage des vins de qualité produits dans des régions déterminées, constituent une réglementation particulièrement élaborée permettant d'éviter les confusions redoutées.

30. Il y a donc lieu de répondre à la première question que l'article 30 du Traité doit être interprété en ce sens que constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative l'application par un État membre, à l'importation de vins originaires d'une autre État membre, d'une réglementation nationale réservant l'utilisation d'une forme déterminée de bouteille à certains producteurs nationaux, lorsque l'utilisation de cette forme de bouteille ou d'une forme analogue est conforme à un usage loyalement et traditionnellement pratiqué dans l'État d'origine.

*Sur l'article 36 du Traité (deuxième question)*

31. Par cette question, la juridiction nationale demande en substance si l'une des dérogations, édictées par l'article 36 du Traité, au principe fondamental de la libre circulation des marchandises, est de nature à justifier l'application d'une réglementation réservant à une catégorie de producteurs nationaux de vins l'utilisation d'une forme de bouteille déterminée.

32. A cet égard, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a fait valoir, en premier lieu, que l'article 17 du règlement sur le vin est justifié par des raisons d'ordre public, au

sens de l'article 36 du Traité, dès lors, que les prescriptions qu'il comporte sont assorties de sanctions pénales.

33. Il convient de remarquer qu'il ne suffit pas qu'une réglementation soit assortie de sanctions pénales pour relever de la notion d'ordre public, au sens de l'article 36 du Traité.

34. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a soutenu, en second lieu, que la présentation du vin de Franconie et du pays de Bade dans la «bouteille Bocksbeutel d'origine» constituerait une indication indirecte de provenance géographique et, par suite, un droit de propriété industrielle et commerciale des producteurs établis dans la région déterminée, que la réglementation litigieuse pourrait valablement protéger.

35. A cet égard et sans qu'il soit nécessaire de trancher les questions de droit posées par cette allégation, il suffit de relever qu'en tout état de cause les producteurs utilisant traditionnellement une forme de bouteille déterminée ne peuvent valablement se prévaloir d'un droit relevant de la propriété industrielle et commerciale pour faire obstacle à l'importation de vins originaires d'une autre État membre, conditionnés dans des bouteilles identiques ou similaires en vertu d'usages loyalement et traditionnellement pratiqués dans ce État.

36. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a fait remarquer enfin qu'une association allemande, dénommée «Frankenwein-Frankenland e. V.», dont l'objet est notamment d'assurer la protection du droit d'utilisation exclusive de la «Bocksbeutel» pour la mise en bouteille du vin de Franconie, a déposé le 4 juin 1978 un signe distinctif qui contient la reproduction d'une «Bocksbeutel originale» avec une étiquette figurative. Il en déduit que cette association est titulaire d'un droit de propriété industrielle et commerciale et que la valeur du signe distinctif ainsi déposé se trouverait affectée si la «Bocksbeutel originale» pouvait être utilisée pour des vins d'autres provenances.

37. Il convient de noter, sur ce point, que le dépôt par une association de producteurs d'un signe distinctif contenant la représentation d'une bouteille de forme déterminée avec une étiquette figurative et la protection qui en dérive ne sauraient avoir une incidence quelconque sur la question de savoir si une réglementation nationale réservant l'utilisation d'un bouteille de même forme aux producteurs de vins de certaines régions est justifiée au regard de l'article 36 du Traité.

38. Il y a donc lieu de répondre à la deuxième question de la juridiction nationale que l'article 36 du Traité doit être interprété en ce sens que les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation découlant d'une réglementation nationale réservant l'utilisation d'une forme de bouteille de vin à certains producteurs ou négociants nationaux ne peuvent être justifiées:

- par des raisons d'ordre public, que cette réglementation soit ou non assortie de sanctions pénales;
- par des raisons tenant à la protection de la propriété industrielle et commerciale, au motif que l'utilisation d'une telle bouteille est traditionnelle pour les producteurs nationaux, lorsque des bouteilles identiques ou similaires sont utilisées dans un autre État membre, en vertu d'usages loyalement et traditionnellement pratiqués pour la commercialisation de vins en provenance de cet État.

#### *Sur les dépens*

39. Les frais exposés par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, le gouvernement de la République italienne et la Commission des Communautés européennes, qui ont sou-

mis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

*Pas ces motifs,*

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le Landgericht München II, par ordonnance du 28 janvier 1983, dit pour droit:

- 1) L'article 30 du Traité doit être interprété en ce sens que constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative l'application, par un État membre, à l'importation de vins originaires d'un autre État membre, d'une réglementation nationale réservant l'utilisation d'une forme déterminée de bouteille à certains producteurs nationaux lorsque l'utilisation de cette forme de bouteille ou d'une forme analogue est conforme à un usage loyalement et traditionnellement pratiqué dans l'État d'origine.
- 2) L'article 36 du Traité doit être interprété en ce sens que les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation découlant d'une réglementation nationale réservant l'utilisation d'une forme de bouteille de vin à certains producteurs ou négociants nationaux ne peuvent être justifiées:
  - par des raisons d'ordre public, que cette réglementation soit ou non assortie de sanctions pénales;
  - par des raisons tenant à la protection de la propriété industrielle et commerciale, au motif que l'utilisation d'une telle bouteille est traditionnelle pour les producteurs nationaux, lorsque des bouteilles identiques ou similaires sont utilisées dans un autre État membre, en vertu d'usages loyalement et traditionnellement pratiqués pour la commercialisation de vins en provenance de cet État.

MERTENS DE WILMARS	KOOPMANS	GALMOT	PESCATORE	
MACKENZIE STUART	O'KEEFF	BOSCO	DUE	EVERLING

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 13 mars 1984.

*Pour le greffier*

*Le président*

J. A. POMPE

J. MERTENS DE WILMARS

greffier adjoint

**Processo n.º 229/83 de 10.1.1985**

**ASSOCIATION DES CENTRES DISTRIBUTEURS ÉDOUARD LECLERC  
CONTRE SA THOUARS DISTRIBUTION ET AUTRES  
ET SARL «AU BLÉ VERT» ET AUTRES.  
DEMANDE DE DECISION PREJUDICIELLE  
FORMEE PAR LA COUR D'APPEL DE POITIERS**

**Recueil 1985, p. 1**

**EN DROIT**

1. Par arrêt du 28 septembre 1983, parvenu à la Cour le 10 octobre 1983, la Cour d'appel de Poitiers a posé, en vertu de l'article 177 du Traité CEE, une question préjudicielle relative à l'interprétation de différentes règles du droit communautaire, et notamment des dispositions concernant le libre jeu de la concurrence dans le marché commun et des articles 3, sous f), et 5 du Traité CEE, en vue d'être mise en mesure d'apprécier la compatibilité avec le droit communautaire d'une législation nationale imposant à tout détaillant le respect d'un prix fixé par l'éditeur ou l'importateur pour la vente de livres.

2. Cette question a été soulevée dans le cadre d'un litige opposant l'Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc (ci-après Leclerc) et la société Thouars distribution & autres, qui fait partie de ce groupe d'entreprises, à plusieurs libraires établis à Thouars et à l'Union syndicale des libraires de France. Ce litige porte sur le respect des prix de vente au public fixés conformément à la loi n.º 81/766 du 10 août 1981 (JORF du 11 août 1981) relative au prix du livre.

3. Leclerc regroupe des magasins de détail dans toute la France dont les activités se situaient à l'origine dans le domaine de l'alimentation, et se sont étendues aux autres produits dont les livres. Ces magasins ont la réputation de pratiquer une politique de bas prix. Il ressort du dossier que la société Thouars Distribution, tout comme d'autres distributeurs appartenant à ce groupe, a vendu des livres à des prix inférieurs aux prix imposés conformément à la législation susmentionnée.

4. En vertu de la loi française du 10 août 1981, tout éditeur ou importateur de livres est tenu de fixer le prix de vente au public des livres qu'il édite ou importe. Les détaillants doivent pratiquer un prix effectif de vente au public entre 95 et 100% de ce prix. La loi prévoit des dérogations à l'obligation de respecter ce prix en faveur de certains organismes privés ou publics, tels que les bibliothèques et les établissements d'enseignement, et autorise des soldes sous certaines conditions. En cas d'infraction aux dispositions de la loi, des actions en cessation ou en réparation peuvent être introduites par des concurrents et par différents types d'associations, et des poursuites pénales sont prévues.

5. En ce qui concerne les livres importés, l'article 1<sup>er</sup>, dernier alinéa, de la loi de 10 août 1981 dispose que «dans le cas où l'importation concerne des livres édités en France, le prix de vente au public fixé par l'importateur est au moins égal celui qui a été fixé par l'éditeur». Le décret n.º 81-1068 du 3 décembre 1981 (JORF du 4 décembre 1981), pris en application de la loi du 10 août 1981, précise en outre qu'«est considéré comme importateur... le dépositaire principal de livres importés à qui incombe l'obligation prévue par l'article 8 de la loi du 21 juin 1943», à savoir l'obligation du dépôt légal d'un exemplaire complet à la régie de dépôt légal au ministère de l'Intérieur.

6. Statuant en référé commercial à la requête de plusieurs libraires concurrents, le président du tribunal de grande instance de Bressuire a ordonné à la société Thouars Distribution, sous peine

d'astreinte, de mettre le prix de vente des livres par elle offerts au public en conformité avec la loi du 10 août 1981 et dit que cette ordonnance est commune à Leclerc, appelé en intervention forcée.

7. La Cour d'appel de Poitiers, saisie en appel, a estimé que la solution de ce litige exigeait de rechercher si la loi du 10 août 1981 est de nature à porter atteinte aux règles communautaires relatives au libre jeu de la concurrence dans le marché commun, dès lors que ce texte apporte des restrictions considérables à la concurrence tant pour les livres édités en France que pour les livres importés et que les libraires des autres États membres ne subissent pas une telle limitation. Elle a donc posé à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Les articles 3, sous f), et 5 du Traité CEE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils interdisent l'institution dans un État membre, par voie législative ou réglementaire, pour les livres édités dans cet État membre et pour ceux qui y sont importés notamment des autres États membres, d'un système qui oblige les détaillants à vendre les livres au prix fixé par l'éditeur ou l'importateur sans pouvoir appliquer à ce prix un abattement supérieur à 5%?»

8. L'article 3, sous f), du Traité, auquel cette question fait référence fait partie des principes généraux du marché commun qui sont appliqués en combinaison avec les chapitres respectifs du Traité destinés à mettre en œuvre des principes. Cette disposition prévoit «l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun», objectif général explicité notamment par les règles de concurrence du chapitre 1<sup>er</sup> du titre I de la troisième partie du Traité. L'article 5, alinéa 2, du Traité, quant à lui, exige que les États membres «s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts... du Traité». La question posée par la juridiction nationale, au regard de la compatibilité avec ces dispositions d'une législation du type de celle décrite ci-dessus, vise donc à savoir si celle-ci est conforme aux principes et buts du Traité et aux dispositions du Traité qui les mettent plus spécifiquement en œuvre.

9. Il convient d'observer que les articles 2 et 3 du Traité visent la création d'un marché où les marchandises circulent librement dans des conditions de concurrence non faussées. Cet objectif est assuré notamment tant par les articles 30 et suivants concernant l'interdiction des restrictions au commerce intracommunautaire qui ont été évoquées au cours de la procédure devant la Cour que par les articles 85 et suivants concernant les règles de concurrence qu'il convient d'examiner en premier lieu.

#### *Sur l'application des articles 3, sous f), 5 et 85 du Traité*

10. Selon Leclerc, la loi française sur le prix du livre ne constitue pas une réglementation étatique des prix, mais une réglementation limitant la concurrence sur les prix, étant donné que le niveau de ces prix est librement fixé par les éditeurs et les importateurs. Cette loi devrait donc être examinée en premier lieu au regard des règles de concurrence du Traité. À cet égard, elle établirait un régime collectif de prix imposés que l'article 85, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Traité interdirait aux entreprises d'établir et qui serait contraire au régime de concurrence non faussé dans le marché commun que l'article 3, sous f), fixerait comme but à l'action de la Communauté. L'article 5, alinéa 2, du Traité comporterait donc l'obligation pour les États membres de s'abstenir de prendre de telles mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de l'article 85, en permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes de cet article, et de mettre ainsi en péril la réalisation d'un des buts du Traité.

11. Le gouvernement français estime que les articles 3, sous f), et 5 du Traité ne fixent que des principes généraux et ne créent pas, en eux-mêmes, d'obligations. En revanche, l'article 85 ne s'appliquerait qu'à certains comportements d'entreprises et ne saurait, même en combinaison



avec les articles 3, sous f), et 5, être interprété comme interdisant aux États membres d'adopter des mesures étatiques pouvant avoir un effet sur le libre jeu de la concurrence. La limitation de la concurrence sur les prix au niveau des détaillants, concurrence qui serait d'ailleurs libre au niveau des éditeurs, devrait être examinée sous les aspects des articles 30 et suivants, seuls articles pouvant entrer en compte en l'espèce.

12. La Commission estime que les articles 3, sous f), et 5 ne sauraient être interprétés de manière à priver les États membres de tout pouvoir dans le domaine économique en leur interdisant d'intervenir dans le libre jeu de la concurrence. L'article 85 ne visant que des comportements d'entreprises et non de mesures étatiques, ce ne serait que dans le cas exceptionnel où un État membre impose ou facilite la conclusion d'ententes prohibées ou en renforce les effets en les étendant à des tiers, ou encore poursuit le but spécifique de permettre à des entreprises de se soustraire aux règles communautaires de concurrence que l'adoption de telles mesures étatiques pourrait constituer un manquement aux obligations découlant de l'article 5, alinéa 2, du Traité. La compatibilité d'une législation du type de celle litigieuse avec le Traité serait donc à examiner dans le seul cadre des articles 30 et suivants.

13. Conformément à l'objectif énoncé à l'article 3, sous f), du Traité, sont incompatibles avec le marché commun et interdits, en vertu de l'article 85, paragraphe 1<sup>er</sup>, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction. Cette disposition vise donc de tels accords, décisions et pratiques concertées anticoncurrentiels de plusieurs entreprises, sous réserve des dérogations accordées par la Commission en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du Traité.

14. S'il est vrai que ces règles concernent le comportement des entreprises et non pas des mesures législatives ou réglementaires des États membres, ceux-ci sont néanmoins tenus, en vertu de l'article 5, alinéa 2, du Traité, de ne pas porter préjudice par leur législation nationale à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci, et de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises (cf. arrêts du 13 février 1969, *Walt Wilhelm* et autres, 14/68, Recueil p. 1 et du 16 novembre 1977, *Inno/ATAB*, 13/77, Recueil p. 2115).

15. Toutefois, une législation du type de celle en cause en l'espèce ne vise pas à imposer la conclusion d'accords entre éditeurs et détaillants ou d'autres comportements tels que ceux prévus à l'article 85, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Traité, mais exige la fixation unilatérale, en vertu d'une obligation légale, des prix de vente au détail par les éditeurs ou importateurs. Dans ces conditions, la question se pose de savoir si une législation nationale qui rend inutiles des comportements d'entreprises du type interdit par l'article 85, paragraphe 1<sup>er</sup>, en donnant aux éditeurs ou importateurs de livres la responsabilité de fixer librement les prix obligatoires au stade du commerce de détail, porte atteinte à l'effet utile de l'article 85 et est, par conséquent, contraire à l'article 5, alinéa 2, du Traité.

16. Dans ce contexte, il convient d'observer que le gouvernement français, pour justifier la législation en cause et tout en affirmant que l'article 85 du Traité n'est pas applicable aux mesures législatives, fait valoir que cette législation aurait pour but de protéger le livre en tant que support culturel contre les effets négatifs qui résulteraient, pour la diversité et le niveau culturel de l'édition, d'une concurrence sauvage sur les prix au détail. En outre, une loi comme celle en cause serait nécessaire pour maintenir l'existence des libraires spécialisés face à la concurrence d'autres

canaux de distribution, axés sur une politique de marges réduits et de diffusion d'un nombre limité de titres, et pour éviter que quelques grands distributeurs puissent imposer leur choix aux éditeurs au détriment de l'édition des livres de poésie, de science et de création. Il s'agit donc d'une mesure indispensable pour maintenir le livre en tant qu'instrument culturel qui trouverait son équivalent dans les systèmes pratiqués dans la plupart des États membres.

17. La Commission, qui estime également que l'article 85 du Traité, même en combinaison avec l'article 5, ne s'applique pas dans un cas comme celui de l'espèce, ne partage pas l'appréciation du gouvernement français sur la situation de la concurrence dans le domaine des livres. Elle a contesté l'utilité et l'opportunité de réglementations nationales particulières pour le marché des livres. La Commission a cependant admis que, dans la plupart des États membres, existent des accords ou des pratiques des éditeurs et des libraires concernant des prix imposés pour la vente au détail, même si les systèmes nationaux concernés comportent des différences notables, d'un État membre à l'autre, en ce qui concerne les conditions de leur application et leurs modalités.

18. Il est à noter que la Commission, qui a annoncé publiquement son intention d'entreprendre une étude de l'ensemble de ces systèmes et pratiques, n'a pas encore été en mesure ni de mener à terme cette étude ni de déterminer une ligne de conduite en ce qui concerne l'exercice, en la matière, des pouvoirs que lui confèrent le Traité et le règlement n.º 17. Elle n'a pas non plus, jusqu'à présent, pris d'initiative au sein du Conseil visant une quelconque action de celui-ci. Elle n'a, en outre, engagé aucune procédure au titre de l'article 85, du Traité, visant à interdire des systèmes ou pratiques nationaux de fixation des prix des livres.

19. Le seul décision de la Commission en matière de fixation des prix de vente des livres, laquelle a donné lieu à l'arrêt de la Cour du 17 janvier 1984 (VBVB et VBBB/Commission, 43 et 63/82, Recueil 1984, p. 19), concerne un accord transnational entre associations professionnelles dans deux États membres que la Cour a reconnu incompatible avec l'article 85, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Traité. Il est à rappeler que, dans le même arrêt, la Cour a fait remarquer que des pratiques législatives ou judiciaires nationales, à supposer même qu'elles soient communes à tous les États membres, ne sauraient s'imposer dans l'application des règles de concurrence du Traité. Toutefois, ni la décision de la Commission ni l'arrêt de la Cour n'ont pris position sur la compatibilité, avec l'article 85 du Traité, d'accords purement nationaux de fixation des prix.

20. Dans ces circonstances, il y a lieu de constater qu'il n'existe pas, jusqu'à présente une politique communautaire de concurrence concernant des systèmes ou pratiques purement nationaux dans le secteur des livres que les États membres seraient tenus de respecter en vertu de leur devoir de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du Traité. Il s'ensuit qu'en l'état actuel du droit communautaire, les obligations des États membres, découlant de l'article 5, en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85 du Traité, ne sont pas suffisamment déterminées pour leur interdire d'édicter une législation du type de celle litigieuse en matière de concurrence sur les prix de vente au détail des livres, à condition toutefois que cette législation respecte les autres dispositions spécifiques du Traité, et notamment celles qui concernent la libre circulation des marchandises qu'il convient en conséquence d'examiner.

#### *Sur l'application des articles 30 et 36 du Traité*

21. La Commission estime que la législation en question constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation interdite par l'article 30 du Traité. Deux dispositions de la loi du 10 août 1981 s'appliqueraient distinctement à l'égard des livres importés, à

savoir la disposition selon laquelle le prix des livres importés est fixé par l'importateur, étant entendu que le dépositaire principal du livre est considéré à cette fin comme l'importateur, et celle selon laquelle, dans le cas de l'importation de livres édités en France, le prix de vent doit être au moins égal au prix fixé par l'éditeur. Ces dispositions entraveraient les importations en mettant les importateurs dans l'impossibilité de pratiquer des prix moins élevés et en les privant de la possibilité de pénétrer le marché français au moyen de la concurrence sur le prix. Leclerc exprime en substance le même point de vue.

22. Selon le gouvernement français, une législation comme celle de l'espèce n'est pas contraire à l'article 30. Chaque État membre conserverait la liberté de réglementer son commerce intérieur. La restriction de la concurrence sur les prix au niveau des détaillants n'aurait aucun effet restrictif sur les importations. Les livres importés et les livres nationaux seraient traités de façon identique à cet égard. En ce qui concerne la fixation du prix par le dépositaire principal, la responsabilité de la fixation du prix des livres étrangers aurait été attribuée à celui qui remplirait sur le marché interne les fonctions commerciales équivalentes à celles de l'éditeur pour la diffusion de livres nationaux. La disposition concernant les livres édités en France et réimportés constituerait un complément indispensable pour rendre cohérent l'ensemble du dispositif de la législation et pour éviter le contournement de la loi par le biais des réimportations de livres.

23. Il y a lieu de rappeler qu'aux termes de l'article 30 du Traité CEE sont interdites les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent dans le commerce entre les États membres. Au sens de cet article, selon une jurisprudence constante de la Cour, toute mesure nationale susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative. Tel est notamment le cas d'une réglementation nationale qui règle différemment la situation des produits nationaux et celle des produits importés ou qui défavorise, de quelque façon que ce soit, l'écoulement sur le marché des produits importés par rapport aux produits nationaux.

24. Sous cet aspect, deux situations différentes auxquelles s'applique la législation nationale litigieuse au principal doivent être examinées en l'espèce, à savoir, d'une part, la situation des livres édités dans un autre État membre et importés dans l'État membre concerné et, d'autre part, la situation des livres édités dans l'État membre concerné lui-même et réimportés après avoir été préalablement exportés dans un autre État membre.

25. Pour autant qu'une législation comme celle litigieuse au principal s'applique aux livres édités dans un autre État membre et importés dans l'État membre concerné, il y a lieu de constater qu'une disposition selon laquelle il incombe à l'importateur du livre chargé d'accomplir la formalité du dépôt légal d'un exemplaire de ce livre, c'est-à-dire au dépositaire principal, d'en fixer le prix de vente transfère la responsabilité de fixer le prix de vente à un opérateur agissant à un autre stade de la chaîne commerciale que l'éditeur, et met tout autre importateur de ce même livre dans l'impossibilité de pratiquer le prix de vente qu'il juge adéquat à son prix de revient dans l'État d'éditation pour l'écoulement sur le marché de l'État d'importation. Contrairement à ce qu'a fait valoir le gouvernement français, une telle disposition ne se limite donc pas à assimiler le régime des livres importés à celui de livres nationaux, mais crée, pour les livres importés, une réglementation distincte qui est susceptible d'entraver le commerce entre les États membres. Une telle disposition doit donc être considérée comme une mesure d'effet équivalent interdite par l'article 30 du Traité.

26. En revanche, pour autant qu'une telle législation s'applique aux livres édités dans l'État membre concerné lui-même et réimportés après avoir été préalablement exportés dans un autre État membre, une disposition qui impose pour la vente de ces livres le respect du prix de vente fixé par l'éditeur ne constitue pas une réglementation qui fait une distinction entre les livres natio-

naux et les livres importés. Toutefois, une telle disposition défavorise néanmoins l'écoulement sur le marché des livres réimportés, dans la mesure où elle prive l'importateur d'un tel livre de la possibilité de répercuter sur le prix au détail un avantage tiré d'un prix plus favorable obtenu dans l'État membre d'exportation. Elle constitue donc une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation interdite par l'article 30.

27. Il convient d'ajouter qu'une telle constatation ne s'applique pas dans les cas où des éléments objectifs établiraient que les livres en cause auraient été exportés aux seules fins de leur réimportation dans le but de tourner une législation comme celle de l'espèce.

28. Afin de justifier les deux dispositions en cause, le gouvernement français a encore invoqué les exigences impératives de la défense des intérêts des consommateurs. A cette fin, il s'est référé à son opinion, mentionnée ci-dessus, concernant la nécessité de protéger le livre en tant que support culturel.

29. A cet égard, il y a lieu de constater qu'une réglementation nationale obligeant les commerçants à respecter certains prix pour la vente au détail, qui défavorise l'écoulement des produits importés sur le marché en peut être justifiée que pour les motifs prévus à l'article 36 du Traité.

30. En tant que dérogation à une règle fondamentale du Traité, l'article 36 est d'interprétation stricte et ne peut pas être étendu à des objectifs qui n'y sont expressément énumérés. Ni la défense des intérêts des consommateurs, ni la protection de la création et de la diversité culturelle dans le domaine du livre ne figurent parmi les raisons citées dans cet article. Il s'ensuit que les justifications invoquées par le gouvernement français ne saurait être retenues.

31. Il y a dès lors lieu de répondre à la question posée par la Cour d'appel de Poitiers:

- qu'en l'État actuel du droit communautaire, l'article 5, alinéa 2, en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85 du Traité, n'interdit pas aux États membres d'édicter une législation selon laquelle le prix de vente au détail des livres doit être fixé par l'éditeur ou l'importateur d'un livre et s'impose à tout détaillant, à condition que cette législation respecte les autres dispositions spécifiques du Traité, et notamment celles qui concernent la libre circulation des marchandises;
- que, dans le cadre d'une telle législation nationale, constituent des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation interdites par l'article 30 du Traité des dispositions,
- selon lesquelles il incombe à l'importateur d'un livre chargé d'accomplir la formalité du dépôt légal d'un exemplaire de ce livre, c'est-à-dire au dépositaire principal, d'en fixer le prix de vente au détail,
- ou qui imposent, pour la vente de livres édités dans l'État membre concerné lui-même et réimportés après avoir été préalablement exportés dans un autre État membre, le respect du prix de vente fixé par l'éditeur, sauf si des éléments objectifs établissent que ces livres ont été exportés aux seules fins de leur réimportation dans le but de tourner une telle législation.

#### *Sur les dépens*

Les frais exposés par le gouvernement français et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

*Par ces motifs,*

LA COUR,

statuant sur la question à elle soumise par la Cour d'appel de Poitiers, par arrêt du 28 septembre 1983, dit pour droit:

- 1) En l'état du droit actuel communautaire, l'article 5, alinéa 2, en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85 du Traité, n'interdit pas aux États membres d'édicter une législation selon laquelle le prix de vente au détail des livres doit être fixé par l'éditeur ou l'importateur d'un livre et s'impose à tout détaillant, à condition que cette législation respecte les autres dispositions spécifiques du Traité, et notamment celles qui concernent la libre circulation des marchandises.
- 2) Dans le cadre d'une telle législation nationale, constituent des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation interdites par l'article 30 du Traité des dispositions.
  - selon lesquelles il incombe à l'importateur d'un livre chargé d'accomplir la formalité du dépôt légal d'un exemplaire de ce livre, c'est-à-dire au dépositaire principal, d'en fixer le prix de vente au détail,
  - ou qui imposent, pour la vente de livres édités dans l'État membre concerné lui-même et réimportés dans un autre État membre, le respect du prix de vente fixé par l'éditeur, sauf si des éléments objectifs établissent que ces livres ont été exportés aux seules fins de leur réimportation dans le but de tourner une telle législation.

MACKENZIE STUART	BOSCO	KAKOURIS	O'OKEEFFE	
KOOPMANS	EVERLING	BAHLMANN	GALMOT	JOLIET

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 10 janvier 1985.

*Le greffier*

P. HEIM

*Le président*

A. J. MACKENZIE STUART

MINISTÈRE PUBLIC CONTRE XAVIER MIREPOIX

EN DROIT

1. Par jugement du 4 février 1985, parvenu à la Cour le 25 février 1985, le tribunal de police de Dijon a posé, en vertu de l'article 177 du Traité CEE, une question préjudice relative à l'interprétation des articles 30 et 36 du Traité CEE, concernant la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté.

2. Cette question a été soulevée dans le cadre d'une procédure pénale engagée contre M. Mirepoix, prévenu d'avoir importé, en vue de la vente sur le marché intérieur français, des oignons en provenance des Pays-Bas ayant fait l'objet d'un traitement au moyen d'une substance dénommée hydrazide maléique, dont l'emploi n'est pas autorisé en France.

3. Il ressort du dossier que cette substance est un produit chimique de synthèse appartenant au groupe des pesticides régulateurs de croissance. Lorsqu'elle est appliquée sur les feuilles de la plante, l'hydrazide maléique passe dans les tissus et ses résidus y persistent suffisamment longtemps pour empêcher la repousse pendant d'assez longues périodes. Il est constant que des oignons ainsi traités et mis sur le marché à l'état frais, ne peuvent avoir une teneur égale à zéro en résidus de cette substance, au cours du délai normal de mise sur le marché.

4. C'est par l'application des dispositions combinées de l'article 6 de l'arrêté du 20 juillet 1956, relatif au commerce des fruits et légumes (JORF du 9 août 1956, p. 7627), des articles R 5149 et R 5158 du Code de la santé publique, et de l'arrêté ministériel du 31 juillet 1968, que l'utilisation de l'hydrazide maléique est interdite dans toutes les cultures et récoltes pour lesquelles leur emploi n'a pas été autorisé expressément par arrêté du Ministre de l'Agriculture.

5. Devant la juridiction nationale, le prévenu a contesté la validité, au regard du droit communautaire, de cette réglementation sur le fondement de laquelle il était poursuivi. Estimant que sa décision dépendait de la question de savoir si cette réglementation était compatible avec les articles 30 et 36 du Traité CEE, le tribunal de police de Dijon a sursis à statuer et a posé à la Cour la question suivante:

«L'article 6 de l'arrêté du 20 juillet 1956 qui interdit la vente de fruits et légumes qui ont fait l'objet, avant ou après récolte, d'un traitement antiparasitaire ou chimique non autorisé, et qui a pour effet d'interdire l'importation en France des oignons en provenance notamment de Hollande traités avec des substances éprouvées facilement la conservation desdits oignons, substances au nombre desquelles se trouve l'hydrazide maléique, dont l'utilisation comme inhibiteur de germination est, semble-t-il, permise dans les autres pays de la CEE, est-il ou non constitutif d'une mesure ayant un effet équivalent à une mesure de restriction à l'importation au sens de l'article 30 du Traité de Rome?»

6. Il y a lieu de rappeler tout d'abord que statuant dans le cadre de l'article 177 du Traité CEE, la Cour n'a pas compétence pour apprécier la compatibilité de règles avec le droit communautaire. Elle peut seulement fournir à la juridiction nationale de éléments utiles d'interprétation du droit communautaire. Il convient dans ces conditions de considérer que, par la question posée, le juge national demande en substance si, au regard des articles 30 et 36 du Traité, une réglementation d'un État membre qui interdit la commercialisation de fruits et légumes qui ont fait l'objet

d'un traitement anti-parasitaire ou chimique non autorisé au moyen d'hydrazide maléique, et qui a pour effet d'interdire l'importation de produits ayant fait l'objet d'un tel traitement en provenance d'un autre État membre, peut être justifiée en tant que mesure nécessaire à la protection de la santé publique.

7. Selon M.Mirepoix, partie défenderesse au principal, la réglementation nationale en cause est contraire à l'article 30 du Traité et ne saurait bénéficier des dérogations prévues par l'article 36. En effet, il ne subsisterait plus de véritable incertitude sur la nocivité du produit en cause, la réglementation française ne serait pas strictement limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de protection de la santé et l'interdiction qu'elle édicte omettrait de concilier le souci de protection de la santé et l'impératif de mise en oeuvre de bonnes techniques de production et de commercialisation des produits agricoles.

8. Le Gouvernement français a fait valoir que la réglementation communautaire ne comprenant aucune disposition relative à l'utilisation de l'hydrazide maléique, les États membres conservent compétence pour réglementer la présence des résidus de ce pesticide dans les denrées alimentaires. L'interdiction édictée par la réglementation en cause serait justifiée du fait que la présence de résidus toxiques résulte nécessairement d'un traitement des oignons au moyen de l'hydrazide maléique. Dès lors, la question préjudice posée par le juge national devrait conduire à une solution identique à celle retenue par la Cour dans l'arrêt du 19 septembre 1984 (Albert Heijn, 94/83, non encore publié).

9. Selon le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, la mesure en cause constituerait une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation, au sens de l'article 30 du Traité, mais serait à l'évidence justifiée par des raisons de protection de la santé et de la vie des personnes au sens de l'article 36 du Traité. Il conviendrait en effet de tenir compte, d'une part, de l'incertitude des connaissances scientifiques sur les effets de ces pesticides, et d'autre part, des habitudes alimentaires des consommateurs, des conditions climatiques et des autres utilisations de l'hydrazide maléique qui diffèrent d'un État membre à l'autre. En effet, puisque c'est la quantité totale de ce pesticide et de substance aux effets voisins absorbée par le consommateur qui est décisive, les États membres seraient fondés à en réglementer l'utilisation de façon différente, même s'ils s'accordent sur la dose quotidienne maximale admissible.

10. La Commission a également insisté sur la similitude de la présente espèce avec celle ayant donné lieu à l'arrêt Heijn précité, en faisant remarquer toutefois qu'alors que dans cette dernière la réglementation nationale fixait une teneur maximale admissible du pesticide, la réglementation nationale en cause dans la présente espèce interdit tout traitement des oignons par l'hydrazide maléique. Selon la Commission «les articles 30 et 36 du Traité font obstacle à ce qu'un État membre interdise l'importation de fruits et légumes en provenance d'un autre État membre, au seul motif que ceux-ci ont fait l'objet dans le second État d'un traitement non autorisé par la réglementation du premier État. Il ne pourrait en être autrement que si le traitement en cause dépassait ceux acceptés par cet État membre pour des traitements comparables sur son territoire, dans le cadre de sa politique de pesticides dans les denrées alimentaires. A cet effet, les autorités de l'État membre importateur seraient tenues de prendre l'initiative de se procurer les renseignements nécessaires en demandant à l'importateur de présenter les données dont il dispose, en prenant contact avec les autorités de l'État membre qui a autorisé le traitement et en tenant compte des informations scientifiques disponibles». Dans la mesure où une réglementation nationale ne permettrait pas de procéder à un tel examen, ce qui serait le cas de celle en cause, elle serait contraire aux articles 30 et 36 du Traité.

11. Il convient liminairement de constater que l'usage du pesticide dont il s'agit en espèce réglementé ni par la directive 76/895 du Conseil, du 23 novembre 1976, concernant la fixation de teneurs maximales pour les résidus de pesticides sur et dans les fruits et légumes (JO L 340, p. 26), ni par la directive 79/117 du Conseil, du 21 décembre 1978, concernant l'interdiction de

mise sur le marché et l'utilisation de produits phytopharmaceutiques contenant certaines substances actives (JO L 33, p. 36).

12. L'interdiction prononcée par un État membre de toute utilisation de l'hydrazide maléique pour l'ensemble des cultures et récoltes et l'interdiction d'importation de tous produits traités avec une telle substance qui en résulte, sont de nature à affecter les importations en provenance d'autres États membres où le traitement au moyen de cette substance est totalement ou partiellement admis. Une telle réglementation constitue, de ce fait, une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative.

13. Cependant, ainsi que la Cour l'a relevé dans son arrêt du 19 septembre 1984, Heijn, précité, les pesticides représentent un danger important pour la santé des hommes et des animaux et pour l'environnement, ce qui a été reconnu au niveau communautaire, notamment dans le 5<sup>ème</sup> considérant de la directive 76/895 du Conseil, précitée, selon lequel «les pesticides n'ont pas uniquement des répercussions favorables sur la production végétale, étant donné qu'il s'agit en général de substances toxiques ou de préparations à effets dangereux». Il appartient dès lors aux États membres, en application de l'article 36 et à défaut d'harmonisation de la matière, de décider de niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes, tout en tenant compte des exigences de la libre circulation des marchandises telles qu'elles sont énoncées par le Traité et notamment par la dernière phrase de cet article.

14. Dès lors, il convient de rappeler, ainsi que la Cour l'avait affirmé dans l'arrêt Heijn précité, qu'en adoptant des mesures relatives à l'utilisation des pesticides les États membres doivent tenir compte du fait que ces substances sont à la fois nécessaires à l'agriculture et nocives à la santé humaine animale. Le fait que les quantités absorbées par le consommateur, notamment sous la forme de résidus sur les denrées alimentaires, sont imprévisibles et incontrôlables, justifie la nécessité de mesures rigoureuses afin de limiter les risques encourus par les consommateurs, comme l'a soutenu à juste titre le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne.

15. Ainsi, dans la mesure où la réglementation communautaire en la matière ne couvre pas certains pesticides, les États membres peuvent réglementer la présence des résidus de ces pesticides sur les denrées alimentaires d'une façon qui peut varier d'un pays à l'autre en fonction des conditions climatologiques, de la composition de l'alimentation habituelle de la population, ainsi que de l'état de santé de cette dernière.

16. Toutefois, les autorités de l'État membre importateur sont tenues de revoir une interdiction d'utilisation d'un pesticide ou une teneur maximale prescrite s'il leur apparaît que les raisons qui ont conduit à édicter de telles mesures ont été modifiées, par exemple à la suite de la découverte d'un nouvel usage pour tel ou tel pesticide, ou de l'évolution des données disponibles résultant de la recherche scientifique.

17. Elles doivent également permettre, selon une procédure facilement accessible aux opérateurs économiques, l'octroi de dérogations à la réglementation édictée, lorsqu'il apparaît qu'un usage déterminé du pesticide en cause ne présente pas de danger pour la santé publique.

18. Il convient donc de répondre à la question posée que dans l'état actuel de la réglementation communautaire relative aux produits alimentaires traités avec des pesticides, les articles 30 et 36 du Traité, non plus qu'aucune autre disposition du droit communautaire, ne font obstacle à ce qu'un État membre applique aux fruits et légumes importés d'un autre État membre sa réglementation nationale interdisant la commercialisation de ces produits lorsqu'ils ont fait l'objet d'un traitement à l'hydrazide maléique.



*Sur les dépens*

19. Les frais exposés par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtent à l'égard des parties au principal le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

*Por ces motifs,*

LA COUR (*III ème chambre*)

statuant sur la question à elle soumise par le tribunal de police de Dijon, par jugement du 4 février 1985, dit pour droit:

Dans l'état actuel de la réglementation communautaire relative aux produits alimentaires traités avec des pesticides, les articles 30 et 36 du Traité, non plus qu'aucune autre disposition du droit communautaire, ne font obstacle à ce qu'un État membre applique aux fruits et légumes importés d'un autre État membre sa réglementation nationale interdisant la commercialisation de ces produits lorsqu'ils ont fait l'objet d'un traitement à l'hydrazide maléique.

EVERLING

GALMOT

KAKOURIS

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 13 mars 1986.

*Le greffier*

*Le président de la IIIème chambre*

PHEIM

UEVERLING

**COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES  
CONTRE RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE**

1. Par requête déposée au greffe de la Cour le 6 juillet 1984, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du Traité CEE, en recours visant à faire reconnaître qu'en interdisant la commercialisation de bières légalement fabriquées et mises sur le marché dans un autre Etat membre lorsque ces bières ne sont pas conformes aux articles 9 et 10 du Biersteuergesetz (loi du 14 mars 1952, BGBl, I, p. 149), la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du Traité.

2. En ce qui concerne les faits de l'affaire, le déroulement de la procédure et les arguments des parties, il est renvoyé au rapport d'audience. Ces éléments du dossier ne sont repris ci-dessous que dans la mesure nécessaire au raisonnement de la Cour.

*Sur la législation interne applicable*

3. Au cours de la procédure devant la Cour, le Gouvernement allemand a fait de sa législation relative à la bière la présentation suivante qui n'a pas été contestée par la Commission et qui doit être retenue aux fins du présent litige.

4. Le Biersteuergesetz (loi fiscale sur la bière) comporte, pour ce qui intéresse le présent litige, d'une part des règles de fabrication qui ne s'appliquent comme telles qu'aux brasseries établies en République fédérale d'Allemagne, et, d'autre part, une réglementation sur l'utilisation de la dénomination «Bier» (bière) qui vaut tant pour les bières fabriquées en République fédérale d'Allemagne que pour les bières importées.

5. Les règles de fabrication sont énoncées dans l'article 9 du Biersteuergesetz. Le paragraphe 1 de cette disposition prévoit que pour la préparation de bière de fermentation basse, il ne peut être utilisé que du malt d'orge, du houblon, de la levure et de l'eau. Le paragraphe 2 du même article soumet la préparation de la bière de fermentation haute aux mêmes prescriptions, mais autorise toutefois l'utilisation d'autres malts et l'utilisation de sucre de canne, de sucre de betterave ou de sucre inverti techniquement pur, ainsi que de glucose et de colorants obtenus à partir de sucres des types précités. Dans son paragraphe 3, l'article 9 précise qu'il faut entendre par malt toute céréale portée artificiellement à germinaton. Il y a lieu de noter à cet égard que selon l'article 17, paragraphe 4, du règlement portant dispositions d'application du Biersteuergesetz («Durchführungsbestimmungen zum Biersteuergesetz» du 14 mars 1952) (BGBl, I, p. 153), le riz, le maïs et le sorgho ne sont pas des céréales au sens de l'article 9, paragraphe 3, du Biersteuergesetz. Des dérogations aux règles de fabrication des paragraphes 1 et 2 de l'article 9 du Biersteuergesetz peuvent, aux termes du paragraphe 7 de cette même disposition, être accordées sur demande dans des cas particuliers pour la préparation de bières spéciales et de bière destinée à l'exportation ou à des essais scientifiques. Par ailleurs, le paragraphe 8 de ce même article rend ses paragraphes 1 et 2 inapplicables aux brasseries qui ne produisent la bière que pour leur propre usage (Hausbrauer). Les règles de fabrication de l'article 9 du Biersteuergesetz sont assorties de sanctions pénales édictées par l'article 18, paragraphe 1, (1), de cette même loi.

6. La règle sur l'utilisation dans le commerce de la dénomination «Bier» (bière) est contenue dans l'article 10 du Biersteuergesetz. Aux termes de celui-ci, ne peuvent être commercialisées sous

la dénomination «Bier» (bière) — seule ou en tant qu'élément d'une dénomination composée —, ou bien sous d'autres appellations ou des représentations figuratives qui susciteraient l'impression qu'il s'agit de bière, que des boissons fermentées conformes aux prescriptions de l'article 9, paragraphes 1 et 2 et 4 à 6 du Biersteuergesetz. Cette règle ne comporte qu'une interdiction de commercialisation relative en ce sens que des boissons non conformes aux règles de fabrication énoncées ci-dessus peuvent être vendues sous d'autres dénominations, à condition que ces dénominations ne tombent pas sous le coup des restrictions énoncées par l'article 10. Cette règle de dénomination est assortie des sanctions pénales édictées par l'article 18, paragraphe 1, (4), du Biersteuergesetz.

7. Si des bières contiennent des additifs, leur importation en République fédérale d'Allemagne se heurte, à l'interdiction de commercialisation absolue édictée par une autre disposition législative, à savoir l'article 11, paragraphe 1, (2), de la loi régissant le commerce des denrées alimentaires, des produits à base de tabac, des produits cosmétiques et autres biens de consommation («Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen») («Lebensmittel — und Bedarfsgegenständegesetz») du 15 août 1974 (BGBl, I, p. 1945) (ci-après le LMBG).

8. Fondée sur des considérations de prévention sanitaire, cette dernière loi repose, en matière d'additifs, sur un principe d'interdiction, sous réserve d'autorisation. Dans son article 2, elle définit les additifs comme étant «les substances destinées à être ajoutées aux produits alimentaires pour influencer leurs caractéristiques ou pour obtenir des propriétés ou des effets particuliers» et exclut de cette définition «les substances d'origine naturelle ou chimiquement identiques aux substances naturelles et qui, d'après les usages, sont principalement utilisées en raison de leur valeur nutritive, olfactive ou gustative pour l'agrément, ainsi que l'eau potable et l'eau de table».

9. Dans son article 11, paragraphe 1, (1), le LMGB interdit l'utilisation d'additifs non autorisés, à l'état pur ou en composition avec d'autres substances, pour la fabrication ou le traitement à titre professionnel de produits alimentaires destinés à être commercialisés. Elle précise, dans le paragraphe 2, (1), et dans le paragraphe 3 du même article, que ne tombent pas sous le coup de cette interdiction les adjuvants techniques et les enzymes. Par adjuvants techniques, la loi entend selon le paragraphe 2, (1), du même article «les additifs qui sont séparés du produit alimentaire, soit totalement, soit de telle sorte qu'ils ne soient contenus dans le produit destiné au consommateur que sous forme de résidus techniquement inévitables et dépourvus d'effet du point de vue technologique, dans des proportions négligeables du point de vue de la santé, des odeurs et du goût»

10. Dans son article 11, paragraphe 1, (2), le LMGB interdit la commercialisation à titre professionnel de produits qui ont été fabriqués ou traités en violation de l'interdiction de fabrication énoncée au paragraphe 1, (1), ou qui ne sont pas conformes à un règlement pris sur la base de son article 12, paragraphe 1. En vertu de cette dernière disposition, un règlement ministériel approuvé par le Bundesrat peut autoriser l'emploi de certains additifs de manière générale, ou pour certains produits alimentaires ou encore pour certaines utilisations, dans la mesure où une telle autorisation est compatible avec la protection du consommateur compte tenu des nécessités technologiques, nutritionnelles et diététiques. Ces autorisations sont contenues dans les annexes du règlement concernant l'autorisation de l'emploi d'additifs dans les produits alimentaires. («Verordnung über die Zulassung von Zusatzstoffen zu Lebensmitteln») du 22 décembre 1981 (BGBl, I, p. 1633) (ci-après la «ZZuLV»).

11. En tant que denrée alimentaire, la bière tombe sous l'application de la législation sur les additifs, mais elle est soumise à cet égard à un régime particulier. Les règles de fabrication contenues dans l'article 9 du Biersteuergesetz excluent l'utilisation de toutes substances autres que celles qui y sont énumérées, y compris les additifs. Elles constituent dès lors des dispositions particulières

en matière d'additifs au sens de l'article 1, paragraphe 3, de la ZZuV. Cette disposition réserve l'application des règles qui interdisent, limitent ou autorisent l'utilisation d'additifs pour certains produits alimentaires dans des conditions différentes de celles de la ZZuV. L'utilisation d'additifs autorisés de manière générale ou pour certaines utilisations dans les annexes de la ZZuV est en conséquence exclue dans le cas de la bière. Cette exclusion ne vaut cependant que pour les substances qui constituent des additifs au sens du LMGB et pour l'emploi desquelles le LMGB lui-même, en tant que loi postérieure au Biersteuergesetz, ne prévoit pas de dérogation. L'interdiction des additifs dans la bière n'englobe donc ni celle des adjuvants techniques ni celle des enzymes.

12. Il en résulte que l'article 11, paragraphe 1, (2), du LMGB en liaison avec l'article 9 du Biersteuergesetz a pour effet d'interdire l'importation en République fédérale d'Allemagne des bières contenant des substances tombant sous le coup de l'interdiction d'utilisation des additifs édictée par l'article 11, paragraphe 1, (1), du LMGB.

#### *Sur l'objet du litige*

13. Il y a lieu de déterminer si le litige porte uniquement sur l'interdiction de commercialiser sous la dénomination «Bier» (bière) des bières qui ont été fabriquées dans d'autres États membres selon des règles ne correspondant pas à celles de l'article 9 du Biersteuergesetz ou bien s'il s'étend à l'interdiction d'importer des bières qui contiennent des additifs autorisés dans l'État membre de provenance mais interdits en République fédérale d'Allemagne.

14. Dans sa lettre de mise en demeure, la Commission a dirigé ses critiques contre les dispositions des articles 9 et 10 du Biersteuergesetz en ce qu'elles excluaient l'importation en République fédérale d'Allemagne de bières fabriquées légalement dans d'autres États membres, dès lors que ces bières n'avaient pas été brassées conformément aux dispositions applicables en République fédérale d'Allemagne. La Commission a estimé que cette interdiction de commercialisation ne pouvait être justifiée par des considérations d'intérêt générale tenant à la protection des consommateurs ou à la sauvegarde de la santé publique.

15. Dans sa réponse à cette lettre, le Gouvernement allemand a fait valoir que les dispositions législatives relatives à la pureté de la bière étaient indispensables à la sauvegarde de la santé publique parce que la fabrication de bière à partir des seules matières énumérées par l'article 9 du Biersteuergesetz permettait d'éviter le recours à des additifs. Dans une lettre complémentaire du 15 décembre 1982, adressée à un membre de la Commission, le Gouvernement allemand a repris cet argument, en précisant que la prescription de n'utiliser que les matières premières énumérées dans l'article 9 du Biersteuergesetz incluait l'interdiction destinée à sauvegarder la santé publique.

16. Dans son avis motivé, la Commission a maintenu son point de vue. Selon la Commission, le fait que la bière brassée selon la tradition allemande de la règle de pureté peut être fabriquée sans additifs ne permet pas d'exclure de manière générale la nécessité technologique d'utiliser des additifs pour de la bière brassée selon d'autres traditions ou à partir d'autres matières premières. La Commission estime que la question de la nécessité technologique d'utiliser des additifs ne peut être tranchée qu'en considération des méthodes de fabrication utilisées et par rapport à des additifs déterminés.

17. Dans sa réponse à cet avis motivé, le Gouvernement allemand a réitéré les considérations de prévention sanitaire qui justifiaient, selon lui, les dispositions des articles 9 et 10 du Biersteuergesetz. Il ne s'est toutefois pas expliqué sur la portée exacte de cette législation ni sur ses rapports avec le régime des additifs.

18. Dans les motifs de sa requête, la Commission a dénoncé les entraves aux importations qu'entraînait l'application du Biersteuergesetz aux bières fabriquées dans d'autres États membres à partir d'autres matières premières ou avec des additifs autorisés dans ces États.

19. Ce n'est qu'au stade de son mémoire en défense que le Gouvernement allemand a exposé que le régime de pureté de la bière reposait sur deux législations mais complémentaires, et qu'il a fait de sa législation la présentation reproduite ci-dessus.

20. Dans sa réplique, la Commission a exposé de façon distincte les objections qu'elle formulait à l'encontre de la règle de dénomination contenue dans l'article 10 du Biersteuergesetz et les objections qu'appelait de sa part l'interdiction absolue des additifs dans la bière. De l'avis de la Commission, la présentation complète du droit applicable fournie par le Gouvernement allemand ne modifie pas fondamentalement les données du présent litige. La Commission a insisté à cet égard sur le fait qu'elle n'avait pas dirigé son recours exclusivement contre les articles 9 et 10 du Biersteuergesetz mais qu'elle avait visé de façon générale l'interdiction de commercialiser de la bière en provenance d'autres États membres qui n'était pas conforme aux critères de fabrication contenus dans ces dispositions, le fondement législatif exact de cette interdiction étant par ailleurs sans importance.

21. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer, pour deux raisons, que le recours est dirigé à la fois contre l'interdiction de commercialiser sous la dénomination «Bier» (bière) des bières qui ont été fabriquées dans d'autres États membres selon des règles ne correspondant pas à celles de l'article 9 du Biersteuergesetz et contre l'interdiction d'importer des bières contenant des additifs dont l'emploi est autorisé dans l'État membre de provenance mais interdit en République fédérale d'Allemagne.

22. En premier lieu, en s'en prenant dès le début de la procédure précontentieuse à l'interdiction de commercialisation à laquelle se heurte en République fédérale d'Allemagne l'importation de bières en provenance d'autres États membres, dès lors qu'elles n'ont pas été brassées selon des règles correspondant à celles en vigueur en République fédérale d'Allemagne, la Commission a identifié dès l'origine la substance du manquement. Elle n'a visé l'article 9 du Biersteuergesetz que pour préciser ces règles. Ainsi que le Gouvernement allemand l'a exposé, la portée de cette disposition n'est d'ailleurs pas limitée aux matières premières mais s'étend aux additifs. Les arguments développés par la Commission au cours de la procédure précontentieuse au sujet du caractère inapproprié d'une interdiction absolue des additifs démontrent au surplus qu'elle avait l'intention d'inclure celle-ci dans l'objet de son recours.

23. En second lieu, il importe que c'est le Gouvernement allemand lui-même qui, dès le début de la procédure, s'est pour l'essentiel défendu sur le terrain des additifs et de la sauvegarde de la santé publique, ce qui, d'une part, implique qu'il avait compris et reconnu que l'objet du litige englobait aussi l'interdiction absolue d'emploi des additifs, et, d'autre part, exclut qu'il puisse y avoir atteint aux droits de la défense.

*Sur l'interdiction de commercialiser sous la dénomination «Bier» (bière) des bières ne répondant pas aux exigences de l'article 9 du Biersteuergesetz*

24. Il y a lieu de souligner d'abord que la règle de fabrication contenue dans l'article 9 du Biersteuergesetz ne saurait constituer en elle-même une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative interdite par l'article 30 du Traité, puisqu'elle ne s'applique qu'aux brasseries établies en République fédérale d'Allemagne. L'article 9 du Biersteuergesetz n'est en cause ici que dans la

mesure où l'article 10 du Biersteuergesetz, qui vise quant à lui aussi bien les produits importés d'autres États membres que les produits fabriqués sur le territoire national, s'y réfère pour déterminer les boissons pour la commercialisation desquelles la dénomination «Bier» (bière) peut être utilisée.

25. Pour ce qui est de cette règle de dénomination, la Commission admet que tant qu'une harmonisation n'a pas été réalisée au niveau communautaire, les États membres ont en principe compétence pour déterminer les règles relatives à la fabrication, à la composition et à la commercialisation des boissons. Elle souligne toutefois l'incompatibilité avec le droit communautaire d'une système qui, comme l'article 10 du Biersteuergesetz, interdit d'utiliser une dénomination générique pour le commerce de produits fabriqués en partie avec des matières premières, telles le riz et le maïs, autres que celles prescrites sur le territoire national. Une telle réglementation irait en toute hypothèse au-delà de ce qui est nécessaire à la protection du consommateur allemand, celle-ci pouvant fort bien être assurée par voie d'étiquetage ou d'avis. Elle constituerait donc une entrave interdite par l'article 30 du Traité.

26. Le Gouvernement allemand a d'abord cherché à justifier sa réglementation par des considérations de santé publique. Selon lui, l'utilisation de matières premières autres que celles admises par l'article 9 du Biersteuergesetz entraînerait inmanquablement le recours à des additifs. Lors de l'audience, le Gouvernement allemand a toutefois reconnu que l'article 10 du Biersteuergesetz, qui se réduit à une règle de dénomination, n'avait d'autre objectif que la protection des consommateurs. Ceux-ci associeraient la dénomination «Bier» (bière) à une boisson fabriquée à partir des seules matières premières énumérées dans l'article 9 du Biersteuergesetz. Il s'agirait donc d'empêcher qu'ils soient induits en erreur sur la nature du produit en étant amenés à croire qu'une boisson appelée «Bier» (bière) répond à la loi de pureté lorsque tel n'est le cas. Le Gouvernement allemand a maintenu que sa réglementation ne poursuivait aucune fin protectionniste. Il a souligné à cet égard que les matières premières dont l'utilisation est prescrite par l'article 9, paragraphe 1 et 2, du Biersteuergesetz ne sont pas nécessairement d'origine nationale et que l'emploi de la dénomination «Bier» (bière) est permis à tout opérateur qui commercialise des produits fabriqués selon les règles prescrites, règles qui peuvent aisément être respectées ailleurs qu'en République fédérale d'Allemagne.

27. Il convient d'abord de rappeler la jurisprudence constante de la Cour (en premier lieu arrêt du 11 juillet 1974, Procureur du Roi c. Dassonville, 8/74, Rec. p. 837) selon laquelle l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives édictée à l'article 30 du Traité englobe «toute réglementation commerciale des États membres susceptible de faire obstacle directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement au commerce intracommunautaire.

28. Il y lieu souligner ensuite qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour (notamment arrêt du 20 février 1979, Rewe, 120/78, Rec. p. 649 et arrêt du 10 novembre 1982, Rau, 261/81, Rec. p. 3961) «qu'en l'absence d'une réglementation commune de la commercialisation des produits dont il s'agit, les obstacles à la libre circulation intracommunautaire résultant de disparités des réglementations nationales doivent être acceptés dans la mesure où une telle réglementation, indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, peut être justifiée comme étant nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives tenant, entre autres à la défense des consommateurs. Encore faut-il qu'une telle réglementation soit proportionnée à l'objet visé. Si un État membre dispose d'un choix entre différentes mesures aptes à atteindre le même but, il lui incombe de choisir le moyen qui apporte le moins d'obstacles à liberté des échanges.»

29. Il n'est pas contesté que l'application de l'article 10 du Biersteuergesetz à des bières en provenance d'autres États membres pour la fabrication desquelles on a utilisé légalement d'autres matières que le malt d'orge et notamment du riz et du maïs, est susceptible d'entraver leur importation en République fédérale d'Allemagne.

30. Il reste donc à vérifier si cette application peut être justifiée par des exigences impératives tenant à la protection des consommateurs.

31. A cet égard, l'argument du Gouvernement allemand, selon lequel la règle de l'article 10 du Biersteuergesetz serait indispensable à la protection des consommateurs allemands parce que, dans l'esprit de ceux-ci, la dénomination «Bier» (bière) serait indissociable d'une boisson fabriquée à partir des seuls ingrédients prescrits par l'article 9 du Biersteuergesetz, doit être rejeté.

32. En premier lieu, les représentations des consommateurs qui peuvent varier d'un État membre à l'autre sont aussi susceptibles d'évoluer au fil du temps à l'intérieur d'un même État membre. L'institution du Marché commun est d'ailleurs un des facteurs essentiels qui peuvent contribuer à cette évolution. Alors qu'un régime de protection des consommateurs contre la tromperie permet de tenir compte de cette évolution, une législation du type de l'article 10 du Biersteuergesetz l'empêche de se produire. Ainsi que la Cour a déjà eu l'occasion de le souligner dans un autre contexte (arrêt du 27 février 1980, Commission c. Royaume Uni, 170/78, Rec. p. 417), il ne faut pas que la législation d'un État membre «serve à cristalliser des habitudes de consommation stabiliser un avantage acquis par les industries nationales qui s'attachent à les satisfaire.»

33. En second lieu, dans les autres États membres de la Communauté, les dénominations correspondant à la dénomination allemande «Bier» (bière) ont un caractère générique pour désigner une boisson fermentée fabriquée à base de malt d'orge, que celui-ci soit utilisé exclusivement ou concurremment avec du riz ou du maïs. Il en est de même en droit communautaire, ainsi qu'il ressort de la position 22.03 du tarif douanier commun. Le législateur allemand lui-même a utilisé la dénomination «Bier» (bière) de cette manière dans l'article 9, paragraphes 7 et 8, du Biersteuergesetz pour se référer à des boissons ne répondant pas aux règles de fabrication des paragraphes 1 et 2 du même article.

34. La dénomination allemande «Bier» (bière) et les dénominations correspondantes dans les langues des autres États membres de la Communauté ne sauraient donc être réservées aux bières fabriquées selon les règles en vigueur en République fédérale d'Allemagne.

35. Il est cetes régime de vouloir donner aux consommateurs qui attribuent des qualités particulières aux bières fabriquées à partir de matières premières déterminées la possibilité d'opérer leur choix en fonction de cet élément. Cependant, ainsi que la Cour l'a déjà souligné (arrêt du 9 décembre 1981, Commission c. Italie, 193/80, Rec. p. 3019), pareille possibilité peut être assurée par des moyens qui n'entravent pas l'importation de produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres, et notamment «par l'apposition obligatoire d'un étiquetage adéquat concernant la nature du produit vendu». En indiquant les matières premières utilisées dans la fabrication de la bière, «un tel procédé permettrait au consommateur de fixer son choix en toute connaissance de cause et assurerait la transparence des transactions commerciales et des offres au public». Il convient d'ajouter que ce système d'information obligatoire ne doit pas comporter d'appréciations négatives pour les bières qui ne sont pas conformes aux exigences de l'article 9 du Biersteuergesetz.

36. Contrairement à ce qu'a soutenu le Gouvernement allemand, pareil système d'information peut parfaitement fonctionner même pour un produit qui, comme la bière, n'est pas nécessairement livré aux consommateurs en bouteilles ou en boîtes pouvant être pourvues des mentions appropriées. Cela est à nouveau confirmé par la réglementation allemande elle-même. L'article 26, paragraphes 1 et 2, du règlement précité portant dispositions d'application du Biersteuergesetz

prévoit un système d'information du consommateur pour certaines bières, même lorsqu'elles sont débitées à la pression. Les informations requises doivent alors figurer sur les fûts ou les siphons.

37. Des considérations qui précèdent, il résulte que l'application de la règle de dénomination, contenue dans l'article 10 du Biersteuergesetz, aux bières importées d'autres États membres qui ont été fabriquées et commercialisées légalement dans ces États constitue un manquement par la République fédérale d'Allemagne aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du Traité.

*Sur l'interdiction de commercialisation absolue de bières contenant des additifs.*

38. Pour la Commission, l'interdiction de commercialisation absolue dont sont frappées les bières contenant des additifs ne saurait être justifiée par des considérations tenant à la sauvegarde de la santé publique. Selon l'institution requérante, les autres États membres font preuve d'une grande sévérité quant à l'utilisation des additifs dans les produits alimentaires, et n'autorisent l'emploi d'un additif donné qu'après que des examens minutieux aient établi son innocuité. Les bières fabriquées dans ces États qui contiennent des additifs qui y sont autorisés doivent, selon la Commission, être présumées ne comporter aucun danger pour la santé publique. Si la République fédérale d'Allemagne veut s'opposer à leur importation, c'est à elle qu'incombe, selon la Commission, la charge de prouver que ces bières sont dangereuses pour la santé publique. La Commission estime qu'en l'espèce une telle preuve n'a pas été apportée. Le régime des additifs applicable à la bière en République fédérale d'Allemagne serait en tout cas disproportionné en ce qu'il exclut complètement l'emploi d'additifs, alors que le régime qui est appliqué aux autres boissons, telles les boissons rafraîchissantes, est nettement plus souple.

39. Le Gouvernement allemand, quant à lui, estime qu'eu égard aux dangers résultant de l'utilisation des additifs, dont les effets à long terme ne sont pas encore connus, et compte tenu spécialement des risques que présentent l'accumulation des additifs dans l'organisme et leur interaction avec d'autres substances comme l'alcool, il est nécessaire de limiter le plus possible la quantité d'additifs absorbés. Comme la bière est un aliment largement consommé en Allemagne, le Gouvernement allemand considère qu'il est particulièrement indiqué d'exclure l'emploi de tout additif dans sa fabrication. Un tel choix s'imposerait d'autant plus que l'emploi des additifs n'est pas technologiquement nécessaire puisque l'utilisation des seuls ingrédients prescrits par le Biersteuergesetz permet de l'éviter. Dans ces conditions, le régime allemand des additifs applicable à la bière serait entièrement justifié par la nécessité de sauvegarder la santé publique et ne violerait pas le principe de proportionnalité.

40. Il n'est pas contesté que l'interdiction de commercialiser des bières qui contiennent des additifs entrave l'importation de bières en provenance d'autres États membres qui contiennent des additifs autorisés dans ces États et est donc dans cette mesure visée par l'article 30 du Traité. Il convient toutefois de vérifier si l'application de cette interdiction peut être justifiée, au titre de l'article 36 du Traité, par des raisons de protection de la santé des personnes.

41. Ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour (notamment arrêt du 14 juillet 1983, Sandoz, 174/82, Rec. p. 2445), «dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, il appartient aux États membres, à défaut d'harmonisation, de



décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et la vie des personnes, tout en tenant compte des exigences de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté».

42. De la jurisprudence de la Cour (et spécialement des arrêts du 14 juillet 1983, Sandoz, précité, du 10 décembre 1985, Motte, 247/84, et du 6 mai 1986, Muller, 304/84, non encore publiés), il résulte également que dans ces conditions, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres mettent en place une législation qui soumet l'utilisation d'additifs à une autorisation préalable accordée par un acte de portée générale pour des additifs déterminés, soit pour tous les produits, soit pour certains d'entre eux seulement, soit en vue de certains emplois. Une législation de ce type répond à un objectif légitime de politique sanitaire qui est de restreindre la consommation incontrôlée d'additifs alimentaires.

43. L'application aux produits importés des interdictions de commercialiser des produits contenant des additifs autorisés dans l'État membre de production mais interdits dans l'État membre d'importation n'est toutefois admissible que pour autant qu'elle soit conforme aux exigences de l'article 36 du Traité tel qu'il a été interprété par la Cour.

44. Il y a lieu de rappeler, en premier lieu, que dans ses arrêts Sandoz, Motte et Muller précités, la Cour a déduit du principe de proportionnalité, qui est à la base de la dernière phrase de l'article 36 du Traité, que les interdictions de commercialiser des produits contenant des additifs autorisés dans l'État membre de production mais interdits dans l'État membre d'importation doivent être limitées à ce qui est effectivement nécessaire pour assurer la sauvegarde de la santé publique. La Cour en a également conclu que l'utilisation d'un additif déterminé, admis dans un autre État membre, doit être autorisée dans le cas d'un produit importé de cet État membre, dès lors que, compte tenu, d'une part, des résultats de la recherche scientifique internationale et spécialement des travaux du comité scientifique communautaire de l'alimentation humaine et de la Commission du Codex Alimentarius de la FAO et de l'Organisation Mondiale de la Santé, et, d'autre part, des habitudes alimentaires dans l'État membre d'importation, cet additif ne présente pas un danger pour la santé publique et qu'il répond à un besoin réel, notamment d'ordre technologique.

45. Il convient de rappeler, en second lieu, qu'ainsi que la Cour l'a constaté dans son arrêt du mai 1986 (Muller, précité), le principe de proportionnalité exige également que les opérateurs économiques soient en mesure de demander, par une procédure qui leur soit aisément accessible et qui puisse être menée à terme dans des délais raisonnables, que sont autorisés par un acte de portée générale l'emploi d'additifs déterminés.

46. Il y a lieu préciser qu'une absence injustifiée d'autorisation doit pouvoir être mise en cause par les opérateurs économiques dans le cadre d'un recours juridictionnel. Sans préjudice de la faculté qu'elles ont de demander aux opérateurs économiques les données dont ceux-ci disposent et qui peuvent être utiles à l'appréciation des faits, c'est, ainsi qu'il a déjà été jugé dans l'arrêt du 6 mai 1986 (Muller, précité), aux autorités nationales compétentes de l'État membre d'importation qu'il incombe de démontrer que l'interdiction est justifiée par des raisons de protection de la santé de leur population.

47. Il importe de relever que le régime allemand des additifs applicable à la bière, d'une part, aboutit à une exclusion de tous les additifs autorisés dans les autres États membres, et non à une exclusion de certains d'entre eux justifiée concrètement par les dangers qu'ils comporteraient eu égard aux habitudes alimentaires de la population allemande, et, d'autre part, ne comporte aucune procédure qui permette aux opérateurs économiques d'obtenir que tel additif déterminé soit admis par un acte de portée générale dans la fabrication de la bière.

48. En ce qui concerne plus particulièrement la nocivité des additifs, le gouvernement allemand a fait état, en s'appuyant sur des expertises, des dangers inhérents à l'absorption d'additifs en général. Il a exposé qu'il importait, pour des motifs de prévention générale, de limiter le plus possible la quantité d'additifs absorbés et qu'il était particulièrement indiqué d'exclure complètement leur emploi dans la fabrication de la bière qui est un aliment largement consommé par sa population.

49. Il découle toutefois des tableaux des additifs admis pour les différents aliments, présentés par le Gouvernement allemand lui-même, que certains des additifs autorisés dans d'autres États membres dans la fabrication de la bière sont également admis par la réglementation allemande, et notamment par la ZZuIV, pour la fabrication de toutes ou de presque toutes les boissons. La seule référence aux risques potentiels résultant de l'absorption d'additifs en général et le fait que la bière soit un aliment largement consommé ne suffisent pas à justifier l'institution d'un régime plus sévère dans le cas de ce produit.

50. En ce qui concerne le besoin, notamment technologique, d'additifs, le Gouvernement allemand a fait valoir qu'il n'existait pas, dès lors que la bière était fabriquée selon le prescrit de l'article 9 de la Biersteuergesetz.

51. A cet égard, il convient de souligner qu'il ne suffit pas, pour exclure que certains additifs puissent répondre à un besoin technologique, d'invoquer le fait que la bière peut être fabriquée sans additifs dès lors qu'elle est fabriquée à partir des matières premières prescrites en République fédérale d'Allemagne. Pareille interprétation de la notion de besoin technologique, qui aboutit à privilégier les méthodes de production nationales, constitue un moyen de restreindre de façon déguisée le commerce entre États membres.

52. La notion de besoin technologique doit s'apprécier en fonction des matières premières utilisées et en tenant compte de l'appréciation qui en a été faite par les autorisés de l'État membre où le produit a été légalement fabriqué et commercialisé. Il convient de tenir compte également des résultats de la recherche scientifique internationale, et en particulier de ceux des travaux du comité scientifique communautaire de l'alimentation humaine et de la Commission du Codex Alimentarius de la FAO et de l'Organisation Mondiale de la Santé.

53. Dès lors, dans la mesure où le régime allemand des additifs relatif à la bière comporte une exclusion générale des additifs, son application aux bières importées d'autres États membres n'est pas conforme aux exigences du droit communautaire telles qu'elles ont été mises en évidence par la jurisprudence de la Cour, car elle est contraire au principe de proportionnalité et n'est donc pas couverte par l'exception de l'article 36 du Traité.

54. Des considérations qui précèdent, il y a lieu de conclure qu'en interdisant la commercialisation de bières légalement fabriqués et misés sur le marché dans un autre État membre lorsque ces bières ne sont pas conformes aux articles 9 et 10 du Biersteuergesetz, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du Traité.

#### *Sur les dépens*

55. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. La République fédérale d'Allemagne ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

#### *Par ces motifs,*

LA COUR

déclare et arrête:

1) En interdisant la commercialisation de bières légalement fabriquées et mises sur le marché dans un autre État membre lorsque ces bières ne sont pas conformes aux articles 9 et 10 du Biers-teuergesetz, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du Traité.

2) La République fédérale d'Allemagne est condamnée aux dépens.

MACKENZIE STUART	GALMOT	KAKOURIS	O'HIGGIES
SCHOCKWEILER	BOSCO	KOOPMANS	DUE
EVERLING	BAHLMANN		JOLIET
MOITINHO DE ALMEIDA	RODRIGUEZ IGLESIAS		

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 12 mars 1987.

*Le Greffier*

P. HEIM

*Le président*

A.J.MACKENZIE STUART

**COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES SOUTENUE  
PAR RÉPUBLIQUE FRANÇAISE CONTRE ROYAUME DE BELGIQUE**

Vu le rapport d'audience et à la suite de la procédure orale du 17 décembre 1986,  
ayant entendu les conclusions de l'avocat général présentées à l'audience du 26 février 1987,  
rend le présent

**ARRET**

1. Par requête déposée au greffe de la Cour le 19 novembre 1985, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du Traité CEE, un recours visant à faire constater que le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent au titre de l'article 95 du Traité CEE en appliquant un taux de TVA plus élevé aux vins de raisins frais, produits importés, qu'à la bière qui est une production interne.

2. Par ordonnance du 29 avril 1986, la République française a été admise à intervenir à l'appui des conclusions de la Commission.

3. Il ressort du dossier qu'en vertu de la législation belge, telle qu'elle est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1983, la livraison de certaines boissons destinées à la consommation domestique, et notamment celle de vins de raisins frais, est soumise à un taux de TVA de 25%. En revanche, le taux de la TVA applicable à la livraison de la bière destinée à la consommation domestique est de 19%. Étant donné que le Royaume de Belgique n'est pas producteur de vin mais dispose d'une importante production nationale de bière, il apparaît que la charge fiscale la plus lourde est supportée par le produit pour lequel la demande interne est, dans sa quasi-totalité, satisfaite par des importations, alors que le produit dont il existe une fabrication nationale importante supporte la charge fiscale la moins lourde.

4. En ce qui concerne les détails de la législation belge en cause, le déroulement de la procédure et les moyens et arguments des parties, il est renvoyé au rapport d'audience. Ces éléments du dossier ne sont repris ci-dessous que dans la mesure nécessaire au raisonnement de la Cour.

5. La Commission ayant fondé son recours sur la thèse que le vin et la bière sont des produits en concurrence au sens de l'article 95, deuxième alinéa, du Traité, relatif aux impositions intérieures de nature protectionniste, il convient d'abord de rappeler la portée de cette disposition.

6. Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que l'article 95, dans son ensemble, a pour but d'assurer la libre circulation des marchandises entre les États membres dans des conditions normales de concurrence, par l'élimination de toutes formes de protection pouvant résulter de l'application d'impositions intérieures discriminatoires à l'égard de produits des autres États membres et de garantir la parfaite neutralité des impositions intérieures au regard de la concurrence entre produits nationaux et produits importés.

7. Dans cette perspective, le deuxième alinéa de l'article cité a plus précisément pour fonction d'appréhender toute forme de protectionnisme fiscal indirect dans le cas de produits importés

qui, sans être similaires au sens du premier alinéa avec des produits nationaux, se trouvent néanmoins, avec certains d'eux, dans un rapport de concurrence même partielle, indirecte ou potentielle.

8. Les parties sont en désaccord sur l'application de ces critères à la législation belge en cause. La divergence concerne, d'une part, l'étendue du rapport de concurrence entre le vin et la bière et, d'autre part, le caractère protecteur ou non du régime fiscal en cause.

*Sur le rapport de concurrence entre le vin et la bière*

9. S'agissant du rapport de concurrence entre le vin et la bière, la Commission soutient que tous les vins de raisins frais doivent être considérés comme étant en concurrence avec la bière au sens de l'article 95, deuxième alinéa, du Traité. En revanche, le Gouvernement belge fait valoir que, compte tenu de la diversité de qualité et de prix existant entre les vins, seuls les vins légers et bon marché se trouvent dans une relation concurrentielle avec la bière.

10. A ce propos, il est à noter que, dans les arrêts des 27 février 1980 et 12 juillet 1983 (Commission c. Royaume-Uni, 170/78, Rec. 1980, p. 147 et 1983, p. 2265), la Cour a jugé que le vin et la bière sont, dans une certaine mesure, de nature à satisfaire des besoins identiques, de sorte qu'on doit admettre entre eux un certain degré de substitution. La Cour a précisé dans ces arrêts que, compte tenu des grandes différences de qualité et, partant, de prix existant entre les vins, la relation de concurrence déterminante entre la bière, boisson populaire et largement consommée, et le vin et les moins chers, et que c'est donc sur cette base qu'il convient de faire de comparaisons fiscales.

11. Ces considérations sont également valables dans le cadre de la présente affaire, le dossier ne faisant apparaître aucune particularité du marché belge qui puisse justifier une appréciation différente. Par conséquent, seuls les vins de consommation courante qui sont, en général, des vins bon marché, présentent suffisamment de propriétés en commun avec la bière pour constituer une alternative de choix pour le consommateur et peuvent donc être considérés comme entrant dans un rapport de concurrence avec la bière, au sens de l'article 95, deuxième alinéa, du Traité.

*Sur le caractère protecteur du régime fiscal en cause*

12. S'agissant de la question du caractère protecteur du régime d'imposition en cause, la Commission et le gouvernement français se fondent sur la thèse selon laquelle, une fois la relation de concurrence entre deux produits établie, toute différence dans les taux d'imposition appliqués à une même assiette, en l'occurrence la valeur, est contraire à l'article 95, deuxième alinéa, du Traité, sans qu'il soit besoin de prendre en considération en outre l'incidence de cette différence de taux sur le prix de détail et, partant, sur le choix du consommateur.

13. Selon le Gouvernement belge, en revanche, l'application de l'article 95, deuxième alinéa, suppose encore, à la différence de l'alinéa premier, que soit satisfaite une condition supplémentaire à savoir que la disparité de la charge fiscale soit susceptible d'exercer un effet protecteur en faveur des produits nationaux. Il s'agirait donc d'apprécier sur le plan économique les effets possibles de l'imposition en cause.

14. A cet égard, la Cour a indiqué, dans l'arrêt du 27 février 1980 (Commission c. France, 168/78, Rec. p. 347), qu'alors que le critère d'appréciation visé par le premier alinéa de l'article 95 consiste dans la comparaison des charges fiscales, que ce soit en fonction du taux, des conditions d'assiette ou d'autres modalités d'application, le deuxième alinéa, compte tenu de la diffi-

culté d'établir des comparaisons suffisamment précises entre les produits en cause, s'attache à un critère plus global, à savoir le caractère protecteur d'un système d'impositions intérieurs.

15. Il s'ensuit que l'appréciation de la compatibilité d'une charge fiscale déterminée avec le deuxième alinéa de l'article 95 doit se faire au regard des incidences de cette charge sur les rapports de concurrence entre les produits considérés. La question essentielle est donc de savoir si cette charge est ou non de nature à influencer le marché en cause en diminuant la consommation potentielle des produits importés au profit des produits nationaux concurrents.

16. Par conséquent, on ne saurait, lors de l'appréciation de la réalité de l'effet protecteur, faire abstraction de la différence existant entre les prix de vente respectifs de la bière et du vin qui se trouve en concurrence avec elle. A cet égard, le Gouvernement belge a indiqué que le prix d'un litre de bière, toutes taxes comprises, s'élève en moyenne à 29, 75 FB, tandis que le prix correspondant d'un litre de vin ordinaire est d'environ 125 FB, soit quatre fois plus que celui de la bière, ce qui correspondrait à une différence de prix à l'unité de 95,25 FB. Le Gouvernement belge en a conclu qu'à supposer même qu'un taux unique soit applicable aux deux produits, la différence de prix entre ceux-ci resterait toujours considérable; la réduction de cette différence serait à tel point négligeable qu'elle ne saurait influencer le choix du consommateur.

17. A l'encontre de cette argumentation, la Commission a attiré l'attention sur le fait que, dans deux établissements belges qu'elle a nommément désignés, les vins les plus courants se sont vendus à 61 FB le litre, y compris les taxes. Le Gouvernement belge n'a pas contesté ce chiffre mais a précisé que, selon les données qui lui auraient été fournies par l'une de ces deux établissements, les ventes de vins dont le prix est inférieur à 80 FB, et parmi lesquels se trouvent les vins vendus en sac de plastique de 5 litres ainsi que les vins réservés à l'usage culinaire, ne représentent qu'environ 15,6% du chiffre total des ventes de vin. Selon le Gouvernement belge, de tels vins devraient plutôt être comparés avec la bière de table qui se vendrait à partir de 17 FB le litre.

18. En présence de ces observations, force est de constater que la Commission n'a pas mis en évidence que l'écart entre les prix respectifs des qualités comparables de la bière et du vin soit à tel point mineur que la différence de 6% existant entre les taux de la TVA pour les deux produits est susceptible d'influencer le comportement du consommateur. La Commission n'a donc pas démontré l'existence d'un effet protecteur résultant de cette différence en faveur de la bière destinée à la consommation domestique.

19. La réalité d'un effet protecteur ne résulte pas davantage des données chiffrées, présentées par la Commission, relatives à l'évolution comparative de la consommation de la bière et du vin. A cet égard, la Commission a indiqué que la consommation de la bière en Belgique a atteint un sommet en 1973 et est baissée depuis lors. En revanche, la consommation du vin aurait triplé au cours des dernières vingt années; toutefois, depuis 1980 environ, l'accroissement de la consommation de vin se serait ralenti pour atteindre un palier en 1982 et 1983.

20. Si ces chiffres mettent en relief la tendance générale de la consommation des produits considérés, ils ne permettent pas d'établir avec certitude qu'il y a un lien de causalité entre les évolutions décrites et l'introduction, en 1977, d'un taux de TVA plus élevé pour le vin. Par conséquent, la Commission ne peut pas les invoquer utilement pour étayer sa thèse selon laquelle l'augmentation progressive de la consommation de vin a été freinée et finalement arrêtée précisément en raison de l'introduction d'un taux de TVA plus élevé pour le vin. Cette thèse ne semble d'ailleurs pas concorder avec le fait, relevé par le gouvernement belge et non contesté par la Commission, qu'entre 1978 et 1983, le taux de la TVA applicable à la bière a été majoré à trois reprises, sans que ces modifications de taux aient produit à moyen terme un effet restrictif sur la consommation de la bière, au bénéfice du vin.

21. Il résulte de ce qui précède que la Commission n'a pas établi la réalité du caractère protecteur du régime fiscal en cause. Par conséquent, le recours doit être rejeté.

*Sur les dépens*

22. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. La Commission des Communautés européennes ainsi que la République Française, partie intervenante à ses côtés, ayant succombé en leurs moyens, il y a lieu de les condamner solidairement aux dépens.

*Pas ces motifs,*

LA COUR

déclare et arrête:

1. Le recours est rejeté.
2. La Commission des Communautés européennes et la République Française supporteront solidairement les dépens.

MACKENZIE STUART

O'HIGGINS

SCHOCKWEILER

BOSCO

DUE

EVERLING

BAHLMANN

JOLIET

MOITINHO DE ALMEIDA

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 9 juillet 1987.

Le greffier

*Le greffier Le président*

P. HEIM

P.HEIM A.J. MACKENZIE STUART





**PROTECÇÃO  
DOS DIREITOS DO HOMEM**



**APLICAÇÃO  
DA CONVENÇÃO EUROPEIA  
DOS DIREITOS DO HOMEM**



# TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

## SUMÁRIOS

111.º (1)

### LINGENS CONTRA A ÁUSTRIA

- I. A condenação por difamação, cometida através da imprensa, integra o conceito de «ingerência da autoridade no exercício da liberdade de expressão».
- II. A liberdade de expressão, consagrada no §1.º do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, constitui um dos fundamentos essenciais da sociedade democrática.
- III. Incumbe à imprensa transmitir informações e juízos sobre as questões em debate na arena política, como lhe compete transmitir as respeitantes a outros sectores de interesse público, cumprindo-lhe, porém, respeitar a reputação dos outros.
- IV. Os limites da crítica do homem político, como tal, são mais largos do que na crítica de simples particulares.
- V. É impossível a demonstração da exactidão dos juízos de valor e a exigência de tal demonstração atinge a própria liberdade de opinião.
- VI. Perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apenas se põe a responsabilidade internacional do Estado, não tendo o Tribunal que precisar qual a autoridade nacional que desrespeitou a Convenção.

---

(1) Cour eur. D.H., série A, n.º 103.

VII. A «vítima» tem direito ao reembolso da multa e custas pagas por virtude de condenação que é julgada violadora da Convenção.

DATA DA DECISÃO: 8 de Julho de 1986.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, presidente, W. Ganshof van der Meersch, belga, J. Cremona, maltês, G. Wiarda, holandês, Thór Vilhjálmsson, islandês, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Gölüklü, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português. L.E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, R. MacDonald, canadiano (candidato pelo Liechtenstein), C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês.

#### PARECER DA COMISSÃO

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem, por unanimidade, emitiu parecer no sentido da violação do art.º 10.º da Convenção.

#### DECISÃO:

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

- Ter havido violação do art.º 10.º da Convenção;
- Dever a Áustria pagar ao requerente, como reparação razoável, 284538,60 schillings.

112º (2)

## **GLASENAPP CONTRA A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**

- I. O direito de acesso à função não é garantido nem pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem nem por nenhum dos seus Protocolos Adicionais.
- II. As garantias da Convenção estendem-se, por regra, aos funcionários que beneficiam nomeadamente da protecção do art.º 10.º da Convenção.

DATA DA DECISÃO: 28 de Agosto de 1986.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, presidente, W. Ganshof van der Meersch, belga, J. Cremona, maltês, G. Wiarda, holandês, Thór Vilhjálmsson, islandês, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austriaco, J. Pinheiro Farinha, português, L.E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, R. MacDonald, canadiano, C. Russo, italiano, Bernhardt, alemão, A. Spielmann, luxemburguês.

### **PARECER DA COMISSÃO:**

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido da violação do art.º 10.º da Convenção (3) (nove votos contra oito).

### **DECISÃO:**

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu — dezasseis votos (4) contra um (5) — não ter havido violação do art.º 10.º da Convenção.

---

(2) Cour eur. D.H., série A, n.º 104.

(3) Com intervenção do Membro português, Dr. Jorge Sampaio.

(4) Juízes Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Cremona, Wiarda, Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Lagergren, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Walsh, Vincent Evans, MacDonald, Russo, Bernhardt.

(5) Do Juíz Spielmann.

**KOSIEK CONTRA A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**

- I. O direito de acesso à função pública não é garantido nem pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem nem por nenhum dos seus Protocolos Adicionais.
- II. As garantias da Convenção, em regra, estendem-se aos funcionários públicos, que beneficiam nomeadamente da protecção do art.º 10º da Convenção.

DATA DA DECISÃO: 28 de Agosto de 1986.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, presidente, W. Ganshof van der Meersch, J. Cremona, G. Wiarda, Thór Vilhjálmsson, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austriaco, J. Pinheiro Farinha, português, L.E. Pettiti, francês, B. Wasch, irlandês, Vincent Evans, britânico, R. MacDonald, canadiano, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, A. Spielmann, luxemburguês.

**PARECER DA COMISSÃO:**

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer — dez votos contra sete — no sentido da não violação da Convenção.

**DECISÃO:**

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu — dezasseis votos (7) contra um (8) — não ter sido violado o art.º 10º da Convenção.

---

(6) Cour Eur. D.H., série A, nº105.

(7) Dos Juizes Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Cremona, Wiarda, Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Lagergren, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Wash, MacDonald, Russo, Bernhardt.

(8) Do Juíz Spielmann.



114.º (º)

## **REES CONTRA O REINO UNIDO**

- I. Não há, por enquanto, um denominador comum ao direito dos vários Estados no que concerne ao estado civil dos transexuais, daí que:
- II. Os Estados gozem de uma larga margem de apreciação em tal matéria.
- III. O art.º 12.º da Convenção visa o casamento tradicional entre duas pessoas de sexo diferente e não o violao impedimento ao casamento entre duas pessoas do mesmo sexo biológico.

**DATA DA DECISÃO:** 17 de Outubro de 1986.

**JUÍZES INTERVENIENTES:**R. Ryssdal, norueguês, presidente, Thór Vilhjálmsson, islandês, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austriaco, J. Pinheiro Farinha, português, L.E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, C.Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês, A.M. Donner, holandês.

### **PARECER DA COMISSÃO:**

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitiu parecer no sentido de que fora violado o art.º 8.º da Convenção, mas que o não fora o art.º 12.º (unanimidade).

### **DECISÃO:**

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu que não houve violação nem do art.º 8.º (doze votos (1º) contra três (11)), nem do art.º 12.º (unanimidade) da Convenção).

---

(º) Cour eur. D.H., série A, n.º106.

(1º) Dos Juízes Ryssdal, Vilhjálmsson, Lagergren, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Walsh, Vincent Evans, Bernhardt, Spielmann, Donner.

(11) Dos Juízes Bindschedler-Robert, Russo, Gersing.

**SANCHEZ-REISSE CONTRA A SUIÇA**

- I. Porque a extradição se repercute nas relações internacionais do Estado, é lícito que o Executivo se pronuncie antes da decisão dos tribunais.
- II. O detido em ordem à extradição, que requereu a sua liberdade provisória, deve poder responder ao parecer em contrário da Administração.
- III. A prisão do extraditando é a regra, quando as autoridades do Estado requerido não considerem inaceitável o pedido de extradição, constituindo excepção a sua permanência em liberdade durante o processo.
- IV. O extraditando mantém, contudo, o direito a uma decisão judicial, positiva ou negativa, sobre a legalidade da privação da liberdade.
- V. É injustificado, violando o art.º 5.º da Convenção, o prazo de 31 dias para o tribunal decidir sobre o pedido do extraditando à liberdade provisória.

DATA DA DECISÃO: 21 de Outubro de 1986.

JUÍZES INTERVENIENTES: W. Ganshof van der Meersch, belga, presidente, D. Bindschedler Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, J. Pinheiro Farinha, português, B. Walsh, irlandês, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão.

**PARECER DA COMISSÃO:**

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer, por unanimidade, no sentido de que houvera violação do § 4.º do art.º 5.º da Convenção por não satisfação das exigências do processo e excesso de duração do mesmo.

**DECISÃO:**

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu:

- Ter havido violação do § 4.º do art.º 5.º da Convenção por desrespeito das garantias de processo — cinco votos <sup>(13)</sup> contra dois <sup>(14)</sup>
- Ter havido violação do § 4.º do art.º 5.º da Convenção por desrespeito do «curto prazo» — seis votos <sup>(15)</sup> contra um <sup>(16)</sup>
- Dever a Suíça pagar os requerentes 6868 francos suíços por despesas e encargos — seis votos <sup>(17)</sup> contra um <sup>(18)</sup>.

*PINHEIRO FARINHA*

---

<sup>(12)</sup> Cour eur. D.H., série A, n.º 107.

<sup>(13)</sup> Dos Juízes Ganshof van der Meersch, Lagergren, Walsh, Russo, Bernhardt.

<sup>(14)</sup> Dos Juízes Bindschedler-Robert, Pinheiro Farinha.

<sup>(15)</sup> Dos Juízes Ganshof van der Meersch, Bindschedler-Robert, Lagergren, Walsh, Russo, Bernhardt.

<sup>(16)</sup> Do Juíz Pinheiro Farinha.

<sup>(17)</sup> Dos Juízes Ganshof van der Meersch, Bindschedler-Robert, Lagergren, Walsh, Russo, Bernhardt.

<sup>(18)</sup> Do Juíz Pinheiro Farinha.

# TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

## DECISÃO PROFERIDA NO CASO BARAONA CONTRA PORTUGAL

- I. A noção de «direitos e obrigações de carácter civil» não se integra por simples referência ao direito interno.
- II. A aplicabilidade do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é independente da qualidade das partes e do tribunal interno competente; e resulta de a decisão ser determinante no que concerne a direitos e obrigações de carácter privado.
- III. São protegidos pelo art.º 6.º os diferendos sobre a responsabilidade resultante dos actos de gestão pública, embora no direito interno sejam da competência dos tribunais administrativos.
- IV. A possibilidade legal do M.P. ver prorrogados os prazos para a prática de quaisquer actos não afasta a responsabilidade internacional do Estado pelos atrasos daí resultantes.

*P.F.*

## EN L'AFFAIRE BARAONA

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 43 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des

Libertés fondamentales («la Convention») et aux clauses pertinentes de son règlement, en une chambre composée des juges dont le nom suit:

MM. R. Ryssdal, *président*  
Thór Vilhjálmsson,  
Sir Vicent Evans,  
MM. C. Russo  
R. Bernhardt,  
J. De Meyer,  
J. Melo Franco, *juge ad hoc*,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 27 février et 23 juin 1987,

Rend l'arrêt que voice, adopté à cette dernière date:

## PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») et le gouvernement du Portugal («le Gouvernement»), les 28 janvier et 4 février 1986 respectivement, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 § 1 et 47 de la Convention. A son origine se trouve une requête (n.º10 092/82) dirigée contre la République du Portugal et dont un ressortissant portugais, M. Joachim Baraona, avait saisi la Commission le 6 septembre 1982.

2. La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration portugaise de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour (article 46), la requête du Gouvernement à l'article 48. Elles ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'Etat défendeur aux obligations qui découlent de l'article 6 § 1.

3. En réponse à l'invitation prescrite à l'article 33 § 3 d) du règlement, M. Baraona a exprimé le désir de participer à l'instance pendante devant la Cour et a désigné son conseil (article 30).

4. Le chambre de sept juges à constituer comprenait M.J. Pinheiro Farinha, juge élu de nationalité portugaise (article 43 de la Convention), et M.R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 19 mars 1986, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres à savoir M. Thór Vilhjálmsson, M.B. Walsh, Sir Vicente Evans, M.R. Bernhardt et M.J. De Meyer, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § du règlement).

M. Pinheiro Farinha s'étant récusé en application de l'article 24 § 2 du règlement, le Gouvernement a désigné le 21 avril M. João Augusto Pacheco e Melo Franco, conseiller à la Cour Suprême du Portugal, pour siéger en qualité de juge *ad hoc* (articles 43 de la Convention et 23 du règlement).

Ultérieurement, M.C. Russo, juge suppléant, a remplacé M. Walsh, empêché.

5. Ayant assumé la présidence de la chambre (article 21 § 5), M. Ryssdal a recueilli par l'intermédiaire du greffier l'opinion de l'agent du Gouvernement, de l'avocat du requérant et du délégué de la Commission sur la nécessité d'une procédure écrite (article 37 § 1). Le 4 avril 1986, il a décidé que les deux premiers auraient jusqu'au 30 juin pour présenter des mémoires auxquels le troisième pourrait répondre par écrit dans les deux mois.

Les mémoires du Gouvernement et du requérant sont au greffe les 27 et 30 juin 1986, respectivement; le 22 juillet, le secrétaire de la Commission a informé le greffier que le délégué formulerait ses observations lors des audiences.

6. Le 10 décembre 1986, le président a fixé au 24 février 1987 la date d'ouverture de la procédure orale après avoir consulté agent du Gouvernement, délégué de la Commission et conseil du requérant par l'intermédiaire du greffier (article 38 du règlement). Par la suite, il a autorisé l'emploi de la langue portugaise par ledit agent (article 27 §§ 2 et 3).

Le 12 février, le greffier a reçu de la Commission plusieurs documents qu'il avait demandés sur les instructions du président.

7. 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*

MM. I. Cabral Barreto, Procureur général adjoint, *agent,*

J.N. Cunha Rodrigues, Procureur général de la République,  
J. Figueiredo Dias, professeur à la Faculté de Droit de Coimbra,  
J. Miranda, professeur à la Faculté  
de Droit de Lisbonne, *conseils;*

— *pour la Commission*

M. A.S. Gözübüyük, *délégué;*

— *pour le requérant*

Me J. Lebre de Freitas, avocat,  
Me J. Pires de lima, avocat, *conseils.*

La Cour a entendu en leurs plaidoiries et déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, MM. Cabral Barreto, Figueiredo Dias et Miranda pour le Gouvernement, M. Gözübüyük pour la Commission, Mes Lebre de Freitas et Pires de Lima pour le requérant. L'agent du Gouvernement et les avocats du requérant ont produit plusieurs documents.

8. Le 6 mai 1987, le délégué de la Commission a déposé au greffe ses observations sur l'application de l'article 50.

EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. M. Baraona, ressortissant portugais né en 1930, exerce la profession de commerçant et réside à Vitoria (Brésil).

Jusqu'en mai 1975, il vécut à Cascais (Portugal) avec sa femme et leurs cinq enfants. Cependant, le 17 mai 1975 le président du Service de coordination de la dissolution de la PIDE/DGS et de la LP (Police internationale de défense de l'Etat/Direction générale de sûreté et Légion portugaise) ordonna

son arrestation immédiate, au motif qu'il s'agissait d'un «dangereux réactionnaire» et qu'il fallait «enquêter sur ses activités réactionnaires». A l'époque, le Portugal traversait une période difficile, qui suivait le mouvement du 11 mars 1975 et qui se termina le 25 avril 1976 avec l'adoption de la nouvelle Constitution.

Ayant appris qu'on allait l'appréhender, M. Baraona s'enfuit au Brésil avec sa famille; il ne regagna le Portugal qu'en septembre 1978, après l'annulation du mandat d'arrêt lancé contre lui.

10. pendant son absence, les travailleurs de son entreprise de construction civile s'étaient approprié celle-ci et d'autres biens du requérant, en particulier la maison avec son mobilier et les comptes bancaires. Le 31 mai 1976, le tribunal de Cascais déclara la dite entreprise en état de faillite. En outre, l'institution bancaire de droit public «*Cofre da Previdência*», à laquelle le requérant avait acheté la maison, la vendit un tiers après avoir résilié le contrat pour non-paiement.

Ultérieurement, M. Baraona récupéra la maison par voie de règlement amiable, après avoir payé certaines sommes à la banque et à la personne concernées.

11. Le 30 juillet 1981, il intenta une action en responsabilité civile contre l'Etat devant le tribunal administratif (*auditoria administrativa*) de Lisbonne, en vertu du décret-loi n.º 48 051 du 21 novembre 1967 sur la responsabilité civile extracontractuelle de l'Etat pour des actes de gestion publique (paragraphe 30 ci-dessous). Selon lui, le mandat d'arrêt décerné contre lui était illégal, faute de contenir les éléments d'une infraction et de poursuivre un «but sérieux». M. Baraona réclamait 8 800 000 escudos de dommages-intérêts pour le préjudice matériel et moral subi.

Le lendemain, le juge enregistra la demande introductive d'instance (*petição inicial*) et ordonna la citation de la partie défenderesse, représentée par la ministère public (*ministério público*) l'invitant à y répondre dans les vingt jours, conformément à l'article 468 § 1 du code de procédure civile (paragraphe 32 ci-dessous).

12. Le 28 octobre 1981 puis le 27 janvier 1982, le juge administratif consentit à proroger ce délai de trois mois, ainsi que le ministère public l'en avait prié en vertu de l'article 486 § 3 du même code (paragraphe 32 ci-dessous).



13. Le 26 avril 1982, le ministère public solicita derechef une prolongation extraordinaire de trente jours. Il la fondait sur le besoin de recueillir de plus amples informations afin de préparer ses réquisitions en réponse (*contestação*). Le juge la lui accorde le 28. Les 8 juin et 21 juillet 1982, le ministère public présente deux nouvelles demandes de prolongation extraordinaire de trente jours, en affirmant qu'il ne possédait pas encore tous les éléments pour préparer sa réponse. Le juge y déféra les 14 juin et 27 juillet, respectivement.

14. Le 30 juillet 1982, le requérant se plaint au juge de ces prorogations successives; il réclama en outre une copie de certaines pièces du dossier afin de saisir le Conseil supérieur de la magistrature et la Commission européenne des Droits de l'Homme pour violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

15. Le 29 de septembre 1982, M. Baraona forma un recours incident (*de agravo*) à la Cour administrative suprême (*Supremo Tribunal Administrativo*) contre la décision du tribunal administratif de Lisbonne, du 27 juillet, prolongeant le délai imparti au ministère public. Il le déposa auprès du tribunal inférieur, en engageant celui-ci à l'adresser aussitôt à la juridiction supérieure.

Le tribunal administratif accepta le recours le 15 octobre 1982, mais ordonna qu'il fût joint au dossier avec l'appel principal et non transmis séparément et immédiatement à la Cour administrative suprême. Il précisa en outre que le recours n'avait pas d'effet suspensif.

16. Dans son mémoire de recours (*alegações*) du 26 octobre 1982, le requérant fit valoir que le tribunal avait violé l'article 486 § 3 du code de procédure civile en prolongeant de plus de six mois le délai susmentionné, alors qu'il n'existait aucune justification exceptionnelle et que le ministère public n'avait pas précisé les éléments et informations qui lui manquaient. En effet, pareille prorogation ne pouvait être accordée par le juge arbitrairement, mais seulement à titre exceptionnel et sans dépasser six mois. Or, en l'espèce, le ministère public n'avait pas présenté ses réquisitions après plus d'une année ni invoqué des motifs sérieux.

17. Le 4 novembre 1982, le ministère public solicita une nouvelle prolongation extraordinaire de dix jours; il relevait que le tribunal administratif avait changé de locaux, ce qui avait paralysé les activités du ministère public pour un certain temps. Invité par le juge, le 9 novembre, à se prononcer, le requérant répondit le 15 qu'il estimait la demande injustifiée, qu'il en réclamait le rejet et qu'il y avait lieu de constater l'expiration du délai consenti au ministère public.

18. Les réquisitions parvinrent au tribunal administratif le 18 novembre; le greffier les communique d'emblée à M. Baraona.

Croyant que le juge du tribunal administratif de Lisbonne avait décidé de les verser au dossier et de le les lui notifier, M. Baraona introduisit le 25 novembre devant ledit tribunal un recours incident à la Cour administratif à le transmettre immédiatement à celle-ci et à lui attribuer un effet suspensif.

Le 30 novembre, il déposa cependant sa réplique (*réplica*) aux réquisitions du ministère public, qui répondit par une duplique (*tréplica*) le 17 décembre.

19. Le 21 décembre 1982, le ministère public présent ses observations (*contra-alegações*) sur le recours de M. Baraona du 29 septembre. D'après lui, ses demandes de prorogation se fondaient sur la nécessité non seulement de recueillir des moyens de preuve, mais surtout de déterminer l'orientation générale de ses conclusions, notamment en matière d'exceptions. D'ailleurs, l'article 486 § 3 du code de procédure civile n'exigeait pas des raisons concrètes; une justification d'ordre général suffisait. Certes, l'article 266 obligeait le juge à écarter les obstacles qui causaient un retard dans le déroulement de la procédure, mais il s'agissait là d'un pouvoir discrétionnaire qui, en l'occurrence, ne pouvait s'exercer utilement.

20. Le 11 février 1983, le juge du tribunal administratif de Lisbonne annula sa décision du 27 juillet 1982 accordant au ministère public une prolongation de délai et la remplaça par une rejet. Il soulignait que d'après l'article 486 § 3 du code, pareille prolongation ne pouvait être octroyée que si, cumulativement, le ministère public ne disposait pas de renseignements nécessaires et ne pouvait se les procurer à temps. En outre, il devait indiquer dans quel domaine il avait besoin d'informations et quelles démarches il avait entreprises pour les obtenir. Or, en l'espèce, il s'était borné à affirmer qu'il lui fallait des informations complémentaires, sans fournir aucune précision.

En conséquence le juge décida, pour cause de tardiveté, de ne pas prendre en considération les conclusions déposées par les parties après le 27 juillet 1982, à savoir les réquisitions du 18 novembre 1982, la réplique du 30 novembre et la duplique du 17 décembre; il en ordonna le retrait du dossier.

Enfin, constatant que les réquisitions avaient été communiquées à M. Baraona par le greffier et non par lui-même, le juge repoussa le recours formé par l'intéressé le 25 novembre 1982: on ne pouvait pas attaquer devant la juridiction supérieure les actes du greffier; il y avait lieu de saisir le juge d'une réclamation.

21. Le jour même, le tribunal ordonna une série de mesures d'instruction, dont la recherche du mandat d'arrêt lancé en 1975 contre M. Baraona.

Après avoir reconnu l'impossibilité d'en retrouver trace, le juge du tribunal administratif rendit le 30 décembre 1983 une décision préparatoire (*despacho saneador*) par laquelle il déclairait l'affaire recevable et dressait une liste des faits admis par les parties (*especificação*) et de ceux à éclaircir à l'audience (*questionário*).

22. M. Baraona présenta le 20 janvier 1984 une réclamation contre cette décision, en vertu de l'article 511 § 2 du code de procédure civile. Selon lui, après l'exclusion des réquisitions du ministère public tous les faits allégués par lui dans sa demande devaient être réputés admis, car l'article 6 § 1 de la Convention, consacrant le principe de l'égalité des armes, avait abrogé les articles 485 alinéa b) et 490 § 4 du code de procédure civil (paragraphe 32 ci-dessous). Partant, les faits qui, aux yeux du juge, appelaient des éclaircissements à l'audience devaient tous être considérés comme admis et inclus dans l'*especificação*.

Les observations du ministère public à ce sujet parvinrent au tribunal le 27 janvier.

23. Le juge, à qui le greffier avait communiqué le dossier le 2 février 1984, rejeta la réclamation le 12 avril en s'excusant du retard imputable à son absence en mission officielle à l'étranger de janvier à mars. Il concédait que la thèse du requérant s'appuyait sur un article de doctrine et sur la décision d'un tribunal de première instance, annulée par la cour d'appel de Porto le 7 juin 1983, mais marquait son accord avec le raisonnement de cette dernière. Il relevait en effet que le ministère public n'avait pas autant de possibilités de contact avec ceux qu'il représentait, notamment s'il s'agissait d'un organisme d'Etat. En outre, pour être équitable la loi devait parfois traiter différemment les parties, sans quoi l'égalité purement formelle correspondrait à une inégalité matérielle. Aussi le principe de l'égalité des armes voulait-il que l'on adopte des solutions compensatoires face à des situations inégales au départ; il en allait ainsi en matière d'assistance judiciaire, ou lorsque les délais prévus étaient plus pour les personnes résident dans un pays lointain ou dans un endroit inconnu.

24. Cette décision fut notifiée le 8 mai 1984 à M. Baraona qui forma contre elle, le 10 mai, un recours incident à la Cour Administratif suprême.

Le 17 mai, le tribunal administratif décida de transmettre le recours à la juridiction supérieure avec tout le dossier de la procédure et de lui accorder un effet suspensif.

Dans un mémoire du 5 juin, le requérant reprit en substance les arguments de sa réclamation du 20 janvier au juge du tribunal administratif de Lisbonne. Les 20 et 24 juillet, le ministère public et ce dernier présentèrent leurs observations sur le recours.

25. Le dossier parvint à la Cour administrative suprême en octobre 1984, après quoi le ministère public fut invité à donner son avis deux juges assesseurs formulèrent leur opinion.

Le 21 mars 1985, la Cour administrative suprême rejeta les deux recours incidents des 29 septembre 1982 et 10 mai 1984.

En ce qui concerne le premier, dirigé contre la décision du juge administratif du 27 juillet 1982, elle constata que ce magistrat avait redressé lui-même la situation le 11 février 1983 en annulant ladite décision et en écartant, pour tardiveté, toutes les conclusions postérieures au 27 juillet 1982.

Quant au second recours, qui visait la décision du juge administratif du 12 avril 1984, la Cour suprême jug, contrairement à la thèse du requérant, que l'article 6 § 1 de la Convention n'avait pas abrogé l'article 485 alinéa b) du code de procédure civile, l'Etat se trouvant du reste dans une position différente de celle des sociétés privées. Dès lors, il n'y avait pas lieu de considérer comme admis tous les faits avancés par M. Baraona dans sa demande; il appartenait à la juridiction administrative de les apprécier à la lumière des preuves produits à l'audience.

26. Le 8 avril 1985, l'intéressé attaqua cette décision (*acordão*) devant la Cour constitutionnelle, l'invitant à se prononcer sur le point de savoir si l'article 485 alinéa b) demeurait en vigueur.

La Cour constitutionnelle enregistra le recours le 16 avril 1985. Le requérant et le ministère public présentèrent leurs mémoires respectivement les 15 juillet et 24 octobre 1985. Le parquet contestait la compétence de la Cour, car le requérant n'avait allégué une atteinte à la Constitution ni en première instance ni devant la Cour administrative suprême. M. Baraona répondit, le 12 novembre 1985, qu'une violation du principe de l'égalité des armes enfreignait en même temps la Convention et la Constitution.

Le 5 mars 1986, la Cour constitutionnelle rejeta l'exception et aborda l'examen du problème de l'égalité des armes. Par un arrêt du 19 novembre 1986, elle débouta le requérant qui souleva aussitôt la question de la nullité dudit arrêt. Celui-ci fut cependant confirmé le 14 janvier 1987.

27. La procédure devant le tribunal administratif de Lisbonne a repris son cours depuis lors; elle se trouve au stade de l'instruction.

## II. LA LEGISLATION APPLICABLE EM MATIERE DE RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE DE L'ÉTAT.

28. A la suite de la révolution du 25 avril 1974, le «Mouvement des Forces Armées» publia la loi n.º3/74 du 14 mai. Laissant en vigueur le Catalogue de droits et libertés fondamentaux qui figurait dans la Constitution de 1933, elle établissait en outre des principes fondamentaux en matière d'indépendance des juges et de droits de la défense. Le article 8 § 17 de ladite Constitution reconnaissait «le droit à la réparation de toute lésion effective des droits»; quant aux préjudices moraux, la loi pouvait prescrire l'octroi d'une indemnité.

De leur côté, la plupart des dispositions civiles et pénales existantes subsistèrent, et notamment le décret-loi n.º48 051 du 21 novembre 1967 sur la responsabilité extracontractuelle de l'Etat.

D'après le décret-loi n.º36/76 du 31 janvier 1975, les compétences du Service de coordination de la dissolution de la PIDE/DGS et de la LP, créée par ordre (*despacho*) du chef d'état-major de l'armée du 7 juin 1974, comportent l'instruction de procédures contre des individus ayant appartenu à ces polices ou contre des personnes ayant collaboré avec eux (article 2 n.º3). Le président dudit service exerçait les mêmes attributions que celles conférées par le code de justice militaire aux commandants des régions militaires (article 2 n.º 4).

29. Aux termes de l'article 21 de la Constitution du 25 avril 1976,

«1. L'Etat et les autres personnes morales publiques sont civilement responsables, conjointement avec les membres de leurs organes, leurs fonctionnaires ou leurs agents, des actions ou omissions commises dans l'exercice ou en raison de l'exercice de leurs fonctions, dont découlerait une violation des droits, libertés et garanties ou un préjudice pour autrui.

2. Les citoyens injustement condamnés ont droit, dans les conditions prescrites par la loi, à la révision du jugement et à la réparation des dommages subis.

Cette Constitution a été modifiée par la loi constitutionnelle n.º 1/82, du 27 septembre 1982, dont l'article 22 reprend pourtant intégralement le texte de l'article 21 § 1 précité.

30. Le code civil de 1966, toujours en vigueur, règle la matière de la responsabilité civile de l'Etat, mais, seulement pour les actes de «gestion privée» (article 501). Quant à ceux de «gestion publique», le décret-loi n.º 48 051 du 21 novembre 1967 contient des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat et des autres personnes morales publiques pour des actes résultant de la faute, de l'abus de fonction et du dol de leurs organes ou agents administratifs. Les plus importantes d'entre elles se lisent ainsi:

### *Article 2*

- «1. L'Etat et les autres personnes morales publiques sont civilement responsables envers les tiers des atteintes à leurs droits ou aux dispositions légales destinées à protéger leurs intérêts, si elles résultent d'actes illicites commis avec faute par leurs organismes ou agents administratifs dans l'exercice de leurs fonctions.
2. Lorsque, en application du paragraphe précédent, une indemnité quelconque a été versée, l'Etat et les autres personnes morales publiques ont un droit de recours contre les membres de l'organe ou contre les agents fautifs, si ceux-ci n'ont pas agi avec le zèle auquel les obligeaient leurs fonctions.»

### *Article 3*

- «1. Les membres de l'organe et les agents administratifs de l'Etat et les autres personnes morales publiques sont civilement responsables envers

les tiers des actes illicites violant leurs droits ou les dispositions de la loi destinées à protéger leurs intérêts, lorsqu'ils auront dépassé les limites imposées à leurs fonctions ou si, en les exerçant et du fait de leur exercice, ils ont agi dolosivement.

2. En cas d'acte dolosif, la personne morale publique a toujours une responsabilité solidaire avec les membres de l'organe ou les agents.»

#### *Article 4*

- «1. La faute des membres de l'organe ou des agents est appréciée conformément à l'article 487 du code civil.
2. Au cas où il y pluralité de personnes responsables, l'article 497 du code civil est applicable.»

#### *Article 5*

- «1. Le droit à indemnité réglementé dans les articles précédents s'éteint par prescription conformément aux délais prévus dans le code civil.
2. En ce qui concerne la prescription du droit de retour de l'Etat, doit s'appliquer aussi la loi civile.

(...)».

31. D'après le code administratif, les actions en responsabilité de la puissance publique ressortissent aux tribunaux administratifs (*auditores* — articles 815 et 810). Sous réserve de quelques règles propres relatives à la qualité pour agir et à la prescription (articles 824 et 829), l'article 852 renvoie expressément aux dispositions régissant la procédure civile ordinaire.

Les décisions des tribunaux administratifs peuvent faire l'objet d'appel, de recours incident et de réclamation (article 853). Certains recours incidents

ont un effet suspensif et sont transmis immédiatement à la Cour administrative suprême, notamment s'ils attaquent le rejet d'une réclamation contre une décision préparatoire (article 859 alinéa d)), tandis que d'autres le sont avec le dossier lors de l'appel contre la décision finale et n'ont pas de tel effet (article 860).

32. La procédure en cause doit donc suivre les règles du code de procédure civile.

Aux termes de l'article 484 § 1 de ce dernier, «si la partie défenderesse ne présente pas ses conclusions en réponse bien qu'ayant été régulièrement citée (...), les faits présentés par le demandeur sont considérés comme admis par aveu».

L'article 485 ménage toutefois certaines exceptions. En particulier, son alinéa b) écarte le jeu du principe lorsque la partie défenderesse est une personne morale.

D'après le paragraphe 1 de l'article 486, la partie défenderesse a un délai de vingt jours pour répondre à la demande. Le paragraphe 3 précise pourtant:

«Une prorogation de délai est accordée au ministère public lorsqu'il a besoin de renseignements qu'il n'est pas en mesure de se procurer en temps voulu, ou lorsqu'il doit attendre la réponse à une demande adressée à une autorité supérieure. La prolongation du délai ne saurait dépasser six mois, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés.»

L'article 490 § 1 prévoit que «la partie défenderesse doit se prononcer clairement sur chaque fait figurant dans la demande introductive d'instance; les faits non expressément (*especificadamente*) contestés sont considérés comme admis par accord entre les parties, sauf s'ils se trouvent manifestement en contradiction avec la défense prise dans son ensemble, ne sont pas susceptibles d'aveu ou ne peuvent se prouver que par écrit».

Toutefois, selon le paragraphe 4 cette disposition ne vaut ni pour le défendeur d'office ni pour le ministère public.

Aux termes de l'article 511 § 2, après avoir reçu notification de la décision préparatoire les parties peuvent présenter «les réclamations qu'elles désirent concernant la liste des faits admis par les parties ainsi que la liste des faits à éclaircir à l'audience de jugement, au motif qu'il y a eu vice de forme (*deficiencia*), excès (*excesso*), complexité ou obscurité.»



## PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

33. Dans sa requête du 6 septembre 1982 à la Commission (n.º 10 092/92), M. Baraona se plaignait de la durée de la procédure par lui devant le tribunal administratif de Lisbonne le 30 juillet 1981 et toujours pendante en première instance; il invoquait l'article 6 § 1 de la Convention.

34. La Commission a retenu la requête le 5 octobre 1984. Dans son rapport du 8 octobre 1985 (article 31), elle exprime à l'unanimité l'opinion qu'il y a violation de l'article 6 § 1. Le texte intégral de son avis figure en annexe au présent arrêt. <sup>(1)</sup>

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 6 § 1

35. Le requérant se plaint de la durée de l'examen de son action contre l'État, engagée devant le tribunal administratif de Lisbonne le 30 juillet 1981; il allégué une infraction à l'article 6 § 1 de la Convention, aux termes duquel,

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...).»

#### *A. Sur l'applicabilité de l'article 6 § 1*

36. Commission et requérant estiment cette disposition applicable: le procès tendait à la réparation de dommages qu'un fonctionnaire public causa par un acte portant atteinte à des droits de l'intéressé, notamment son droit à la liberté et son droit de propriété.

---

<sup>(1)</sup> Omite-se a publicação do Relatório da Comissão.

37. Le Gouvernement soutient au contraire que l'article 6 § 1 n'entre pas en ligne de compte. Selon lui, la mesure incriminée — le mandat d'arrêt décerné contre M. Baraona le 17 mai 1975 (paragraphe 9 ci-dessus) — n'avait aucun fondement dans l'ordre juridique portugais de l'époque. Partant, elle ne pouvait engager la responsabilité de l'État, ni créer pour lui des obligations de caractère civil, indépendantes de celles du président du service de coordination de la dissolution de la PIDE/DGS et de la LP, signataire dudit mandat.

En effet, on se trouverait en l'espèce devant un acte accompli dans un contexte révolutionnaire. Le préjudice en résultant ne saurait donc être envisagé dans le cadre de la théorie générale de la responsabilité extracontractuelle de l'État; il relèverait de relations de droit public entre la victime et celui-ci.

En bref, l'État défendeur ne décline pas toute responsabilité pour des excès commis pendant la période révolutionnaire, mais d'après lui le problème doit se traiter sous un autre angle. Il fait valoir qu'en l'absence d'une loi spéciale en la matière, il n'a pas encore arrêté les mesures nécessaires pour indemniser les victimes de pareils excès.

Le Gouvernement semble ainsi nier non seulement le «caractère civil» du droit, mais aussi la réalité même de ce dernier en droit interne.

## **1. Existence d'une contestation sur un droit**

38. Qu'il y ait contestation ne prête pas à controverse. Elle porte sur l'existence même du droit de M. Baraona à recevoir une compensation pécuniaire pour les dommages découlant du mandat lancé contre lui en 1975 (paragraphe 9-11 ci-dessus).

39. Le gouvernement défendeur reconnaît qu'en la matière deux «positions» sont «concevables» (mémoire à la Cour, section III, paragraphe 1.5).

Selon la première, que prend le Gouvernement, l'État de droit démocratique, fondé sur la Constitution du 25 avril 1976, ne peut être tenu pour responsable des excès de la période révolutionnaire.

Selon la seconde, qu'adopte le requérant, les droits fondamentaux reconnus par la Constitution de 1933 ont été confirmés par la loi constitutionnelle n.º 3/1974, promulguée par le Mouvement des Forces Armées le 14 mai 1974; en outre, le décret-loi n.º 48 051 du 21 novembre 1967, concernant la responsabilité extracontractuelle de l'Etat et des autres personnes morales de droit public pour les actes de «gestion publique», n'a jamais cessé d'être en vigueur.

S'appuyant sur cette thèse, le requérant estime que le mandat d'arrêt litigieux, émanant d'un fonctionnaire — le président du Service de coordination de la dissolution de la PIDE/DGS et de la LP — qui agissait en cette qualité, engage la responsabilité civile de l'Etat portugais.

40. Certes, le retour à la démocratie à partir d'avril 1974 a conduit le Portugal à transformer ses structures sociales et politiques dans des circonstances difficiles, sans équivalent dans d'autres pays européens, et il faut rendre hommage aux efforts déployés par les Portugais pour la consolider (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n.º 81, p. 16, § 38). <sup>(2)</sup>

Toutefois, la Cour n'a pas à apprécier le bien-fondé de la revendication du requérant au regard de la législation portugaise, ni l'influence que la situation révolutionnaire résultant des événements d'avril 1974 aurait pu avoir sur l'application de cette législation: ces questions ressortissent à la compétence exclusive des juridictions portugaises compétentes.

41. Il suffit à la Cour de constater que le requérant pouvait, de manière défendable, se prétendre titulaire d'un droit reconnu par la loi portugaise telle qu'il croit pouvoir l'interpréter (voir notamment l'arrêt James et autres du 21 février 1986, série A n.º 98, p. 46, § 81). <sup>(3)</sup>

A cet égard, elle relève avec la Commission que le tribunal administratif de Lisbonne avait rendu, le 30 décembre 1983, une décision préparatoire déclarant l'affaire recevable (paragraphe 21 ci-dessus), sans que le ministère public ait interjeté appel.

---

<sup>(2)</sup> Publicado em Documentação e Direito Comparado, 14, 103.

<sup>(3)</sup> Cour Eur. D. H. série A, n.º 98.

## 2. Caractère civil du droit

42. Quant au «caractère civil» du droit, la Cour renvoie à sa jurisprudence constante, d'ailleurs non contestée par le Gouvernement (voir, *entre autres*, les arrêts König du 28 juin 1978, série A n.º 27, pp. 31-32, §§ 91-95; <sup>(4)</sup> Sporong et Lönnronth du 23 septembre 1982, série A. n.º 52, pp. 29-30, §§ 79-80 <sup>(5)</sup>; Zimmermann et Steiner du 13 juillet 1983, série A n.º 66, p. 10, § 22) <sup>(6)</sup>.

Il en ressort notamment que la notion de «droits et obligations de caractère civil» ne doit pas s'interpréter par simple référence au droit interne de l'Etat défendeur (arrêt König précité, *ibidem*, pp. 29-30, §§ 88-89) et que l'article 6 § 1 s'applique indépendamment de la qualité des parties comme de la nature de la loi régissant la «contestation» et de l'autorité compétente pour trancher, il suffit que l'issue de la procédure soit «déterminante pour des droits et obligations de caractère privée» (arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971, série A n.º 13, p. 39, § 94). <sup>(7)</sup>.

43. Il n'est donc pas déterminant qu'en matière de responsabilité civile de l'Etat le droit portugais distingue entre les actes de «gestion privée», visés à l'article 501 du code civil, et les actes de «gestion publique», concernés par le décret-loi n.º 48 051 de 1967 (paragraphe 30 ci-dessus), et que les litiges relatifs aux seconds relèvent des tribunaux administratifs (paragraphe 31 ci-dessus). Du reste, la responsabilité de l'État portugais pour les actes de «gestion publique» s'inspire des principes généraux de la responsabilité civile énoncés dans le code civil, et les tribunaux administratifs suivent en la matière le code de procédure civile (paragraphe 30-32 ci-dessus).

44. Le droit à réparation revendiqué par le requérant revêt un caractère privé, car il a un contenu «personnel et patrimonial» et se fonde sur une atteinte à des droits de cette nature, notamment le droit de propriété (voir, *matatis*

---

<sup>(4)</sup> Publicado em Documentação e Direito Comparado, 2, 373.

<sup>(5)</sup> Publicado em Documentação e Direito Comparado, 10, 105.

<sup>(6)</sup> Sumariado, sob n.º 69, em Documentação e Direito Comparado, 16, 73.

<sup>(7)</sup> Sumariado, sob n.º 16, em Documentação e Direito Comparado, 6, 559.

*mutandis*, l'arrête Zimmermann et Steiner précité, série A n.º 66, p. 10, § 22). En effet, le mandat litigieux amena M. Baraona à s'enfuir au Brésil avec sa famille, abandonnant sa maison, tous ses biens et son entreprise, laquelle fut pour finir déclarée en faillite (paragraphe 9-10 ci-dessus).

Dès Lors, l'article 6 § 1 de la Convention s'applique en l'espèce.

### *B. Sur L'observation de L'article 6 § 1*

45. Reste à savoir s'il a eu ou dépassement du «délai raisonnable».

Requérant et Commission répondent par l'affirmative, mais le Gouvernement marque son Désaccord.

#### **1. Période à prendre en considération**

46. Saisi par le requérant le 30 juillet 1981 (paragraphe 11 ci-dessus), le tribunal administratif de Lisbonne n'a pas encore statué sur le fond de l'affaire. La procédure a donc déjà duré six ans, ce qui paraît considérable vu la nature préliminaire des décisions prises jusqu'ici; aussi sa conduite appelle-t-elle un contrôle sous l'angle l'article 9 § 1.

#### **2. Critères à utiliser pour apprécier le caractère raisonnable du délai.**

47. Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier, la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes (voir notamment l'arrêt Zimmermann et Steiner précité, série A n.º 66, p. 11, § 24).

48. La procédure incriminée se trouvait régie par les dispositions du code portugais de procédure civile, selon lesquelles l'initiative incombe aux parties, en l'occurrence le requérant et le ministère public. Cela ne dispensait pourtant

pas le tribunal d'assurer le bon déroulement de l'instance (arrêts Guincho du 10 juillet 1984, série A n.º 81, p. 14, § 32, et Capuano du 25 juin 1987, série A n.º 119, § 24). En outre, il faut noter que M. Baraona a protesté contre les prorogations de délai consenties par le juge (paragraphe 14-17 ci-dessus).

#### a) *Complexité de l'affaire*

49. Le Gouvernement invoque la grande complexité de l'affaire; elle aurait obligé le ministère public à solliciter des prolongations successives car il aurait eu de la peine à se procurer les pièces nécessaires, les faits de la cause remontant à une période révolutionnaire; à cela s'ajoutaient des problèmes juridiques délicats et la nécessité, pour le ministère public, d'arrêter une stratégie commune face à des espèces semblables.

50. La Cour considère, avec la Commission, que le litige soulève des points de fait et de droit d'une certaine complexité. En particulier, le recours incident du requérant (10 mai 1984) posait une question difficile qui fut traitée à trois degrés de juridiction près de trois années durant: l'égalité des armes dans la procédure litigieuse (paragraphe 24 ci-dessus).

Néanmoins, les actes de procédure accomplis jusqu'ici par le tribunal administratif, telle la décision du 30 décembre 1983 (paragraphe 21 ci-dessus), revêtent un caractère préliminaire et ne justifient donc pas le temps écoulé.

#### b) *Comportement du requérant*

51. M. Baraona ne s'est plaint des diverses prorogations de délai accordées au ministère public que le 30 juillet 1982, soit presque un an après que celui-ci eut été invité à déposer ses réquisitions (paragraphe 14 ci-dessus). D'après lui, toutefois, pareille démarche n'eût servi à rien s'il l'avait entreprise plus tôt car lesdites prorogations se fondaient sur le droit interne (paragraphe 32 ci-dessus).

A cet égard, la Cour constate que l'annulation, par le tribunal administratif de Lisbonne, de la décision du 27 juillet 1982 a eu lieu seulement le 11 février 1983 (paragraphe 20 ci-dessus), près de trois mois après que le ministère public eut fini par présenter ses conclusions.

52. Selon le Gouvernement, si le juge n'a pas encore statué sur le fond la responsabilité en incombe aux parties, car elles ont utilisé leurs droits procéduraux.

53. Les initiatives du parquet ne sauraient être imputées au requérant, mais bien plutôt à l'Etat car elles émanaient de l'un de ses organes (paragraphe 54-56 ci-dessous).

De son côté, M. Baraona a exercé deux recours incidents. Le premier, du 29 septembre 1982, n'avait pas d'effet suspensif et n'a donc pas prolongé la procédure (paragraphe 15 ci-dessus).

Il n'en va pas de même du second; formé le 10 mai 1984 (paragraphe 24 ci-dessus), il provoqua une interruption de presque trois années. L'intéressé prétendait qu'une fois exclues du dossier les réquisitions du ministère public (paragraphe 20 ci-dessus), tous les faits avancés dans la demande introductive d'instance devaient être présumés admis par ce dernier, en vertu du principe de l'égalité des armes consacré par l'article 6 § 1 de la Convention, lequel aurait abrogé les articles 485 alinéa b) et 490 § 4 du code de procédure civile (paragraphe 32 ci-dessus).

Une décision favorable au requérant pouvait donc influencer sur l'issue de la procédure, car elle aurait allégé la tâche du tribunal administratif. D'ailleurs, pareille démarche était nécessaire si M. Baraona voulait épuiser les voies de recours internes, afin de saisir les organes de la Convention de la question de l'égalité des armes (décision de la Commission sur la recevabilité de la requête, du 5 octobre 1984, Décisions et rapports n.º 40).

Il n'empêche que ce recours incident et le recours ultérieur en annulation, quoique tous deux justifiés, ont dans une certaine mesure compliqué la procédure (paragraphe 50 ci-dessus).

### *c) Comportement des autorités compétentes*

54. D'après la Commission, la cause principale du retard réside dans les cinq demandes de prorogation présentés par le ministère public.

La cour relève que le 31 juillet 1981, le tribunal administratif de Lisbonne ordonna la citation du ministère public, l'invitant à répondre dans le ving jours conformément à l'article 486 § 1 du code de procédure civile (paragraphe 11 ci-dessus). Or celui-ci ne déposa ses réquisitions que le 18 novembre 1982, après

avoir obtenu plusieurs prolongations de délai conformément à l'article 486 § 3 (paragraphe 32 ci-dessus). Le 11 février 1983, le juge annula cependant la prorogation accordée le 27 juillet 1982, car la demande du ministère public revêtait un caractère trop imprécis. En conséquence il décida de ne pas tenir compte, en raison de leur tardiveté, des conclusions déposées par les parties après cette date, y compris les réquisitions du ministère public (paragraphe 20 ci-dessus). Après un an et demi, la procédure se retrouva donc dans son état initial.

Le tribunal ordonna ensuite production de l'original du mandat d'arrêt (paragraphe 21 ci-dessus), mais en vain. Il ne rendit la décision préparatoire que le 30 décembre 1983, donc après avoir attendu ce document pendant dix mois.

Le 20 janvier 1984, M. Baraona présenta une réclamation contre cette décision. Elle fut transmise au juge le 2 février, mais il ne la rejeta que deux mois plus tard, de 12 avril, invoquant un séjour à l'étranger (paragraphe 22-23 ci-dessus).

Si les instances postérieures devant la Cour administrative suprême et la Cour constitutionnelle ne prêtent pas, elles, à la critique, les trois périodes retenues par la Cour totalisent plus de deux années; seules pourraient les justifier des circonstances très exceptionnelles (arrêt Guincho précité, série A n.º 81, p. 15, § 36).

55. D'après le Gouvernement, les demandes de prorogation incriminées tiraient leur légitimité de la complexité de l'affaire et se fondaient sur la législation portugaise, de sorte que le temps écoulé de leur fait ne saurait entrer en ligne de compte pour le contrôle de la durée de la procédure.

56. La Cour a déjà pris en considération la complexité de l'affaire (paragraphe 50 ci-dessus). Quant à l'autre argument du Gouvernement, il ne la convainc pas davantage. Que la législation interne permette au ministère public de demander une prorogation de délai n'exclut pas la responsabilité de l'État pour les retards en résultant; le parquet aurait pu renoncer à présenter de telles demandes, ou le juge administratif les rejeter, comme il le fit du reste le 11 février 1983.

### **3. Conclusion**

57. En résumé, ni la complexité de la cause ni le comportement du requérant n'ont influé à un degré considérable sur la durée de la procédure; elle découle pour l'essentiel de la manière dont les autorités compétentes ont conduit l'affaire.



Il y à Donc eu dépassement du «délai raisonnable» au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

## II. APPLICATION DE L'ARTICLE 50

58. Aux termes de l'article 50 de la Convention.

«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.»

### A. *Domage.*

59. M. Baraona réclame 8 000 000 escudos portugais d'intérêts moratoires, au taux de 23%, sur le montant de l'indemnité demandée par lui au Gouvernement dans la procédure nationale pendante et à raison des cinq années qu'elle a déjà duré.

Il revendique en outre 5 000 000 escudos pour préjudice matériel et moral: le fait que les tribunaux portugais n'ont pas encore statué sur son action civile l'aurait empêché de se réinstaller au Portugal après y avoir perdu tous ses biens par suite du mandat d'arrêt litigieux.

60. Le Gouvernement relève que les intérêts moratoires peuvent être obtenus devant les tribunaux internes, qui d'ailleurs prennent en compte l'inflation et l'érosion monétaire pour fixer le niveau d'une indemnité. De plus, la durée de la procédure n'aurait causé au requérant aucun dommage matériel car il s'est établi à demeure au Brésil.

61. Sur les intérêts moratoires, la Cour marque son accord avec la Commission: le moment venu, les juridictions portugaises auront à en allouer si elles donnent gain de cause à M. Baraona. En tout cas, elle ne saurait préjuger du résultat de l'action en instance (voir notamment, *mutatais mutandis*, l'arrêt Bönisch du 2 juin 1986, série A n.º 103, p. 8, § 11).

Quant au dommage matériel allégué, il ne découle pas du dépassement du «délai raisonnable», constaté par le présent arrêt: l'impossibilité prétendue de retourner au Portugal dérive du mandat d'arrêt qui a conduit l'intéressé à s'enfuir au Brésil en laissant tout son patrimoine dans son pays. Or il s'agit là, précisément, de l'objet du recours pendant devant le tribunal administratif de Lisbonne et sur l'issue duquel la Cour ne saurait spéculer.

En revanche, le requérant a éprouvé un tort moral indéniable. Après six années, il continue à vivre dans l'incertitude en ce qui concerne le dénouement de la procédure en cause et, dès lors, la possibilité de se rétablir au Portugal comme il le souhaite. Appréciant ces éléments en équité, comme le veut l'article 50, la Cour lui accorde 500 000 escudos.

### B. *Frais et dépens*

62. M. Baraona réclame en outre le remboursement de 1 000 000 escudos de frais et dépens qu'aurait entraînés sa représentation par deux avocats devant les organes de la Convention, à savoir 500 000 escudos d'honoraires, 470 000 de frais de déplacement et 30 000 escudos de frais généraux.

S'appuyant sur les principes retenus en la matière par la jurisprudence de la Cour (voir, entre beaucoup d'autres, l'arrêt Bönisch précité, série A n.º 103, p. 9. § 15), le Gouvernement estime superflue la participation de deux avocats.

63. Le Gouvernement reconnaît l'importance des questions soulevées par l'affaire. Aux yeux de la Cour, elle pourrait justifier la présence de deux avocats à l'audience. Quant au montant des frais occasionnés par leur participation à la procédure devant la Commission et le Cour, ainsi que des frais généraux, il semble raisonnable. Par contre, dans les circonstances de la cause la Cour estime suffisante une somme de 400 000 escudos au titre des honoraires.

Au total, l'intéressé a donc droit au remboursement de 900 000 escudos pour frais et dépens.

*Par ces motifs, la Cour, a l'unanimité,*

1. *Dit* que l'article 6 § 1 de la Convention s'applique en espèce;
2. *Dit* qu'il a été violé;
3. *Dit* que l'Etat défendeur doit verser au requérant cinq cent mille (500 000) escudos pour dommage moral et neuf cent mille (900 000) escudos pour frais et dépens;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Drois de l'Homme à Strasbourg, le 8 juillet 1987.

*Pour le Greffier*

Jonathan L. SHARPE  
*Chef de division  
au greffe de la Cour*

Rolv RYSSDAL  
*Président*

# COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

## DECISÃO NA QUEIXA DE B CONTRA O REINO UNIDO (1)

O art.º 6 - da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não cobre a condenação do advogado nas custas do adiamento de uma audiência.

*P.F.*

### DECISÃO

.....  
..... Omissis .....

### EN DROIT

Le requérant se plaint de s'être vu refuser la possibilité d'être entendu équitablement, en conformité de l'article 6 par. 1 de la Convencion, et en particulier de recourir contre sa condamnation par le juge de la Crown Court de Knightsbridge, à la suite de l'audience inutile du 6 septembre 1983. dans la mesure où il est pertinent, l'article 6 par. 1 stipule:

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.»

---

(1) de 3 de Julho de 1984.

La question se pose ici de savoir si cette disposition s'applique à la procédure qui a abouti à la condamnation du requérant aux frais de l'audience. Cette condamnation suivait la comparution inutile dans une procédure pénale relative au procès de A. et B., mais ce procès ne portait nullement sur l'examen d'une accusation pénale contre le requérant. La Commission rappelle sa décision sur la recevabilité de la requête n.º 8249/78 (D. R. 20 p. 40) relative à une procédure disciplinaire contre un avocat, qui s'était déroulée à huis clos, portait sur une faute mineure et avait abouti à la sanction disciplinaire de l'avertissement. Dans cette affaire, la Commission, appliquant les principes énoncés par la Cour dans son arrêt du 8 juin 1976, relatif à l'affaire Engel et autres (Série A, volume 22, par. 82), <sup>(2)</sup> a conclu que cette procédure disciplinaire n'impliquait pas une décision sur le bien-fondé d'une accusation pénale. Dans la présente affaire, la requérant prétend que le juge de la Crown Court de Knightsbridge s'est fait procureur dans son propre tribunal au sujet d'une question que lui seul a définie comme un manquement de la part du requérant, et que ces éléments sont de nature à donner à la procédure un caractère pénal.

La Commission constate que la nature de la condamnation aux frais prononcée par le juge le 7 septembre 1983 impliquait une enquête sur la manière dont le requérant avait mené la cause, et cela dans l'exercice du contrôle judiciaire de la bonne administration de la justice, en particulier dans le but de prévenir des retards évitables dans la conduite d'une procédure pénale. Il apparaît en outre que la pénalité maximale que le juge, dans l'exercice de ce pouvoir, pouvait imposer au requérant est celle qui fut effectivement prononcée, c'est-à-dire la condamnation du requérant à supporter personnellement les frais superflus de la comparution inutile du 6 septembre 1983. Dans ces conditions, la Commission conclut que, quand bien même on se trouve en face d'une sanction infligée au requérant, le caractère de la procédure et la pénalité maximale possible ne sont pas tels qu'ils permettent de classer cette affaire parmi celles qui comportent une «décision sur le bien-fondé d'une accusation pénale», au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention.

La Commission doit examiner encore si cette procédure et cette décision du juge emportaient cependant une décision sur des droits ou obligations de

---

<sup>(2)</sup> Sumariado sob n.º 22 in *Documentação e Direito Comparado*, 7, 248.

caractère civil du requérant, au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention. Dans sa décision sur la recevabilité de la requête n° 8249/78 (supra), la Commission se référait à l'arrêt de la Cour dans l'affaire König (arrêt du 28 juin 1978, série A. volume 27, par. 91-95.) <sup>(3)</sup> Ce faisant, elle reconnaissait que, à supposer que le droit d'exercer la profession d'avocat puisse être classé comme droit civil au sens de l'article 6 par. 1. ce droit n'était pas l'objet de la procédure devant les organes disciplinaires de l'Ordre des avocats, dans l'affaire évoquée.

Dans la présente affaire, le requérant a souligné que l'ordonnance condamnant, comme en l'espèce, un avocat aux frais se fonde avant tout sur une appréciation du juge du procès selon laquelle l'avocat en question a effectivement fait preuve de négligence. Or, c'est ici la base même de l'objection du requérant contre sa condamnation aux frais, qu'il considère comme tout à fait déraisonnable dans des circonstances normales car il conteste toute négligence de sa part, et souligne que son barrister lui a fait faux bond.

La Commission admet qu'en condamnant le requérant aux frais superflus du 6 septembre 1983, le juge devait nécessairement apprécier dans une certaine mesure la manière dont le requérant avait mené la cause et qui avait abouti à un ajournement. Que cette appréciation n'ait pût être que partielle et superficielle est bien illustré par le fait que le requérant n'était pas présent pour s'expliquer devant le tribunal et encore moins pour défendre sa réputation professionnelle. La Commission estime toutefois que l'examen par le juge de cette aspect de conduite du requérant dans la procédure a été effectué non dans le cadre d'une appréciation de ses capacités professionnelles comme telles ou de ses rapports professionnels avec son client, mais comme faisant partie d'une bonne administration de la justice, dont le pouvoir judiciaire est en définitive responsable. La Commission conclut par conséquent que l'ordonnance du juge, et la procédure exceptionnelle, en l'absence du requérant et sur un bref préavis à ce dernier, doit être considérée comme une mesure proprement disciplinaire dans le cadre de l'administration de la justice et de la bonne organisation du travail des tribunaux. Elle n'impliquait par conséquent aucune décision relative aux droits et obligations de caractère civil du requérant.

---

<sup>(3)</sup> Publicado em Documentação e Direito Comparado, 2, 373.

Il s'ensuit que les dispositions de l'article 6 par. 1 de la Convention ne sont pas applicables à ladite procédure et que les griefs du requérant sont incompatibles *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. La requête doit par conséquent être déclarée irrecevable, au sens de l'article 27 par. 2 de la Convention.

*Par ces motifs, la Commission*

**DECLARE LA REQUETE IRRECEVABLE.**

# COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

## DECISÃO NA QUEIXA DE E. CONTRA A SUÍÇA <sup>(1)</sup>

- I. O Juiz como qualquer outro cidadão, beneficia da protecção do art.º 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- II. O n.º 2 do art.º 10.º da Convenção permite que a lei interna submeta o exercício da «liberdade de expressão» do Juiz, mesmo fora do exercício das suas funções, a restrições de forma a que não seja posta em causa a autoridade e imparcialidade do poder judicial.
- III. Não viola o art.º 10.º da Convenção a sanção disciplinar (censura) imposta ao juiz por haver distribuído na via pública manifestos tecendo severas críticas à administração da justiça e reclamando o arquivamento de processos pendentes.

*P. F.*

DECISÃO:

..... Omissis .....

EN FAIT

Le requérant est un ressortissant suisse né en 1944 et domicilié à S. Il est juge au tribunal de distric de Zürich.

---

<sup>(1)</sup> De 7 de Maio de 1984.



Devant la Commission, le requérant est représenté par Me Moritz Leuenberger, avocat au barreau de Zürich.

Suite à des émeutes qui eurent lieu à Zürich en mai 1980 (Zürcher Opernhaus-Krawall) un grand nombre d'adolescents et d'adultes furent inculpés notamment d'atteintes à la paix publique, de violences et menaces à l'égard de fonctionnaires et de déprédations matérielles. Une partie de l'opinion publique réclama ensuite une décision de non lieu pour ces affaires et à tout le moins l'indulgence et l'amnistie pour les auteurs des infractions en question, notamment au motif que la jeunesse n'avait pu se faire entendre autrement qu'en brisant des vitrines.

C'est ainsi que parut le 18 septembre 1980 dans le journal le «Tages-Anzeiger», une déclaration publique signée nommément entre autres personnes par six juges du tribunal de district dont le requérant, qui demandaient indulgence et amnistie pour les personnes poursuivies.

Suite à cette publication, le requérant ainsi que les cinq autres juges signataires reçurent le 3 décembre 1980 une lettre émanant de la commission administrative du tribunal supérieur de Zürich qui leur notifia qu'une déclaration était considérée comme incompatible avec leur fonction de juge en ce qu'elle témoignait à tout le moins d'un certain mépris à l'égard des institutions judiciaires et que l'exercice du devoir de réserve était d'autant plus nécessaire en l'espèce qu'il était probable que les juges signataires de cet article seraient appelés à siéger par la suite dans les procès en question.

La Commission avisait par ailleurs les signataires de cette déclaration publique qu'en cas de récidive une procédure disciplinaire serait engagée contre eux.

Parallèlement, en décembre 1980, l'assemblée des délégués du parti social-démocrate de Zürich décida de soutenir une action du «Comité pour un Zürich sans répression» (Komitee für ein repressionsfreies Zürich) consistant en la distribution de tracts et de brochures au public.

Le requérant, qui est membre du parti socialiste et élu à ce titre au poste de juge qu'il occupe, participa le samedi 20 décembre 1980 à la distribution de ces tracts et brochures au public.

Sur dénonciation d'un de ses collègues, une procédure disciplinaire fut par la suite engagée contre le requérant le 21 janvier 1981.

Par décision en date du 13 mai 1981, la commission administrative fut par la suite engagée contre le requérant le 21 janvier 1981.

Par décision en date du 13 mai 1981, la commission administrative du tribunal supérieur de Zürich (Verwaltungskommission des Obergerichts Zürich) infligea au requérant à la majorité des voix un blâme (Verweis) pour manquement à ses obligations de réserve et de fidélité.

La commission se fonda, pour sanctionner le requérant, sur l'article 9 du statut des fonctionnaires du canton de Zürich en date du 16 novembre 1970 qui stipule que:

1. «Les fonctionnaires doivent se consacrer pleinement à l'exercice de leur fonction. Ils doivent remplir leurs obligations professionnelles consciencieusement et en respectant les intérêts de l'État
2. Les fonctionnaires doivent exécuter avec soin les ordres de leurs supérieurs hiérarchiques. Ils doivent veiller à ce que le travail se déroule de manière simple, expéditive et économique.
3. Les fonctionnaires doivent se montrer dignes de l'estime et de la confiance qui sont dus à leur fonction officielle.
4. Dans leurs relations professionnelles et dans leurs relations avec le public, ils doivent se comporter avec tact et politesse.»

La commission se référa plus particulièrement au paragraphe 3 de l'article 9 en question pour estimer que, compte tenu du contenu du tract en question (qui critiquait notamment le comportement prétendument anti-démocratique des autorités et qui exprimait une revendication touchant au classement des poursuites contre tous les manifestants et à l'indulgence et l'amnistie pour ceux déjà inculpés), le requérant avait manqué aux obligations inhérentes à sa fonction de juge.

Le requérant se pourvut contre la décision de la commission disciplinaire du 13 mai 1981 devant le Tribunal fédéral en faisant valoir dans son recours de droit public qu'il y avait, selon lui, violation de son droit à la liberté d'expression en raison du fait qu'aucune disposition du statut des fonctionnaires ne réglementait le comportement hors service de juges, que le tract incriminé ne contenait que des revendications politiques générales adressées au pouvoir législatif et exécutif et non pas judiciaire et qu'il n'y avait en tout état de cause aucun rapport entre l'activité politique privée du requérant et sa fonction de juge.

Ce recours fut rejeté par le Tribunal fédéral par arrêt en date du 9 juillet 1982.

Le Tribunal concluait au rejet en considérant notamment que le requérant avait failli au devoir de réserve inhérent à sa fonction de juge en prenant position sans ambiguïté, par la distribution d'un tract dont il n'ignorait pas le contenu, sur des procédures pénales en cours, en critiquant la justice et en laissant clairement entendre par le biais des exigences exprimées dans ledit tract tendant au classement sans suites de *toutes* les procédures en cours engagées contra les manifestants et à l'amnistie de *toutes* les condamnations déjà prononcées, qu'il estimait que les infractions commises ne devaient pas être réprimées indépendamment de leur gravité.

Le Tribunal fédéral releva au surplus qu'à la date du 20 décembre 1980 le requérant ne pouvait avoir la certitude d'être dispensé de toute participation au jugement des infractions commises par les émeutiers.

Cet arrêt fut notifié au requérant le 8 septembre 1982.

## GRIEFS

Le requérant, qui exerce la profession de juge, se plaint que la commission disciplinaire lui ait infligé un blâme pour avoir distribué dans ses heures libres un tract à contenu politique. Il allègue la violation de l'article 10 de la Convention.

Le requérant précise de façon liminaire que tous les juges en Suisse sont obligatoirement inscrits à un parti politique qui procède à leur désignation au poste de juge en fonction d'une clé de répartition par parti qui est déterminée au vu des résultats des élections parlementaires.

Dès lors, pour qu'un adhérent d'un parti soit élu au poste de juge et réélu à ce même poste au bout de six années, il faut qu'il soit politiquement actif au sein du parti auquel il appartient.

En Suisse, un juge peut ainsi faire partie du bureau politique de son parti, prendre la parole en public au cours de congrès ou de manifestations à caractère politique et même se faire élire en tant que député du parlement communal, cantonal ou fédéral. La seule exception à cette règle concerne les juges fédéraux qui ne peuvent être élus députés au parlement fédéral.

Le requérant estime tout d'abord que l'ingérence dans son droit à la liberté d'expression n'était pas prévue par la loi au sens de l'article 10 par. 2.

En effet, le Tribunal fédéral s'est fondé, pour confirmer la sanction disciplinaire infligée au requérant en première instance, sur l'article 9 du statut zürichoïses des fonctionnaires.

Or, cet article, dans son ensemble, n'a trait, selon le requérant, qu'aux devoirs et responsabilités qui incombent au juge dans l'exercice de ses fonctions mais ne peut aucunement être interprété comme réglementant également le comportement hors service du juge, même si les autorités suisses se sont référées plus particulièrement au paragraphe 3 de cet article 9 qui stipule que les fonctionnaires doivent se montrer dignes de l'estime et de la confiance qui sont dues à leur fonction officielle.

Le requérant estime suite qu'il n'existe en droit suisse aucune disposition légale précise réglementant le comportement hors service des fonctionnaires et que dès lors l'ingérence dont il a été victime n'est prévue par la loi.

Par ailleurs, le requérant soutient que l'ingérence dans son droit à la liberté d'expression n'était pas nécessaire dans une société démocratique pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Il fait valoir à cet égard que l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire sont garanties par l'obligation faite au juge de se récuser de sa propre initiative ou par la possibilité d'être récusé par l'une des parties au procès en cas de doute sur son impartialité.

Le requérant fait valoir d'autre part que les autorités suisses, en se fondant sur le contenu du tract incriminé pour le sanctionner, n'ont à aucun moment examiné la question de savoir si les critiques contenues dans ce tract étaient ou non justifiées.

Le requérant souligne à cet égard que le comportement des autorités zürichoises lors des émeutes de 1980 a donné lieu à des critiques beaucoup plus massives notamment de la part du parlement fédéral qui ne rejeta une proposition d'amnistie des infractions commises par les jeunes émeutes que par 97 voix contre 77. De surcroît, parmi les députés en faveur de l'amnistie figuraient également des juges de première instance qui, eux, n'ont pas été sanctionnés disciplinairement pour avoir plaidé publiquement en faveur d'un apaisement des relations conflictuelles existant entre les autorités et la jeunesse.

Le requérant, qui n'a fait que distribuer des tracts en sa qualité de personne privée et en-dehors des heures de service, estime donc que l'ingérence dans son droit à la liberté d'expression, matérialisée par la sanction disciplinaire dont il a fait l'objet, ne saurait se justifier au regard de l'article 10, par. 2.

## EN DROIT

Le requérant juge au tribunal de district de Zürich, se plaint d'une sanction disciplinaire qui lui fut infligée pour avoir distribué en-dehors de ses heures de service un tract à contenu politique. Il se prétend de ce fait victime d'une violation de l'article 10 de la Convention, ainsi conçu:

- «1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.
2. L'exigence de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumise à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.»

Quant à l'interprétation de cette disposition la Commission se réfère à sa jurisprudence (cf. notamment son rapport du 30 septembre 1975 sur la requête n.º 5493/72, *Handyside c/Royaume-Uni* et à celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, Série A, Vol. 24, par. 42 à 59) <sup>(2)</sup>

Aux termes de l'article 10 précité, la liberté d'expression comprend notamment la liberté de communiquer des informations ou des idées. Or le requérant a été condamné à une peine disciplinaire pour avoir communiqué au public, par le biais de la distribution d'un tract, des informations et des idées qui étaient l'expression d'une opinion politique concernant une situation conflictuelle existant alors à Zürich suite à des émeutes ayant eu lieu en mai 1980.

---

<sup>(2)</sup> Sumariada sob n.º 25, in *Documentação e Direito Comparado*, 7, 251.

La Commission est d'avis que cette condamnation constitue une ingérence dans le droit du requérant de communiquer des informations ou des idées c'est-à-dire à sa liberté d'expression, telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article 10 (cf. notamment la décision sur la recevabilité de la requête n° 7050/75. *Arrowsmith c/Royaume-Uni*, D.R. 19, p. 5).

La liberté d'expression ne peut être restreinte que dans la mesure où cela est nécessaire au maintien des valeurs protégées par le paragraphe 2 dudit article (rapport précité par. 137; Arrêt par. 43). Il convient dès lors d'examiner si la sanction infligée au requérant était prévue par la loi et si elle était nécessaire dans une société démocratique, pour l'un des motifs énoncés à l'article 10, par. 2, eu égard aux «devoirs» et «responsabilités» que comporte l'exercice de la liberté d'expression.

Quant à la question de savoir si l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression dont a fait l'objet le requérant était ou non prévue par la loi, la Commission est d'avis que l'article 9, par. 3, du statut zurichois des fonctionnaires constitue, compte tenu de la situation particulière du requérant, une base juridique suffisante pour servir de fondement légal à la sanction infligée à celui-ci.

Cette disposition vise à assurer l'estime et la confiance qui sont dues par les justiciables à la fonction officielle des fonctionnaires participant à l'exercice du pouvoir judiciaire. Ce but est un but légitime, en vertu du paragraphe 2 de l'article 10 puisqu'il s'agit de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Reste à examiner la question de la «nécessité» de la mesure que conteste le requérant.

Il ressort de la jurisprudence des organes institués par la Convention que le critère de la «nécessité» ne saurait être appliqué en termes absolus mais exige que divers facteurs soient appréciés. Ces facteurs sont notamment la nature du droit en cause, le degré d'ingérence (était-il proportionné au but légitime poursuivi?), la nature de l'intérêt public et la mesure dans laquelle il demande à être protégé dans les circonstances de l'espèce.

La Commission relève tout d'abord qu'il n'a jamais été contesté par les autorités que le requérant en tant que fonctionnaire, bénéficie en principe comme tout autre citoyen de la protection prévue à l'article 10 par. 1 et qu'il lui est donc loisible d'être actif politiquement et de s'exprimer publiquement ou en privé de manière critique sur des sujets d'intérêt général.

La Commission souligne cependant que dans l'appréciation des restrictions admissibles il faut tenir compte de la situation particulière de la personne qui exerce sa liberté d'expression ainsi que des «devoirs et responsabilités» attachés à cette situation (cf. Arrêt précité, par. 49 in fine).

En l'espèce, le requérant exerce la profession de juge au tribunal de district de Zürich. On peut donc attendre de lui, en tant que fonctionnaire participant à l'exercice du pouvoir judiciaire, qu'il exerce avec retenue son droit à la liberté d'expression dans tous les cas où l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire sont susceptibles d'être mises en cause.

Or la Commission note que le tract qu'il est reproché au requérant d'avoir distribué, contient des critiques très sévères concernant le fonctionnement de la justice à Zürich et reprochait notamment aux autorités judiciaires de restreindre indûment les droits de la défense. De plus, la plateforme de revendications inscrite dans ledit tract concluait notamment au classement de toutes les poursuites engagées contre les manifestants et à l'amnistie de toutes les condamnations déjà prononcées.

De l'avis de la Commission il ressort clairement du contenu du tract incriminé que le requérant a pris notamment position sur des procédures pénales pendantes.

Dès lors, compte tenu des fonctions de juge exercées par le requérant qui au surplus ne pouvait exclure à l'époque des faits qu'il serait appelé à siéger dans des procès engagés contre les émeutiers, la Commission estime que l'ingérence subie par le requérant dans l'exercice de sa liberté d'expression se justifie en l'espèce comme étant nécessaire dans une société démocratique, pour sauvegarder l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, au sens de l'article 10, par. 2, de la Convention.

Il s'ensuit que la requête doit être rejetée comme étant manifestement mal fondée par application de l'article 27, par. 2, de la Convention.

*Par ces motifs, la Commission*

**DECLARE LA REQUETE IRRECEVABLE.**

## COMITÉ DE MINISTROS

### *RESOLUTION DH (83) 10*

A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 25 de Março de 1983, no caso Minelli, terá sido comprida pelo Governo suíço com o pagamento da quantia atribuída pelo Tribunal ao requerente, a título de satisfação equitativa, e com a transmissão às autoridades judiciais internas da jurisprudência do Tribunal.

*P.F.*

### L'AFFAIRE MINELLI

*(Adoptée par le Comité des Ministres de 23 juin 1983, lors de la 361<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 54 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée «la convention»),

Vu l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme rendu le 25 mars 1983 dans l'affaire «Minelli» et transmis à la même date au Comité des Ministres; <sup>(1)</sup>

Rappelant qu'à l'origine de cette affaire se trouve une requête dirigée contre la Suisse qui avait été introduite le 20 juin 1979 par un ressortissant suisse, M. Ludwig Minelli, devant le Commission européenne des Droits de l'Homme

---

<sup>(1)</sup> Decisão publicada em Documentação e Direito Comparado, 16, 76.



en vertu de l'article 25 de la convention, alléguant la violation de l'article 6, paragraphe 2, de la convention;

Rappellent que cette affaire e été portée devant la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme et par le Gouvernement suisse;

Considerant que dans son arrêt du 25 mars 1983, la Cour, à l'unanimité:

1. Dit qu'il a eu violation de l'article 6, paragraphe 2, de la convention.
2. Rejetant la demande de satisfaction équitable pour le surplus, dit que l'Etat défendeur doit verser au requérant huit mille six cent soixante-huit francs suisses soixante-cinq centimes (8 668,65 FS) pour frais et dépens;

Vu les «Règles relatives à l'application de l'article 54 de la convention»;

Ayant invité le Gouvernement suisse à l'informer des mesures prises à la suite de cet arrêt, eu égard à l'obligation qu'il a de s'y conformer selon l'article 53 de la convention;

Considérant que, lors de l'examen de cette affaire par le Comité des Ministres, le Gouvernement suisse a donné à celui-ci des informations sur les mesures prises à la suite de l'arrêt du 25 mars 1983, informations qui sont résumées dans l'annexe à la présente résolution;

S'étant assuré que le Gouvernement suisse a versé au requérant la satisfaction équitable accordée par la Cour dans son arrêt du 25 mars 1983,

Déclare, après avoir pris connaissance des informations fournies par le Gouvernement suisse, qu'il a rempli ses fonctions en vertu de l'article 54 de la convention dans la présente affaire.

*ANNEXE A LA RESOLUTION DH (83) 10*

**INFORMATIONS FOURNIES PAR LE GOUVERNEMENT SUISSE LORS  
DE L'EXAMEN DE L'AFFAIRE MINELLI PAR LE COMITE DES  
MINISTRES**

A la suite de l'arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme le 25 mars 1983, le Gouvernement suisse a informé le requérant, le 29 mars, que la somme de 8 668, 65 FS, accordée au requérant par la Cour en application de l'article 50 de la convention pour frais et dépens, lui serait versée les jours suivants. Par lettre du 22 avril 1983, le requérant a accusée réception de cette somme.

Dans les derniers jours du mois de mars 1983, le Gouvernement suisse a également officiellement porté l'arrêt de la Cour du 25 mars 1983 à la connaissance de la Direction de la justice du canton de Zürich, du Tribunal fédéral suisse et de l'Association suisse des avocats.

En outre, en vue d'assurer une diffusion appropriée de l'arrêt du 25 mars 1983, l'Office fédéral de la justice a décidé de publier les principaux considérants en droit de l'arrêt Minelli dans la revue intitulée *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération*, et a proposé aux rédactions de la *Revue suisse de jurisprudence* et du *Journal des tribunaux* de publier l'arrêt dans l'une ou l'autre de ces revues. Il y a tout lieu de penser que ces publications contribueront à faire connaître les principes posés par l'arrêt Minelli dans les milieux juridiques suisses, et notamment dans les cantons, compétents en matière de procédure pénale.

Compte tenu des mesures prises dans cette affaire, le Gouvernement suisse est d'avis qu'il a rempli ses obligations au titre de l'article 53 de la convention.

## **COMITÉ DE MINISTROS**

*RECOMMANDATION N.º R (81) 7*

Recomenda-se ao governos dos Estados membros:

- Que não se impeçam as partes de se fazer assistir por advogado;
- Que as decisões judiciais sejam compreensíveis para as partes;
- Limitação ao mínimo do número de peritos intervenientes no processo;
- Que os recursos tenham efeito meramente devolutivo;
- Que nos processos sobre direitos da família os debates, na medida do possível, não sejam públicos.

*P. F.*

*RECOMMANDATION N.º R (81) 7*

### **DU COMITE DES MINISTRES AUX ÉTATS MEMBRES SUR LES MOYENS DE FACILITER L'ACCES A LA JUSTICE**

*(Adoptée par le Comité des Ministres le 14 mai 1981,  
lors de sa 68<sup>e</sup> Session)*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15. *b* du Statut du Conseil de l'Europe,

Considérant que le droit d'accéder à la justice et d'être entendu équitablement, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, constitue une caractéristique essentielle de tout régime démocratique;

Considérant que la procédure judiciaire est souvent si complexe, longue et coûteuse que les particuliers — et notamment les personnes économiquement

ou socialement défavorisées — rencontrent de sérieuses difficultés pour exercer leurs droits dans les Etats membres;

Considérant qu'un système efficace d'assistance judiciaire et de consultation juridique, tel que celui prévu dans la Résolution (78) 8 du Comité des Ministres, peut contribuer largement à l'élimination de ces obstacles;

Considérant toutefois qu'il est également souhaitable de prendre toutes les mesures nécessaires pour simplifier la procédure chaque fois que cela est possible, afin de faciliter l'accès des particuliers aux tribunaux tout en veillant à ce que la justice soit respectée;

Considérant qu'il est souhaitable, en vue de faciliter l'accès à la justice, de simplifier les documents utilisés dans les procédures,

Recommande aux gouvernements des Etats membres de prendre ou de renforcer, selon de cas, toutes les mesures qu'il considèrent comme nécessaires pour assurer la mise en oeuvre progressive des principes énoncés dans l'annexe à la présent recommandation.

#### *ANNEXE A LA RECOMMANDATION N.º R (81) 7*

### **PRINCIPES**

Les États membres devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour informer le public sur les moyens qu'une personne peut utiliser pour faire valoir ses droits en justice et pour rendre simples, rapides et peu coûteuses les procédures en matière civile, commerciale, administrative, sociale ou fiscale. A cet effet, les États membres devraient tenir compte en particulier des principes énoncés ci-après.

*A. Information du public.*

1. des mesures appropriées doivent être prises pour informer le public sur le siège et la compétence des tribunaux que la manière d'introduire une action devant les tribunaux ou de se défendre dans une telle action.

2. Des informations générales doivent pouvoir être obtenues soit auprès des tribunaux, soit auprès de tout service ou organisme compétent sur les points suivants;

- les formalités de procédure sous réserve que ces informations ne comportent pas de conseils juridiques sur le fond de l'affaire;
- la manière dont un recours peut être exercé et le délai dans lequel il doit l'être, ainsi que les règles de procédure à observer et les documents requis à cet effet;
- les moyens par lesquels une décision peut être exécutée et, si possible, les frais d'exécution.

*B. Simplification.*

3. Des mesures doivent être prises pour faciliter ou encourager, dans les cas appropriés, la conciliation des parties ou le règlement amiable des différends, avant toute procédure judiciaire ou au cours d'une procédure engagée.

4. Aucune partie ne doit être empêchée de se faire assister par un avocat. Le recours obligatoire d'une partie aux services de plusieurs professionnels du droit pour les besoins de même litige doit être évité, lorsqu'une telle pluralité de services n'est pas indispensable. Lorsque, en raison de la nature de l'affaire, il serait opportun, en vue de faciliter l'accès des particuliers à la justice, de leur permettre de présenter eux-mêmes leur cas au tribunal, le ministère d'un avocat ne devrait pas être obligatoire.

5. Les Etats doivent prendre des mesures pour que la présentation de tous les actes de procédure soit simple, que le langage utilisé soit compréhensible du public et que les décisions juridictionnelles soient compréhensibles pour les parties.

6. Lorsqu'une des parties au procès n'a pas une connaissance suffisante de la langue du tribunal, les États doivent accorder une attention particulière aux problèmes d'interprétation et de traduction et veiller à ce que les personnes économiquement défavorisées ne soient pas désavantagées quant à l'accès au tribunal ou au déroulement du procès par leur incapacité de parler ou de comprendre la langue du tribunal.

7. Des mesures doivent être prises afin que le nombre d'experts désignés dans la même affaire par le tribunal, d'office ou à la demande des parties, soit aussi limité que possible.

### *C. Accélération*

8. Tout doit être en oeuvre afin de réduire à un minimum le temps nécessaire pour obtenir une décision sur l'affaire. A cet effet, des mesures doivent être prises pour éliminer les procédures archaïques sans utilité pratique, pour que les tribunaux disposent d'un personnel suffisant et fonctionnent de manière efficace et pour que soient adoptés des mécanismes permettant à la juridiction de suivre le déroulement de la procédure depuis le début.

9. Des dispositions doivent être prises en ce qui concerne les créances non contestées ou certaines portant sur des sommes d'argent afin que dans ces affaires, une décision définitive soit rendue rapidement, sans formalités, comparutions ou dépenses superflues.

### *C. Coût de la justice.*

11. L'introduction de l'instance ne peut être subordonnée au versement par une partie pour le compte de l'État d'aucune somme d'un montant déraisonnable eu égard à l'affaire en instance.

12. Dans la mesure où les frais de procédure constituent un obstacle manifeste à l'accès à la justice, ils doivent être, si possible, réduits ou supprimés. Le système des frais de procédure doit être examiné en vue de sa simplification.

13. Une attention particulière doit être accordée au problème des honoraires des avocats et des experts dans la mesure où ces honoraires constituent un obstacle à l'accès à la justice. Une certaine forme de contrôle sur le montant de ces honoraires doit être assurée.

14. Sauf circonstances particulières, la partie gagnante doit, en principe, obtenir de la partie perdante le remboursement de ses frais et dépenses, y compris les honoraires d'avocat, qu'elle a raisonnablement exposés à propos de la procédure.

#### *E. Procédure particulières*

15. Pour les litiges concernant des créances de faible importance, il doit être institué une procédure permettant aux parties de recourir à la justice sans avoir à supporter des frais disproportionnés à la somme faisant l'objet du litige. A cette fin, il pourrait être envisagé de prévoir des formulaires simples, d'éviter les audiences inutiles et de limiter les recours.

16. Les Etats doivent veiller à ce que les procédures relatives au droit de la famille soient simples, rapides, peu coûteuses et qu'elles respectent la nature personnelle des litiges en cette matière. Ceux-ci devraient, autant que possible, faire l'objet de débats non publics.

## **COMITÉ DE MINISTROS**

*RECOMMANDATION N.º R (84) 5*

Importa que o processo civil se torna cada vez mais simples e célere, sem prejuízo das necessárias garantias para as partes e da qualidade de justiça que a sociedade democrática exige.

*P.F.*

*RECOMMANDATION N.º R (84) 5*

### **DU COMITE DES MINISTRES AUX ÉTATS MEMBRES SUR LES PRINCIPES DE PROCEDURE CIVILE PROPRES A AMELIORER LE FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE**

*(adoptée par le Comité des Ministres le 28 février 1984,  
lors de la 367<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15. *b* du Statut du Conseil de l'Europe,

Considérant que le droit à la justice garanti par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme constitue une caractéristique essentielle de toute société démocratique;

Considérant que la mise en oeuvre des mesures et des principes contenus dans les Résolutions (76) 5 et (78) 8 sur l'assistance judiciaire et dans la Recommandation n.º R (81) 7 relative aux moyens de faciliter l'accès à la justice, peut favoriser le droit des citoyens à la justice,

Considérant toutefois que certaines règles de procédure civile en vigueur dans les États membres peuvent présenter un obstacle à une justice effective parce qu'elles ne seraient plus adaptées aux besoins de la société moderne et qu'elles pourraient parfois être détournées à des fins abusives ou dilatoires;



Considérant que, tout en préservant les garanties pour les justiciables, contenues dans les règles traditionnelles de la procédure, et la qualité de la justice requise dans une société démocratique, il conviendrait que la procédure civile devienne plus simple, plus souple et plus brève;

Considérant que pour atteindre ces buts, il est nécessaire de permettre aux parties d'accéder à des procédures simplifiées plus rapides et de les protéger contre des agissements abusifs ou dilatoires, notamment en reconnaissant au juge le pouvoir d'orienter le procès avec plus d'efficacité;

Compte tenu des discussions eues et des résolutions adoptées par les ministres européens de la Justice au cours de leur 12<sup>a</sup> Conférence, tenue en mai 1980 à Luxembourg;

Recommande aux gouvernements des États membres de prendre ou de renforcer, selon le cas, toutes les mesures qu'ils estiment nécessaires pour améliorer la procédure civile en s'inspirant des principes énoncés dans l'annexe à la présente recommandation.

#### *ANNEXE A LA RECOMMANDATION N.º R (84) 5*

### **PRINCIPES DE PROCEDURE CIVILE PROPRES A AMELIORER LE FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE**

#### *Principe 1*

1. Le procès devrait, normalement, compter au plus deux audiences: la première étant, éventuellement, l'audience préliminaire de nature préparatoire et la seconde celle au cours de laquelle les preuves seront administrées, l'affaire discutée et, si possible, le jugement rendu. Le juge devrait veiller à ce que tous les actes nécessaires pour la deuxième audience soient accomplis en temps utile, toute remise de la cause devant en principe être interdite, sauf en cas de faits nouveaux ou d'autres circonstances exceptionnelles et importantes.

2. Des sanctions devraient être prévues lorsqu'une partie, éventuellement après avoir été mise en demeure, n'a pas accompli un acte de procédure dans

les délais fixés par la loi ou le juge. Ces sanctions pourraient, selon les cas, consister notamment dans la déchéance de l'acte, le paiement de dommages-intérêts, des frais ou d'une amende ainsi que dans la radiation de l'affaire du rôle.

3. Les témoins devraient pouvoir être convoqués par le juge et des sanctions appropriées (amendes, dommages-intérêts, etc.) devraient être prévues en cas d'absence non justifiée au procès. En l'absence d'un témoin, il appartient au juge de décider si le procès peut continuer sans ce témoignage. L'utilisation de moyens techniques modernes, par exemple le téléphone ou les systèmes audiovisuels, dans des conditions appropriées, devrait être prévue pour faciliter les témoignages.

4. Si un expert nommé par le juge ne communique pas son rapport ou tarde à le communiquer sans justification valable, des sanctions appropriées devraient être prévues. Elles pourraient éventuellement consister dans la réduction des honoraires, le paiement des frais ou de dommages-intérêts, ainsi que dans des mesures disciplinaires prises, selon les cas, par le juge ou par une organisation professionnelle.

#### *Principe 2*

1. Lorsqu'une partie entame une procédure manifestement non fondée, le tribunal devrait avoir le pouvoir de juger sommairement l'affaire et, dans les cas appropriés, d'imposer une amende à cette partie ou d'octroyer des dommages-intérêts à l'autre partie.

2. Lorsqu'une partie, en violation de la loyauté à laquelle elle est tenue dans le déroulement du procès, utilise les moyens et actes de la procédure dans le but principal et manifeste de la retarder, le juge devrait avoir le pouvoir soit de décider immédiatement sur le fond, soit d'appliquer des sanctions telles que des déchéances, le paiement d'amendes ou de dommages-intérêts; dans des cas particuliers, l'avocat devrait pouvoir être contraint de payer les frais de justice.

3. Les organisations professionnelles des avocats devraient être invitées à prévoir des sanctions disciplinaires lorsqu'un de leurs membres agit dans les conditions énoncées aux paragraphes précédents.

### *Princípio 3*

Le juge devrait, au moins lors de l'audience préliminaire, mais si possible à tous les stades de la procédure, jouer un rôle actif afin d'assurer, dans le respect des droits des parties et du principe de leur égalité, un déroulement rapide des procédures. Notamment, il devrait avoir, d'office, les pouvoirs de demander aux parties toutes clarifications utiles, de les faire comparaître personnellement, de soulever des questions de droit, de rechercher les preuves au moins dans les cas où le fond du litige n'est pas à la disposition des parties, de diriger l'administration des preuves, d'exclure des témoins si leur déposition éventuelle manque de pertinence par rapport à l'affaire, de limiter le nombre, s'il est excessif, des témoins appelés à déposer sur les mêmes faits. Ces pouvoirs devraient être exercés sans pour autant déborder l'objet de l'action.

### *Princípio 5*

Sauf si la loi en dispose autrement, les prétentions des parties, les prescriptions, les exceptions et, en principe, les moyens de preuve devraient être présentés aussitôt que possible au début de la procédure et, en tout cas, avant le terme de la phase préliminaire du procès, là où elle existe. En appel, le juge ne devrait normalement pas admettre des faits qui n'avaient pas été invoqués en première instance, sauf dans l'un des cas suivants:

- a.* ces faits n'étaient pas connus en première instance;
- b.* la personne qui les invoque n'était pas partie à la procédure en première instance;
- c.* il existe une raison exceptionnelle de les admettre.

### *Princípio 6*

Les jugements devraient être rendus dès la fin de la procédure ou de plus tôt après celle-ci. Ils devraient être aussi concis que possible. Ils peuvent se fonder librement sur toute règle juridique mais doivent répondre de façon certaine, expresse ou implicite, à toutes les demandes formulées par les parties.

### *Principe 7*

Des mesures devraient être prises décourager l'utilisation abusive des voies de recours.

### *Principe 8*

1. En outre, des règles ou des ensembles de règles particulières tendant à accélérer la solution du litige devraient être prévues:

- a. en cas d'urgence;
- b. lorsqu'un droit n'est pas contesté ou que la créance est certaine ou que l'objet du litige est de faible valeur;
- c. en matière d'accidents de la circulation routière, de litiges du travail, de location de logements, de certaines questions relatives au droit de la famille, notamment en ce qui concerne la fixation ou la révision des aliments.

2. A cette fin, une ou plusieurs des mesures suivantes pourraient être prises: forme simplifiée de l'acte introductif d'instance; suppression d'audiences ou tenue d'une seule audience et, éventuellement, d'une audience préliminaire préparatoire; procédure exclusivement écrite ou, selon les cas, exclusivement orale; prohibition ou limitation de soulever certaines exceptions ou défenses; administration libre des preuves; prohibition de concéder des remises ou bien limitation à des remises à bref délai; expertise judiciaire, d'office ou à la requête des parties, si possible dès le début des procédures; rôle actif du juge dans la conduite de la cause et dans la recherche et l'administration des preuves.

3. Ces règles ou ensemble de règles particulières pourraient, selon les cas, être obligatoires, facultatives à la demande d'une des parties ou nécessiter l'accord des parties.

### *Principe 9*

Les moyens techniques les plus modernes devraient être mis à la disposition des autorités judiciaires afin de leur permettre de rendre la justice dans les meilleures conditions d'efficacité, notamment en leur facilitant l'accès aux différentes sources du droit et en accélérant l'administration de la justice.

## **COMITE DE MINISTROS**

Em ordem a evitar a acumulação de processos nos tribunais, que pode levar à violação do art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Comité de Ministros recomenda, entre outras medidas, que os juizes sejam libertos de tarefas não jurisdicionais.

*P.F.*

### *RECOMMANDATION N.º R (86) 12*

#### **DU COMITE DES MINISTRES AUX ETATS MEMBRES RELATIVE A CERTAINES MESURES VISANT A PREVENIR ET REDUIRE LA SURCHARGE DE TRAVAIL DES TRIBUNAUX**

*(adoptée par le Comité des Ministres le 16 septembre 1986,  
lors de la 399<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres)*

Le comité des Ministres, en vertu de l'article 15 b) du Statut du Conseil de l'Europe, <sup>(1)</sup>

Considérant, d'une part, l'accroissement du nombre des affaires portées devant les tribunaux, lequel peut avoir effet de porter atteinte au droit des

---

<sup>(1)</sup> Estatuto do Conselho da Europa — Artigo 15.º:

«a) O Comité de Ministros examinará, por recomendação da Assembleia Consultiva, ou por sua própria iniciativa, as medidas convenientes para a realização do objectivo do Conselho da Europa, nomeadamente a conclusão de convenções e de acordos e a adopção pelos Governos de uma política comum em relação a questões determinadas. As suas conclusões serão comunicadas pelo Secretário Geral aos Membros.

b) As conclusões do Comité de Ministros, podem, nos casos em que tal se justifique, revestir a forma de recomendações aos Governos, podendo o Comité convidá-los a prestar informações acerca do seguimento por eles dado àquelas recomendações.»

Tradução publicada in *Documentação e Direito Comparado*, I, 711).

justiciables à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme;

Considérant, d'autre part, le nombre élevé de tâches non juridictionnelles confiées au juge, nombre qui, dans certains Etats a tendance à augmenter;

Convaincu de l'intérêt de limiter les activités non juridictionnelles confiées aux juges ainsi que la charge excessive de travail des tribunaux, afin d'améliorer le fonctionnement de la justice;

Convaincu également de l'intérêt d'assurer en permanence une répartition équilibrée des affaires entre les juridictions et d'utiliser au mieux les moyens humains dont elles disposent;

Invite les gouvernements des Etats membres, indépendamment des ressources qui devraient être à la disposition de l'ordre judiciaire pour faire face de façon efficace à l'accroissement des affaires contentieuses et des tâches non juridictionnelles, à réfléchir sur l'opportunité de poursuivre, dans leur politique judiciaire, un ou plusieurs des objectifs suivants:

I. Encourager, dans les cas appropriés, le règlement amiable des différends, soit en dehors de l'ordre judiciaire, soit avant ou pendant la procédure judiciaire.

A cet effet, les mesures suivantes pourraient être en considération:

- a. prévoir, avec des avantages appropriés, des procédures de conciliation qui, préalablement à la procédure judiciaire on en marge de celle-ci, auraient pour but de régler le litige;
- b. confier au juge, au nombre de ses tâches principales, la recherche d'un règlement amiable du litige entre les parties, dans toutes les affaires qui s'y prétend, au début de la procédure ou a tous les stades appropriés de celle-ci;
- c. consacrer comme une obligation déontologique des avocats, ou inviter les instances compétentes à reconnaître comme telle, la recherche de la conciliation avec la partie adverse de recourir à la voie judiciaire ainsi qu'à tous les stades appropriés de la procédure judiciaire.

II. Eviter d'accroître le volume des tâches non juridictionnelles confiées aux juges et le diminuer progressivement en confiant celles-ci à d'autres personnes ou organes.

L'annexe à la présente recommandation contient des exemples de ces tâches actuellement prévues par certains États et dont le juge pourrait être déchargé, compte tenu des données propres à chaque pays.

- III. Prévoir, pour des affaires de petite importance ou dans certaines matières particulières, des organes qui, en dehors de l'ordre judiciaire, seront à la disposition des parties pour trancher les litiges.
- IV. Prendre les dispositions appropriées pour que, dans les cas qui s'y prêtent, l'arbitrage puisse constituer une alternative plus accessible et plus efficace à l'action judiciaire.
- V. Généraliser, si ce n'est déjà le cas, l'institution du juge unique en première instance, dans toutes les matières appropriées.
- VI. Revoir périodiquement la compétence respective des différents organes juridictionnels, en fonction de la nature et du montant des demandes, afin d'assurer une répartition équilibrée de la charge de travail.
- VII. Evaluer l'incidence éventuelle de l'assurance juridique sur l'accroissement du nombre des affaires portées devant les tribunaux et prendre des mesures appropriées au cas où il serait établi que ce type d'assurance encourage l'introduction d'actions dénuées de fondement.

#### *ANNEXE A LA RECOMMANDATION N.º R (86) 12*

### **EXEMPLES DE TACHES NON JURIDICTIONNELLES DONT LES JUGES DE CERTAINS ÉTATS POURRAIENT ÊTRE DECHARGES EN FONCTION DES DONNEES PROPRES A CHAQUE PAYS**

Célébration du mariage  
Etablissement des conventions patrimoniales  
Dispense de publication des avis de mariage

Autorisation à un époux pour représenter l'autre: remplacer le consentement de l'époux empêché de l'exprimer

Changement du nom de famille — changement du prénom

Reconnaissance de paternité

Administration des biens des incapables juridiques

Nomination d'un représentant légal pour les incapables majeurs et les absents

Approbation des acquisitions patrimoniales des personnes morales

Contrôle des livres tenus par les commerçants

Tenue ou contrôle des registres commerciaux:

registre des commerçants

registre des sociétés

registre des marques

registre des automobiles

registre des navires, bateaux et aéronefs

Octroi de licences pour l'exercice d'activité commerciale

Intervention dans les opérations électorales autres que celles prévues par la Constitution

Désignation d'un juge comme président ou membre de commissions dans lesquelles sa présence n'est guère requise que pour affirmer leur impartialité

Recouvrement d'impôts et de droits de douane

Recouvrement des frais de justice

Exercice des fonctions de notaire

Actes relatifs à la succession

Actes d'état civil et registres d'état civil

Registre foncier (contrôle de l'inscription des mutations, des hypothèques...)

Nomination d'arbitres lorsque celle-ci est prévue par la loi.

## POINTS DE FAIT ET DE DROIT

### I — EXPOSIE DES FAITS ET PROCEDURE



**ESTUDOS  
SOBRE OS DIREITOS  
DO HOMEM**



J.J. CREMONA (\*)

*Vice-Président de La Cour européenne des Droits de l'Homme*

**LA PROTECTION DE L'INDIVIDU  
AU REGARD  
DES ACTES DE L'ADMINISTRATION (\*\*)**

---

(\*) Vice-Président de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Président du Comité des Nations Unies pour l'Élimination de la Discrimination Raciale, ancien Président de la Cour Supreme et Professeur Emerite de l'Université de Malte.

(\*\*) Documentação e Direito Comparado honra-se com a publicação da comunicação apresentada pelo Vice-Presidente Cremona à Mesa Redonda com os Provedores de Justiça Europeus. Agradece-se ao Professor Cremona o ter autorizado, por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, a publicação.



**LA PROTECTION DE L'INDIVIDU  
AU REGARD DES ACTES DE L'ADMINISTRATION:**

**LA CONTRIBUTION DE LA COUR EUROPEENNE DES  
DROITS DE L'HOMME (\*\*\*)**

Dans notre monde aux rouages complexes, les décisions administratives tendent de plus en plus (et d'aucuns diront inévitablement) à empiéter sur les droits du citoyen. Que nous le voulions ou non, on prend sans cesse des décisions nous affectant dans pratiquement tous les domaines de la vie: elles procèdent de personnages fort divers, lointain ministre ou humble fonctionnaire de l'administration locale, encore que — et je ne pense pas me tromper — en général les décisions administratives qui pèsent plus directement sur le citoyen soient celles émanant du niveau inférieur. Le citoyen se sent souvent écrasé et il se trouve dans une situation d'autant plus difficile que, s'il s'estime traité injustement, il n'a pas toujours conscience de ses droits. C'est là le premier problème.

De nos jours cependant, les libertés et droits fondamentaux de l'individu sont dans la plupart des pays consignés dans une déclaration des droits, dont les tribunaux nationaux assurent le respect, et si l'individu est ressortissant d'un Etat partie à la Convention européenne des Droits de l'Homme ayant reconnu le droit de recours individuel et la juridiction obligatoire de la Cour européenne inscrits dans la Convention, il peut bénéficier en dernier ressort de la protection des organes de contrôle de la Convention: la Commission et la Cour des Droits de l'Homme.

Si l'on compte aussi ceux portant sur des questions de compétence ou de procédure, la Cour a rendu jusqu'ici plus d'une centaine d'arrêtés. Bien que, depuis 1982, nous en publions chaque année des résumés très utiles dans

---

(\*\*\*) A comunicação do Juiz Pinheiro Farinha, na sua versão portuguesa, foi publicada em Documentação e Direito Comparado, 20, 145, sob o título «O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E A PROTECÇÃO DO INDIVÍDUO CONTRA OS ACTOS DE ADMINISTRAÇÃO».

plusieurs langues des États membres, nous sommes nombreux à estimer que ces décisions mériteraient d'être mieux connues à tous les échelons. La publicité qui leur est donnée ne parvient pas toujours jusqu'à l'homme de la rue et, si elle lui arrive, c'est d'ordinaire par le canal d'un quotidien qui, pour des raisons compréhensibles, les résume par trop brièvement et se soucie davantage des faits de départ et de la décision finale que du raisonnement intermédiaire. Mais c'est là un autre problème. Aussi important que cela puisse être, il ne suffit pas de toucher les médiateurs et les universitaires; il nous faut aussi absolument atteindre le simple citoyen afin de le sensibiliser davantage à ce domaine.

Tous ceux qui travaillent chaque jour dans le domaine des droits de l'homme savent que tout se résume à la délicate recherche d'un équilibre, un mécanisme équilibrant se trouvant incorporé dans l'économie de la Convention. En effet, comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *linguistique belge* du 23 juillet 1986, la Convention «implique un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers».

Le souci d'assurer cet équilibre est, ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth*, «inhérent à l'ensemble de la Convention». Comme tel, il ressort clairement de la structure de celle-ci et se reflète naturellement dans la jurisprudence de la Cour, dont je vais maintenant parler brièvement pour ce qui se rapporte au sujet de la séance de ce matin, à savoir la protection de l'individu au regard des actes de l'administration. Je tiens compte à ce propos de la «note» précisant que le terme «administration» doit être pris dans un sens englobant la police et les forces armées, mais non bien sûr l'administration judiciaire. J'ajoute cependant que beaucoup d'affaires portées devant les tribunaux ont trait à l'application d'une loi contraire en soi à la Convention, et que donc, même là, la responsabilité peut également en dernière analyse être rejetée sur l'exécutif car c'est lui après tout qui engage habituellement le processus législatif.

Quant à la protection de l'individu au regard des actes de l'administration proprement dite, et bien qu'il soit difficile de classer de manière rigoureuse et exhaustive les nombreuses affaires venues devant la Cour, je distinguerai en principe les actes suivant qu'ils émanent des ministres et des fonctionnaires ministériels, de la police, des forces armées, de l'administration pénitentiaire, de l'administration de l'éducation et, enfin, des services administratifs compétents en matière de transactions foncières.

D'abord les actes des ministres et des fonctionnaires ministériels: je me référerai pour commencer à la toute première affaire venue devant la Cour, l'affaire *Lawless*, dont l'arrêt a été rendu le 1<sup>er</sup> juillet 1961 et qui concernait des actes du ministre irlandais de la Justice. Il s'agissait d'une affaire de détention administrative ordonnée en conformité avec une loi irlandaise sur les atteintes à la sûreté de l'État. *Lawless* avait été arrêté et interné sans avoir comparu devant un juge. La Cour a estimé que la détention du requérant en l'espèce ne respectait pas l'article 5 de la Convention. Mais, examinant aussi la question sous l'angle des dispositions de l'article 15 de la Convention, elle a jugé remplies les trois conditions requises par cet article pour fonder le droit de dérogation à l'obligation imposée à l'article 5. Le gouvernement irlandais pouvait légitimement déclarer qu'il existait un danger public menaçant la vie de la nation, que la détention en question avait été décidée dans la stricte mesure où la situation l'exigeait et enfin qu'elle n'était pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international. L'affaire *Lawless est* particulièrement intéressante du point de vue de l'article 15, les dérogations en temps de guerre ou en cas d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation étant cependant, de par leur nature, exceptionnelles.

Dans cette même catégorie figure une autre affaire, l'affaire *Klass*, relative à des actes des ministres allemands de l'Intérieur et de la Défense; la Cour a prononcé son arrêt le 6 septembre 1978. Les cinq requérants avaient introduit une requête contre une loi allemande de 1968 portant restriction du secret de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications qui permettait sous certaines conditions une surveillance secrète, sans obligation d'informer les personnes intéressés, cette législation excluant en outre un recours devant les tribunaux.

Cette affaire est instructive en premier lieu pour son interprétation de la notion de victime. La Cour a dû décider d'abord si, eu égard aux particularités de la cause, les requérants pouvaient se prétendre victimes bien que, en raison du caractère secret de toute surveillance, ils ne pussent alléguer à l'appui de leur requête avoir été effectivement soumis à une surveillance. La Cour a dit aussi que la législation incriminée impliquait une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale et de leur correspondance (article 8 de la Convention), mais ajouté que la législation en question poursuivait un but légitime au regard du paragraphe 2 de cet article, à savoir celui de sauvegarder la sécurité nationale et d'assurer la défense de l'ordre et la prévention

des infractions pénales. La question importante était de savoir si les moyens adoptés pour atteindre ce but restaient dans les limites de ce qui est nécessaire dans une société démocratique.

Il n'est évidemment pas possible de résumer en quelques mots un arrêt qui a abordé tant de problèmes complexes. La Cour a constaté que «les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire». Tout en reconnaissant à l'Etat un certain pouvoir discrétionnaire quant au choix des modalités du système de surveillance, la Cour a indiqué que les Etats ne disposaient pas pour autant d'une latitude illimitée et, consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire la démocratie, elle a déclaré que, «quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus».

Bien que la législation ait subordonné l'adoption d'une mesure de surveillance à une série de conditions limitatives qu'elle assortît de conditions strictes l'application de la mesure elle-même, la Cour a estimé que les deux organes de contrôle institués par la législation en question pouvaient, dans les circonstances de la cause, être considérés comme jouissant d'une indépendance suffisante pour statuer de manière objective. Le fait de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance ne saurait être incompatible avec l'article 8, car c'est précisément cette abstention qui assure l'efficacité de la mesure. En conséquence, la Cour n'a pas constaté de violation de l'article 8.

Au regard de l'article 13, la Cour a estimé qu'aux fins du litige dont elle se trouvait saisie, un «recours effectif» selon l'article 13 devait s'entendre d'un recours aussi effectif qu'il peut l'être eu égard à sa portée limitée, inhérente à tout système de surveillance, et que dans les circonstances particulières de la cause, l'ensemble des recours que le droit allemand ouvrait aux requérants remplissait les exigences de cet article.

Plus récemment a été jugée une affaire d'écoutes téléphoniques mettant en cause le ministre de l'Intérieur britannique (et bien sûr aussi la police); il s'agit de l'affaire *Malone*, sur laquelle la Cour a statué le 2 août 1984. Le requérant était accusé d'une infraction pénale; le gouvernement britannique avait reconnu avoir intercepté une de ses conversations téléphoniques à la demande de la police en vertu d'un mandat délivré par le ministre de l'Intérieur. La principale ques-



tion ligieuse était celle de savoir si les ingérences constatées se justifiaient au regard de l'alinéa 2 de l'article 8, notamment si elles étaient «prévues» par la loi et «nécessaires dans une société démocratique», pour une des raisons énumérées dans ce paragraphe.

Quant à l'expression «prévue par la loi», la Cour, se référant à sa jurisprudence antérieure, a indiqué que «l'ingérence doit avoir une base en droit interne» mais que celle-ci doit également être compatible avec la prééminence du droit. La loi doit donc être «suffisamment accessible» et les conséquences d'une action donnée vraisemblablement prévisibles. La Cour avait ajouté que ces exigences, notamment pour la prévisibilité, ne pouvaient pas être tout à fait les mêmes dans le context spécial de l'interception de communications que quand la loi en cause a pour but d'assortir de restrictions la conduite d'individus. La loi elle-même, par opposition à la pratique administrative dont elle s'accompagne, doit définir l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation portant sur l'interception et reconnu à l'exécutif, avec une netteté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire.

La Cour ayant estimé en l'espèce que la loi pertinente manquait du degré de netteté requis, il y avait violation de l'article sans qu'il s'imposât d'examiner plus avant en quoi consistent les autres garanties exigées par le paragraphe 2 de l'article 8.

Toujours dans cette première catégorie d'actes, deux autres affaires peuvent être citées: l'affaire *X c/Royaume-Uni* (arrêt de la Cour du 5 novembre 1981) et l'affaire *Sporrong et Lönnroth c/Suède* (arrêt de la Cour du 23 septembre 1982). Dans la première affaire, dirigée contre les actes du ministre britannique de l'Intérieur, le requérant, après avoir été déclaré coupable, avait été interné à l'hôpital de Broadmoor pour une durée indéterminée en raison de son mauvais état de santé mentale. Après sa libération conditionnelle, et sur dénonciation de sa femme, on estima que le requérant suscitait des inquiétudes et le ministre de l'Intérieur ordonna sa réintégration à l'hôpital de Broadmoor.

La Cour a énoncé trois conditions minimales à remplir pour qu'il y ait «détention régulière d'un aliéné» au sens de l'article 5 § 1 e de la Convention:

- (i) sauf cas d'urgence, on doit avoir établi de manière prudente l'aliénation de l'intéressé, c'est-à-dire avoir démontré devant l'autorité com-

pétente, au moyen d'une expertise médicale objective, l'existence d'un trouble mental réel;

- (ii) celui-ci doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement,
- (iii) celui-ci ne peut se *prolonger* valablement sans la persistance de pareil trouble.

C'est sur la base de l'article 5 § 4 de la Convention que la Cour a finalement constaté une violation. En vertu de cet article, 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 et automatique, d'introduire à des intervalles raisonnables un recours devant un tribunal pour contester la légalité de son internement. La Cour a estimé qu'en l'espèce, la procédure d'habeas corpus ne constituait pas un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables, selon la Convention, à la légalité d'une détention prolongée comme celle du requérant, et qu'il y avait donc violation de l'article 5 § 4.

Dans l'autre affaire, *Sporrong et Lönnroth*, les requérants faisaient notamment grief au gouvernement suédois d'une ingérence injustifiée dans leur droit au respect de leurs biens, tel que le garantit l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention. Le gouvernement suédois avait, en 1956, accordé à la municipalité de Stockholm un permis d'expropriation par zone affectant, entre autres propriétés, celle de la succession Sporrong. La ville prévoyait de construire un viaduc et d'aménager un parc de stationnement pour les automobiles. En vertu de la loi interne pertinente, le gouvernement fixa à cinq ans le délai pendant lequel la municipalité devait citer les propriétaires à comparaître devant le tribunal foncier pour la fixation d'indemnités, faute de quoi le permis serait caduc. Dans le cas de la succession Sporrong, le délai avait été prorogé plusieurs fois jusqu'à 1979, et le permis finalement annulé cette même année à la demande de la

municipalité, qui menait alors une politique de réduction de la circulation dans la ville et de conservation de l'urbanisme existant. De 1954 à 1979, le bien en question avait également été frappé d'une interdiction de construire. Quant à la propriété de Mme Lönnroth, elle fit l'objet d'un permis d'exproprier de 1971 à 1979 et d'une interdiction de construire de 1968 à 1980.

Après examen des nombreuses questions complexes en cause, la Cour a conclu que les requérants avaient supporté une charge spéciale et exorbitante que seule aurait pu rendre légitime la possibilité de réclamer l'abrègement des délais ou celle de demander réparation. Or la législation suédoise excluait à l'époque pareilles possibilités; à la date de l'arrêt, elle excluait toujours la seconde. Il y avait donc eu violation de l'article 1 du Protocole n.º 1.

Pour ce qui est de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour a estimé que cette disposition était applicable, parce qu'il y avait eu une «contestation» grave entre les requérants et l'administration suédoise sur la légalité des longs délais d'expropriation et que les mesures prises par les pouvoirs publics touchaient le droit de propriété des requérants. Elle a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 6 § 1 puisque la cause des requérants n'avait pu être entendue par un tribunal jouissant de la plénitude de juridiction.

Venons-en aux affaires de protection contre les actes de la police; parmi elles, une affaire interétatique, *Irlande contre Royaume-Uni*, dans laquelle la Cour a rendu son arrêt le 18 janvier 1978. Elle a notamment jugé que le recours aux cinq techniques dans les interrogatoires en Irlande du Nord s'analysait en une pratique de traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 de la Convention, mais non à une pratique de torture aux termes de l'article 3 puisqu'elles n'avaient pas causé des souffrances de l'intensité et de la cruauté particulières qu'implique le mot torture. Il est également intéressant de constater que la Cour a dit ne pas pouvoir, comme le lui demandait le gouvernement irlandais, prescrire au Royaume-Uni d'engager des poursuites pénales ou disciplinaires contre ceux qui avaient perpétré les infractions à l'article 3 constatées par elle et contre ceux qui les avaient couvertes ou tolérées.

Cette affaire portait aussi sur les actes des autorités militaires, tout comme l'affaire *Engel et autres*, dans laquelle la Cour a statué le 8 juin 1976, et trois autres affaires néerlandaises, concernant plusieurs requérants chacune et qui ont été entendues et jugées ensemble: *De Jong, Baljet et Van den Brink; Van der Suljs, Zuiderveld et Klappe; Duinhof et Duijf* (arrêt du 22 mai 1984). Toutes ces affaires posaient des questions analogues.

Dans l'affaire *Engel*, cinq ressortissants néerlandais qui, alors qu'ils effectuaient leur service militaire dans les forces armées néerlandaises, avaient été punis par leurs chefs de corps respectifs pour manquement aux règles de la discipline militaire, ont entre autres allégué que les peines qui leur avaient été infligées constituaient une privation de liberté contraire à l'article 5 de la Convention et que la procédure suivie devant les autorités militaires n'avait pas répondu aux exigences de l'article 6.

La Cour a relevé d'abord que la Convention vaut en principe pour les membres des forces armées et non pas uniquement pour les civils, bien qu'en l'interprétant et en l'appliquant il faille rester attentif aux particularités de la condition militaire. Sur la question de la privation de liberté (article 5), la Cour a estimé qu'une sanction ou mesure disciplinaire qui s'analyserait sans conteste en une privation de liberté si on l'appliquait à un civil peut ne pas en avoir le caractère si on l'inflige à un militaire. Elle n'échappe cependant pas à l'article 5 quand elle se traduit par des restrictions s'écartant nettement des conditions normales de la vie au sein des forces armées des Etats contractants. La Cour a donc considéré en l'espèce comme une privation de liberté les arrêts de rigueur et l'affectation à une unité disciplinaire.

Le point clé de cette intéressante affaire est certainement la distinction entre «les accusations en matière pénale» auxquelles s'étendent les garanties procédurales de l'article 6 et «les accusations purement disciplinaires» auxquelles celles-ci ne s'appliquent pas. La Cour a indiqué certains critères permettant d'établir cette distinction, à savoir la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction encourue. Ressortissent à la matière pénale les privations de liberté risquant d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important. La Cour a conclu qu'en ce que les débats de la Haute Cour militaire avaient eu lieu à huis clos, il y avait eu violation de l'article 6 § 1 dans le cas où les requérants risquaient d'être affectés à une unité disciplinaire.

Les trois autres groupes d'affaires portent sur la détention provisoire de huit appelés du contingent accusés d'infractions au droit pénal militaire. La Cour a estimé que la comparution devant *l'auditeur militaire* avant le renvoi en jugement n'a pas offert les garanties de l'article 5 § 3. Le renvoi en jugement devant le conseil de guerre n'a pas non plus suffi à fournir lesdites garanties. Partant, il y a eu dans tous les cas violation de l'article 5 § 3. Dans l'affaire *De Jong*,

Baljet et Van den Brink, la Cour a également constaté une violation de l'article 5 § 4.

J'en arrive à un groupe intéressant d'affaires britanniques qui concernent la protection contre les actes des autorités pénitenciaires: l'affaire *Golder* (arrêt du 21 février 1975), l'affaire *Silver et autres* (arrêt du 25 mars 1983), l'affaire *Campbell et Fell* (arrêt du 28 juin 1984). L'affaire *Golder*, qui a affirmé le droit d'accès aux tribunaux, est tout à fait représentative du caractère évolutif et téléologique de l'interprétation de la Cour. Le requérant, détenu dans une prison britannique, s'était vu refuser par le ministre de l'Intérieur l'autorisation de consulter un avocat afin d'intenter une action civile pour diffamation contre un gardien de prison. Bien que l'article 6 de la Convention ne garantisse pas en termes exprès le droit d'accès aux tribunaux, la Cour a fondé l'existence de ce droit sur le texte même dudit article, sur l'objet et le but de la Convention ainsi que sur certains principes généraux du droit. Elle a conclu qu'il y avait en l'espèce violation à la fois de l'article 6 § 1 et de l'article 8 de la Convention.

Dans l'affaire *Silver*, la principale question était celle de la légalité du contrôle de la correspondance des détenus, bien que cette affaire, tout comme l'affaire *Golder*, ait également soulevé le problème du refus d'autorisation de consulter un homme de loi afin d'intenter une action civile. Sept requérants se sont plaints de l'ingérence des autorités pénitenciaires dans leur droit au respect de leur correspondance du fait qu'elles avaient intercepté ou retardé un certain nombre de lettres. Le point déterminant était celui de savoir si cette ingérence particulière était nécessaire dans une société démocratique au regard de l'article 8 § 2. Reconnaisant qu'un certain contrôle de la correspondance des détenus se recommande et ne se heurte pas en soi à la Convention, reconnaissant aussi que les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation — non illimitée — dans ce domaine, la Cour a réaffirmé son interprétation antérieure du terme «nécessaire». L'ingérence, a dit la Cour, doit correspondre à un besoin social impérieux et être proportionnée au but légitime poursuivi. La Cour a, dans le même temps, précisé que les clauses de la Convention qui ménagent des exceptions à un droit garanti appellent une interprétation restrictive. Examinant les mesures contestées à la lumière de ces principes et des faits de la cause, la Cour a constaté une violation de l'article 8 pour plusieurs des lettres litigieuses. Elle a aussi constaté une violation de l'article 6 § 1 et de l'article 13 combiné avec l'article 8.

L'affaire *Campbell et Fell*, qui a soulevé les mêmes problèmes (auxquels

la même réponse fut donnée) d'accès à une consultation juridique et d'ingérence dans le droit des requérants au respect de leur correspondance, a posé la question supplémentaire de la conformité avec l'article 6 de la Convention de la procédure disciplinaire menée devant le Comité des visiteurs d'une prison à l'encontre de l'un des requérants. Suivant les principes énoncés dans l'arrêt *Engel*, la Cour a estimé que, bien que le droit anglais les qualifiât de disciplinaires, les infractions dont l'intéressé était accusé devaient en l'espèce et aux fins de la Convention être considérées comme ressortissant au domaine «pénal». La Cour a donc jugé qu'il y avait violation de l'article 6 en ce que le Comité des visiteurs n'avait pas rendu sa décision publiquement et en ce que le requérant n'avait pu se faire assister ou représenter par un avocat. La Cour a aussi constaté une violation de l'article 13 combiné avec l'article 8.

En ce qui concerne la protection de l'individu contre les actes de l'administration scolaire, on peut citer l'affaire *Campbell et Cosans*, qui a soulevé la question des châtiments corporels. Alors qu'une autre affaire britannique (l'affaire *Tyrrer*, dans laquelle l'arrêt a été rendu le 25 avril 1978), posait le problème du châtiment corporel judiciaire dans l'île de Man, cette affaire-ci soulevait celui du châtiment corporel judiciaire dans une école écossaise. Les requérants alléguaient notamment que le recours au châtiment corporel dans l'école fréquentée par leurs fils violait leur droit au respect de leurs convictions philosophiques (article 2 du Protocole n.º 1 à la Convention). Dans les circonstances de l'affaire, la Cour les a suivis. Il est intéressant de noter qu'en l'espèce, les sanctions corporelles n'avaient pas été effectivement appliquées, mais l'administration scolaire avait refusé de garantir qu'elles ne le seraient pas, et la Cour a estimé que, s'il est suffisamment réel et immédiat un simple risque d'agissements prohibés par l'article 3 peut se heurter en soi à ce texte. Vu les circonstances de la cause, elle avait cependant conclu à la non-violation.

Je parlerai enfin de deux affaires (l'une et l'autre autrichiennes) concernant l'individu face aux actes des autorités administratives chargées des transactions foncières: l'affaire *Ringeisen*, dans laquelle la Cour a rendu son arrêt le 16 juillet 1971, et l'affaire *Sramek*, dont l'arrêt date du 22 octobre 1984. Dans les deux affaires, la principale et très délicate question était de savoir si la plainte des requérants supposait une décision sur une «contestation» relative à des «droits et obligations de caractère civil» au sens et aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention, question qui se trouvait aussi au premier plan de l'affaire *Sporrong et Lönnroth*, déjà citée, ainsi que dans d'autres, mais qui demeure à ce jour très épineuse.

Dans les affaires *Ringeisen* et *Sramek*, la Cour a conclu à l'unanimité que le droit de faire approuver une transaction immobilière par l'autorité administrative compétente était un droit de «caractère civil». D'autres affaires cependant, comme l'affaire *König contre République fédérale d'Allemagne* (arrêt du 28 juin 1978) et l'affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, (arrêt du 23 juin 1981), étaient beaucoup plus complexes; sont actuellement pendantes devant la Cour un certain nombre d'affaires (*Bentham, Van Marle et autres, Feldbrugge et Deumeland*) qui permettront de préciser aspects très importants de la question.

Dans l'affaire *Ringeisen*, la Cour a estimé que l'expression française «contestation sur (des) droits et obligations de caractère civil» figurant à l'article 6 § 1 couvre toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé et que le texte anglais correspondant confirme cette interprétation. Peu importait dès lors la nature de la loi suivant laquelle la contestation devait être tranchée et celle de l'autorité compétente en la matière. La première de ces affirmations, considérée comme essentielle en la matière, a été reprise dans l'affaire *Sramek*.

Ce bref tour d'horizon de la protection que la Cour européenne des Droits de l'Homme offre à l'individu contre les actes de l'administration serait incomplet si l'on ne mentionnait pas l'article 50 de la Convention et la protection effective qu'il assure.

Les dispositions de l'article 50 entrent en jeu après le constat d'une violation: «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. «Bien que dans sa pratique la Cour cherche dans la mesure du possible à se prononcer sur l'article 50 en même temps qu'au principal dans une affaire où elle conclut à une ou plusieurs violations, il arrive parfois que la question de la satisfaction équitable ne soit pas mûre pour permettre une décision concomitante et qu'il faille la réserver.

L'octroi d'une indemnisation en vertu de l'article 50 est discrétionnaire et décidé en équité. La satisfaction équitable peut consister dans le paiement d'une somme d'argent pour le préjudice matériel et moral subi par le requérant

et/ou les frais et dépens qu'il a encourus. La Cour a quelquefois estimé que le constat par elle d'une violation constituait en soi une satisfaction suffisante.

La Cour a été saisie d'autres demandes en application de l'article 50, c'est-à-dire de demandes autres qu'une indemnisation monétaire bien que s'ajoutant généralement à celle-ci. C'est ainsi que dans l'affaire *Campbell et Cosans* (article 50), sur laquelle elle s'est prononcée le 22 mars 1983, la Cour a déclaré qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner au Royaume-Uni de prendre l'engagement sollicité par la requérante, à savoir que ses enfants ne subiraient aucun châtement corporel à l'école. De même, dans l'affaire *Albert et le Compte* (article 50), dont l'arrêt a été rendu le 24 octobre 1983, la Cour a déclaré qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner à l'Etat belge, comme le demandait l'un des requérants, qu'il effaçât les sanctions disciplinaires et les condamnations pénales ou bien qu'il retirât une circulaire du ministre de la Justice. La Cour n'a de fait pas compétence pour annuler une décision ou une mesure prise par un Etat partie qu'elle juge contraire à une disposition de la Convention. A cet égard, elle se borne au constat judiciaire d'une violation.

Il appartient ensuite à l'Etat concerné de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt. L'article 53 de la Convention le dit très clairement: «Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties». Les arrêts de la Cour sont donc obligatoires mais n'ont pas force exécutoire. Leur effectivité est néanmoins assurée de diverses manières. Tout d'abord, dès qu'elle a rendu l'arrêt déclarant qu'un Etat a violé la Convention, la responsabilité internationale de cet Etat entre en jeu, avec retentissement qui s'ensuit dans l'opinion publique mondiale. La Convention elle-même confie la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. L'article 54 de la Convention dispose: «L'arrêt de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution». Il reste enfin toujours (en réserve discrète) le risque que l'Etat réfractaire encoure la sanction extrême que constitue la suspension ou l'exclusion du Conseil de l'Europe, prévues à l'article 8 du Statut.

La question du non-respect des arrêts ne s'est jamais vraiment posée de manière aigüe. La force du Conseil de l'Europe et, en fait, le secret de sa durée reposent pour une grande part sur le fait que les Etats membres sont conscients de leurs responsabilités et, si je puis m'exprimer ainsi, au sens figuré, bien sûr, parlent le même langage. L'autorité de la Cour s'impose d'ailleurs bien au-delà des frontières de l'Etat concerné et éveille un écho salutaire non seulement auprès des gouvernements des autres Etats membres, mais aussi, je veux l'espérer, dans l'esprit et le coeur de tous les hommes de bonne volonté.



**ADENDA (\*\*\*\*)**

Nota das decisões citadas no trabalho que antecede e já sumariadas ou publicadas em *Documentação e Direito Comparado* (\*\*\*\*\*)

CASO LINGUÍSTICO BELGA	S,	3,201
SPORRONG E LÖNNROTH	P,	10,105
LAWLESS	S,	2,350
KLASS E OUTROS	S,	8,119
MALONE	P,	21,150
X CONTRA O REINO UNIDO	S,	12,83
IRLANDA CONTRA O REINO UNIDO	S,	8,111
ENGEL E OUTROS	S,	7,248
DE JONG, BALJET E VAN DEN BRINK	S,	20,37
VAN DER SULJS, ZUIDERVELD E KLAPPE	S,	21,67
DUINHOF E DUIJF	S,	22,68
GOLDER	S,	6,510
CAMPBELL FELL	S,	21,69
SILVER E OUTROS	S,	15,161
CAMPBELL E COSANS	S,	12,87
TYRER	S,	8,115
RINGEISEN	S,	4,274
SRAMEK	P,	15,173
KÖNIG	P,	2,373
LE COMPTE, VAN LEUVEN E DE MEYERE	P,	6,565
VAN MARLE	P,	22,260
CAMPBELL E COSANS (art.º 50º)	S,	15,63
ALBERT E LE COMPTE (art.º 50º)	S,	17,53

---

(\*\*\*\*) Esta Adenda não é da responsabilidade do Juiz Cremona.

(\*\*\*\*\*) Indicam-se pela ordem em que são referidos no estudo do Vice-presidente Cremona.



## **ESTUDOS**



JOSÉ MANUEL PUREZA

*(Assistente da Faculdade de Economia da U. Nova de Lisboa)*

## **A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA**

O presente estudo tem como origem o trabalho de síntese apresentado, em 30 de Novembro de 1985, na Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa, no quadro das provas de aptidão pedagógica e capacidade científica, perante um júri constituído pelos Professores Doutores António Manuel Pinto Barbosa (da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa), Armando Marques Guedes (da Faculdade de Direito de Lisboa) e Jorge Campinos (da Faculdade de Economia da UNL).

Mantendo integralmente a estrutura original, a presente redacção integra, todavia, além de algumas actualizações bibliográficas, muitas das observações então formuladas pelo Senhor Professor Jorge Campinos.



*«L'effet naturel du commerce est de porter à la paix.  
Deux nations qui négotient ensemble se rendent réciproquement dependentes.  
Si l'une a l'intêret d'acheter, l'autre a l'intêret de vendre  
et toutes les unions sont fondés sur des besoins mutuels.»*

*MONTESQUIEU*

*«L'esprit des Lois»*

Livro XX. Cap. II

## AGRADECIMENTOS

Mesmo que fruto da reflexão e do labor individuais, este trabalho não teria sido possível sem a contribuição devotada de um conjunto de pessoas. Daí justificar-se um tempo de agradecimentos.

Em primeiro lugar, ao Senhor Professor Jorge Campinos, meu orientador desde a primeira hora, cujo entusiasmo contagiante e conselhos metodológicos foram inestimáveis estímulos. Para além de tudo o resto, cabe-me agradecer ao Professor Jorge Campinos a mais importante lição que um aprendiz pode, alguma vez, receber do seu mestre: a de que a investigação pode, e deve, ser um acto de paixão.

Do Senhor Professor Jaime Reis, da Doutora Maria Eduarda Gonçalves, e dos meus colegas e amigos, Dra. Filomena Raquel Oliveira, Orlando Abreu, Jorge Pedro Cardoso, Alberto Souto de Miranda e Joaquim Marques da Silva, recebi preciosas ajudas, desde dados históricos ou económicos, até indicações bibliográficas e, acima de tudo, sucessivas manifestações de disponibilidade, atenção e apoio.

A todos o meu agradecimento.

Estou também sinceramente reconhecido a Anabela Morais, que dactilografou o original com uma paciência e dedicação ímpares.

Enfim, à Carminho, ao Manel e à Rita, a quem dedico estas páginas. Com Amor.





## INTRODUÇÃO

### I. IMPORTÂNCIA E ACTUALIDADE DO TEMA

É objectivo deste trabalho o tratamento de um instrumento jurídico fundamental de enquadramento das relações económicas — mais rigorosamente, comerciais — internacionais: a cláusula da nação mais favorecida (c.n.m.f.).

Fazer uma avaliação do realce deste mecanismo por referência ao volume e qualidade dos estudos nacionais nesta matéria será esforço vão. Na verdade, salvo muito honrosas excepções, escasseiam resultados visíveis de qualquer incidência palpável da doutrina nacional mais recente em sede de Direito Internacional Público e, por maioria da razão, precisamente na área em que este ramo do saber jurídico se cruza com a Economia.

Já os autores e a jurisprudência <sup>(1)</sup> de além fronteiras não têm poupado esforços à elaboração de importantes trabalhos sobre a cláusula da nação mais favorecida, como que a confirmar que se trata efectivamente de um foco de atenções muito importante do nosso tempo <sup>(2)</sup>. Teremos ocasião de assinalar que a cláusula, pese embora o seu significado particular em zonas diversas do universo jurídico internacional, assume um relevo muito especial na área das

---

<sup>(1)</sup> A c. n. m. f. têm sido motivo constante de decisões judiciais ao mais alto nível, quer no foro interno dos Estados, quer ao nível da arbitragem internacional, quer mesmo do Tribunal Internacional de Justiça. Cfr., respectivamente: *ANN CDI*, 1973 vol.II, pp.116 a 155 (DOC.A/CN.4/269) que contém um exaustivo sumário de jurisprudência dos tribunais nacionais sobre a c. n. m. f.; *ANN CDI*, 1970 vol.II, pp. 215 a 228, com referência desenvolvida às três principais decisões do TLJ sobre o assunto; ROSSILLION, «La c.n.p.f. dans la jurisprudence de la C.I.J.», *J. D. I.*, 1955 pp. 76 a 108.

<sup>(2)</sup> Prova clara disso é o facto de a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, na sua 19ª sessão, ter aceite uma proposta, elaborada por Jimenez de Aréchaga, no sentido de se vir a debruçar sobre a c. n. m. f. como aspecto a merecer um tratamento especial no direito geral dos tratados. V. *ANN CDI*, 1967 vol. II (docs. A/6709/Rev.1 e Rev.1/Corr.1) p. 407, par. 48.

trocas comerciais entre os diversos Estados, onde desempenha as funções de «meio de estabelecer e de manter a igualdade de tratamento sem discriminação entre os diversos países interessados (3). É aliás esse o fundamento da sua origem histórica. Ora, a multiplicidade de problemas novos que marcam a actual estrutura das relações comerciais internacionais haveria inevitavelmente de arrastar consigo um contínuo pôr em questão de todos os seus mecanismos jurídicos tradicionais (4).

Se atentarmos em números do século passado, verificamos que o valor do comércio internacional duplicou entre 1830 e 1850 e triplicou (quase atingindo o quádruplo) nos trinta anos seguintes. Em termos de capitação, o comércio internacional cresceu, entre 1800 e 1913, a uma taxa de 33% por década; mas foi precisamente no terceiro quartel do século XIX que essa capitação atingiu o pico de 53% por década (5). Ora, uma vez que 1860 foi a data-chave da instauração do comércio livre na Europa, e dado que tal instauração assentou, juridicamente, no célebre tratado Cobden-Chevalier, marcado pela consagração da c.n.m.f. automática e ilimitada, fácil é constatar a importância e o sentido económico deste mecanismo.

Deste o início da sua generalizada aplicação nos tratados de comércio que a cláusula se vem assumindo como autêntico *barómetro* da abertura das relações comerciais internacionais. A sua natureza de *norma de incorporação por referência*, como lhe chama LEVEL (6), ou seja, o facto de ser inerente à cláusula a comunicação automática do regime previsto num tratado às relações que com um dos contratantes mantém um ou mais Estados, estranho(s) a esse tratado, colocou-a, desde sempre, na posição de vanguarda das políticas de difusão aberta de vantagens. E, por essa mesma natureza, a cláusula tornou-se num dos alvos de acusação principais, em períodos de recrudescimento do protec-tionismo.

---

(3) Expressão contida na sentença proferida pelo T. I. J. no caso relativo aos direitos dos nacionais dos EUA em Marrocos. V. infra p. 489.

(4) V. por todos, M. FLORY, *Droit International du Développement*, 1977.

(5) V. BAIROCH, *Commerce Extérieur et Développement Économique de l'Europe au XIXème Siècle*, 1976; KENWOOD e LAUGHEED, *The Growth of International Economy: 1820-1960*, 1973.

(6) LEVEL, «La c. n. m. f.», in *Encyclopédie Dalloz*, 1968, p. 334.

De notar, todavia, que mesmo em períodos de acentuada crise a técnica característica da c.n.m.f. continua presente, quer em si mesma (como meio de travagem das tendências proteccionistas), quer inspirando figuras afins, como é o caso da chamada «cláusula do credor mais privilegiado», posta em prática no quadro das renegociações das dívidas públicas, no Clube de Paris.

A c.n.m.f. é, pois, um meio jurídico ao serviço da igualdade de tratamento, uma expressão do princípio geral da não discriminação. No entanto, o desempenho desta função fundamental tem que ser perspectivado em dois contextos diferentes.

Pela sua radical diferença também neste plano, há que apartar o momento liberal, em que o papel da cláusula se cinge a potenciar efeitos multilateralizados num quadro de relações exclusivamente bilaterais, do período iniciado com o segundo pós-guerra e em que a cláusula é sujeita a duas forças de sentido oposto.

Por um lado, a sua consagração como mecanismo número um do sistema GATT e o sucesso alcançado por esta organização, atribuem à c.n.m.f. uma importância e uma eficácia até então não verificadas. Em sucessivos «rounds» tarifários, desde Genebra (1947) a Tóquio (1973-1979), passando dos métodos bi-multilaterais aos métodos lineares, sempre a c.n.m.f. tem sido eixo central na redução das barreiras ao comércio internacional, isto não obstante a preocupante progressão dos obstáculos não tarifários e a subsistência de entraves à plenitude de efeitos da cláusula, como é o caso dos direitos anti-dumping ou das restrições quantitativas.

Todavia, é precisamente no seio deste novo quadro de predomínio multilateral, que emergem novas realidades, diferentes entre si, mas que se cruzam no ponto comum de excepcionarem à filosofia e mecânica próprias da c.n.m.f.

Em primeiro lugar, cumpre destacar a proliferação de convenções de integração económica regional <sup>(7)</sup>. O que há de novo relativamente às ancestrais polémicas sobre a validade da cláusula em face dos tratados multilaterais é a inesperada quantidade de espaços económicos unificados (em grau diverso) que surgiram após os anos cinquenta. Portadores de um regime preferencial para o seu interior, as integrações económicas obrigam a uma interpretação crite-

---

(7) É, no fundo, aquilo a que PESCATORE («La c. n. m. f. dans les conventions multilatérales», *ANN I.D.I.*, 1969, vol. 1, p.3) chama de «princípio do multilateralismo institucionalizado».

riosa dos princípios constitucionais da cláusula, em ordem à averiguação da sua natureza de excepção ou não.

Em seguida, é todo o campo das relações comerciais Leste-Oeste, em que a monopolização estatal do comércio externo, associada ao carácter absolutamente artificial de quaisquer pautas aduaneiras nos Estados de economia centralmente planificada é, por si só, suficiente para descaracterizar inteiramente a função económica inerente à cláusula. Descaracterização esta que não desaparece — pelo contrário — sempre que, ferreamente encerrada no quadro de um inevitável bilateralismo, a c.n.m.f. surge conjugada com mecanismos pretensamente correctivos, como a «cláusula de considerações comerciais» ou o sistema de quantificação prévia das trocas. Verifica-se, assim, uma assimetria estrutural entre as duas partes: garantia real para uma delas, a cláusula só o é formalmente para a outra.

Enfim, um terceiro campo que se vem autonomizando claramente do regime da c.n.m.f. e do sistema económico internacional de que esta é pedra de toque, é o das relações entre economias desenvolvidas e economias em desenvolvimento, e destas últimas entre si. A c.n.m.f. também aqui evidencia um alcance limitado à simples reciprocidade formal. Se é possível aplicar-se a classificação aristotélica às relações comerciais internacionais, então a cláusula situar-se-á claramente no domínio da *justiça comutativa internacional*, sem quaisquer preocupações no domínio da *justiça distributiva internacional*. É neste exacto sentido que o antigo dirigente máximo da CNUCED, Raul Prebisch, escreve: «Por mais válido que seja o princípio da c.n.m.f. nas relações comerciais entre iguais, não reside aí um conceito aceitável e adequado entre países de poderio económico muito desigual»<sup>(8)</sup>. Eis-nos em face da problemática das preferências para o desenvolvimento, radicadas historicamente nas preferências coloniais, e cuja inserção no sistema GATT se foi processando gradualmente até ao seu reconhecimento integral com o estatuto de excepção de pleno direito à cláusula, operado pela «enabling clause», de Novembro de 1979.

---

(8) R. PREBISCH, *Vers une nouvelle politique commerciale en vue du développement économique*, cit. in ESPIELL, «La c. n. m. f. su sentido actual en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio», *Rev. Esp. Der. Int.*, vol. XXI n.º 1, Jan/Mar, 1968.

Face a um tão diversificado panorama, o estatuto da c.n.m.f. torna-se num verdadeiro desafio à capacidade de assimilação e elaboração da doutrina juspublicista. A aprovação, pela Comissão de Direito Internacional da ONU, na sua 30.<sup>a</sup> Sessão (1978) de um «Projecto de Artigos» sobre a cláusula, em que são codificados os aspectos fundamentais do seu regime jurídico, evidencia a complexidade dos problemas suscitados, no plano do Direito Internacional por aquele mecanismo.<sup>(9)</sup> É esse também o desafio para cuja resposta procuramos dar o nosso contributo.

Sem mais delongas, debrucemo-nos sobre a identificação da c.n.m.f. e evolução da sua prática e da sua formulação ao longo da História.

## II. EM BUSCA DE UM CONCEITO

«Muito embora seja habitual falar da c.n.m.f., existem numerosas formas desta cláusula, pelo que convém formular e acolher com prudência as generalizações às quais nos esforçamos por chegar quanto à significação e às consequências das referidas cláusulas» — afirma McNair.

Sendo na verdade, um mecanismo de natureza convencional, a c.n.m.f. não tem, todavia, uma formulação e um alcance padronizados, criteriosamente fixados em qualquer documento internacional. Não é, pois, de estranhar que autores haja <sup>(10)</sup> para quem não existe a c.n.m.f., sendo necessário analisar casuisticamente cada um dos tratados em que haja formulações que se recon-

---

<sup>(9)</sup> O projecto, de 30 Artigos, vem na sequência da discussão, no âmbito da CDI, de sete relatórios apresentados por USTOR e um por OUCHAKOV. O texto e respectivo comentário estão incluídos no *Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa trentième session*, ANN CDI, 1978, vol. II, 2.<sup>a</sup> parte.

<sup>(10)</sup> D. ANZILOTTI e Mc NAIR, *cits.* in SCHWARTZENBERGER, *Internacional Law and Order*, p. 138; SERENI «Il trattamento della nazione più favorite», *Riv. Dir. Intz.*, 1932 p. 55. O mesmo ANZILOTTI escreve: «Não existe uma c. n. m. f., existem tantas disposições distintas quantos os tratados que as contêm, de forma que qualquer questão relativa à natureza e aos efeitos da cláusula é, antes do mais, uma questão de interpretação duma cláusula determinada num tratado determinado, in *Corso di Diritto Internazionale*, 1928, p. 129.

duzam à atribuição deste tipo de tratamento <sup>(11)</sup>. Seja como for, é perfeitamente líquido o consenso em torno da ideia de que, apesar de existir um número imenso de cláusulas da c.n.m.f., todas elas convergem para a consagração de um único *tratamento da nação mais favorecida*. Só nesta perspectiva se aceita a redacção, à primeira vista tautológica, do art. 4 do Projecto de Artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU: Uma c.n.m.f. é uma disposição convencional pela qual um Estado assume perante um outro Estado a obrigação de conceder o tratamento da nação mais favorecida» <sup>(12)</sup>. O problema da delimitação dos contornos do conceito de c.n.m.f., conseguir-se-á na medida em que se acentue o conteúdo em detrimento da forma <sup>(13)</sup>.

### 1. Delimitação dos contornos do mecanismo

A cláusula da nação mais favorecida é a estipulação dum tratamento internacional, pela qual um Estado — *o Estado concedente* — atribui ao(s) seu(s) parceiro(s) nesse acordo — *Estado(s) beneficiário(s)* — todas as vantagens, privilégios, imunidades ou regalias que tenha concedido ou venha a conceder a um terceiro estado não parte nesse tratado — *Estado mais favorecido*.

---

(11) É neste sentido que BALLESTEROS GONZALEZ, *Comércio Internacional: igualdad juridica, discriminacion de hecho*, 1977) fala de necessidade de um juízo causuístico sobre as possibilidades da cláusula, defendendo, ao mesmo tempo, uma interpretação ampla e flexível do princípio da igualdade de tratamento.

(12) V. ANN. CDI, 1978, vol. II, 2.<sup>a</sup> parte, p.21.

(13) V. SERENI, *op. cit.*, p. 56.

Assim se Portugal e Espanha celebram entre si um tratado contendo a atribuição mútua do tratamento da nação mais favorecida e um deles, a Espanha por exemplo, vem atribuir uma vantagem à França que é terceiro em relação ao referido tratado, o jogo automático da c.n.m.f. impõe a aplicação imediata e automática dessa mesma vantagem na relação entre Portugal e Espanha. Dado que a atribuição do tratamento de nação mais favorecida é mútuo, quer Portugal quer Espanha são estados concedentes; obviamente a França ocupa no exemplo o lugar de estado mais favorecido e Portugal, que vem a aproveitar o favor concedido ao terceiro, é o estado beneficiário.

Desta figura se aproximam outras duas que, pela sua natureza e alcance, podem ser objecto de confusão com a cláusula da nação mais favorecida: a regra da não discriminação e a regra do tratamento nacional. Não cuidaremos de momento, em enumerar exaustivamente os pontos de diferenciação entre as três formas referidas — o que irá sendo feito ao longo de todo o trabalho — mas tão só aclarar, por recurso ao contraste, as fronteiras da c.n.m.f.

Já referimos <sup>(14)</sup> que o entendimento do TIJ vai no sentido de a c.n.m.f. ter por objectivo «estabelecer e manter a todo o tempo a igualdade fundamental, sem discriminação, entre todos os países interessados.» Por isso se pode colocar com a propósito a questão das relações entre a cláusula e o princípio da não discriminação ou igualdade de tratamento.

E, desde logo, se torna claro que a c.n.m.f. é apenas um caso particular do princípio da não discriminação. Mais até, «a c.n.m.f. resulta da combinação deste princípio com um standard de referência, o do Estado terceiro mais favoravelmente tratado». <sup>(15)</sup>.

Por outro lado, enquanto num quadro de não discriminação, todos os Estados podem reivindicar entre si um tratamento igual na generalidade das suas relações internacionais, sem necessidade de recurso a qualquer título jurídico particular, no regime da c.n.m.f., «o benefício das condições mais vantajosas

---

<sup>(14)</sup> V. *supra*, p. 484

<sup>(15)</sup> PESCATORE, *op. cit.*, p. 21.

não pode ser solicitado senão invocando as obrigações convencionais apropriadas» (16).

Enfim, igualdade genérica de tratamento e c.n.m.f distinguem-se também pela diferente acentuação que dão às respectivas funções. É assim que, enquanto o princípio da não discriminação visa impedir que qualquer Estado seja objecto de um tratamento menos favorável do que o concedido à generalidade dos restantes, já a c.n.m.f tem por meta a referência ao comportamento mais favorável de todos, ou seja, um «nivelamento por cima», como refere PESCATORE. Dir-se-à que apontamos tão só a função positiva da cláusula deixando na obscuridade a *função negativa*. Só que, mesmo se focarmos esta última — no sentido de a cláusula ser uma forma de impedir que certos Estados beneficiem de um tratamento mais favorável que o normal — mesmo aí podemos descortinar diferenças de acentuação face ao princípio da igualdade de tratamento.

A fluidez das demarcações entre cláusula da nação mais favorecida e cláusula do tratamento nacional é também susceptível de algumas considerações. Um Estado, ao conceder a qualquer outro tratamento nacional assegura-lhe (aos seus produtos ou aos seus nacionais) um tratamento em tudo igual aos seus próprios produtos similares ou aos seus nacionais (17). É pois, evidente que se trata de situações bem diversas. Aliás, a própria designação dos dois mecanismos dá já conta das diferenças fundamentais. Na verdade, a atribuição da c.n.m.f. pressupõe necessariamente uma discriminação mínima entre as actividades, pessoas ou produtos nacionais e seus congéneres estrangeiros; o fim imediato da cláusula reside na garantia de que o beneficiário gozará do melhor

---

(16) USTOR, «Terceiro relatório sobre a c. n. m. f.» (DOC. A/CN. 4/257 et ADD.1), ANN. CDI, 1972 vol. II p. 180. Significativo, a este respeito, é o facto de três importantes convenções multilaterais — A Convenção de Viena sobre as relações diplomáticas (art. 47), a Convenção de Viena sobre as relações consulares (art. 72) e a Convenção sobre as missões especiais (art. 49) — negarem qualquer carácter discriminatório à concessão bilateral «por costume ou por via de acordo, de um tratamento mais favorável do que o requerido» pelas referidas convenções.

(17) Assim, o art. III §2 do GAT estipula que «Os produtos do território de qualquer parte contratante importados no território de qualquer outra parte contratante, não estarão sujeitos, directa ou indirectamente, a impostos ou outras imposições internas, qualquer que seja a sua espécie, superiores aos aplicados, directa ou indirectamente, aos produtos nacionais similares (...). V. igualmente o art. 5 n.º 1 do acordo entre Portugal e Brasil sobre transporte e navegação marítimos, de 23/5/78.



tratamento possível *enquanto estrangeiro*, fora, pois, de qualquer possível assimilação aos nacionais do Estado concedente. Daqui decorre que enquanto que o benefício do tratamento da nação mais favorecida implica como condição prévia a atribuição duma certa vantagem a um terceiro estado, o tratamento nacional é directamente atribuído, pelo que o benefício não está dependente da interposição de qualquer terceiro, antes se tratando duma relação de tipo linear.

Esta diferença entre a cláusula da nação mais favorecida e a do tratamento nacional em nada obsta, todavia, a uma interpenetração entre os dois comportamentos num mesmo tratado internacional. Tal situação pode configurar-se sob duas formas.

— *Direito ao tratamento nacional por força da C.N.M.F.*

Se um estado promete a outro a «inland parity» e em seguida atribui o tratamento da c.n.m.f. a um terceiro, este último pode legitimamente requerer também para si o tratamento nacional sob pena de não ser tratado de forma tão favorável quanto o terceiro<sup>(18)</sup>. Esta utilização cumulativa das duas cláusulas causou engulhos à doutrina. LEVEL, por exemplo, antes de reconhecer que «a jurisprudência francesa se vinculou, no seu conjunto, à solução conducente a aplicar o tratamento nacional àqueles que o invocam por intermédio duma c.n.m.f.», coloca desta forma o problema:

«Pode argumentar-se, contra a solução afirmativa, que a c.n.m.f. se situa, na escala das concessões mútuas a que procedem as Altas Partes contratantes, num grau inferior ao da cláusula de assimilação ao nacional, e que é paradoxal fazer introduzir à primeira as mesmas consequências que

---

(18) Neste sentido, TRIGGIANI, *Il trattamento della nazione più favorita*, 1984, p. 37; BECHER, «Das Prinzip der Meistbëgnustigung und die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen», *Deutschen Aussenpolitik*, 1972, cit. in *ANN. CDI*, 1975, vol. II, p. 165. Contra PESCATORE, *op. cit.*

à segunda. Por outro lado, pode perguntar-se se a natureza particular das duas cláusulas não se opõe à sua aplicação cumulativa. Cláusulas de igualização, uma relativamente ao estrangeiro mais favorecido, a outra ao nacional, elas não têm efeito pelo seu conteúdo mas por simples referência. Esta espécie de reenvio dum cláusula para a outra, ao ponto de produzir um efeito não conforme à significação da primeira das cláusulas, corresponderá à vontade dos Estados Contratantes?»

É uma argumentação que, apesar dos pertinentes problemas que levanta não tem em conta a mecânica elementar da c.n.m.f. pelo que entendemos que a doutrina mais acertada irá no sentido de determinar a aplicabilidade imediata do tratamento nacional por força da c.n.m.f., a não ser que as partes tenham convencionado a exclusão deste aspecto das suas relações posteriores <sup>(19)</sup>.

#### *Tratamento da N.M.F. e tratamento nacional referentes à mesma matéria*

Pelo art. 4 do tratado anglo-português de 1642, Portugal assegura que «os súbditos do mui afamado Rei da Grã Bretanha não serão obrigados a pagar mais elevados direitos aduaneiros, imposições ou outras taxas que os habitantes e súbditos dos ditos países (Reinos, províncias, territórios, e ilhas do Rei de Portugal na Europa) ou que os súbditos de qualquer outra nação que esteja em aliança com Portugal».

Há, pois, casos em que o tratamento nacional e a c.n.m.f. vêm previstos no mesmo tratado internacional para a mesma matéria. Qual dos dois deve ter primazia? A opinião generalizada dos autores <sup>(20)</sup> é a de que, sendo vontade das partes combinar a aplicação de regimes diversos, deve ser o tratamento mais

---

<sup>(19)</sup> Nesta linha, o art. 18 do Projecto de Artigos da C. D. I. sobre a c. n. m. f. afirma: «A aquisição pelo Estado beneficiário, para si mesmo ou em benefício de pessoas ou coisas que se encontram numa relação determinada com ele, de direitos que decorrem dum c. n. m. f. não é afectada pelo simples facto de o tratamento conferido pelo Estado concedente a um Estado terceiro, ou a pessoas ou coisas que se encontrem na mesma relação com este Estado terceiro, ou seja a título de tratamento nacional. V. *ANN. CDI*, 1978, vol. II, 2ª parte, p. 56. Contra esta solução manifesta-se PESCATORE (*op. cit.*, p. 202) que se fundamenta na existência de uma *transitio ad aliud genus* incomunicável pela c. n. m. f.

<sup>(20)</sup> SCHWARTZENBERGER, «The principles and standards of international economic law», *RCADI*, 1966-I p.69; SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 6

favorável dos dois a ter primazia, numa observação caso a caso. É que, tendo embora em atenção as palavras citadas de LEVEL, pode haver situações em que o tratamento da n.m.f. seja, na prática, mais vantajoso do que o tratamento nacional. SAUVIGNON cita como exemplo o de o Estado, em ordem ao desenvolvimento da sua produção industrial, conceder às empresas estrangeiras isenções fiscais, ou outras vantagens, superiores às das empresas nacionais (21).

A solução que advogamos é também a acolhida pelo Projecto de Artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre a c.n.m.f.. De facto, da conjugação dos dois parágrafos do art. 19 decorre que é unicamente ao Estado beneficiário, e em função do circunstancialismo de cada situação concreta, que cabe o direito de indicar o tratamento que prefere.

## 2. Características e potencialidades

Delimitado que está o objecto deste trabalho, é agora o momento indicado para que se apontem as características elementares deste instrumento jurídico. E fácil será apontar cinco aspectos essenciais.

2.1. *A cláusula é uma norma de Direito Internacional Económico* — É de toda a conveniência que sejam apartadas a função jurídica e a função económica da cláusula. Cumpre, pois, desde logo, salientar que a c.n.m.f. não se aplica directamente às trocas económicas mas sim a um tratamento jurídico: aquele que incide sobre as importações provenientes do país beneficiário da cláusula (22). Em matéria de comércio internacional, juridicamente, a c.n.m.f. visa uma igualização das condições concorrenciais, isto é, permitir aos nacionais do Estado beneficiário de lutarem, em condições concorrenciais formalmente idên-

---

(21) SAUVIGNON, *La c. n. m. f.*, 1972, p. 6. V. também TRIGGIANI, *Il Trattamento...*, *op. cit.*, pp. 33 ss. Exemplos concretos da consagração deste tratamento duplo encontram-se no art. 2 da Convenção bilateral modelo sobre incentivos aos investimentos (E. U. A., 1982) e no art. 3 n.º 1 do acordo sobre protecção e promoção recíproca de investimentos, celebrado entre Portugal e a R. F. A. em 16 de Setembro de 1980.

(22) V. M. VIRALLY, «Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain», *RCADI*, 1967-III, p.72.

ticas, no mercado do Estado concedente, contra os nacionais do Estado mais favorecido e de todos os Estados beneficiários da cláusula <sup>(23)</sup>. Fundamentados no cumprimento desta função jurídica, legítimo é esperarmos um crescimento quantitativo das trocas comerciais — essa a sua função económica. É claro que esta é uma distinção teórica, já que, comungando da natureza da generalidade das normas substantivas de Direito Internacional Económico, a c.n.m.f. não pode deixar de enraizar-se numa perspectiva inter-disciplinar.

2.2. *A cláusula é uma norma de Direito Internacional convencional* — O facto de a cláusula ter vindo a tornar-se num procedimento usual nas convenções internacionais poderia levar a que fosse considerada como tendo já valor consuetudinário. Este é, porém, um raciocínio perigoso, que poderá pôr em risco a liberdade mínima de disposição por parte dos Estados soberanos. O que está em causa é a consideração da cláusula como um princípio geral que se impõe aos Estados independentemente da sua consagração nos instrumentos normais das relações internacionais ou, pelo contrário, a obrigatoriedade da sua fixação nesses mesmos instrumentos. Ora, a verdade é que, apesar da prática corrente (reforçada aliás pelo GATT) <sup>(24)</sup>, mesmo nas relações entre os países desenvolvidos com economias de mercado, encontramos inúmeros acordos que lançam mão de outras formulações («tratamento equivalente», «tratamento benevolente», «não discriminação»), deixando assim de lado a c.n.m.f.. Não se trata, por isso, de uma norma consuetudinária, o que, todavia, não exclui que aspectos pontuais do seu regime tenham fundamentação costumeira (ex: algumas exclusões ao seu campo de actuação, como veremos).

---

(23) SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 2; SCHIAVONNE aponta, neste sentido que «la clausola esercita un'azione integratrice e livellatrice nel campo degli accordi internazionali: essa garantisce infatti, ai prodotti di ciascun contraente nel mercato dell'altro, quella parità di trattamento che è condizione essenziale per sostenere la concorrenza dei prodotti similari che provengono da altri stati. «Uguaglianza di trattamento e clausola della nazione più favorita nell'Accordo Generale Sulle Tariffe Doganali e Sul Commercio (GATT)», *Riv. Dir. Intz.*, vol. XLVI, 1963, p.367. V. BALLESTEROS GONZALEZ, *op. cit.*, p. 8.

(24) V. *infra*, p. 544.

2.3. *A cláusula é uma forma de extensão igualitária de uma ordem jurídica* — Num contexto de relações internacionais fortemente desiguais e selectivas, a cláusula é, por excelência, um instrumento ao serviço da igualdade jurídica dos Estados. No dizer de SCHELLE, ela tem por efeito «*unificar o direito positivo convencional, alargando progressivamente o seu âmbito territorial*», na medida em que comunica automaticamente o regime previsto num tratado determinado às relações que com um dos contratantes mantem um (ou mais) Estado que é estranho a esse tratado. Veremos, porém, que se trata da extensão de uma igualdade tão só formal.

2.4. *A cláusula é uma forma de ajustamento permanente dos tratados* — A c.n.m.f, enquanto manifestação jurídica do princípio da igualdade dos estados, tem no domínio do direito convencional, como vimos, o seu campo de actuação específico. De facto, por meio da c.n.m.f., a posição jurídico-internacional convencional do Estado beneficiário evolui exactamente na mesma medida (e na mesma direcção, como veremos) da do Estado mais favorecido. A cláusula é, pois, «*uma técnica de adaptação dos tratados à alteração das circunstâncias*»<sup>(25)</sup> potenciando, assim, uma maior durabilidade dos tratados mesmo daqueles que se situam em áreas, como a do comércio internacional, em que a precaridade é a nota dominante. Não quer isto dizer que a c.n.m.f seja um fundamento de revisão dos tratados, já que as alterações das relações entre os estados partes no tratado que contem a cláusula não decorrem do surgimento de obrigações novas mas apenas do cumprimento de obrigações já existentes nesse mesmo tratado.

2.5. *A cláusula é uma norma de conteúdo abstracto* — Embora reserve-mos o tratamento elaborado desta matéria para o Título II da Parte I, é conveniente adiantar, desde já, que, no que toca à natureza jurídica da cláusula, ela é uma norma de conteúdo essencialmente variável que institui um pro-

---

(25) TRIGGIANI, *Il Trattamento...*, op. cit., p. 85; SAUVIGNON, op. cit., p. 3. M. VIRALLY, op. cit., p. 72 fala de «*técnica de readaptação automática*».

cesso de determinação automática dos direitos e deveres dos respectivos destinatários em cada momento. O seu conteúdo é, a priori, abstracto pois consiste no direito internacional do beneficiário em obter o tratamento mais favorável atribuído a um qualquer terceiro e na correspondente obrigação do concedente (26). É neste sentido que LEVEL fala de «norma indirecta» ou «norma de incorporação por referência».

### III. NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CLÁUSULA

Apesar de não ter costumeira, a cláusula da nação mais favorecida encontra as raízes da sua prática em tempos históricos já muito recuados.

Desde as suas origens mais remotas de generalizada aplicação que alternam com fortes acusações à sua influência sobre as dificuldades mais ou menos conjunturais que os sistemas produtivos nacionais atravessam. Duma forma simples, poderemos identificar três grandes fases no desenvolvimento histórico da c.n.m.f.:

A. — *Das origens à I Guerra Mundial* — Seguindo SERENI (27) há que destacar três etapas distintas na «pré-história» da cláusula:

a) tratados com que um Estado atribuía a um outro determinadas vantagens (concessão de privilégios a um Estado);

---

(26) SERENI, *op. cit.*, p. 211. TRIGGIANI, «Some thoughts on most-favoured-nation treatment», *IYIL*, 1985, p. 124-125.

(27) SERENI, *op. cit.*, p. 68. Sobre o enquadramento económico desta evolução histórica, v. por todos, BYÉ e BERNIS, *Rélations Économiques Internationales*, 1977, pp. 310 ss.; ALLAIS, *La Libéralisation des Relations Economiques Internationales*, 1972, pp. 6 ss.

- b) tratados com que um Estado estendia a um outro especificado os especiais privilégios já concedidos a um terceiro igualmente especificado (extensão do tratamento privilegiado a vários Estados);
- c) tratados com que se concedia o tratamento atribuído a qualquer outro Estado, independentemente do seu conteúdo concreto e da identidade do beneficiário e do Terceiro (cláusula da nação mais favorecida).

É na Idade Média que encontramos as razões da formulação desta forma jurídica. Impossibilitados de assegurar o monopólio de exploração dos mercados do Próximo Oriente, os mercadores rivais espanhóis, franceses e sobretudo italianos procuram preservar, no mínimo, hipóteses de igualdade entre si. É neste contexto que os príncipes árabes da África Ocidental concedem aos mercadores franceses e espanhóis o mesmo tratamento até então atribuído aos venesianos e seus vizinhos de Amalfi, Génova ou Pisa.

Mas é só com o séc. XV que é possível detectar textos mais elaborados. Assim, vai-se evoluindo gradualmente para um sistema de abertura da referência dos terceiros mais favorecidos a todos os países estrangeiros e não apenas a um elenco limitado e expressamente fixado no tratado contendo a cláusula. Desta importante evolução é exemplo claro a carta de privilégios que o município de Antuérpia tomou a iniciativa de conceder aos portugueses em meados do séc. XV e que estabelece que, no caso de serem concedidos mais amplos privilégios aos mercadores de outra nação que venha a estabelecer-se, eles se tornariam extensivos aos de Portugal <sup>(28)</sup>.

No entanto os privilégios assim concedidos, mesmo que de feição contratual, não tomavam ainda a forma de tratados internacionais, na medida em que os agrupamentos beneficiados não eram representantes do Estado de nacionalidade. É precisamente em 1713, com o conhecido Tratado de Utrecht entre a França e a Inglaterra, que não só surge clara a distinção entre tratado político e tratado comercial, como também pela primeira vez é equacionada uma verdadeira cláusula da nação mais favorecida. O art.º 8 do referido tratado dispõe:

---

<sup>(28)</sup> Francisco António CORRÊA, *Os tratados de comércio e a c. n. m. f.*, 1933 p. 13.

*«De plus on est convenu et il y a été étably pour règle générale que tous et chacun des sujets du sérénissime Roy Très Chrétien et de la sérénissime Reyne de la Grand Bretagne useront et jouiront respectivement dans toutes les terres et lieux de leur obeissance des mêmes privilèges, libertés, immunités, sans aucune expection, dont jouit et use, ou pourra jouir et user et être en possession à l'avenir de la nation la plus amie, par rapport aux droits, douanes et impositions quels qu'ils soient à l'égard des personnes, marchandises, effets, navires, frêt, matelots, enfin en tout ce qui regarde la navigation et le commerce, et qu'ils auront la même faveur en toutes choses, tant dans les cours de justice que dant tout ce qui concerne le commerce ou touts autres droits» (29).*

A importância do Tratado de Utrecht reveste-se, aliás, de particular interesse não só para situarmos a cláusula no movimento da História Económica, como muito especialmente para focarmos a contribuição portuguesa para tal evolução. É que a instalação da política comercial mercantilista e a consequente preocupação de excluir a concorrência estrangeira do mercado interno levou à adopção de regimes preferenciais. Foi o que aconteceu com o Tratado de Methwen de 1703, pelo qual Portugal se comprometia a autorizar a importação dos têxteis ingleses ao mesmo tempo que as autoridades britânicas ficavam vinculadas a limitar o montante dos direitos incidentes sobre os vinhos portugueses a cerca de 2/3 das imposições sobre os congêneres franceses. Mais do que uma simples curiosidade histórica, esta breve referência ao Tratado Anglo-Português de 1703 justifica-se pelo simples facto de ter servido de motivo a um notável retrocesso no movimento de consagração da c.n.m.f., já que, com base numa incompatibilidade entre a c.n.m.f., e o Tratado de Methwen, o parlamento britânico rejeitou o tratado de 1713. A questão foi arduamente debatida e só viria a ser resolvida pelo Tratado de Eden, de 1786, que consagrava de novo a cláusula, embora excluísse no seu âmbito os regimes preferenciais de Methwen e do Pacto de Família (Franco-Espanhol).

Um outro veículo fundamental de expansão da c.n.m.f. foi o regime das capitulações do séc. XVIII. Assumindo a forma jurídica de compromisso uni-

---

(29) Cit. in USTOR, «Primeiro relatório sobre a c. n. m. f.» (DOC. A/CN.4/213), ANN. CDI, 1969 vol. II p. 166.



lateral, o que hoje deixou praticamente de ser utilizado, a cláusula foi aqui de encontro aos desejos dos monarcas europeus: uma vez que um deles conseguisse extorquir quaisquer vantagens, logo todos os outros as poderiam reclamar por força do jogo da cláusula.

O séc. XIX é marcado por uma polémica em torno da forma c.n.m.f.. No tratado de 1778 entre os EUA e a França a c.n.m.f. aparece redigida sob a forma condicional, o que constitui uma novidade para época <sup>(30)</sup>. E tal formulação foi posteriormente seguida pelo nosso país nos tratados comerciais com a Inglaterra (1810) e com a Turquia (1843) <sup>(31)</sup>. Este movimento, largamente maioritário na primeira metade do século, veio a ser contrariado com a nova expansão do liberalismo económico de que é expoente o Tratado Cobden de 1860. Na verdade, foi neste período que medeia entre o «Cobden Treaty» e a I Guerra Mundial que a cláusula incondicional atingiu o seu maior fulgor, vindo mesmo a ser considerada como a «a pedra angular de todos os tratados comerciais modernos» <sup>(32)</sup>.

B. — *O processo movido contra a cláusula* — A depressão económica de 1870 e o advento do conflito mundial trouxeram consigo um reforço das posições proteccionistas. O sistema de pauta dupla francês ou o das especializações alemão foram o prenúncio do desuso em que a cláusula mergulhou com o deflagrar da guerra. E muito embora se tenha esboçado um ligeiríssimo esforço de retorno à cláusula incondicional, nem mesmo o labor nesse sentido por parte da Sociedade das Nações <sup>(33)</sup> conseguiu frutos suficientemente sólidos.

---

<sup>(30)</sup> «Le Roi très chrétien et les États-Unis s'engagent mutuellement à n'accorder aucune faveur particulière à d'autres nations, en fait de commerce et de navigation, qui devienne aussitôt commune à l'autre partie; et celle-ci jouira de cette faveur gratuitement, si la concession est gratuite, ou en accordant la même compensation, si la concession est conditionnelle». Cit in USTOR, «Primeiro Relatório sobre a c. n. m. f.» (DOC. A/CN.4/213) ANN. CDI, 1969 vol. II p. 167.

<sup>(31)</sup> CORREA, *op. cit.*, p. 30.

<sup>(32)</sup> HORNBECK, «The most favoured nation clause» *A/JIL* vol. 3 n.º 2 (1909) p. 395. Não pode esquecer-se que este período de fulgor da c. n. m. f. coincide naturalmente com a expansão do livre-cambismo e das teses da Escola Clássica inglesa.

<sup>(33)</sup> Desde logo, o art. 23 § E do Pacto, baseado no terceiro dos 14 pontos do Presidente Wilson, propõe: «Supressão, na medida do possível, das barreiras económicas e igualdade de tratamento em matéria comercial para todas as nações que consentem na paz e se associam para

A grande depressão de 1929 é o culminar de todo um processo em que a cláusula vai ser sujeita a duras críticas.

Primeiramente, alegou-se que a cláusula seria um obstáculo ao abaixamento dos direitos aduaneiros. Na verdade, para os acusadores, o Estado beneficiário da cláusula tenderá naturalmente a adoptar uma posição de passividade, na expectativa da obtenção gratuita de vantagens: para quê estar a oferecer contrapartidas se sabe que poderá obter gratuitamente todas as vantagens? Simultaneamente o Estado concedente limitará ao mínimo as suas concessões pois que o jogo automático da c.n.m.f. o virá a obrigar a estender essas mesmas vantagens a todos os outros Estados a quem atribuiu o tratamento da nação mais favorecida. Assim sendo, a generalização das concessões deprecia-as. «Dois países entram em negociação para a conclusão dum tratado de comércio; um deles pede ao outro a redução do direito aduaneiro sobre uma determinada mercadoria. O país solicitado recusa a concessão alegando o perigo resultante para a sua economia da extensão deste favor a todos os países pelo jogo da c.n.m.f. Ah! se a mesma vantagem não devesse ser atribuída ao país terceiro, ele poderia imediatamente aceder ao pedido. Lamenta, mas com o sistema da nação mais favorecida é-lhe impossível satisfazer o país requerente. Eis, dir-se-à, como a c.n.m.f. obstaculiza a redução dos direitos de entrada por via contratual» <sup>(34)</sup>. Mas, mais do que isso, o perigo motivado por esta obrigação de generalizar as concessões levaria os Estados não só a recusarem quaisquer concessões aduaneiras como fundamentalmente a armarem-se com pautas aduaneiras (não negociáveis) de direitos elevados. Este expediente permitiria ganhar o bom e evitar o mal, quer dizer, impedir quaisquer concessões e recolher gratuitamente as

---

a manter». Sucessivas conferências económicas foram realizadas sob a égide da SDN, das quais se destacam a Conferência Económica Internacional de Genebra (1927) e a Conferência Monetária e Económica de Londres (1933), tendo qualquer delas assinalado que a c. n. m. f. seria a base essencial das relações comerciais entre os Estados. Finalmente há que destacar o importantíssimo trabalho de codificação que o Comité Económico da SDN levou a cabo nesta matéria, de que resultou, inclusive, uma «cláusula modelo» que ainda hoje é referência imprescindível para o estudo deste mecanismo. De referir que, no trabalho do Comité, teve papel de relevo o português BARBOSA DE MAGALHÃES que conjuntamente com o norte-americano WICKERSHAM, formava o sub-comité especificamente dedicado ao estudo da cláusula. Para um desenvolvimento mais detalhado, v. USTOR «Primeiro relatório sobre a c. n. m. f.». (DOC. A/CN. 4/213) *ANN. CDI*, 1969 vol.II, pp.175 ss.

(34) LORIDAN «La c. n. m. f. — les griefs des libres échangistes et ceux des protectionnistes», *Revue Économique Internationale*, 1935, p. 333.

vantagens que outro Estado tivesse feito a um terceiro. Foi precisamente esta a opção dos Estados Unidos entre 1930 e 1934, através da adopção da pauta Hawley Smoot.

Uma terceira acusação levantada então contra a c.n.m.f., e que percorre toda a doutrina dos anos trinta <sup>(35)</sup>, reside nas relações entre a cláusula e as convenções (económicas) multilaterais. No fundo, a cláusula seria um convite a que os Estados se abstivessem de participar nas convenções multilaterais, não suportando, portanto, as inerentes obrigações, mas possibilitando-lhes a fruição de todas as vantagens decorrentes da dita convenção, na medida da existência de um qualquer acordo contendo uma cláusula de nação mais favorecida subscrito por um Estado parte nesse tratado. Sintetizando, a cláusula seria um verdadeiro prémio à abstenção.

*C. A cláusula na sociedade internacional do post-guerra* — Terminadas as hostilidades de 1939-45, foi tempo de fazer um balanço e de relançar vigorosamente, em termos de dinâmica universal, toda uma série de manifestações pontuais altamente positivas que vinham do período anterior.

Rapidamente foi constatado que a verdadeira origem dos obstáculos ao comércio internacional não radicava na cláusula, mas antes nas políticas altamente proteccionistas levadas a cabo pelos Estados e potenciadas pelos acontecimentos bélicos. Paralelamente à aquisição progressiva deste estado de espírito, procurou-se que toda a riqueza do trabalho elaborado pela Sociedade das Nações não fosse perdida, apesar da necessidade de corrigir certos erros de trajectória.

Não admira, pois que logo a Carta do Atlântico, firmada em 1941 entre Churchill e Roosevelt incluísse, no seu ponto quarto, a intenção de garantir o acesso de todos os Estados, grandes e pequenos, vencedores ou vencidos, ao comércio internacional, invertendo, assim, a orientação míope dos autores dos Tratados de Versalhes que haviam imposto a obrigação de os vencidos concederem unilateralmente aos vencedores o tratamento da n.m.f..

Estes propósitos da Carta do Atlântico foram, posteriormente, ratificados pelos Estados signatários da Declaração das Nações Unidas, de 1 de Janeiro de 1942. Foi também em 1942 que se celebrou o acordo anglo-americano de ajuda mútua, cujo art. VII previa «a eliminação de todas as formas de trata-

---

(35)V. por todos NOLDE, «La c. n. m. f. et les tarifs préférentiels», *RCADI*, 1932-I.

mento discriminatório no comércio internacional e a redução das tarifas aduaneiras e demais barreiras comerciais».

Enfim, com a aprovação, em 1947, do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (G.A.T.T.) e, em 1948, da Carta de Havana, a cláusula é catapultada para ponto nevrálgico de toda a dinâmica comercial internacional. Nas palavras de SAUVIGNON, a c.n.m.f. «tem, mais do que nunca, uma dimensão mundial» <sup>(36)</sup>.

A análise (ainda que sumaríssima) dos marcos históricos assinalados evidencia a existência de um percurso de tipo pendular, melhor, de uma «oscilação dialética» cujos polos extremos são, de um lado, os momentos de apogeu do princípio da igualdade de tratamento e, do outro, as políticas proteccionistas ancoradas numa pluralidade de armas desde os obstáculos não tarifários até ao simples elevar dos direitos alfandegários. Oscilação esta que, convém notar, ao invés de se eternizar, caminha paulatinamente no sentido de um fortalecimento progressivo do princípio da igualdade de tratamento.

E, se outro mérito não lhe puder ser assinalado, a breve resenha histórica que traçámos deixa patente a necessidade de proceder a uma sub-divisão indispensável no nosso estudo. Trata-se de encarar primeiramente o funcionamento da c.n.m.f. no seu contexto clássico — o âmbito puramente bilateral (PARTE I) — para só depois nos lançarmos sobre os desafios que um universo de relações cada vez mais multilaterais coloca a este mecanismo (PARTE II).

---

<sup>(36)</sup> SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 13. PESCATORE (*op. cit.*, p. 100) fala mesmo de «tendência para o universalismo nas trocas económicas internacionais».

## PARTE I

### **A FUNÇÃO TRADICIONAL DA CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA; O SEU PAPEL NUM CONTEXTO DE RELAÇÕES BILATERAIS**

A atribuição do tratamento da nação mais favorecida, implicando que as vantagens concedidas a um país sejam estendidas a uma multiplicidade de Estados, determina invariavelmente uma cautela extrema das autoridades da nação concedente.

Assim, desde logo, surge o problema dos *domínios de actividade* a que os negociadores dos tratados que incluem a cláusula pretendem aplicar o seu regime, e quais os que tradicionalmente são excluídos desse regime.

Para além disso, se um Estado concede determinadas facilidades a um outro sob determinadas condições, é perfeitamente lógico que não seja do seu agrado que um terceiro venha a reivindicar essas vantagens a título gratuito só porque beneficia do tratamento da nação mais favorecida. Aqui se coloca toda a questão da *forma* da c.n.m.f. e que tem como pano de fundo a compatibilidade desse regime com o clássico princípio da reciprocidade.

Mas, por mais longe que vá a capacidade negocial dos representantes do Estado, sempre restam determinados problemas que lhes são, de todo em todo, impossíveis de resolver. Na verdade, qualquer que seja o âmbito abrangido pela cláusula e a sua forma, colocam-se inevitavelmente certas condições jurídicas de legitimidade para que o regime seja posto em andamento, dizendo umas respeito ao sujeito e outras ao objecto desta relação jurídica internacional.

Eis, pois, os três aspectos que nos propomos abordar nesta Parte I: domínio de aplicação da cláusula (Título I), suas formas (Título II, Cap. 1) e condições de legitimidade para a sua invocação (Título II, Cap. 2).

## TÍTULO I

### DOMÍNIO DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA

Quando atrás nos referimos à dificuldade de redacção uniforme da cláusula, tínhamos, entre outros factores, em atenção o facto de a diversidade de matérias susceptíveis de serem internacionalmente reguladas pela c.n.m.f. conduzir também a isso. Pode mesmo dizer-se que «a cláusula se aplica a qualquer direito, privilégio ou imunidade que o Estado concede na qualidade de instituição pública, com exclusão dos direitos ou privilégios de ordem privada» <sup>(37)</sup>.

Só o conhecimento das matérias a que a cláusula se aplica (Capítulo I) permitirá descortinar as limitações tradicionais à sua actuação (Capítulo II).

## CAPÍTULO I

### MATÉRIAS ABRANGIDAS PELA CLÁUSULA

Muito embora a cláusula se aplique hoje a matérias como a condição dos estrangeiros, as imunidades de representações consulares ou os transportes, foi, como vimos, em sede de trocas comerciais que ela encontrou a sua primeira justificação.

#### SECÇÃO 1 — *INCIDÊNCIAS NO ESTATUTO E DIREITOS DAS PESSOAS*

§ 1. *A condição dos estrangeiros* — Numerosíssimas convenções estabelecem o tratamento da n.m.f. para os indivíduos e sociedades do Estado beneficiário, tornando-os, desta forma, verdadeiros titulares, de posições jurídicas internacionalmente reconhecidas.

---

<sup>(37)</sup> S. BASDEVANT, «C. n. p. f.» in *Répertoire de Droit International*, 1929, vol. III, p. 470.

Neste âmbito, os tratados internacionais podem determinar a aplicação da cláusula a múltiplos aspectos que vão desde o direito de estabelecimento (38), até ao acesso incondicionado às instâncias jurisdicionais (39), passando pelo regime jurídico da expropriação e nacionalização de bens e, inclusivamente, a obrigatoriedade de prestação de serviço militar (40).

Também nesta matéria é possível detectar dois tipos de formulações: enquanto alguns tratados optam pela concessão de todos os direitos, vantagens e privilégios que sejam acordados aos nacionais do terceiro mais favorecido, outros preferem precisar as matérias para as quais é concedido o tratamento da n.m.f. às pessoas singulares ou colectivas do país beneficiário (41).

§ 2. *Relações e imunidades consulares* — Vários tratados prevêem a atribuição do tratamento da n.m.f. em matéria consular, difundindo as prerrogativas e imunidades dos funcionários consulares a todos os Estados que gozem do benefício da cláusula. O estudo levado a cabo, nesta matéria, por ZOUREK revela que, a maioria das vezes, a cláusula incide sobre os privilégios e imunidades consulares, sendo pontualmente alargada às funções dos cônsules (42). O mesmo relatório assinala a frequência com que se verifica a junção da c.n.m.f. com a cláusula de reciprocidade, nesta matéria. Aliás, a própria Convenção de Viena sobre as relações consulares, de 24 de Abril de 1963, depois de impôr

---

(38) Cfr. A. PIOT, «La c. n. p. f.», *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1956, p. 3 e exemplo aí referido. TRIGGIANI, *Il trattamento...*, *op. cit.*, pp. 53 a 56.

(39) V. tratado de amizade, comércio e navegação entre os EUA e a Nicarágua, de 1956, cit. in *ANN. CDI*, 1972, vol. II, p. 182.

(40) V. tratado de comércio e navegação entre o Japão e a Jugoslávia, de 1959 cit. in *ANN. CDI*, 1972, vol. II p. 183.

(41) Neste campo do tratamento concedido a estrangeiros, merecem relevo as cláusulas que figuram na convenção relativa ao estatuto dos refugiados (1951) e na convenção relativa ao estatuto dos apátridas (1954), já que ambas apresentam a particularidade de o «tertium comparationis» (o tratamento reservado ao beneficiário) não ser o tratamento concedido a um Estado terceiro, mas antes às pessoas estrangeiras. Por exemplo, o art. 15 da convenção de 1951 atribui aos refugiados «o tratamento mais favorável concedido aos nacionais dum país estrangeiro» no que toca às associações de fim não lucrativo ou às associações sindicais. V. *ANN. CDI*, 1972, vol. II, p. 183.

(42) V. *ANN. CDI*, 1960, vol. II (DOC. A/CN.4/131), 2ª parte, p. 17.

(art. 47) uma aplicação não discriminatória do seu articulado relativamente aos signatários, abre uma excepção ao considerar como não discriminatório o tratamento mais favorável, sobre a matéria por ela prevista, acordado por Estados membros (art. 47 par. 2 b).

O caso julgado no Cour d'Appel de Lyon, em 13 de Outubro de 1921, atesta bem do significado desta concessão, embora com base em argumento *a contrario*.

Loewengard, consul alemão em Lyon desde 1907, abandonou a França em 1914 e os seus foram apreendidos. Em 1921, quando o Estado francês se preparava para proceder à venda dos mesmos, Loewengard interpôs uma acção contra a apreensão e venda dos seus bens, pelo facto de ser cônsul. Quando o processo subiu ao Cour d'Appel, Loewengard invocou a c.n.m.f. contida no tratado de Frankfurt, que lhe daria direito às imunidades já então concedidas pela França e outros países, sob condição de reciprocidade. Ora, o pedido foi indeferido pelo tribunal unicamente com base na cessação da vigência do referido tratado por força da guerra (43).

§ 3. *Propriedade intelectual* — Também os direitos de propriedade industrial e artística têm vindo a ser enquadrados convencionalmente pelo c.n.m.f. MAJOROS (44) aponta a existência, até 1971, de cerca de três dezenas de tratados com cláusulas deste tipo, sendo o mais recente de 1937. De notar, porém, que quer a Convenção de Paris de 1883 para a protecção da propriedade industrial, quer a Convenção de Berna de 1886 para a protecção das obras literárias e artísticas se fundam no princípio do tratamento nacional e não no da n.m.f..

## SECÇÃO 2 — TRANSPORTES

Logo a seguir às trocas comerciais, é no campo dos transportes que a cláusula atinge um dos seus âmbitos de aplicação privilegiados. E, se bem que o

---

(43) *ANN. CDI*, 1973, vol. II, p. 153.

(44) «Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur», cit. in *ANN. CDI*, 1972, vol. II, p. 183.



tratado possa não aparecer, à primeira vista, relacionado com o domínio dos transportes, um simples trabalho de interpretação poderá determinar que os transportes venham a ser abrangidos pelo regime da cláusula.

§ 1. *Transportes aéreos* — Os altos interesses financeiros em causa e a limitação imposta à soberania territorial do Estado, são motivos suficientes para que em, matéria de transportes aéreos, a cláusula não encontre um terreno totalmente propício à sua consagração. Não obstante, se tal se torna realidade no que concerne às vantagens comerciais e económicas (que de acordo com o art.º 6 da Convenção de Chicago de 1944, ficam na absoluta dependência de cada Estado, não sendo, pois, comunicados a terceiros, via c.n.m.f.) já as vantagens técnicas — designadamente a entrada e permanência de aeronaves de passageiros, a utilização das instalações aeronáuticas ou as regras de circulação aérea — são, na maior parte dos casos, objecto de atribuição do tratamento nacional. Por vezes, porém, o tratamento da n.m.f. é concedido conjuntamente (45).

§ 2. *Transportes marítimos* — É sabido que as convenções de Genebra de 1958 sobre o Direito do Mar consagram um regime de total liberdade para o Alto Mar, e o clássico direito de passagem inofensiva para o mar territorial. É, pois, no domínio das águas interiores e, sobretudo, dos portos, que a n.m.f. apresenta um particular interesse (46). Aí costumam estabelecer-se cláusulas da c.n.m.f. para matérias como a carga e descarga de mercadorias, acesso aos portos, embarque de aprovisionamentos, pagamentos de taxas, aplicação de medidas de quarentena, etc.

---

(45) SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 43. TRIGGIANI, *Il Trattamento...*, *op. cit.*, pp. 64-65. O primeiro autor cita o acordo aéreo de 1958 entre a Bélgica e Marrocos que prevê que «os carburantes, lubrificantes, peças de substituição, material... importados por uma companhia aérea de uma das partes, beneficiarão de um tratamento tão favorável quanto o aplicado pelo país de acolhimento a qualquer aeronave que explore serviços internacionais similares.»

No entanto o mesmo regime pode, ainda que excepcionalmente, ser previsto para a globalidade dos serviços aéreos. V. acordo entre os governos inglês e grego, de 1945, in USTOR «Segundo relatório sobre a c. n. m. f.» (DOC. A/CN. 4/228 e ADD. 1), *ANN.CDI*, 1970, vol. II, p. 230.

(46) V. arts. 2 e 5 da convenção e estatuto sobre o regime internacional dos portos marítimos, Genebra, 1923. Diversos exemplos são localizáveis em tratados e acordos celebrados recentemente por Portugal: é o caso do Acordo de cooperação com a Jugoslávia no domínio dos transportes marítimos, de 1979 (art. 6 n.º 1) ou do Acordo de Transportes marítimos com S. Tomé e Príncipe, de 1978 (art. 4). Sobre esta matéria, v. por todos TRIGGIANI, *Il trattamento...*, *op. cit.*, pp. 65-66.

Note-se, todavia, que as cláusulas na n.m.f. estabelecidas nestes domínios, não apenas se mostram incapazes de ultrapassar as reservas a favor de navios nacionais impostos pelos países de comércio externo estatizado e países em desenvolvimento, como ainda são insuficientes para impedirem práticas semelhantes dos países desenvolvidos com economia de mercado (discriminação em favor do pavilhão nacional, repartição bilateral ou regional dos transportes marítimos etc.)

§ 3. *Transportes fluviais* — O princípio base, estabelecido pela Convenção de Barcelona de 1921 sobre transportes fluviais internacionais, é o da liberdade de navegação e igualdade entre os Estados partes, com base no tratamento nacional e/ou da n.m.f. Não há, no entanto, qualquer regra consuetudinária, que imponha esses princípios com valor «erga omnes».

Daí o duplo interesse da obtenção do tratamento da n.m.f. Por um lado, ele propicia ao terceiro a reivindicação da igualdade de tratamento concedida num acordo sobre esta matéria; por outro permite inclusivamente a participação nas vantagens unilateral ou contratualmente atribuídas para a navegação em rios nacionais.

### SECÇÃO 3 — TROCAS COMERCIAIS

É, como temos vindo a salientar, no campo das trocas comerciais que, desde sempre, a cláusula tem o seu campo de acção mais importante. Ao conceder o tratamento da n.m.f. num tratado comercial, o Estado atribui aos produtos do beneficiário uma situação fiscal, aduaneira e até mesmo burocrática, pelo menos igual à concedida a um qualquer terceiro Estado.

Só que, dada a estrutura complexa das trocas comerciais internacionais, há que, previamente dar resposta a dois problemas:

- a) De onde vem o produto em causa?
- b) Qual a relação entre o produto do beneficiário e o do terceiro mais favorecido?

§ 1. *O problema da «nacionalidade»*

Duas respostas são possíveis <sup>(47)</sup> para a resolução da primeira questão:

- A) — *o critério da proveniência* — segundo uma primeira resposta, os produtos consideram-se «nacionais» do país de onde chegam, independentemente de terem sido aí produzidos ou fabricados;
- B) — *o critério da origem* — para esta hipótese, o produto é «nacional» do país em que foi fabricado (ou cultivado), apesar de poder eventualmente atravessar vários outros Estados até chegar ao destino.

O critério da proveniência, a ser aplicado de forma estrita, levaria a gritantes situações de arbitrariedade: um produto fabricado, tratado e exportado em A, vendo-se obrigado a passar por B, é tido, por esse simples facto, como «nacional» deste último. É por isso que não são conhecidos exemplos concretos da consagração convencional da forma pura deste critério <sup>(48)</sup>.

Já o critério da origem se apresenta como a resposta normal e razoável <sup>(49)</sup>. Não obstante, sempre fica em aberto o problema dos produtos que, no quadro da divisão internacional do trabalho, vêem o seu processo de fabrico repartido por diversos Estados.

É precisamente para fazer face a este tipo de questões que a prática convencional dos Estados se tem vindo a orientar para o reforço do critério da origem com o critério da proveniência: o produto só será considerado nacional do Estado beneficiário quando ao facto de ele ser daí originado se somar o da sua proveniência directa de tal território <sup>(50)</sup>. É uma exigência que se compreende, no sentido do reforço das trocas directas, evitando a intromissão de países intermediários.

A prática seguida nas Comunidades Europeias, a este propósito, dá-nos algumas indicações preciosas.

---

<sup>(47)</sup> V. MEDEIROS, *O Direito Aduaneiro*, 1985, pp. 54 e ss.

<sup>(48)</sup> NOLDE, *op. cit.*, p. 45

<sup>(49)</sup> VAULONT, *A União Aduaneira da C. E. E.*, 1980, p. 62 salienta que tal método representa um assinalável progresso face ao anterior.

<sup>(50)</sup> Uma convenção de 1954 entre Portugal e o Canadá aceita que a cláusula se aplique mesmo para as importações indirectas dos produtos nas partes, mas na condição de que os países atravessados beneficiem também da c. n. m. f.

O Regulamento (CEE) n.º 802/68 do Conselho de 27 de Junho de 1968 aponta a «*última transformação ou manipulação substancial, economicamente justificada e conduzindo ao fabrico dum novo produto ou representando uma importante fase de fabrico*» como sendo o critério base para a determinação da origem do produto.

Além deste método geral, a Comunidade pratica também um conjunto de aproximações de natureza casuística, para solucionar problemas mais complexos levantados precisamente pela internacionalização dos processos de fabrico. Uma primeira dessas vias consiste na descrição pormenorizada da(s) operação de transformação que, pela sua essencialidade, confere a origem ao produto (nesta linha, a regulamentação comunitária tem vindo a considerar a secagem de ovos, por exemplo, como operação transformadora contendo tais atributos). Em segundo lugar, devemos destacar o critério da mudança de posição pautal, quer dizer, um método segundo o qual a origem será atribuída pela operação de transformação cuja inportância acarreta uma posição pautal do produto final diferente da dos componentes isolados. Enfim, e para casos com processo de fabrico acentuadamente complexo, o critério normalmente utilizado consiste em fixar a percentagem de valor acrescentado entendida como necessária para a outorga da origem da mercadoria <sup>(51)</sup>.

## § 2. *O problema da similaridade dos produtos*

É óbvio que a difusão do tratamento concedido a determinados produtos de um Estado não poderá fazer-se em relação a todos e quaisquer produtos do beneficiário. Não se podem assimilar os regimes fiscais de mercadorias situadas diferentemente em face da pauta aduaneira, como afirma o Barão NOLDE <sup>(52)</sup>.

Ora, uma vez que a classificação pautal dos produtos é o critério mais certo da similaridade entre os produtos, ela joga neste caso um papel decisivo para a aplicação ou não da cláusula. Não obstante, verifica-se que uma excessiva especialização das classificações pautais pode ser fonte de profunda discriminação. O exemplo de escola é dado pela célebre posição n.º 107 da pauta

---

<sup>(51)</sup> V. N. VAULONT, *op. cit.*, pp. 63 ss.

<sup>(52)</sup> *Op. cit.*, p. 47.

convencional Alemã de 1902: «gado de montanha, gordo, malhado ou de pelo escuro, criado em local situado a, pelo menos, 300 metros acima do nível do mar e que permanece pelo menos um mês por ano nos pastos situados a 800 metros acima do nível do mar. O gado escuro compreende as raças que, pertencendo à variedade de cabeça volumosa, nomeadamente às raças Alpinas, têm um pelo que vai do cinzento prata ao cinzento escuro, um focinho côr de chumbo debruado a cinzento muito claro quase branco, a ponta dos cornos negra, e cuja cauda termina por pêlos de côr escura»! Quer dizer, se bem que, *formalmente*, a redução de imposições alfandegárias estivesse aberta a todos os países que possuíssem animais correspondentes à inscrição citada, *de facto*, estabelecia-se um regime preferencial a favor da Suíça e do Tirol Austríaco, e em detrimento do gado francês, belga, russo, holandês ou dinamarquês.

O que fica, desta forma, evidenciado é que a especialização pautal; sendo em si mesma um meio de garantir a aplicação criteriosa da cláusula, só o será verdadeiramente se não ultrapassar os limites da razoabilidade e, acima de tudo, se for sempre enquadrada por um espírito de boa fé por parte do concedente.

## CAPÍTULO II

### MATÉRIAS SUBTRAÍDAS À APLICAÇÃO NORMAL DA CLÁUSULA

Conscientes da peculiaridade de determinadas situações ou da especificidade das suas relações com outros Estados, os concedentes da c.n.m.f. têm por hábito subtrair ao domínio da aplicação da cláusula certas situações em que vigora um tratamento preferencial. Deste conjunto de excepções é possível autonomizar um outro <sup>(53)</sup>, constituído por situações em que a vontade das partes não se dirige voluntariamente para a subtração aos efeitos difusores da cláusula, pois que é a própria natureza dessas mesmas situações que se afigura incompatível com a filosofia subjacente à c.n.m.f..

#### SECÇÃO 1

##### *RESERVAS TRADICIONAIS*

###### *§ 1. Cláusula fronteira*

A cláusula fronteira exclui do domínio de aplicação do tratamento da n.m.f. as vantagens concedidas entre si pelos Estados vizinhos para facilitar o tráfego fronteiro. É neste sentido que o art. XXIV nº1 a) do GATT estipula que as disposições de tal acordo — logo, a c.n.m.f. — «não deverão ser interpretadas como constituindo obstáculo às vantagens concedidas por uma parte contratante a países limítrofes para facilitar o tráfego fronteiro». A generalidade dos acordos comerciais celebrados pelo nosso país nos anos mais recentes, recolhe também a excepção em análise. É o que se passa, entre outros, como

---

<sup>(53)</sup> Seguimos de perto a distinção entre «reservas» e «limites», proposta por SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 55.

o Acordo comercial com S. Tomé e Príncipe de 17 de Julho de 1978 (art. 2), com o Acordo comercial com Angola de 20 de Janeiro de 1979 (art. 1 n.º 2), com o Acordo comercial com a Colômbia de 28 de Dezembro de 1978 (art. 4) ou com o Acordo comercial com o Paquistão, de 6 de Julho de 1981 (art. 3).

Logicamente, um Estado não limítrofe não poderá fazer-se valer de qualquer tratado contendo a c.n.m.f., para vir a gozar das vantagens em causa. A questão que se poderá levantar é a de saber se um estado limítrofe que não aquele com quem foi acordado o regime especial poderá invocar o seu estatuto de vizinhança, de molde a que lhe sejam aplicáveis também as preferências. A resposta da doutrina não é unânime. De facto, enquanto alguns autores recusam liminarmente esta hipótese de invocação da cláusula, já que se trata de um regime especial geograficamente limitado <sup>(54)</sup>, outros <sup>(55)</sup>, pelo contrário, entendem preferível operar uma separação entre as vantagens concedidas especificamente para responder às particularidades da zona fronteiriça às quais, portanto, não se aplica a c.n.m.f., e as vantagens de ordem geral, todas aquelas que, numa interpretação teleológica, não tenham uma relação exclusiva com o tráfego fronteiriço entre *aqueles* dois Estados. É este o critério adoptado pelo Projecto de Artigos da CDI, que determina, no art. 25 n.º 2: «Um Estado beneficiário limítrofe só tem direito, em virtude de uma c.n.m.f., a um tratamento não menos favorável que o conferido pelo Estado concedente a um Estado terceiro limítrofe para facilitar o tráfego fronteiriço, se as facilidades para o tráfego fronteiriço forem o objecto da cláusula».

## § 2. Reservas regionais

A esta situação é possível assimilar uma outra, a das chamadas «reservas regionais». «As estipulações da presente convenção que se referem ao tratamento

---

(54) NOLDE, *op. cit.*, p. 94

(55) SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 69; TRIGGIANI, *Il trattamento...*, *op. cit.*, p. 118.

da n.m.f. não poderão ser invocados pelo Reino de Sérvios, Croatas e Eslovenos face às concessões especiais que a Espanha tenha feito, ou faça no futuro, a Portugal, à zona espanhola de Marrocos e às repúblicas hispano-americanas», assim reza o art.7 do protocolo final da convenção de navegação entre a Espanha e a Jugoslávia, de 1929. Trata-se, pois de uma situação em tudo semelhante à que apontámos no § 1, só que com uma amplitude geográfica e inter-territorial mais vasta. Em 1932, NOLDE elencava as seguintes cláusulas regionais: escandinava, ibérica, báltica, turca, da América do sul e Central, da América Central, japonesa, russa e cubana <sup>(56)</sup>.

### § 3. *Estados sem litoral*

Uma outra reserva de natureza geográfica é a que salvaguarda a situação dos Estados sem litoral.

É, de facto, a particularidade da sua condição geográfica que justifica a não extensão das especiais vantagens que lhes sejam atribuídas por um Estado concedente da c.n.m.f., com vista a facilitar o seu acesso ao mar, a um Estado costeiro beneficiário desta cláusula.

Enunciada inicialmente pela Checoslováquia nos debates preliminares das Convenções de Genebra de 1958 sobre o Direito do Mar, esta reserva viria a encontrar recepção expressa quer no art. 126 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, quer no Projecto de Artigos da CDI, no art. 26. <sup>(57)</sup>

### § 4. *Tráfego de aperfeiçoamento*

Já na abordagem que fizemos do «problema da nacionalidade das mercadorias» (Cap. 1, Secção 3, § 1) destacámos a influência que a divisão inter-

---

<sup>(56)</sup> NOLDE, *op. cit.*, pp. 96 e 97.

<sup>(57)</sup> Cfr. *ANN. CDI*, 1978, vol. II, pp. 78 ss.



nacional do trabalho pode ter sobre esta questão. Na verdade, a interdependência económica internacional determina que, no campo do comércio internacional, às importações/exportações directas se substitua a admissão temporária de produtos num determinado Estado antes de serem entregues no seu destinatário final.

Os estudos levados a cabo pelo Comité Económico da SDN desaguaram na distinção entre três tipos de operações: *admissão temporária propriamente dita*, caso em que não é feita qualquer transformação nas mercadorias, sendo elas admitidas por uma questão de simplificação de trocas, *tráfego de aperfeiçoamento activo*, que consiste na importação de mercadorias com isenção ou com redução de imposições fiscais, na condição de serem transformadas em produtos acabados para exportação, e *tráfego de aperfeiçoamento passivo*, em que o Estado admite a exportação temporária de uma mercadoria para ser aperfeiçoada no estrangeiro, implementando posteriormente a sua reimportação com isenção.

Ora, muito embora alguns sectores da doutrina se inclinem para uma subtracção em bloco destes três aspectos à aplicação da cláusula <sup>(58)</sup>, parece mais correcto proceder a uma aplicação selectiva do mecanismo em apreço. Assim, seguindo as recomendações respeitantes ao comércio internacional do Comité Económico da SDN de 1929, há que constatar que, para estes efeitos, tráfego activo e tráfego passivo se apresentam com propriedades completamente díspares. Enquanto no tráfego activo é o Estado e apenas ele que entende pôr à disposição dos seus nacionais determinados produtos em condições particularmente vantajosas — pelo que a não aplicação da c.n.m.f. redundaria numa clara discriminação contra os outros fornecedores — já ao tráfego de aperfeiçoamento passivo são inerentes certas características que desaconselham a sujeição ao regime de abertura imposto pela cláusula (designadamente a relação de dependência recíproca e particular em que se encontram, nesse caso, a indústria de produção de um país e a indústria transformadora de outro). É também neste sentido que se pronuncia a resolução de 1936 do Instituto de Direito Internacional sobre «Efeitos da c.n.m.f. em matéria de comércio e navegação» <sup>(59)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> B. KNAPP, *Le système préférentiel et les pays tiers*, pp. 319 e 320.

## SECÇÃO 2

### OUTROS LIMITES

#### § 1. *Acordos de assistência*

Todo o domínio das relações de ajuda económica e financeira escapa à cláusula <sup>(60)</sup>. Como nota SAUVIGNON <sup>(61)</sup> existe nestes acordos um regime duplamente preferencial: de um lado o que é concedido pelo país que ajuda — o financiamento para a compra de produtos, por exemplo, é uma prestação unilateral que, do ponto de vista geo-político, os «assistentes» não estão dispostos a dispersar por força da c.n.m.f.; mas também excepções à cláusula do lado do país que é «ajudado»: também o assistido não deseja a extensão dos benefícios concedidos aos produtos importados do assistente a todos os restantes países fornecedores, sob pena de se perderem as reais vantagens da ajuda.

Tais acordos apresentam assim um carácter «altruista» dado até que se insem numa fase «anormal» das relações económicas internacionais, uma fase, digamos assim, preparatória duma situação perfeitamente normalizada. É esse mesmo carácter «altruista» que justifica a generalizada aceitação da exclusão da cláusula face aos acordos de assistência ou de cooperação.

#### § 2. *Acordos sobre produtos de base*

Daquilo que ficou dito para os acordos de assistência económica se pode inferir que também, e pelas mesmas razões, os acordos de regularização dos mercados de matérias primas e produtos agrícolas constituem limite à actuação da c.n.m.f..

---

<sup>(59)</sup> Embora contra a opinião expressa pelo relactor B. NOLDE in *ANN.IDI.*, 1934, p. 441.

<sup>(60)</sup> LACHARRIÈRE, «Aspects recents de la c. n. m. f.», *AFDI*, 1961, p. 107. De acordo com este reputado autor, não significa isto que este domínio fique subtraído ao princípio da não discriminação: a prová-lo está a sempre presente reivindicação da multilateralização da ajuda económica.

<sup>(61)</sup> *Op. cit.*, p. 55; v. também VIGNES «La c. n. m. f. et sa pratique contemporaine», *RCADI*, 1970 vol. II, p. 232.

Trata-se de instrumentos privilegiados das preferências para o desenvolvimento<sup>(62)</sup> pelo que comungam das características apontadas anteriormente.

### § 3. *Medidas de salvaguarda da ordem pública*

Sob o argumento de perigo para a segurança, moralidade e saúde públicas, qualquer Estado pode proibir ou impor severas restrições às importações de certos produtos de um ou vários Estados, apesar de este(s) gozare(m) do benefício da c.n.m.f.<sup>(63)</sup>.

Do mesmo passo, e pelo jogo dos arts. 2 § 6 e 103 da Carta das Nações Unidas, pode um Estado concedente da cláusula vir a praticar um tratamento menos favorável para com o beneficiário, em virtude da aplicação de sanções económicas decretadas pela ONU no quadro do sistema de manutenção da paz e segurança internacionais.

Uma vez que é o próprio Estado o único juiz da necessidade e amplitude das proibições ou restrições decretadas, a fluidez de fronteiras entre medidas justificadas e discriminações encapotadas impõe um controle internacional do uso de tais poderes pelo Estado concedente.

Estas intenções são expressas pelo art. XX do GATT, quando dispõe que semelhantes medidas não podem ser aplicadas «por forma a constituírem um meio de discriminação arbitrária ou injustificada entre os países onde existam as mesmas condições, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional». No plano das acções concretas, é possível proceder-se a um processo de inquérito aos Estados responsáveis por tais medidas<sup>(64)</sup>.

---

(62) V. *infra*, p. 586 ss.

(63) V. BAILEY, «Reciprocity and most-favoured nation clause», *Economica*, 1933, p. 431. O art. XXI do GATT autoriza que as Partes Contratantes tomem todas as medidas necessárias à sua segurança, relacionadas com matérias difíceis, tráfico de armas ou material de guerra, ou para abastecimento das forças armadas.

(64) Apesar de ser quase absoluto o silêncio do GATT a respeito de todas as medidas concretas, entendemos, com SAUVIGNON (*op. cit.*, p. 61) ser possível recorrer ao trabalho da comissão preparatória da Conferência de Havana, no qual se previa expressamente o inquérito. Mas, na verdade, há duas portas deixadas abertas pelo próprio GATT: o art. XXV § 5 (procedimento de WAIVER) e o art. XIX (Cláusula de Salvaguarda).

## TÍTULO II

### A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA CLÁUSULA

O debate em que a(s) prática(s) dos Estados tem envolvido a c.n.m.f., apresenta, desde sempre, uma dupla face. Embora no imediato, ele incida visivelmente sobre as implicações económicas e diplomáticas deste mecanismo, a verdade é que, tratando-se de um instrumento do âmbito do Direito Internacional, tal polémica há-de ter em conta, necessariamente, os quadros jurídicos que regem a aplicação da cláusula aos casos concretos.

Do que tratamos agora de saber é, pois, do modo como, no plano do Direito, se estrutura a c.n.m.f..

Em primeiro lugar, desde os princípios do nosso século que se vem arrastando uma apaixonada discussão sobre as potenciais derrogações que um tratamento integral da n.m.f. trará a um dos princípios clássicos fundamentais das relações entre os Estados: o princípio da reciprocidade. O problema que está lançado é, assim, o da forma jurídica dada pelas convenções internacionais à cláusula (Capítulo I).

Seja qual for a formulação dada à cláusula, o Direito Internacional impõe a satisfação de algumas condições para que esse instrumento possa cumprir a sua missão. Impõe-se, assim, descortinar quais os imperativos a que o Estado beneficiário tem de obedecer para que lhe seja efectivamente aplicada a c.n.m.f..

Em primeiro lugar, é necessário clarificar qual o título jurídico em que o beneficiário se pode fundamentar para reclamar as vantagens concedidas a terceiros. Além disso, é indispensável que a cláusula incida, para o beneficiário, em matéria idêntica àquela que foi objecto do tratamento mais favorável para o terceiro. Enfim, só será lícita a invocação da cláusula quando estiverem preenchidos os requisitos de persistência, nessa data, não apenas dos efeitos da disposição que consagra a cláusula, como também da situação vantajosa do terceiro. (Capítulo II).

## CAPÍTULO I

### A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA E O PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE: AS FORMAS DA C.N.M.F.

Lembra VIRALLY<sup>(65)</sup> que a lei taliónica «vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé» constitui a expressão mais antiga do princípio da reciprocidade.

Quando dois Estados determinam a extensão das concessões mútuas que estipulam um tratado, esforçam-se geralmente por dar ao texto um aspecto simétrico. Nesse sentido, uma parte obterá um tratamento da n.m.f. em qualquer matéria, após ela mesma ter oferecido ao seu parceiro o mesmo benefício. Ora, é óbvio que estas obrigações de mera *reciprocidade formal* podem conduzir, na realidade dos factos, a um desequilíbrio das prestações, se as concessões atribuídas por cada um dos contraentes a terceiros se situarem a níveis materialmente diferentes<sup>(66)</sup>.

A este desafio junta-se um panorama internacional de desigualdade e diferença que, por ser assim, não aconselha a prática generalizada da reciprocidade formal. Face a este contexto, as políticas comerciais oscilam entre dois polos divergentes. Por um lado, uma abertura do comércio externo a todas as vantagens concedidas a terceiros que ponha o país ao abrigo da concorrência internacional. De outro, uma política que, «animada pela desconfiança face a um alargamento das importações, não pode aceitar conceder novas vantagens aos fornecedores estrangeiros senão a título oneroso»<sup>(67)</sup>. A cada uma destas alternativas corresponde uma forma diferente de encarar o tratamento da n.m.f..

---

(65) VIRALLY, *op. cit.*, p. 5.

(66) V. PREISWERK, «La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents», *JDI*, 1967 n.º 1, p. 9.

(67) VIRALLY, *op. cit.*, pp. 73 e 74.

## SECÇÃO 1

### *FORMA INCONDICIONAL E FORMA CONDICIONAL*

Será o simples funcionamento automático da c.n.m.f. por si só susceptível de impor o princípio da reciprocidade nas relações comerciais internacionais ou, pelo contrário, a consagração desse ditame só será assegurada quando houver também uma equivalência das contrapartidas oferecidas pelo terceiro e pelo beneficiário?

#### *§ 1. Forma incondicional*

A importante resolução do Instituto de Direito Internacional, de 1936, sobre «Os efeitos da c.n.m.f. em matéria de comércio e navegação» estabelece que «a c.n.m.f. tem, salvo disposições expressas contrárias, o carácter incondicional. Em consequência, a cláusula confere, de plano direito e sem compensação, em matéria de comércio e navegação, aos nacionais, mercadorias e navios dos países contratantes, o regime de que beneficia todo o país terceiro». E quase toda a doutrina dos nossos tempos se inclina no mesmo sentido<sup>(68)</sup>. Mais recentemente, o Projecto de Artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, sobre a c.n.m.f., estabelece que «Se uma c.n.m.f. não está sujeita a uma condição de contrapartida, o Estado beneficiário adquire o direito ao tratamento da n.m.f. sem ter a obrigação de atribuir ao Estado concedente qualquer contrapartida» (art. 11)<sup>(69)</sup>.

Se é, por isso, um dado adquirido que a c.n.m.f. só produz a plenitude dos seus efeitos quando assumida na sua forma incondicional, isso impõe que haja uma extensão automática, imediata e *sem qualquer compensação* de todas as vantagens concedidas a terceiros, mesmo no caso de estes últimos terem oferecido contrapartidas pela obtenção do benefício, e mesmo que o Estado beneficiário da cláusula pratique direitos aduaneiros elevados<sup>(70)</sup>.

---

<sup>(68)</sup> P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, tomo 1, 1967, p. 211; LEVEL, *op. cit.*, p. 333; VIGNES *op. cit.*, p. 219; SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 21.

<sup>(69)</sup> V. *ANN. CDI*, 1978 vol. II, 2.<sup>a</sup> parte, p. 38.

<sup>(70)</sup> Este carácter absoluto e automático da c. n. m. f. proíbe, p. ex., a aplicação dos chamados «direitos condicionais». Trata-se de imposições aduaneiras cujo montante final está dependente

SCHWARTZENBERGER <sup>(71)</sup> aponta a eventualidade duma excepção às considerações que vimos fazendo : «[a c.n.m.f. incondicional] não se pode aplicar em face de um país de que toda a gente sabe que faz do tipo condicional da cláusula uma parte integrante da sua política nacional em matéria de tratados.» É uma tese algo contestada, entre outros, pelos defensores da posição norte-americana perante o Tribunal Internacional de Justiça, quando do caso dos direitos dos nacionais norte-americanos em Marrocos <sup>(72)</sup>. Quer-nos parecer que, de facto, não se trata de uma posição a ser seguida. Se os negociadores do tratado internacional fixaram a fórmula incondicional da c.n.m.f., esse carácter de automatismo absoluto tem de ser integralmente praticado, sem quaisquer outras considerações.

A filosofia que subjaz à cláusula incondicional é, portanto a de que o único equivalente da concessão gratuita do tratamento da n.m.f. se encontra na atribuição, igualmente gratuita, de todas as vantagens pelo co-contratante. Todavia, dado que a concessão de benefícios nas relações inter-estaduais raramente escapa ao princípio da reciprocidade de vantagens, é igualmente habitual que a atribuição do tratamento da n.m.f. se veja condicionada à satisfação, pelo beneficiário, de contrapartidas idênticas às oferecidas pelo terceiro mais favorecido.

É esta situação a prevista no art. 12 do Projecto de Artigos da CDI: «Se uma c.n.m.f. está submetida a uma condição de compensação, o Estado beneficiário só adquire o direito ao tratamento da n.m.f. quando conferir ao Estado concedente a contrapartida acordada».

---

do valor equivalente exigido pelo co-contratante sobre o mesmo produto. Assim, no caso *Bill Co. vs. USA*, o Court of Customs and Patent Appeals entendeu, em 25/5/1939 que a cobrança de direitos «ad valorem» de 50%, sobre peças de bicicletas importadas da Alemanha, a título de direitos condicionais, e apenas 30% sobre o mesmo produto quando importado de outros países, era absolutamente contrário à c. n. m. f. incondicional estabelecida no tratado de amizade, comércio e direitos consulares, de 14/10/1925, entre os EUA e a Alemanha. V. *ANN. CDI*, 1973, vol. II pp. 122 e 123.

(71) *International Law and Order*, 1971, p. 137.

(72) Nesse importante caso, FISCHER declarou que «os nossos adversários só consideram a cláusula como condicional por referência à prática seguida pelos EUA para a interpretação de outros tratados, concluídos noutras circunstâncias, e não baseando-se nas intenções que eram, respectivamente, as dos EUA e de Marrocos na época em que assinaram os tratados hoje sujeitos à interpretação do tribunal.» *ANN. CDI*, 1970 vol. II p. 223.



## § 2. A forma condicional

A prática convencional norte-americana criou precedentes no sentido da formulação condicional, desde finais do séc. XVIII. A cláusula recebia a seguinte forma: um Estado obrigava-se a reconhecer a um outro as vantagens que tinha concedido ou que viria a conceder a terceiros, mas as vantagens futuras não poderiam ser adquiridas gratuitamente pelo beneficiário se não fossem concedidas gratuitamente aos terceiros; se, pelo contrário, os terceiros oferecessem coantrapatidas pelo outorga de certas vantagens, o beneficiário deveria igualmente oferecer compensações equivalentes para a obtenção dos mesmos privilégios. De algum modo, pode dizer-se que a frase «*gratuitamente se a concessão é gratuita, acordando a mesma compensação se a concessão é condicional*» serviu de modelo para quase todos os tratados concluídos pelos EUA antes de 1923. E, como já assinalámos, também na Europa napoleónica predominou claramente esta visão do problema.

No essencial, a fundamentação jurídica do carácter condicional da cláusula poderá encontrar-se no direito contratual da «*common law*», na sua doutrina da *consideration* e, portanto, na exigência de reciprocidade de vantagens para a formação do vínculo contratual.

É óbvio, porém, que o pagamento da compensação não é automático: as partes têm que se pôr de acordo, no plano convencional, sobre o conteúdo das contrapartidas. Logo, a cláusula condicional não pode ser considerada senão como uma promessa de concluir a atribuição de vantagens e correspondentes contrapartidas, um «*pactum de contrahendo*»<sup>(73)</sup>, um «*vorvertrag*». Donde resulta que a c.n.m.f. permanecerá em completa letargia não até ao momento da atribuição de vantagens pelo concedente ao terceiro mais favorecido, mas antes até que concedente e beneficiário assinem uma nova convenção, que ninguém pode assegurar venha a ser celebrada. Sigamos a exposição de NOLDE:

«O Estado A paga ao Estado B, segundo a cláusula condicional, uma compensação equivalente «x»; dito de outra forma, o Estado A receberá uma nova vantagem do Estado B. Suponhamos que este último

---

(73) Ou, eventualmente, um simples *pactum de negotiando*: V. TRIGGIANI, *Il trattamento...*, op. cit., pp. 88 ss.; id., «Some Thoughts...», op. cit., p. 126

está igualmente vinculado por um cláusula condicional com o Estado C. Para poder pretender a concessão «x», o Estado C deverá atribuir ao Estado B uma compensação «x<sup>1</sup>». Um Estado D querê-la-á obter do Estado C, em virtude duma cláusula condicional: pagar-lhe-á a compensação «x<sup>2</sup>». Assim, logicamente, se a c.n.m.f. só existisse como condicional, nenhum regime estável de relações comerciais seria possível, já que os Estados não deverão dedicar-se à procura perpétua de compensações.» E o mesmo autor acrescenta: «Se, num qualquer ponto desta cadeia, a compensação não é encontrada, será o fim do sistema.»<sup>(74)</sup>.

O que se pode, assim, concluir é que, verdadeiramente, a versão condicional é, em si mesma, incompatível com as finalidades típicas da c.n.m.f..

A cláusula condicional respondia às necessidades de protecção do crescimento do sistema industrial estadunidense. Nos começos da década de 20, os Estados Unidos aperceberam-se, todavia, que a condição indispensável para o acesso aos mercados internacionais, ou seja, a eliminação de toda a discriminação contra os produtos americanos, corria perigo com a cláusula condicional. Basta ter em atenção que os obstáculos levantados a essa formulação por um sistema pautal absolutamente autónomo são intransponíveis. Quer dizer, mesmo que os Estados Unidos pretendessem obter de um país que tivesse optado por uma pauta não negociável, contrapartidas pela concessão de uma vantagem que um terceiro tivesse pago por uma concessão, não poderiam nunca obtê-las, e a c.n.m.f. permaneceria num perpétuo imobilismo <sup>(75)</sup>.

---

<sup>(74)</sup> NOLDE, *op. cit.*, p. 91; para uma visão aprofundada da polémica levantada em torno da forma condicional, v. NOLDE, «Problèmes modernes du régime de la c. n. m. f.», *Rev. Dr. Int. Leg. Comp.*, 1933, p. 187 ss.

<sup>(75)</sup> A prática norte-americana, neste domínio, anterior à II Guerra Mundial é analisada em LANSING/ROSE, «The granting and suspension of most favored-nation status for nonmarket economy states: policy and consequences», *Harv. Int. Law Journ.*, 1984, pp. 333-334. Ao solicitar ao Senado a aprovação da transformação da política dos EUA em matéria de comércio externo, o Secretário de Estado Hughes salientava: «O interesse e finalidade essenciais dos EUA eram de realizar a igualdade de tratamento, mas a cláusula condicional da n. m. f. não permitia, de facto, garantir esta igualdade: ela não oferecia senão um meio de negociação para tentar obtê-la. (...) Enquanto continuávamos a aplicar o princípio do tratamento condicional da n. m. f., os países europeus mais importantes no plano comercial, como aliás a maior parte dos países do mundo, adoptavam e aplicavam o princípio do tratamento incondicional da n. m. f. (...) Uma vez que pedimos aos outros países que nos garantam que se absterão de qualquer prática discriminatória contra nós, devemos estar prontos a conceder-lhes a mesma garantia, e a experiência mostra que a única maneira de obter uma garantia satisfatória para este fim, é de recorrer ao tratamento incondicional da n. m. f.»

Tornados numa enorme potência exportadora após a I Guerra Mundial, os Estados Unidos passaram a colocar como objectivo primeiro da sua política comercial externa, a obtenção de igualdade de tratamento por parte dos outros países. É assim que o tratado de comércio com a Alemanha, de 1923, inaugura a era da consagração plena da cláusula incondicional que teve o seu apogeu no imediato segundo pós-guerra, mas que volta hoje a ser abertamente questionada, face à heterogeneidade da sociedade internacional contemporânea.

### § 3. *A interpretação condicional de cláusulas incondicionais*

Nos inícios do século, a polémica doutrinal não versava apenas a forma jurídica da cláusula, mas também a interpretação a dar a uma c.n.m.f. que não fosse absolutamente precisa nos seus termos. E os pontos comuns com as observações que formulámos no parágrafo anterior, têm que ver não só com a origem de tal debate — a prática norte-americana — como com a evolução que se deu — a consagração gradual do carácter automático e absoluto da concessão de vantagens com base na forma incondicional.

O artigo 8 do tratado de 1803, pelo qual a França cedia a Luisiana aos Estados Unidos, estipulava uma cláusula incondicional a favor dos navios franceses, a qual veio a ser invocada em 1817 face aos privilégios concedidos aos navios britânicos nos portos americanos. Invocando que estas últimas vantagens eram atribuídas sob condição de reciprocidade, o requerimento gaulês foi deitado por terra pelas autoridades americanas, isto apesar do carácter incondicional da cláusula inserida no tratado de 1803.

Concomitantemente com a evolução apontada para a fixação convencional da forma da c.n.m.f., também em matéria de interpretação a posição dos EUA sofreu profundas transformações <sup>(76)</sup>. E tanto assim foi que, em 1946, os Estados Unidos negociaram derrogações às cláusulas da n.m.f. contidas nos

---

(76) Significativa a posição do então secretário de Estado Hull, em 1933. V. *ANN. CDI*, 1976, vol. II, 2.ª parte, p. 23.

tratados existentes para poderem conceder preferências tarifárias, sob condição de reciprocidade, a parte sensível dos produtos das recém-independentes Filipinas, e fizeram-no não apenas com os países com quem tinham celebrado cláusulas incondicionais, mas também com todos aqueles que gozavam de cláusulas condicionais.

#### § 4. *Cláusula sob condição de reciprocidade material*

Uma forma particularmente importante de c.n.m.f. condicional é a chamada *cláusula «recíproca»*, ou *cláusula sob condição de reciprocidade material*, cujo traço específico consiste na referência das contrapartidas a oferecer pelo beneficiário não às contrapartidas de qualquer terceiro mas ao próprio tratamento vantajoso conferido pelo Estado concedente.

A ela se refere o art. 13 do Projecto de Artigos da CDI: «Se uma c.n.m.f. está submetida a uma condição de tratamento recíproco, o Estado beneficiário só adquire o direito ao tratamento da n.m.f. quando conferir ao Estado concedente o tratamento recíproco acordado».

Vejamos um exemplo: o artigo 46 da convenção consular entre a Polónia e a Jugoslávia, de 1958, dispõe que «cada uma das partes compromete-se a outorgar à outra o tratamento da n.m.f. para tudo o que diga respeito aos privilégios, imunidades, direitos e atribuições do pessoal consular. Todavia, nenhuma das partes contratantes poderá invocar a c.n.m.f. para reivindicar privilégios, imunidades ou direitos, outros ou mais extensos, que os que ela própria atribui aos cônsules e pessoal consular de outra parte.»

Quer dizer desta via de resposta à simples identidade nominal ou reciprocidade abstracta inerente à cláusula incondicional?

Desde logo, que se trata de um sistema que fica absolutamente dependente da simetria de legislações internas das partes no tratado. Como dizia NIBOYET, «*esta reciprocidade tem uma cabeça internacional mas dois pés nacionais. É um tríptico.*»

Além disso, permanecem as dificuldades que o princípio da reciprocidade sempre levanta à c.n.m.f.. É que a obrigação de o beneficiário outorgar ao concedente as mesmas vantagens que para si reclama só não resulta em desequilíbrio material se as posições materiais dos dois Estados se equiparem <sup>(77)</sup>. E, uma vez mais, longe de potenciar a capacidade unificadora das relações internacionais, presente na c.n.m.f., engendra-se um mecanismo de desmultiplicação de vantagens e regimes jurídicos aplicáveis.

Esta exigência de reciprocidade material pode também decorrer, não do dispositivo das convenções internacionais mas das exigências da lei nacional. É o caso do artigo 14 n.º 2 do nosso Código Civil que limita o gozo de direitos civis por estrangeiros àqueles que «sejam (atribuídos pelos Estados de nacionalidade dos cidadãos estrangeiros) aos portugueses em igualdade de circunstâncias». Se um tratado contiver, nesta matéria, a cláusula incondicional da n.m.f. e o beneficiário a invocar, *quid juris?*

A doutrina e a jurisprudência dividem-se quanto à resposta. O Professor GUGGENHEIM, por exemplo <sup>(78)</sup>, na senda de alguma jurisprudência norte-americana, aponta para a presunção do carácter condicional da cláusula. Não é este o caminho que julgamos mais correcto. Quer a norma nacional seja anterior quer posterior à data do tratado que contem a cláusula, sempre este último se deve sobrepôr àquela, permanecendo, pois, o carácter automático da difusão das vantagens; no primeiro caso, por terem os negociadores do tratado, como representantes do Estado, fixado uma disposição que ultrapassa a lei ordinária interna; no segundo, em homenagem à protecção das legítimas expectativas da outra parte no tratado.

---

<sup>(77)</sup> V. A. PIOT, *op. cit.*, p. 10; TÁKACS (cit. in PESCATORE, *op. cit.*, p. 174) fala mesmo de *carácter discriminatório por natureza* na senda, aliás, das conclusões do Comité Económico da SDN (1933/36)

<sup>(78)</sup> *Traité de Droit International Public*, 1967, tomo 1, p. 211.

## SECÇÃO 2

### *OUTRAS FORMAS*

Embora a discussão em torno da forma condicional ou automática da atribuição das vantagens seja aquela que encerra maior profundidade jurídica, outras categorias merecem referência: primeiro, a contraposição entre cláusula geral e cláusula especial; depois, as redacções positiva e negativa da cláusula; finalmente, a passagem da atribuição unilateral do tratamento da c.n.m.f. para a concessão bilateral da cláusula até, finalmente, à sua consagração em tratados multilaterais.

#### *§ 1. Cláusula geral e cláusula especial*

A c.n.m.f. é geral quando o seu objecto se confunde com o tratado, globalmente considerado, que a contem <sup>(79)</sup>. É óbvio que tomamos a expressão «geral» num sentido já limitado, por paradoxal que isso possa ser. Cláusula geral como sinónimo de cláusula aplicável à totalidade das relações internacionais de um Estado é algo de praticamente impensável nos nossos dias <sup>(80)</sup>. Por isso, toma-se por geral uma cláusula de que sejam expressamente excluídos alguns campos, ainda que residuais, de aplicação.

A especialização da cláusula, ou seja, a delimitação do seu campo de actuação específico, pode decorrer de uma enumeração limitativa dos conceitos jurídicos que marcam a fronteira da aplicação da c.n.m.f. (liberdade de estabelecimento, por exemplo) ou das situações materiais concretas a que ela se destina.

---

<sup>(79)</sup> LEVEL, *op. cit.*, p. 333.

<sup>(80)</sup> Mesmo que o padrão sejam os tratados de comércio entre os países socialistas, em que a cláusula abrange «todas as espécies de relações económicas entre os Estados contratantes.» V. art. 2 do tratado de comércio de 1959 entre a Bulgária e a R.D.A.

### § 2. *A cláusula positiva e cláusula negativa*

Muito embora a força jurídica seja exactamente a mesma, podem encontrar-se duas formas diferentes de redigir a cláusula. Na forma positiva, a cláusula obriga o concedente a atribuir ao beneficiário todas as vantagens que tenham sido outorgadas ao terceiro mais favorecido em certo domínio; pelo contrário, na forma negativa, trata-se de impedir que o concedente assuma para com o beneficiário um tratamento menos favorável do que para com terceiros <sup>(81)</sup>.

### § 3. *Cláusula unilateral, bilateral e multilateral*

A figura da atribuição unilateral da c.n.m.f. tem pouco mais do que um simples interesse histórico <sup>(82)</sup>. Na verdade, se é um comportamento usual no regime das capitulações, o facto é que, face ao princípio fundamental da igualdade soberana dos Estados, poder-se-ia afirmar, sem hesitações, que tratados contendo essa figura, em circunstâncias normais, poderão ser sempre denunciados mediante um pré-aviso razoável <sup>(83)</sup> ou poderão mesmo figurar-se como tratados desiguais, passíveis de nulidade.

---

<sup>(81)</sup> É o caso do art. 1 n.º 2 da acordo comercial entre a Colômbia e Portugal (28-12-78), que dispõe: «(...) os produtos originários de uma das partes não serão sujeitos, na sua importação no território da outra parte, a direitos, taxas, sobretaxas ou encargos diferentes ou mais elevados, nem a regras ou formalidades diferentes ou mais onerosas que aquelas a que estão ou possam vir a estar sujeitos os produtos originários ou provenientes de um terceiro país qualquer».

<sup>(82)</sup> A comprová-lo está o facto de só situações excepcionais poderem eventualmente, justificar tal situação. É o caso do tratado constitutivo da República de Chipre, pelo qual este então novo Estado se comprometia unilateralmente a conceder o tratamento geral da n.m.f. à Turquia, Grécia e Inglaterra como é igualmente o caso de alguns tratados de paz (Versalhes, St. Germain, Trianon, etc.). É também o caso de um tratado prevendo que os navios de um Estado sem litoral beneficiem do tratamento da n.m.f. nos portos do concedente. Também os Estados associados à CEE concedem, em troca de preferências especiais, o tratamento da n.m.f. à Comunidade, conforme o previsto nas Convenções de Yaoundé e Lomé e nos acordos de Arusha, Tunis e Rabat.

<sup>(83)</sup> SCHWARTZENBERGER, *op. cit.*, p. 138.

Excluída, pois, a cláusula unilateral, há que constatar que, no actual estágio de desenvolvimento das relações internacionais, a própria inserção da c.n.m.f em tratados bilaterais se mostra insuficiente. Ouçamos JACKSON:

«Se uma c.n.m.f. figura geralmente nos tratados de comércio bilaterais, segue-se que quando o país A e o país B acordam em reduzir os direitos sobre um produto x, A pode ter que conceder a mesma redução a C, em virtude dum tratado anterior contendo a c.n.m.f.. Mas A não poderá obter de B senão as reduções de direitos recíprocas que compensem as vantagens que tenha concedido a B. C beneficiará duma vantagem inesperada. Sabendo disso, A evitará oferecer grandes vantagens nas suas negociações com B, pelo menos no respeitante às mercadorias que entram nas suas trocas comerciais com outros países para além de B. O único meio de sair deste impasse consiste, para A, B e C em negociarem «em conjunto»»<sup>(84)</sup>.

Ainda a este propósito é conhecida a «boutade» de RIEDL: a cláusula determinaria que ninguém ousasse convidar um amigo para jantar, com medo de que todas as relações de amizade deste último viessem a invadir a sala de jantar do primeiro!<sup>(85)</sup>.

A consagração da c.n.m.f. em termos multilaterais é, assim, uma imposição da própria dinâmica das relações comerciais internacionais que confere nova viabilidade a esse instrumento ancestral.

---

<sup>(84)</sup> JACKSON «The puzzle of GATT», *JWTL*, 1967, vol.I n.º 2, p. 145.

<sup>(85)</sup> RIEDL, *Dérrogations à la c.n.p.f.* (Relatório à Câmara de Comércio Internacional) 1931.



## CAPÍTULO II

### CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE DE INVOCAÇÃO DA CLÁUSULA

A inserção da c.n.m.f. num qualquer tratado internacional dá início a uma relação jurídica especial, para cuja cabal compreensão, é imprescindível o esclarecimento de determinadas questões. Em primeiro lugar, importa clarificar a posição jurídica que o beneficiário da cláusula deve ocupar para que legitimamente possa invocar as vantagens atribuídas pelo concedente ao terceiro mais favorecido.

Conjuntamente surge a problemática de aplicação da cláusula no tempo, isto é, a partir de quando e até quando estará o Estado beneficiário legitimado para reivindicar o tratamento da nação mais favorecida.

Finalmente, colocar-se-á o problema de quais os domínios das suas relações com o concedente poderá o beneficiário pretender ver abrangidos, em cada caso concreto, pela c.n.m.f..<sup>(86)</sup>

## SECÇÃO I

### CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE REFERENTES AO ESTADO BENEFICIÁRIO

#### *A) Título jurídico dos direitos do beneficiário*

##### *§ 1. Enunciado da questão*

Princípio-chave do direito dos tratados é o efeito relativo dessas fontes escritas do Direito Internacional, quer dizer, o princípio segundo o qual só as

---

<sup>(86)</sup> V. PUREZA, «A c.n.m.f. na Jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça», *Economia e Sociologia*, 1985, n.º 40, pp. 87 e ss.

partes nos tratados são destinatárias dos efeitos produzidos por eles (Cfr. art. 34º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 1969). Ora, sabendo-se que este princípio admite exceções, põe-se o problema de saber se a c.n.m.f. será uma delas.

Um tratado concluído entre o Estado concedente e um terceiro é a «*tertium comparationis*» requerida para desencadear a atribuição das mesmas vantagens ao Estado beneficiário. Logo, temos de concluir que uma convenção face à qual o Estado beneficiário é estranho, acaba necessariamente por produzir efeitos a esse mesmo Estado que não é parte no tratado. O problema que se coloca é no fundo o de determinar com rigor as origens das obrigações do Estado concedente para com o beneficiário. Na verdade, se a resposta à questão da natureza de exceção à regra *pacta tertiis* da c.n.m.f. for afirmativa, a origem de tais obrigações residirá no tratado celebrado entre concedente e terceiro mais favorecido; pelo contrário, se for negativa, é porque se considera que o tratado que contem a cláusula é a única fonte das obrigações jurídicas em apreço, mantendo-se o tratado concedente-terceiro com a natureza de «*res inter alios acta*». O Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) pronunciou-se sobre o assunto em 1952, aquando do caso Anglo-Iranian Oil Company.

## § 2. O caso da Anglo-Iranian Oil Company

Em 1933 tinha sido concluído um acordo entre o Irão e a empresa britânica Anglo-Iranian Oil Co.. Mas, em 1951, com as leis iranianas de nacionalização da indústria petrolífera, criou-se um conflito entre as duas partes que foi introduzido no TIJ, pela Inglaterra, em 26 de Maio de 1951.

O Tribunal teve, em primeiro lugar, que decidir da sua própria competência para apreciar essa matéria. Na verdade, o Irão havia contestado a possibilidade de sujeição do problema ao TIJ, baseado no facto de, em 19 de Setembro de 1932, ter aceite a sua jurisdição obrigatória para quaisquer litígios relativo à aplicação de tratados *surgidos posteriormente a essa data*.

A Inglaterra, porém, para justificar a sua defesa da competência do tribunal, baseou-se na existência de três tratados celebrados pelo Irão já depois de 1932: o tratado de amizade, estabelecimento e comércio com a Dinamarca (1934), e as convenções de estabelecimento com a Suíça (1934) e com a Turquia

(1937) <sup>(87)</sup>; e fê-lo em virtude da c.n.m.f. contida no art. 9 do tratado concluído com o Irão em 1857 e no art. 2 do tratado de comércio entre os dois países, de 1903.

§ 2.1. *Origem dos direitos do beneficiário* — O conflito a respeito da questão da competência do TIJ girou, pois, em torno de dois polos doutrinários opostos.

Para a Grã-Bretanha, pela voz de Sir Lionel HEALD, «uma c.n.m.f. é, por essência, uma cláusula que não tem conteúdo», e que só o adquire «quando o Estado concedente entra em relação com um Estado terceiro, ampliando-se cada vez que novas vantagens são concedidas a terceiros Estados» <sup>(88)</sup>. No caso concreto, a matéria substancial que daria conteúdo à c.n.m.f. dos tratados anglo-iranianos de 1857 e 1903, seria o tratamento mais favorável concedido à Dinamarca, Suíça e Turquia. Enfim, seria o conteúdo destes últimos acordos o objecto da violação das obrigações internacionais do Irão (embora indirectamente) e tendo todos eles sido celebrados após 1932, o TIJ seria competente.

Contrariamente, o defensor iraniano, Prof. Henri ROLIN, aponta que «a c.n.m.f. comporta um compromisso cujo objecto é real e determinável», pelo que «o papel dos tratados ulteriores não é o de fazer nascer novas obrigações para com o Estado beneficiário da cláusula, mas antes de modificar a extensão da obrigação original» <sup>(89)</sup>. A Inglaterra não poderia de forma alguma invocar perante o TIJ tratados que constituem *res inter alios acta*. A única base de justificação de tal atitude serão os tratados em que a Inglaterra é parte, isto é, os de 1857 e 1903. O tribunal não seria, pois, competente.

---

<sup>(87)</sup> O art. 4 do tratado de 1934 entre o Irão e a Dinamarca dispõe que «os nacionais de cada uma das Altas Partes Contratantes serão, no território da outra, recebidos e tratados relativamente às suas pessoas e bens de maneira conforme aos princípios e à prática do direito comum internacional (...)». Por seu lado, o art. 9 do tratado anglo-iraniano de 1857 estabelece que, «no que toca ao tratamento aplicado aos seus sujeitos respectivos e ao seu comércio será a todos os níveis colocado na base do tratamento aplicado aos nacionais e ao comércio da n.m.f.».

<sup>(88)</sup> *ANN. CDI*, 1970, vol. 11, p. 217; ROSSILLION, *op. cit.*, p. 82.

<sup>(89)</sup> *Ibidem*, p. 217, p. 84; PUREZA, *op. cit.*, p. 85.

A maioria dos juizes do TIJ subscreveu esta argumentação: «o tratado contendo a c.n.m.f. é o tratado de base que o Reino Unido deve invocar. É esse o tratado que estabelece o vínculo jurídico entre o Reino Unido e um tratado com um Estado terceiro, e que confere ao Reino Unido os direitos de que agora goza o Estado terceiro. Um tratado com um Estado terceiro, independentemente e isoladamente do tratado de base, não pode produzir nenhum efeito jurídico entre o Reino Unido e o Irão: é uma *res inter alios acta*». Por conseguinte, «o que está em causa não é a aplicação do tratado de 1934 entre o Irão e a Dinamarca mas a aplicação do tratado de 1857 ou da convenção de 1903 entre o Irão e o Reino Unido em ligação com o tratado de 1934 entre o Irão e a Dinamarca»<sup>(90)</sup>. O TIJ declarou-se incompetente para a apreciação do caso.

§ 2.2. *A cláusula e a regra «pacta tertiis»* — Se o TIJ tivesse seguido a doutrina que indica a c.n.m.f. como excepção à regra *pacta tertiis nec nocent, nec prosunt*, teria sentenciado que uma nova relação jurídica nasceria entre o Reino Unido e o Irão, a partir do momento em que este concluisse um tratado com um terceiro Estado, ou seja, que um título jurídico novo resultaria para o beneficiário de um tratado em que não tinha participado.

Ora, como acabámos de ver, a opinião maioritária do TIJ inclinou-se para a tese de que o título jurídico em que assenta a reivindicação pelo beneficiário das vantagens contidas em tratados celebrados com terceiros é, *exclusivamente*, a c.n.m.f..

Na verdade, o Estado só se posiciona como beneficiário, com base na c.n.m.f., isto é, no tratado que celebrou com o concedente. Trata-se, pois, de uma norma de reenvio para outros tratados (os concluídos entre o concedente e terceiros) que incorpora automaticamente as vantagens incluídas nesses mesmos tratados.

De notar, porém, que não se pode confundir o funcionamento da c.n.m.f. com o do *reenvio receptício*. Neste, o conteúdo de uma dada norma não vem fixado completamente mas a própria norma determina, de forma indirecta, esse

---

(90) *Ibidem*, p. 217; p. 86. Segundo FITZMAURICE (cit. in *ANN. CDI*, p. 217), «se o tratado posterior pode ser comparado aos ponteiros dum relógio que indicam uma dada hora, é o tratado anterior que constitui o mecanismo que impulsiona os ponteiros.»

conteúdo ao fazer referência a uma outra, expressamente indicada. É, pois, um processo de determinação indirecta do conteúdo duma norma jurídica, mas que tem valor puramente técnico-redaccional. Em face desta superficial passagem pelo reenvio receptício, fácil é detectar as diferenças entre os dois instrumentos. De facto, enquanto o reenvio receptício tem um valor meramente técnico e a norma que o põe em andamento se apresenta indiscutivelmente com um conteúdo fixo, a c.n.m.f. tem, desde logo, uma finalidade substancial — a de garantir ao beneficiário as vantagens reais atribuídas a terceiros — e, como já vimos, é uma norma de conteúdo essencialmente variável que incorpora por referência não apenas normas mas verdadeiras situações de facto <sup>(91)</sup>.

No dizer de SCHWARTZENBERGER <sup>(92)</sup>, trata-se de uma engenhosa forma de estenografia jurídica. E o mesmo autor conclui: «os tratados que comportam a c.n.m.f. não constituem excepção à regra *«pacta tertiis»*; bem pelo contrário, confirmam-na».

Apesar de tudo, uma dúvida persiste. Se é certo que, *res inter alios acta*, o tratado «mais favorável» não cria *novas* relações jurídicas entre o concedente e o beneficiário, a verdade é que é o tratamento nele previsto que deverá ser aplicado ao beneficiário. A questão é, pois, esta: não será esse tratado «terceiro» o verdadeiro conteúdo da c.n.m.f.?

As opiniões dissidentes (LEVI CARNEIRO, HACKWORTH) manifestadas no Tribunal Internacional de Justiça, quando do caso Anglo-Iranian Oil Co., tendiam para uma resposta afirmativa a este problema. Mas são simples opiniões dissidentes. Qual é, então, o conteúdo da c.n.m.f.?

A tese mais correcta, na senda da decisão do TIJ já apontada, vai no sentido de considerar que não são as obrigações concretas assumidas pelo concedente em face do terceiro mais favorecido que constituem o conteúdo da cláusula. O conteúdo mesmo consiste no direito de o beneficiário vir a gozar do tratamento da n.m.f, sendo, por isso, um conteúdo *abstracto* <sup>(93)</sup>. Daí que não se possa ver nas vantagens auferidas pelo terceiro uma criação de novas obrigações jurídicas para o concedente (logo, um novo título jurídico para o benfi-

---

<sup>(91)</sup> V. SERENI, *op. cit.*, pp. 221 ss.

<sup>(92)</sup> *op. cit.*, p. 243.

<sup>(93)</sup> ROSSILLION, *op. cit.*, p. 90; PUREZA, *op. cit.*, p. 95.

ciário) mas sim uma simples «activação» das obrigações já anteriormente assumidas, quando da inserção da c.n.m.f. no tratado inicial.

*B) — Carácter contingente da c.n.m.f..*

*§ 1. Os dados do problema*

Uma vez conhecido o título jurídico com base no qual é possível ao Estado beneficiário invocar para si as vantagens contidas em tratado concluído entre o concedente e terceiros, subsiste o problema de saber até quando está o beneficiário legitimado para invocar o conteúdo da cláusula. E nesta questão vão subentendidos dois requisitos fundamentais do regime jurídico da c.n.m.f.. Em primeiro lugar, exige-se que as vantagens atribuídas pelo concedente a terceiros persistam. Depois, é necessário que o tratado que contem a cláusula continue em vigor.

*§ 2. Persistência das vantagens atribuídas a terceiros*

Se seguíssemos a tese britânica sustentada no TIJ, no caso Anglo-Iranian Oil Co., segundo a qual as vantagens concedidas a terceiros são o verdadeiro conteúdo da c.n.m.f., o seu prolongamento lógico seria a total desvinculação dessas vantagens face ao tratado concedente/terceiro para serem incorporadas nas relações convencionais entre beneficiário e concedente. Logo, aquele estaria legitimado para as invocar, mesmo quando tivessem deixado de ser aplicadas aos terceiros Estados. Ao contrário, como vimos, consideramos que as disposições mais favoráveis contidas em tratado concedente/terceiro mantêm, face ao beneficiário, a sua natureza de «*res inter alios acta*»; sendo mera referência, uma vez desaparecidas também perante elas desaparece o tratamento garantido pela c.n.m.f. («*Cessante causa, cessat effectus*»).

Igualmente sobre este aspecto foi o TIJ chamado a pronunciar-se no caso dos direitos dos nacionais norte-americanos em Marrocos.

### § 2.1 O caso dos direitos dos nacionais dos EUA em Marrocos

Em 30 de Dezembro de 1948, a França decreta para esse então seu protectorado um sistema de controle de importações, assente na emissão administrativa de licenças, e que limitava o pagamento em moeda estrangeira a um reduzido número de bens indispensáveis para o regular funcionamento da economia marroquina. Os EUA protestaram contra tais medidas, invocando a sua incompatibilidade com as cláusulas da n.m.f. contidas nos artigos 14 e 24 do tratado de 1836 entre Marrocos e os Estados Unidos. Esta última disposição estabelecia que «todo o favor, em matéria de comércio ou outra, que venha a ser concedido a uma outra potência cristã, aplicar-se-á igualmente aos cidadãos dos Estados Unidos da América».

Em sede de direitos de jurisdição consular norte-americana em Marrocos, a França realçou a já então verificada renúncia e supressão dos respectivos tribunais consulares pelos Estados titulares desses direitos, exprimindo a opinião de que os nacionais norte-americanos, a partir da última renúncia (a da Grã-Bretanha em 1937), não beneficiariam senão de direitos puramente formais, inscritos no tratado de 1836. A base doutrinária em que a França se apoiou para a defesa de semelhante tese era a seguinte: «a c.n.m.f. não pode criar, a favor do beneficiário, direitos definitivamente adquiridos, ela significa apenas que este não poderá nunca no futuro ser desfavorecido em relação a um terceiro, sendo assim elevado ao nível dum terceiro mais favorecido, mas apenas na medida e, conseqüentemente, *pela duração e no quadro territorial*, em que estas vantagens existem para o próprio terceiro» <sup>(94)</sup>.

Em contraposição a tal tese, sustentaram os EUA que «a c.n.m.f. nos tratados de capitulações concluídos com países muçulmanos, não se transformou, como foi o caso na prática americana-europeia, num mecanismo exclusivamente destinado a garantir a todo o tempo ao seu beneficiário um regime igual ao outorgado aos Estados terceiros e a manter em vigor os direitos adquiridos por seu efeito apenas pelo período de validade dos tratados concluídos com os referidos Estados terceiros, nos quais são enunciados estes direitos» <sup>(95)</sup>.

O TIJ recusou tal carácter peculiar das cláusulas inseridas nos tratados dos países muçulmanos, refutando automaticamente a ideia de que os direitos

---

<sup>(94)</sup> Cit. in *ANN. CDI.*, 1970, vol. II, p. 220.

invocáveis pelo beneficiário da cláusula, que existiam à data da sua entrada em vigor, seriam incorporados de forma permanente nas relações concedente/beneficiário, permanecendo nessa situação mesmo depois de abrogadas as disposições convencionais de que decorriam. Desta forma, confirma-se plenamente o articulado da resolução do Instituto de Direito Internacional de 1936, pela qual «os efeitos da c.n.m.f. têm a sua duração limitada pela das convenções com os Estados terceiros que lhe determinaram a aplicação» <sup>(96)</sup>.

ROSSILLION descreve, numa imagem particularmente feliz, esta limitação aos efeitos da cláusula <sup>(97)</sup>: «um flutuador, que permite ao seu possuidor manter-se ao nível mais elevado das obrigações aceites face a Estados estrangeiros pelo Estado concedente; se (esse nível) baixa, o flutuador não pode transformar-se em balão para manter artificialmente o beneficiário da cláusula acima do nível geral dos direitos exercidos pelos outros Estados» <sup>(98)</sup>.

Simultaneamente com esta tomada de posição quanto à aplicação da cláusula no tempo, o TIJ foi também chamado a pronunciar-se sobre um outro argumento dos Estados Unidos, que se fundava no carácter geograficamente limitado de renúncia britânica. De facto, os EUA invocaram que, enquanto as cláusulas da n.m.f. inseridas nos tratados de que eram parte se aplicavam a todo o território marroquino, a renúncia britânica de 1937 verificara-se tão só relativamente à zona francesa. Logo, os EUA, que continuavam a considerar Marrocos como um único país, julgavam-se juridicamente legitimados para fruírem os direitos decorrentes da cláusula tanto na zona francesa como na zona espanhola daquele território.

Para o Tribunal de Haia, este argumento conduziria a que os Estados Unidos continuassem a exercer os direitos de jurisdição consular na zona francesa.

---

<sup>(95)</sup> Ibidem, p. 220.

<sup>(96)</sup> *ANN. IDI.*, p. 290.

<sup>(97)</sup> *Op. cit.*, p. 106.

<sup>(98)</sup> USTOR («Segundo relatório sobre a c.n.m.f.», *ANN. CDI.*, 1970, vol. II, p. 221) faz notar que este carácter precário da c.n.m.f. não é objecto senão duma simples presunção. De facto, as partes poderão convencionar em incorporar permanentemente o tratamento mais vantajoso concedido a terceiros. Só que, sendo tal situação lícita com base no princípio do soberania dos Estados, o facto é que tal situação não vai no sentido da igualdade mas sim duma desigualdade, pelo menos a prazo.



apesar da renúncia britânica, o que «seria contrário à intenção das cláusulas da c.n.m.f. que é a de estabelecer e de manter, a todo o tempo, entre os países interessados, uma igualdade fundamental sem discriminação». O TIJ subscreveu assim a posição francesa já apontada de que a c.n.m.f. só continua a produzir efeitos no quadro territorial em que persiste a vigência do tratado entre concedente e terceiro.

Avançaram ainda os Estados Unidos com uma última consideração: a de que os acordos de renúncia espanhola aos direitos capitulares sobre Marrocos tinham como co-contratante único a França pelo que, não figurando neles Marrocos como parte, os direitos capitulares do tratado hispano-americano de 1861 ter-se-iam extinguido apenas *de facto*, persistindo todavia a sua vigência *de jure* possibilitando a inovação da sua incorporação nas relações com os EUA, por força da c.n.m.f., tanto mais que tal renúncia havia tomado a forma de compromisso provisório.

Quanto ao primeiro aspecto, o TIJ constatou que «mesmo que se aceite este argumento, a situação é tal que a Espanha não pode, desde 1914 (data da sua renúncia) invocar o direito de exercer a jurisdição consular na zona francesa» pelo que também os EUA o não poderiam fazer. E acrescenta, a respeito do segundo momento da argumentação americana: «Mesmo se os termos em causa devessem ser interpretados como significando um compromisso temporário de não reclamar direitos e privilégios, não é menos verdade que a Espanha, em 1950, por força destes compromissos, não pôde exercer a jurisdição consular na zona francesa». Com base nesta apreciação muito mais factual do que estritamente jurídica, o TIJ recusou também essa pretensão aos norte-americanos.

### § 3. *Manutenção do tratado que contem a cláusula*

Se esta exigência é óbvia e não oferece quaisquer dificuldades especiais, SAUVIGNON faz realçar os problemas levantados pela sucessão dos novos Estados nos tratados de comércio. É realmente uma questão delicada dado que, até à década de 60, a inexistência de um costume derogatório das preferências

para o desenvolvimento relativamente à cláusula, impunha uma atitude absolutamente pragmática por parte dos novos Estados, os quais se viram obrigados, inúmeras vezes, a denunciar os tratados que continham a c.n.m.f., concluídos pelos ex-colonizadores, sob pena de o respectivo cumprimento integral vir a degradar consideravelmente a estrutura económica desses Estados.

Apesar disto, a adesão generalizada dos novos Estados ao GATT, através da utilização da art. XXVI (apresentação pela antiga metrópole), impôs-lhes a aceitação da c.n.m.f. contida no art. I do Acordo Geral <sup>(99)</sup>.

Sintetizando, a c.n.m.f. apresenta um *carácter contingente* na medida em que o beneficiário só goza desse título jurídico, que lhe permite reivindicar para si os privilégios atribuídos pelo concedente a terceiros, no quadro geográfico e durante o período em que semelhantes vantagens se aplicam, *realmente*, aos terceiros (cessando, pois, a sua vigência quando os tratados entre concedente e terceiro se extinguirem, quer *de facto* quer *de jure*) e enquanto persistir o tratado que contem a cláusula.

## SECÇÃO 2

### *CONSIDERAÇÕES DE LEGITIMIDADE REFERENTES AO OBJECTO — A REGRA «EJUSDEM GENERIS»*

Como já verificámos <sup>(100)</sup>, a esmagadora maioria das convenções internacionais que consagram a c.n.m.f., fazem-no de forma especializada, isto é, limitam a aplicação da cláusula a determinados domínios. Assim sendo, não é legítima a extensão da cláusula a direitos conferidos noutros tratados, diferentes daqueles que ela prevê. É a conhecida regra *«ejusdem generis»*, que estipula a obrigatoriedade de identidade entre a matéria das vantagens para os terceiros e a matéria sobre que incide a cláusula, para que tal instrumento possa legitimamente ser accionado pelo seu beneficiário.

---

<sup>(99)</sup> SAUVIGNON, *op. cit.*, pp. 89 ss.

<sup>(100)</sup> *Supra*, p. 528.

A importância da referida regra pode seguramente aferir-se pelas palavras de McNAIR: «Suponhamos que um tratado *comercial* concluído entre A e B comporta uma c.n.m.f. que permite ao Estado A reivindicar junto do Estado B o tratamento que este último confere a qualquer outro Estado. O Estado A não poderia, apesar disso, requerer ao Estado B a extradição de uma pessoa acusada dum crime, pelo simples facto de o Estado B se ter comprometido a extraditar pessoas acusadas de crimes do mesmo tipo no Estado C, ou por o fazer voluntariamente. A razão desta situação, que parece residir na intenção comum das partes, é que a cláusula não pode ter efeito senão no que respeita à matéria que os dois Estados tinham em vista quando inseriram a cláusula no seu tratado» <sup>(101)</sup>.

### § 1. O caso *Ambatielos*

Em 1919 foi celebrado um contrato entre o armador grego Ambatielos e o Ministério da Marinha Mercante da Grã-Bretanha, com vista à venda de nove navios em construção. Pelos prejuízos sofridos em virtude de alegada má execução do contrato, Ambatielos levou o caso aos tribunais ingleses, desistindo quando o processo se encontrava em fase de recurso.

A Grécia veio a introduzir uma queixa contra a Grã-Bertanha, junto do Tribunal Internacional de Justiça, em 1951, em virtude de denegação de justiça ao seu nacional. O fundamento jurídico desta queixa era o art. 10 do tratado de comércio anglo-grego de 1886: «As partes contratantes convencionam que, em todas as questões relativas ao comércio e à navegação, todo o privilégio, favor ou imunidade que uma das partes contratantes tenha conferido ou venha a conferir aos cidadãos de um outro Estado, será imediatamente estendido (...) aos sujeitos da outra parte contratante.»

Fundando-se nesta cláusula, o governo grego invocou disposições de tratados concluídos entre a Grã-Bertanha e terceiros Estados, a saber o art. 24 do tratado de paz e comércio com a Dinamarca (1670), o art. 24 do tratado da paz e comércio com a Suécia (1670) e o tratado de comércio de 1911 com a Bolívia. O primeiro daqueles documentos estabelecia que «As partes agirão

---

<sup>(101)</sup> McNAIR, *op. cit.*, p. 287.

de forma a que a justiça e equidade sejam administradas (...) aos sujeitos e nacionais de cada uma delas».

A discussão na instância revelou a existência de consenso quanto à validade da regra «*ejusdem generis*», evidenciando, porém, discordância quanto à sua amplitude. Assim, para o conselheiro grego SOSKICE, a aplicação da c.n.m.f. «a todas as questões relativas ao comércio e navegação» englobaria não só o comércio propriamente dito mas também as questões que podemos chamar de «marginais», entre as quais a administração da justiça, já que, naquele caso concreto, ela incidia sobre a inexecução dum contrato comercial. Ao contrário, para os defensores britânicos, numa interpretação literal da disposição convencional, a c.n.m.f. não seria passível de aplicação a nenhuma matéria salvo às actividades específicas do comércio e da navegação <sup>(102)</sup>.

O que está em causa, pois, é um problema de interpretação.

## § 2. *O problema da interpretação da cláusula*

A necessidade de um *quantum* de protecção, por mínimo que seja, imposto praticamente por todas as políticas de comércio externo, mesmo pelas mais liberais, tem determinado que a doutrina maioritária se incline para a acção de cautelas restritivas, em sede interpretação da cláusula. É nesse sentido que, por exemplo, PESCATORE <sup>(103)</sup>, avança com o alargamento da exigência de similaridade não só às matérias que são objecto do tratado concedente/terceiro e da cláusula, mas também à *natureza* da medida cuja extensão é reivindicada em aplicação da c.n.m.f. e mesmo ao seu *condicionamento jurídico*, isto é, ao quadro no qual ela intervém. Com base nesta tese, PESCATORE nega, por força do primeiro alargamento, a possibilidade de reivindicação do tratamento nacional em virtude duma c.n.m.f.; o segundo alargamento justificaria que nenhuma cláusula pudesse levar mais longe do que o objecto global do tratado em que se encontra inserida.

---

<sup>(102)</sup> PUREZA, *op. cit.*, pp. 96 ss.

<sup>(103)</sup> *Op. cit.*, pp. 207 ss.

Que dizer desta proposta? Fundamentalmente, que ela, em nossa opinião, leva longe de mais o rigor do cumprimento da regra «*ejusdem generis*». Na verdade, a exigência duma certa natureza do tratamento mais favorável e a cumulativa exigência de identidade entre as relações concedente/terceiro e concedente/beneficiário, podem fazer renascer a polémica em torno duma nova versão de cláusula condicional <sup>(104)</sup>.

A confirmar uma certa travagem nesta corrente restritivista está a sentença da Comissão de Arbitragem para o caso Ambatielos (6 de Março de 1956) <sup>(105)</sup>. Na análise que fez do caso concreto, a Comissão entendeu que «se é certo que a administração da justiça, considerada isoladamente, não é uma questão relativa ao comércio e navegação, a protecção dos direitos dos comerciantes encontra naturalmente o seu lugar entre as matérias versadas nas convenções de comércio e navegação.» E acrescenta: «Não pode, pois, dizer-se que a administração da justiça, na medida em que interesse à protecção destes direitos, deva ser obrigatoriamente excluída do campo de aplicação da c.n.m.f., quando esta última recobre «todas as questões relativas ao comércio e navegação» <sup>(106)</sup>.

Em síntese, a c.n.m.f. não se pode estender a outras matérias que não sejam aquelas que a sua própria redacção indica. Isto determina que nem todas as vantagens atribuídas pelo Estado concedente ao terceiro podem ser reivindicadas pelo beneficiário da cláusula com base nesse título. Impõe-se assim um trabalho interpretativo, as mais das vezes num sentido restritivo, sendo, em última análise o objecto global do tratado que contem a cláusula que serve de padrão para a aferição do cumprimento da regra «*ejusdem generis*».

---

<sup>(104)</sup> SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 74.

<sup>(105)</sup> O TIJ declarou-se incompetente para resolver o fundo da questão e propôs a solução arbitral, o que as partes vieram a aceitar.

<sup>(106)</sup> ANN. CDI., 1973, vol. II, p. 101.

## PARTE II

### **A IMPORTÂNCIA DA C.N.M.F. NO CONTEXTO DE RELAÇÕES JURÍDICO-ECONÓMICAS MULTILATERAIS DIFERENCIADAS**

A análise empreendida na Parte I do nosso trabalho tomou como pano de fundo um panorama internacional assente primordialmente em relações jurídico-económicas bilaterais. É o contexto tradicional da c.n.m.f., o seu habitat natural, em que esta desempenha o papel de instrumento de comunicação e igualização automáticas de tratamentos, no âmbito de uma densa malha de convenções bilaterais.

Entre este cenário e o característico dos nossos dias as diferenças são sensíveis e reconduzem-se sobretudo a dois vectores. Um primeiro consiste no movimento de *multilateralização das relações económicas internacionais*. Projecção jurídico-económica da institucionalização de organizações internacionais permanentes em todos os domínios de actividade, quer ao nível universal quer no plano regional, esta dinâmica tem, ainda hoje, no GATT o seu polo de referência fundamental. No Título I, ensaiaremos um retrato das incidências deste movimento sobre a c.n.m.f.

De outra banda, factores extra-jurídicos vieram também introduzir alterações sensíveis no alcance e importância da c.n.m.f. Trata-se da *emergência de novos sistemas económicos* radicalmente díspares daquele em que a cláusula nasceu e desenvolveu. Na verdade, se a edificação daquele mecanismo se deu num quadro de relações dominadas pelos princípios do mercado, o pós-guerra arrastou consigo não só uma participação muito mais significativa do que anteriormente dos países de economia centralmente planificada no comércio internacional, como também um progressivo reconhecimento das particularidades das economias em desenvolvimento nas relações económicas mundiais. É a estes novos desafios que daremos a nossa atenção no Título II.

## TÍTULO I

### A MULTILATERALIZAÇÃO DA CLÁUSULA: O GATT

Com o movimento de multilateralização das relações económicas internacionais, revigorado no segundo pós-guerra, vieram a colocar-se à sistemática c.n.m.f. desafios muito concretos, mesmo se restringirmos a nossa análise ao domínio das relações entre países de «economia livre».

É que se, por um lado, a consagração da cláusula como pilar número um de Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT) a catapultou para princípio jurídico basilar daquelas relações (Capítulo I), por outro, a proliferação de espaços económicos preferenciais, como as uniões aduaneiras ou as zonas de comércio livre, vem roubar àquele instrumento parcela significativa das suas potencialidades igualizadoras. Não se trata, todavia, de um problema novo, já que a questão de fundo havia já sido levantada no tempo da Sociedade das Nações e reside essencialmente na amplitude de validade da cláusula relativamente às convenções multilaterais (Capítulo II).

## CAPÍTULO I

### A CLÁUSULA NO QUADRO DO GATT

A consagração da c.n.m.f. como regra fundamental do sistema GATT não só permitiu a extensão do seu regime a um maior número de Estados, como serviu de base a uma multiplicação dos seus efeitos, em conjugação com outros aspectos do articulado do texto constitutivo e da prática daquela organização internacional <sup>(107)</sup>.

No entanto, mesmo no quadro do GATT, persistem alguns obstáculos de vulto à plenitude de efeitos da cláusula.

#### SECÇÃO 1

##### *ALCANCE DA CLÁUSULA NO GATT*

##### *§ 1. Evolução histórica do GATT*

A clara vontade dos aliados (e, designadamente, dos EUA) de relançarem a actividade económica internacional em moldes neo-liberais levou a que, em 1944, na Conferência de Bretton Woods, tivessem sido levantados os dois primeiros alicerces do edifício institucional que lhe serviria de sustentáculo: o FMI e o BIRD. Aquela que se previa viesse a ser a terceira organização fracassou à nascença: a Organização Internacional do Comércio.

De facto, muito embora a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Emprego, reunida em Havana entre Novembro de 1947 e Março de 1948, tenha aprovado aquilo que seria o tratado constitutivo dessa organização (a conhecida Carta de Havana), este não passou de um mero projecto, definitiva-

---

<sup>(107)</sup> No texto, a expressão GATT assume o duplo significado de tratado internacional e de organização internacional. Sobre o tema, a literatura é vastíssima. Destacamos: RAMOIN, «L'Accord Général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)», *JDI*, 1960 n.º 3; FLORY, *Le GATT, Droit International e Commerce Mondial*, 1968; VAN MEERHAEGHE, *International Economic Institutions*, 1971; NÈME, *Organisations Économiques Internationales*, 1972; CURZON et al., *International Economic Relations of the Western World: 1959-1971* (vol. 1), 1976; COLLIARD, *Institutions des Relations Internationales*, 1978; JOANNEAU, *Le GATT*, 1980; CARREAU JULLIARD, FLORY, *Droit International Économique*, 1980; JACKSON, «The birth of the GATT-MTN system: A constitutional appraisal», *LPIB*, 1980, pp. 21 ss.; LONG, «La place du Droit et ses limites dans le système commercial multilatérale du GATT», *RCADI*, 1983-IV; CAMPINOS, *Organizações Económicas Universais*. 1985.



mente abandonado em 1951. O seu cariz marcadamente compromissório determinaria que, à semelhança do que acontecera já com o Pacto da SDN, os Estados Unidos, que haviam sido o principal dinamizador da iniciativa, se distanciassem inapelavelmente do resultado final, arrastando consigo, obviamente, os seus aliados político-comerciais <sup>(108)</sup>.

Foi este fracasso que deu uma consistência inusitada a um acordo de redução de direitos aduaneiros, celebrado em Genebra em 30 de Outubro de 1947, com um valor precário pois que se destinava a vigorar tão só até à esperada institucionalização da OIC.

Na verdade, aproveitando a renovação do Reciprocal Trade Agreements Act e a autorização de redução dos direitos aduaneiros até 50%, o Executivo norte-americano decidiu empreender, nesse sentido, negociações bilaterais com os seus parceiros, cujos resultados seriam incorporados num tratado multilateral. Para esse efeito, tomou-se como ponto de partida as regras constantes do Capítulo IV do projecto de Carta da OIC. E assim, paralelamente às conversações que haveriam de desembocar em Havana, 23 países celebraram o texto final resultante das negociações efectuadas em Genebra, o Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio <sup>(109)</sup>, que acabaria por se tornar no principal instrumento jurídico de enquadramento do comércio internacional durante décadas.

Em face do circunstancialismo descrito, facilmente se compreende que o GATT se tenha transformado de texto jurídico precário em sólida organização internacional <sup>(110)</sup>, comportando todos os elementos exigidos pela doutrina para o reconhecimento de tal estatuto: um tratado constitutivo, órgãos permanentes (as Partes Contratantes, o Conselho de Representantes, o Secretariado com um Director-Geral), e um orçamento próprio.

---

<sup>(108)</sup> O Congresso norte-americano apontou três ordens de críticas essenciais ao texto de Havana: primeiro, a admissão inaceitável de práticas proteccionistas; depois, a abertura a uma organização dirigista dos mercados de produtos de base; enfim, a existência de demasiados elogios à planificação económica. V., por todos, JOANNEAU, *op. cit.*, p. 22. Também há que ter em conta as críticas avançadas quer pelos países socialistas quer pelos países em desenvolvimento.

<sup>(109)</sup> Portugal aderiu ao GATT em 6 de Maio de 1962.

<sup>(110)</sup> V. JOANNEAU, *op. cit.*, pp. 26 ss.; FLORY, *Le GATT... op. cit.*, 245 ss.; NÈME, *op. cit.*, pp. 37 ss.; FLORY, «L'évolution du système juridique du GATT», *JDI*, 1977, pp. 787 ss.; LONG, *op. cit.*, pp. 62. JACKSON, *op. cit.*, pp. 28 ss.

## § 2. Significado e alcance da c.n.m.f. no sistema GATT

### § 2.1. Formulação da cláusula

Na sequência da fórmula-tipo elaborada em 1929 pelo Comité Económico da SDN, e posteriormente recolhida no art. 16 da Carta de Havana, os Estados signatários do GATT deram-lhe lugar de topo no Acordo, com a seguinte redacção do art. I § 1:

*«Qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedido por uma parte contratante a um produto originário de outro país ou a ele destinado será imediata e incondicionalmente extensiva a todos os produtos similares originários dos territórios de qualquer outra parte contratante ou a eles destinados (...)*»

Se, como nota FLORY <sup>(111)</sup>, já aqui se verifica uma extensão do alcance da cláusula, por não abranger apenas os direitos aduaneiros mas qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade, a segunda parte deste § 1 precisa qual o campo de aplicação da c.n.m.f. no sistema GATT:

*«Esta disposição refere-se aos direitos aduaneiros e às imposições de qualquer espécie que incidem sobre as importações ou exportações ou que são aplicadas por ocasião das importações ou exportações, assim como às que incidem sobre as transferências internacionais de fundos destinados ao pagamento de importações ou exportações, ao modo de percepção destes direitos e imposições, a todas as regulamentações e formalidades relativas às importações e exportações e a todas as questões que são objecto dos parágrafos 2 e 4 do artigo III» <sup>(112)</sup>.*

Enfim, para uma visão cabal do alcance da cláusula no GATT, há ainda que considerar outras duas disposições: o art. V § 5, que estipula o princípio da n.m.f. no que se refere a todas as imposições, regulamentos e formalidades relativas ao trânsito de mercadorias, e o art. IX § 1, que impõe o mesmo princípio em relação à regulamentação relativa a marcas.

---

<sup>(111)</sup> FLORY, *Le GATT...*, op. cit., p. 14.

<sup>(112)</sup> Esta remissão determina que os regimes fiscal e de comercialização dos produtos importados estejam cobertos simultaneamente pela c.n.m.f. e pela cláusula do tratamento nacional. Sobre este tema, v. supra p. 490.

Esta redacção do art. I § 1 do GATT dá, assim, à c.n.m.f. um carácter desde logo ilimitado. De facto, se bem que dele não conste expressa referência ao «tratamento ilimitado», como acontecia na cláusula-tipo da SDN, e que alguns autores <sup>(113)</sup> insistam na natureza taxativa daquele elenco de aplicações, a verdade é que a prática vem alargando a áreas não indicadas no art. I o regime da c.n.m.f. <sup>(114)</sup>.

Já o cariz incondicional da cláusula parece mais sujeito a dúvidas. Na verdade, se o texto do Acordo aponta para esse entendimento, na prática não se impede nenhuma parte contratante de justificar o inadimplemento das suas concessões com a inexistência de compensações equivalentes das outras partes contratantes, comportamento que é facilitado pela natureza multilateral dos «rounds». Aliás, o regulamento do «round» de Torquay estabelecia-o expressamente. No entanto, a reciprocidade de vantagens não pode considerar-se uma condição no sentido técnico-jurídico (uma circunstância futura e eventual que interfere no acordo, determinando e retardamento ou mesmo a cessação dos seus efeitos). Daí que não deva haver reticências sobre o carácter *juridicamente* incondicional da redacção do art. I § 1 do GATT <sup>(115)</sup>.

## § 2.2. *Multilateralização das trocas e multiplicação dos efeitos da cláusula*

Mas a característica mais peculiar que a cláusula assume no texto do GATT, acaba, sem dúvida, por ser a sua multilateralidade. Não no sentido clássico, isto é, de a cláusula introduzir uma dimensão multilateral nos acordos bilaterais, mas antes como expressão da eficácia multiplicada que ela consegue, em virtude sobretudo da técnica de negociações multilaterais do GATT.

### § 2.2.1. *A importância da consolidação das concessões — o artigo II do GATT*

Em princípio, se o terceiro mais favorecido suporta um direito aduaneiro elevado, o mesmo se passará com todos os beneficiários da cláusula. Ora, através do § 1 do art. II, o GATT impõe que «cada parte contratante concederá

<sup>(113)</sup> SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 374.

<sup>(114)</sup> É o caso das taxas consulares ou dos direitos internos sobre produtos exportados. V. SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 110; PATRIARCA, «Il GATT e la c.n.p.f.: regola ed eccezioni», *Riv. Pol. Econ.*, 1961, p. 2216.

<sup>(115)</sup> Sobre o debate entre as duas posições opostas, v. respectivamente BALLESTEROS GONZALEZ, *op. cit.*, p. 63 e PATRIARCA, *op. cit.*, p. 2216.

ao comércio das outras partes contratantes um tratamento não menos favorável do que o previsto na parte apropriada da correspondente lista anexa a este acordo.»

Desta forma, estabelece-se um limite máximo para os efeitos da cláusula e nunca um limite mínimo. Quer dizer, o art. II § 1 deve ser entendido como uma cláusula de consolidação trienal das posições comerciais mais vantajosas <sup>(116)</sup>, pois que é de todo em todo desejável que os níveis fixados nas listas de concessões prossigam na via da redução.

É certo que as partes contratantes têm ao seu dispor diversas «escape clauses» que lhes permitem modificar ou mesmo retirar as suas concessões já consolidadas. É o caso do art. XVIII § 7, pelo qual um país em desenvolvimento pode modificar ou retirar uma concessão pautal consolidada «a fim de favorecer a criação de um determinado ramo de produção»; é depois o art. XIX, que permite a qualquer parte contratante adoptar o mesmo comportamento face a um caso de importação «em quantidades de tal modo acrescidas e em condições tais que cause ou ameace causar um prejuízo grave aos produtores nacionais de produtos similares ou de produtos directamente concorrentes»; por seu turno, o art. XXV § 5 prevê a dispensa genérica das obrigações a que qualquer parte contratante esteja sujeita em virtude do Acordo, desde que tal seja aprovado por maioria de dois terços das Partes Contratantes; enfim, o art. XXVIII § 4 dá a possibilidade de retirar ou modificar a concessão consolidada, «em circunstâncias especiais».

Mas quem e como fiscaliza a justeza de motivos que levam uma parte contratante a invocar estas excepções? Responde o art. XXVIII, que estabelece as balizas do processo negocial que deve enquadrar tal tipo de comportamento e que comportam, designadamente, a via de negociação directa com vista a um acordo com o principal fornecedor, a supervisão das Partes Contratantes e o esforço por, «no decurso de tais negociações e em tal acordo (...), manter um nível geral de concessões recíprocas e mutuamente vantajosas que não seja menos favorável ao comércio do que aquele que resultava (da aplicação do texto do GATT) antes das negociações».

Por isso, entendemos, com SAUVIGNON, que «a necessidade de entrar em negociações, as formalidades a seguir, o medo de represálias tarifárias, a intervenção em certos casos do conjunto das Partes Contratantes, constituem

---

(116) BALLESTEROS GONZALEZ, *op. cit.*, p. 62.

outras tantas barreiras jurídicas, administrativas e psicológicas contra a instabilidade dos direitos, e pode falar-se de uma verdadeira consolidação.»<sup>(117)</sup>

Assim, pela combinação dos arts. I e II do GATT conseguem-se múltiplos efeitos, de que cumpre destacar:

- A) — Se, após a consolidação duma concessão, uma parte contratante abrir mão de um direito ainda mais baixo, o art. I obriga à sua generalização a todos os restantes membros da organização. Normalmente, isto acontece na sequência dos rounds tarifários, pelo que o novo direito se substitui ao antigo na lista respectiva, jogando pois o art. II. Todavia, embora raramente, pode acontecer a concessão seja feita em moldes puramente bilaterais ou a um Estado não membro. Nesse caso, e apesar da obrigação da generalização do tratamento mais favorável persistir (art. I), ela tem um valor relativo, uma vez que o novo direito não se encontra consolidado e, não se aplicando o art. II, a parte contratante é inteiramente livre de aumentar o novo direito, com um limite: o do nível antigo inscrito na lista, a partir do qual vigora sempre este último artigo.
  
- B) — Dado que o art. II abrange apenas os gravames incidentes sobre os produtos inscritos nas listas, face a todos os outros produtos aplica-se apenas o art. I, o que possibilita ao Estado concedente jogar livremente com o patamar máximo de direitos exigidos.

§ 2.2.2. *A redução dos direitos aduaneiros*  
— *Os «rounds» tarifários*

O art. XXVIII BIS do Acordo Geral, após reconhecer que «os direitos aduaneiros constituem frequentemente sérios obstáculos ao comércio», reco-

---

<sup>(117)</sup> *Op. cit.*, p. 114.

menda a todas as partes contratantes que procedam a uma *redução geral e progressiva* dos seus direitos aduaneiros, por via negocial. Ora, a inserção da cláusula em tal processo multilateral de negociação constitui uma base de multiplicação das suas aplicações. Isto quer no caso da técnica de negociação directa com o principal fornecedor, quer através das chamadas reduções lineares.

As primeiras conferências tarifárias do GATT foram conduzidas com base no método bilateral (Genebra, 1947; Annecy, 1951; Torquay, 1956; Dillon Round, 1960-61)<sup>(118)</sup>. No essencial trata-se de uma negociação país por país e produto a produto, seguindo a regra do principal fornecedor, pelo que tendo uma raiz bilateral, ela adquire um alcance verdadeiramente multilateral, pelo efeito difusor da c.n.m.f.. Daí a designação mais correcta de técnica bi-multilateral.

Cedo se constatou, porém, que a negociação produto a produto comporta dois pontos negativos fundamentais. Em primeiro lugar a tendência natural para que fiquem fora do processo negocial não só os direitos mais elevados como certos sectores sensíveis; por outro a disparidade de valores pautais entre os diferentes países constitui um óbice ao abaixamento de direitos, por poder impedir uma reciprocidade de vantagens.

Daí que, já em 1952, o Benelux tenha proposto uma nova metodologia, imediatamente recuperada pelo Plano Pflimlin, e que consistia numa redução mais acentuada para os direitos elevados do que para os direitos de pouco significado, mas sobretudo num abaixamento geral do nível pautal, da ordem dos 30%. Após várias tomadas de posição<sup>(119)</sup> o Trade Expansion Act, votado pelo Congresso norte-americano em 1962, abriu as portas a este novo método, conferindo ao Presidente poderes para negociar uma redução geral dos direitos aduaneiros de 50%, proposta aceite pela CEE.

O «Kennedy Round» (1963-67) segue, pois, a regra das *reduções lineares*, fórmula que implica reduções de montante percentual uniforme, para largas categorias de produtos e com um mínimo de excepções. Trata-se, assim, de uma visão mais ampla do princípio fundamental do equilíbrio de vantagens, cujo cumprimento se perspectiva agora não como o resultado de um intercâmbio de con-

---

<sup>(118)</sup> Um desenvolvimento detalhado destes diversos processos negociais encontra-se em JOUANNEAU, *op. cit.*, pp. 41 ss.

<sup>(119)</sup> JOUANNEAU, *op. cit.*, pp. 45 ss.

cessões pontuais de valor equivalente, mas antes como o corolário da troca de prestações pontualmente desequilibradas mas globalmente equivalentes. Tal técnica viria a ser retomada pelo «Tokyo Round» (1973-79)<sup>(120)</sup>.

Em conclusão, quer no âmbito de negociações basicamente bilaterais, quer através da técnica de reduções lineares, a c.n.m.f. é, no seio do GATT, um instrumento potenciador de uma redução geral dos direitos aduaneiros, transferindo automaticamente para todos os membros as reduções pontuais resultantes de acordos atingidos entre qualquer parte contratante e o seu principal fornecedor.

Todavia, se nos quedarmos por esta referência ao incremento que o art. I § 1 do GATT dá à cláusula, corremos o risco de oferecer uma perspectiva falsa do alcance deste mecanismo. Há, pois, que considerar os vários obstáculos que se levantam à plenitude de efeitos da c.n.m.f..

## SECÇÃO 2

### *OBSTÁCULOS À PLENITUDE DE EFEITOS DA CLÁUSULA*

À parte as barreiras pautais, duas áreas de obstáculos limitam a plenitude da eficácia da c.n.m.f. no contexto que vimos descrevendo. Em primeiro lugar, os direitos anti-dumping ou compensadores; depois, as restrições quantitativas ao comércio internacional, expressas quer no licenciamento quer na contingência.

---

<sup>(120)</sup> Sobre este último, v. CARREAU, «Les négociations commerciales multilatérales ou sein du GATT: le Tokyo Round (1973-79)», *C. Dr. Eur.*, 1980, pp. 145 ss.; CLINE et al., *Trade negotiations in the Tokyo Round: a quantitative assessment*, 1978; JACKSON, *op. cit.*, pp. 36 ss.

## § 1. Os direitos anti-dumping

Segundo o art. VI, o *dumping* é a prática que «permite a introdução dos produtos dum país no mercado de outro país a um preço inferior ao seu valor normal». A esta noção genérica podem reconduzir-se, pelo menos, três manifestações diferentes. Em primeiro lugar, o chamado *dumping de preços*, que consiste na venda dos produtos nos mercados de exportação a um preço marcadamente inferior ao que se verifica no mercado interno do país exportador. O *dumping oculto* depois, ou seja, a empresa exportadora, apesar de facturar os produtos ao preço que vigora no mercado interno, consegue, em virtude de acordo com a importadora, que esta última os coloque no mercado do país importador a um preço inferior ao referido. Enfim, o *dumping social*, situação, por exemplo, em que incorre o país cujos baixos custos de produção dos produtos exportados, decorrentes dos baixos salários e das baixas cargas sociais, o colocam numa posição concorrencial «demasiadamente» vantajosa.

Em face do que fica dito, importa clarificar qual o significado da expressão «valor normal» inserida no art. VI. Ora, é o próprio art. VI quem oferece três pistas de solução para o problema:

- o critério de comparação deve ser «o preço (...) praticado em operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exportador<sup>(121)</sup>; na ausência de um tal padrão, pode recorrer-se ao mais elevado preço comparável para a exportação de um produto similar para terceiros países, em operações comerciais normais» ou
- ao «custo de produção desse produto no país de origem, acrescido de um suplemento razoável para cobrir as despesas de venda e o lucro».

Cabe, assim, às autoridades do país importador a faculdade de decidir casuisticamente sobre a existência ou não do dumping e se tal prática «causa ou ameaça causar um prejuízo importante a uma produção organizada de uma parte contratante, ou se retarda sensivelmente a criação de uma produção nacio-

---

(121) O art. 2 do «Código Anti-Dumping» (negociado em 1967, quando do «Kennedy Round») retém este último critério.



nal», pois só nestes casos o Acordo Geral condena a utilização de dumping e autoriza a parte contratante lesada a «cobrar (...) um direito anti-dumping, cujo montante não seja superior à margem de dumping relativa a esse produto».

É precisamente em torno da compatibilidade entre a aplicação dos direitos compensadores e a c.n.m.f. que se tem levantado uma acesa polémica doutrinária. O principal argumento em defesa dessa compatibilidade é classicamente defendido por VINER<sup>(122)</sup>: o país que recorre ao dumping atribui-se a si mesmo uma preferência artificial traduzida na colocação especialmente vantajosa dos seus produtos no mercado internacional, pelo que a cobrança de direitos compensadores será a única forma de restabelecer o equilíbrio de prestações. Para este autor, a cláusula não poderá cumprir a sua função de igualização entre o beneficiário e terceiros, salvo se ambos se encontrarem em condições de exportação iguais à partida. Esta tese é compartilhada por diversos autores como WICKERSHAM, BALLESTEROS GONZALEZ<sup>(123)</sup> ou PESCATORE<sup>(124)</sup>. Não é este, porém, o nosso ponto de vista.

Comungar da posição compatibilizadora implicaria considerar a cláusula como mecanismo de igualização *económica*. Ora, não é manifestamente essa a realidade. Como já verificámos, a c.n.m.f. tem por função uma igualdade meramente jurídico-formal entre o beneficiário e terceiros, independentemente das respectivas posições económicas. O equilíbrio de situações económicas não é minimamente o objectivo da cláusula.

Até porque a adopção de tal posição acarretaria logicamente um *retorno à cláusula condicional* (o país beneficiário só estaria legitimado a invocar o tratamento a que tem direito se a sua posição fosse equivalente à dos terceiros) e, no caso vertente, tornaria os direitos anti-dumping numa prática obrigatória<sup>(125)</sup>, ao invés do cariz facultativo que o art. VI do GATT claramente lhe atribui. A nossa opinião é, pois, exactamente coincidente com a expressa na

---

(122) *Dumping: a problem in international trade*, Chicago, 1923, cit. in BALLESTEROS GONZALEZ, *op. cit.*, p. 100.

(123) *Op. cit.*, p. 101.

(124) *Op. cit.*, p. 137.

(125) SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 131 nota 1.

(126) *Idem*, p. 133.

Resolução de 1936 do Instituto de Direito Internacional: «A c.n.m.f. exclui, salvo estipulação convencional em contrário, a aplicação contra um país que goze das vantagens da c.n.m.f., de quaisquer direitos anti-dumping».

Trata-se assim de uma derrogação que limita a plenitude de efeitos do art.I § 1 do GATT. O que não quer dizer que não tenha um fundamento jurídico preciso, que a doutrina procura quer no âmbito consuetudinário<sup>(126)</sup> quer por aplicação da teoria do estado de necessidade às relações jurídico-comerciais internacionais<sup>(127)</sup>.

Não obstante, há que referir que a prática recente do GATT vem retirando a esta discussão doutrinal muito da sua relevância, uma vez que a preocupação central desta organização se vem centrando na regulamentação dos direitos compensadores, como forma de impedir que a sua aplicação abusiva redunde em nova vaga de protecção. Especial destaque deve ser dado ao chamado «Código Anti-Dumping» («Acordo Relativo à Aplicação do art. VI do GATT») e ao mecanismos de controle aí previstos.

## § 2. *As restrições quantitativas*

Sob a designação comum de «restrições quantitativas», encontramos uma pluralidade de práticas que obstaculam ao desenvolvimento natural do comércio internacional, na medida em que resultam numa limitação das quantidades ou do valor global de exportações ou importações. Dentro deste vasto campo, há que distinguir as *restrições directas*, que têm uma incidência directa sobre os fluxos comerciais, das *restrições indirectas* cuja influência recai sobre os meios de pagamento que servem de suporte às transacções comerciais.

### § 2.1. *Restrições directas*

Estabelecidos unilateralmente ou por via convencional, os *contingentes normais* fixam a quantidade ou o valor globais de importações ou exportações, enquanto os *contingentes tarifários* especificam uma quota dentro da qual os produtos transaccionados sofrem direitos reduzidos, ao mesmo tempo que sobre

---

<sup>(127)</sup> V., por todos, BASDEVANT, *op. cit.*, p. 485.

as importações ou exportações acima do valor da quota recaem direitos muito mais elevados.

Não restam dúvidas de que a c.n.m.f. não pode ser entendida como absolutamente incompatível com a fixação de contingentes. Pelo menos, e se abor-darmos a questão num plano «qualitativo», verificamos que, no mínimo, a cláusula apresenta duas áreas de intervenção importantes: primeiro, no que toca às formalidades necessárias para obter participação no contingente; depois, como travão à incidência de decisão limitativa sobre um só país (o beneficiário do tratamento da n.m.f. ficará com a garantia de que não será afectado pela restrição contingentária a não ser na exacta medida em que todos os restantes beneficiários o sejam).

Todavia, e apesar desta compatibilidade teórica, a verdade é que a aplicação da c.n.m.f. aos contingentes, ao concretizar-se no direito de acesso de todos os beneficiários a parcelas exactamente iguais do contingente, determina uma desvirtuação da sua função: ao invés de se materializar no estabelecimento de uma generalizada igualdade de oportunidades, a cláusula apontará para uma simples igualdade de resultados finais.

Mas mesmo esta colocação do problema nos parece correr o risco de se tornar vazia de sentido. É que, posicionando-nos definitivamente num plano «quantitativo» (neste caso, o único realista) o que verificamos é que a igualdade de resultados finais pode muito bem acabar por ser... o zero absoluto! Na verdade, se a nação A fixa administrativamente um contingente máximo de importação de trigo de 40 000 toneladas e tem oito Estados beneficiários da c.n.m.f. em matéria comercial, só pode, por força da cláusula, abrir uma quota de importação de 5 000 toneladas por cada um. Ora, multiplicando o número de beneficiários para um valor bem mais próximo da realidade do comércio internacional dos nossos dias, logo fica patente que, de duas uma: ou se corre o risco de ultrapassar largamente o valor do contingente fixado, ou pura e simplesmente a divisão em quotas rigorosamente iguais por todos os beneficiários levará a valores ridículos para cada um deles.

É exactamente este raciocínio que leva a que uma parte altamente prestigiada da doutrina fale «incompatibilidade técnica» entre a c.n.m.f. e os contingentes<sup>(128)</sup>.

---

<sup>(128)</sup> NOLDE, *op. cit.* (RCADI, 1932), p. 72; PESCATORE, *op. cit.*, p. 39; SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 135; BALLESTEROS GONZALEZ, *op. cit.*, p. 91

E qual a posição do GATT sobre tal matéria?

A posição de princípio é a da proibição das restrições quantitativas, inscrita no art. XI. Porém, o texto do Acordo Geral prevê excepções em três áreas: protecção da agricultura, protecção do equilíbrio da balança de pagamentos e protecção das economias dos países em desenvolvimento. Mas, mesmo nos casos em que as restrições são permitidas, o art. XII § 1 impõe que nenhuma restrição seja aplicada a um produto de uma parte contratante «a menos que proibições ou restrições semelhantes sejam aplicadas na importação de um produto similar originário de qualquer terceiro país ou na exportação de um produto similar com destino a qualquer terceiro país».

Esta posição do GATT vem, afinal, confirmar que a aplicação da cláusula aos contingentes se limita a aspectos puramente «qualitativos», pois que, em relação aos dados quantitativos, a realidade económica se encarrega de negar a compatibilidade entre as duas realidades.

### § 2.2. *Restrições indirectas*

De entre as restrições indirectas, assume natural importância o controle dos câmbios, ou seja, o conjunto de comportamentos estaduais que visam impedir a utilização das divisas que servem de meios de pagamento das operações comerciais internacionais.

Nesta matéria, o texto do Acordo Geral (art. XIV § 5 A) remete para os Estatutos do Fundo Monetário Internacional, os quais dispõem que «nenhum membro poderá recorrer ou permitir que os seus organismos financeiros recorram a medidas discriminatórias ou a práticas de taxas de câmbio múltiplas, salvo autorização prevista pelo presente acordo ou aprovação do Fundo», só sendo admitidos três tipos de excepções: para transferência de capitais (art. VI, sec. 3), para uma moeda rara como tal declarada pelo Fundo (art. VII, sec. 3) e para pôr cobro a dificuldades transitórias na sequência da II Guerra Mundial (art. XIV).

Os problemas levantados pelo controle dos câmbios à c.n.m.f. são em tudo semelhantes aos já abordados no número anterior. Assim, a incompatibilidade «quantitativa» aí referida mantém-se plenamente, e até com uma agravante: uma tal restrição generalizada só seria pensável, no campo monetário, posto que todas

as moedas fossem absolutamente inter-convertíveis, o que não é claramente o caso. Daí o recurso generalizado a outras técnicas extra - c.n.m.f.: alocação de divisas proporcional ao peso económico do país, «tratamento tão favorável quanto possível...», etc.

### § 3. Os códigos do Tokyo Round e o regresso à forma condicional

Com a conclusão do Tokyo Round, foram celebrados seis importantíssimos acordos que desenvolvem a disciplina jurídica relativa a obstáculos não tarifários ao comércio internacional: valor aduaneiro, comércio de Estado, licenças de importação, obstáculos e regulamentação técnica, subsídios e direitos anti-dumping.

Reflectindo a tese de que a formulação absolutamente incondicional da c.n.m.f. pode constituir factor de desincentivo à sua própria aplicação, pelos perigos de «demasiada» abertura que encerra, os seis códigos consagram, de novo, a versão condicional da cláusula.

Na verdade, dispõe cada um daqueles acordos que os benefícios neles previstos só são extensíveis aos Estados seus signatários, pelo que o gozo de tais vantagens fica condicionado pela correspectiva assunção de obrigações.<sup>(129)</sup> Além disso, o carácter condicional revela-se também, no plano processual: cada código prevê que a solução de diferendos relativos à sua interpretação e aplicação fique a cargo de um comité composto exclusivamente por signatários.

Neste contexto, abre-se a porta à diversificação de regimes jurídicos, no âmbito do GATT, sobre uma mesma questão, consoante os Estados em presença sejam ou não signatários do respectivo código<sup>(130)</sup>. Mas, mais impor-

---

<sup>(129)</sup> TRIGGIANI, *Il trattamento...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>(130)</sup> Em HUFBAUER/ERB/STARR, «The GATT codes and the unconditional most-favored-nation principle», *LPIB*, 1980, n.º 1, pp. 59 ss., são pormenorizadamente estudados os diferentes regimes a aplicar pelos Estados Unidos em matéria de subsídios e de comércio de Estado.

tante, afinal, é a expressa manifestação de vontade, por um considerável número de membros do GATT de, por esta via, introduzirem derrogações ao regime incondicional e automático estipulado no art. I do Acordo Geral.

## CAPÍTULO II

### A CLÁUSULA FACE AO FENÓMENO DA INTEGRAÇÃO ECONÓMICA

Um dos problemas mais interessantes que a c.n.m.f. vem enfrentando é o das relações entre o regime de absoluta abertura por ela determinado e os regimes preferenciais corporizados pelas uniões aduaneiras e zonas de comércio livre. De facto, a prática convencional dos Estados vem consagrando uma exclusão expressa destes espaços economicamente unificados do domínio de aplicação da cláusula<sup>(131)</sup>.

Para uma cabal compreensão desta problemática, importa previamente clarificar o pano de fundo em que ela se situa: o da relação entre a c.n.m.f. e os tratados multilaterais.

#### SECÇÃO 1.

##### *A CLÁUSULA E OS TRATADOS MULTILATERAIS*

Em termos muito sintéticos, o problema que se coloca é o seguinte: face a um tratado multilateral concluído entre X, Y, Z ..., o Estado A, que é o beneficiário do tratamento da n.m.f. em virtude de um acordo bilateral com X, pode ou não invocar as vantagens decorrentes do tratado multilateral, prevalecendo-se da cláusula mas permanecendo fora do referido tratado?

Exceptuando o caso em que o tratado multilateral prevê expressamente a sua não aplicação a Estados não contratantes, haverá sempre dois regimes em conflito: o regime preferencial previsto naquele e o regime da n.m.f. avançado pelo bilateral. *Quid juris?*

O problema foi levantado, nestes mesmos termos, pelo Comité Económico da SDN, a propósito da reunião de 1927 da conferência diplomática de Genebra e da sua convenção internacional sobre a abolição das proibições à impor-

---

(131) Cfr. os Acordos de Comércio celebrados entre Portugal e os seguintes países: S. Tomé e Príncipe (17/7/78); Colômbia (28/12/78), Angola (20/1/79), Cabo Verde (20/4/80), México (28/8/80), China (4/7/80), Moçambique (25/5/81), Paquistão (6/7/81) e Zaire (16/12/83).

tação e exportação. E foi precisamente nos anos trinta que ITO<sup>(132)</sup> propôs uma análise bipartida da questão. Segundo este autor japonês, é necessário distinguir os «tratados colectivos de interesse particular» e os «tratados colectivos de interesse geral» incidentes sobre comércio internacional. E isto porque as cláusulas da n.m.f. inseridas em tratados bilaterais apenas dariam direito às vantagens previstas nos primeiros, já que, sendo os segundos abertos à participação de qualquer Estado, bastaria que os interessados a eles aderissem para poderem gozar do regime para eles instituído. De outra forma, haveria um verdadeiro «prémio à abstenção» desde que se possibilitasse aos Estados beneficiários da c.n.m.f. adquirirem as vantagens decorrentes dos tratados multilaterais abertos, sem a eles aderirem e, portanto, sem terem que suportar as inerentes obrigações.

Tal tese viria, porém, a ser rebatida, entre outros, por ALLIX<sup>(133)</sup>. Assente o entendimento incondicional da cláusula, o ponto de vista de ITO transformá-la-á novamente em cláusula condicional, pois que o beneficiário terá de sofrer contrapartidas para recolher as vantagens a que teria direito gratuita e incondicionalmente. Por outro lado, há sempre motivos extra-jurídicos que podem perfeitamente justificar que um Estado não adira a um tratado multilateral aberto (questões políticas, esmagamento económico, etc.), situação que ALLIX retrata ironicamente: «obrigar o país, a quem se havia acordado a cláusula, a uma realização que lhe repugna, é agir um pouco como a pessoa que diz do seu credor: «tinha-lhe prometido a entrega de um milhão, mas sinto-me dispensado de o fazer, uma vez que você pode desposar a senhora x, que lho trará em dote». Neste mesmo sentido, escreve ROUSSEAU<sup>(134)</sup>:

«Sob a aparência de frustrar os cálculos egoístas de um Estado desejoso de obter facilmente vantagens tarifárias, não se vai afinal cometer uma imoralidade ainda pior, ao recusar a um co-contratante a aplicação de uma cláusula de que previamente se lhe tinha garantido o benefício?»

---

(132) *La c.n.p.f.*, 1930.

(133) «Les aspects juridiques de la c.n.p.f.», *Rev. Pol. Parlem.*, 1931, pp. 231 ss.

(134) *Principes généraux du Droit International Public*, 1944, T.I., p. 777.



Ora, em face do exposto, o problema que se coloca é o de saber se existe ou não uma prática constante e uniforme, reconhecida como tendo força de lei, que justifique a exclusão das vantagens contidas em convenções multilaterais do campo de acção de cláusula. É o que tentaremos esclarecer quer em relação aos tratados multilaterais abertos quer em relação aos tratados multilaterais fechados.

### § 1. A cláusula e os tratados multilaterais abertos

Para este efeito, tomaremos como exemplo precisamente o GATT.

«Qualquer governo que não seja parte neste Acordo (...) poderá aceder a este Acordo (...) em condições a fixar entre tal governo e as Partes Contratantes», dispõe o art. XXXIII. O aparente carácter restrito do Acordo Geral, veiculado por esta redacção, é de imediato afastado se tivermos em consideração que o GATT é essencialmente um quadro vasto de negociações tarifárias, <sup>(135)</sup> pelo que as negociações entre Partes Contratantes e o Estado aderente são já uma forma de participação naquilo que é o âmago dos direitos e obrigações deste Acordo. Daí que se possa afirmar com todo o rigor que o GATT é, de facto, uma convenção multilateral aberta.

Posto isto, qual é a posição dos Estados não membros relativamente ao GATT? Desde logo, há que constatar que o art. I § 1 fala de vantagens atribuídas a um produto de *outro país* (e não de *outra parte contratante*), pelo que não só as vantagens concedidas por um membro a um não membro são automaticamente estendidas a todos os membros, como também, inversamente, o não membro beneficiário de uma c.n.m.f., incorporada em tratado com um membro, auferir todas as concessões por este feitas a qualquer parceiro na organização <sup>(136)</sup>.

Aliás, já as observações feitas pelo Comité Económico da SDN e os exemplos das Convenções de Oslo (1930) e Ouchy (1932) iam exactamente neste sentido: não há qualquer fundamento para que as convenções multilaterais abertas constituam uma derrogação de pleno direito à c.n.m.f. O que, em última aná-

---

<sup>(135)</sup> V. LONG, *op. cit.*, pp. 38 ss.

<sup>(136)</sup> V. JACKSON, *World trade the law of the GATT*, 1969, cit. in *ANN.CDI.*, 1975, vol. II, p. 6.

lise, significa que «no estado actual do Direito Internacional, a única solução jurídica reside na inserção de uma excepção expressa à cláusula» <sup>(137)</sup>.

## § 2. *A cláusula e os tratados multilaterais fechados*

Apesar de discordarmos da tese de ITO de que os tratados multilaterais abertos são uma excepção à c.n.m.f. exactamente por estarem abertos à adesão de todos os Estados, ela serve-nos de ponto de partida para a reflexão acerca dos tratados multilaterais fechados. De facto, se fosse aquela a razão da excepção, ela estaria completamente arredada no caso das convenções em que o número e a «qualidade» dos Estados aderentes é restrito, pela letra ou pela natureza do tratado. Não há, por isso, razões para que as vantagens inseridas no tratado multilateral fechado deixem de ser abrangidas pelo regime da c.n.m.f. inserida em tratado bilateral entre uma das partes e um «outsider».

Só que se, numa primeira aproximação do problema, tendemos para a negação genérica da existência de excepção consuetudinária <sup>(138)</sup> à cláusula por parte dos tratados multilaterais fechados, há que reconhecer que esta visão teórica da questão necessita de ser temperada com a análise de um dos principais casos concretos de convenções multilaterais fechadas no nosso tempo: os tratados de integração económica regional.

## SECÇÃO 2

### *A CLÁUSULA E OS TRATADOS DE INTEGRAÇÃO*

Se é certo que a inserção da c.n.m.f. como pedra de toque do sistema GATT é a tradução da acentuação da *tendência universalista* no comércio internacional, também é um facto que o nosso século assistiu a um surto de acor-

---

<sup>(137)</sup> SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 267.

<sup>(138)</sup> O que implica que a única solução para a subtracção destes casos ao regime da cláusula é a consagração convencional expressa de tal excepção.

dos e organizações assentes em regimes preferenciais — as uniões aduaneiras e as zonas de comércio livre — que dão corpo a uma não menos importante *tendência regionalista*.

Ora, a contradição entre as obrigações decorrentes da cláusula e os sistemas regionais é flagrante: a extensão do regime preferencial previsto nessas convenções multilaterais fechadas a Estados a elas exteriores pode constituir a destruição dessas mesmas preferências; mas, por outro lado, até que ponto têm os membros desses agrupamentos restritos legitimidade para limitar a si mesmos as vantagens a que os beneficiários da cláusula têm direito?

A questão que se nos coloca é, por isso, a de saber se é possível detectar, no actual estado das relações internacionais, os elementos necessários para fundamentar uma excepção consuetudinária dos regimes das uniões aduaneiras e zonas de comércio livre à c.n.m.f., isto é, uma prática constante e uniforme dos Estados nesse sentido, acompanhada de uma *communis opinio juris* que eleve tal prática ao nível de regra jurídica internacional.

### § 1. O GATT e a integração regional

Em 1931, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional definia assim as condições para a existência de uma união aduaneira: «uniformidade da lei aduaneira e da pauta aduaneira, unidade de fronteiras e do território aduaneiro relativamente a terceiros Estados, liberdade de direitos de entrada e saída no tráfego de mercadorias entre os Estados membros e repartição, segundo um cálculo determinado, dos direitos aduaneiros cobrados» (139).

Em termos semelhantes, o art. XXIV § 8 do GATT estabelece:

«a) Entende-se por união aduaneira a substituição de dois ou vários territórios aduaneiros por um único território aduaneiro, desde que esta substituição tenha por consequência:

i) que os direitos aduaneiros e outras regulamentações comerciais restritivas sejam eliminadas para o essencial das trocas comerciais entre

---

(139) Parece consultivo do TPJI, de 5 de Setembro de 1931, sobre o Regime Aduaneiro Austro-Alemão.

os territórios constitutivos da união ou, pelo menos, para o essencial das trocas comerciais relativas aos produtos originários destes territórios;

- ii) que (...) os direitos aduaneiros e outras regulamentações comerciais aplicados por cada um dos membros da união ao comércio com os territórios que não estão nesta compreendidos sejam substancialmente idênticos.
- b) Entende-se por zona de comércio livre um grupo de dois ou mais territórios aduaneiros entre os quais sejam eliminados os direitos aduaneiros e outras regulamentações comerciais restritivas (...) para o essencial das trocas comerciais relativas aos produtos originários dos territórios constitutivos de tal zona de comércio livre.»

Para além destes elementos básicos, o art. XXIV subordina o reconhecimento de uniões aduaneiras e zonas de comércio livre a uma exigência suplementar: dispõe o § 4 que «a criação duma união aduaneira ou zona de comércio livre deve ter por objectivo facilitar o comércio entre os territórios constitutivos e não opôr obstáculos ao comércio de outras partes contratantes com estes territórios». E, como consequência deste princípio, o parágrafo seguinte impõe que, quer no caso duma união aduaneira quer no duma zona de comércio livre, os direitos aduaneiros e outras regulamentações aplicadas ao comércio com as partes contratantes que não forem membros daquelas organizações regionais, não poderão ser, no seu conjunto, mais elevados ou mais restritivos do que a incidência geral dos direitos e regulamentações comerciais aplicáveis nos territórios constitutivos da união aduaneira ou zona de comércio livre antes da respectiva constituição. Enfim, o Acordo Geral admite a legitimidade dos acordos provisórios necessários para a criação duma união aduaneira ou zona de comércio livre, na condição de conterem um plano e um programa para o seu estabelecimento num prazo razoável (§ 5c).

A conclusão a tirar é a de que o art. XXIV possibilita uma isenção das obrigações do Acordo Geral (logo, da c.n.m.f.) em três casos: união aduaneira, zona de comércio livre e acordo provisório. Mas o problema que nos colocamos permanece inalterável: esta isenção significa uma codificação duma excepção implícita à cláusula ou, pelo contrário, é manifestação de que semelhante

excepção não existe e daí a necessidade do art. XXIV? E o problema mantém-se até porque no exame efectuado pelo GATT aos tratados constitutivos de uniões aduaneiras e zonas de comércio livre, como a CEE e a EFTA respectivamente <sup>(140)</sup>, a flexibilidade foi o traço dominante, não tendo, pois, contribuído para a clarificação da questão. Essa clarificação supõe uma consideração de dois momentos históricos.

## § 2. *A colocação do problema antes da II Guerra Mundial*

Até ao segundo conflito mundial, não é possível detectar-se uma prática unânime dos Estados favorável a uma excepção implícita das vantagens inerentes às uniões aduaneiras e zonas de comércio livre relativamente ao campo de actuação da cláusula.

É certo que o Comité Económico da SDN, na redacção da fórmula-padrão da c.n.m.f., dava a esta excepção um carácter de pleno direito, opinião que viria a ser plenamente partilhada por NOLDE, no seu relatório ao Instituto, em que afirma: «podêmo-las (as reservas sobre esta matéria contidas nos tratados comerciais) considerar como sendo de direito comum internacional» <sup>(141)</sup>. A resolução de 1936 do mesmo Instituto de Direito Internacional consagra, no art. 7, que «a c.n.m.f. não dá direito (...) ao tratamento resultante de uma união aduaneira concluída ou a concluir».

Não obstante, o projecto de união aduaneira austro-alemã de 1931, foi o pretexto para que a prática diplomática dos Estados se revelasse contrária a esta visão das coisas.

HACKWORTH <sup>(142)</sup>, representando a opinião dos Estados Unidos, afirmava que o governo norte-americano «nunca teve conhecimento da tradição continental (...) que reconhecia a existência de excepções implícitas a favor das

---

<sup>(140)</sup> Sobre este assunto, V. VIGNES, *op. cit.*, pp. 242 ss. ; XXX, «L'Examen par le GATT du Traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne», *AFDI*, 1958, pp. 621 ss.

<sup>(141)</sup> *ANN. IDI.*, 1934, p. 452.

<sup>(142)</sup> *cit. in ANN. CDI*, 1975, vol. II, p. 15.

uniões aduaneiras; nem sequer é certo que tal tradição tenha alguma vez sido admitida fora de um círculo restrito de países». Donde conclui que «tendo sido estipuladas, nos tratados concluídos pelos EUA com a Áustria e com a Alemanha, certas excepções às disposições sobre o tratamento da n.m.f., e não incidindo essas excepções sobre as uniões aduaneiras, estaremos fundamentados para reclamar da Alemanha todas as vantagens que ela conceda ao comércio austríaco» e vice-versa.

Em Maio de 1931, um memorando das autoridades francesas optava por posição semelhante. Reservando-se o direito de utilizar a cláusula para justificar juridicamente a sua hostilidade política ou económica face a uma união aduaneira <sup>(143)</sup>, a França argumentava também que «o facto de certas potências não terem incluído uma excepção relativa às uniões aduaneiras nos seus tratados concluídos com a Áustria e a Alemanha na base do tratamento da n.m.f., colocará essas potências numa posição jurídica muito forte para reclamar (...) o benefício integral do tratamento da n.m.f.»

Enfim, os já referidos casos das convenções de Oslo e Ouchy vêm testemunhar firmemente esta ausência de unanimidade de comportamentos e opiniões dos Estados, indispensável para uma excepção implícita à cláusula.

### § 3. *O problema na actualidade*

Pelo contrário, a prática mais recente vai claramente no sentido da consagração das integrações económicas como excepções de pleno direito à c.n.m.f. Nas palavras de PESCATORE <sup>(144)</sup>, devemos assentar uma tal excepção «a favor dos acordos cujo objectivo é a consagração de laços económicos qualitativamente distintos dos que resultam de convenções comerciais cujo alcance não ultrapassa o objectivo duma liberalização relativa das trocas comerciais».

A tal alteração das concepções dominantes a este propósito não é estranha a importância da consagração desta excepção de pleno direito no art. XXIV do GATT. Esse facto significou «apenas» que perto de uma centena de Estados confirmou, no plano multilateral, a excepção que vinham impondo nas suas

---

<sup>(143)</sup> SAUVIGNON, *op. cit.*, p. 239.

<sup>(144)</sup> *Op. cit.*, p. 119.

relações bilaterais. Este consenso generalizado é passível de ser encarado como trazendo em si quer o elemento material quer o elemento subjectivo necessário para a formação de uma regra verdadeiramente consuetudinária.

A razão de fundo subjacente a este entendimento da relação entre as vantagens decorrentes das convenções de integração económica e a c.n.m.f. é, a um tempo, de natureza lógica e teleológica.

Ao constituírem uma organização de integração económica, os Estados buscam um certo tipo de vantagens, só alcançáveis dessa forma: o *benefício da dimensão económica*, ou seja, a possibilidade de recolher as vantagens próprias de um mercado de dimensão óptima (com consequências evidentes ao nível duma organização racional da produção e dos circuitos de distribuição, no que toca à abertura das fronteiras comerciais, livre deslocação dos factores de produção, etc.), a *superioridade qualitativa da economia do conjunto* relativamente à de cada um dos componentes e o ganho de um *peso negocial muito mais forte* no contexto das relações comerciais internacionais <sup>(145)</sup>.

Ora, é óbvio que a prossecução destes interesses implica contrapartidas, que os Estados de uma organização de integração económica pagam com limitações à sua liberdade de acção individual: impossibilidade de recorrerem a barreiras proteccionistas contra os seus parceiros e obrigatoriedade de uma atitude permanente de solidariedade que não se compadece com a simples defesa de interesses nacionais. É nesta maneira de encarar as coisas que se inspira, por exemplo, o art. 243 do Tratado CEE, ao estipular que, na aplicação das convenções anteriormente celebradas pelos Estados membros, estes «*terão em consideração o facto de que as vantagens concedidas no presente tratado por cada um dos Estados membros, fazem parte integrante do estabelecimento da comunidade e são, por este facto, inseparavelmente ligadas à criação de instituições comuns, à atribuição de competências em seu favor e à concessão das mesmas vantagens por todos os Estados membros.*» <sup>(146)</sup>.

---

<sup>(145)</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>(146)</sup> De maneira muito semelhante, o preâmbulo da Convenção Europeia de Estabelecimento, celebrada no seio do Conselho da Europa, sublinha que «os direitos e prerrogativas que (os signatários) concedem mutuamente aos seus nacionais, são atribuídos *unicamente em virtude da estreita associação que une, por força do Estatuto, os países membros do Conselho da Europa.*» Sobre este caso concreto, v. KISS, «La Convention Européenne d'Établissement et la c.n.p.f.», *AFDI*, 1957, pp. 478 ss.

Não parece, assim, necessário recorrer a factores extra-jurídicos para fundamentar o carácter implícito da presente excepção, como parece pretender KISS <sup>(147)</sup>, para quem se «abandona aqui o terreno do Direito porque ele se torna inaplicável em face da situação real.» Basta a consideração de que uma convenção de integração económica e as vantagens assinaladas a ela inerentes se assumem como algo de qualitativamente diferente (e «superior») face ao conjunto de medidas tradicionais de liberalização *limitada* do comércio internacional, próprias dos tratados inspirados no tratamento da n.m.f. Se assim for, e seguindo então a esmagadora maioria da doutrina <sup>(148)</sup>, a excepção de pleno direito tem uma motivação perfeitamente lógica: a c.n.m.f. não se aplica às vantagens decorrentes de uma união aduaneira porque o tratado de integração constrói tendencialmente um sistema político-económico novo; por outras palavras, sendo o tratado de integração um tratado de conjunto, ao passo que a cláusula vem contida num tratado específico, (de comércio, por exemplo), esta não pode abarcar as vantagens próprias daquele por se tratar de duas convenções de natureza distinta, cumprindo-se criteriosamente o princípio «*ejusdem generis*». No fundo, entendemos ser de aceitar, neste caso concreto, a chamada «doutrina PESCATORE» a que negámos <sup>(149)</sup> validade de regra geral.

Logo, aceitando-se o carácter implícito da excepção das integrações económicas à c.n.m.f., as excepções expressas nos tratados multilaterais ou bilaterais têm um valor meramente declarativo <sup>(150)</sup>.

---

<sup>(147)</sup> *Op. cit.*, p. 485.

<sup>(148)</sup> PESCATORE, *op. cit.*, p. 125; VIGNES, *op. cit.*, 278; KNAPP, *op. cit.*, p. 319.

<sup>(149)</sup> V. *supra*, p. 490

<sup>(150)</sup> É de notar, no entanto, que esta excepção se cinge às vantagens inerentes ao processo de integração, designadamente as aduaneiras. Todas as restantes que sejam *visivelmente* acessórias ficam fora da alçada da excepção de pleno direito pelo que a c.n.m.f. lhes é aplicável, salva excepção convencional expressa.



## TÍTULO II

### **A CLÁUSULA E O COMÉRCIO ENTRE PAÍSES COM SISTEMAS SOCIAIS E NÍVEIS ECONÓMICOS DIFERENTES**

Com o desenvolvimento das relações económicas internacionais, nomeadamente a partir da década de sessenta, dois novos fenómenos se vão assumir como marcos demonstrativos do realativismo da c.n.m.f..

Nascida e desenvolvida no contexto das relações comerciais entre países desenvolvidos de economia de mercado, a cláusula mostra-se, por si só, insuficiente para dar resposta aos problemas levantados quer pelo comércio Leste-Oeste, quer pelo comércio Norte-Sul. No primeiro caso, essa insuficiência fica a dever-se ao monopólio estadual do comércio externo por parte dos países socialistas (Cap. I). No segundo, a igualização jurídico-formal potenciada pela cláusula é inteiramente superada por gritantes diferenças de nível de desenvolvimento, podendo mesmo contribuir para o seu agravamento (Cap. II).

## CAPÍTULO I

### A CLÁUSULA E O COMÉRCIO ENTRE PAÍSES COM SISTEMAS SOCIAIS DIFERENTES: AS RELAÇÕES LESTE-OESTE

Ao observarmos a polémica levantada pela aplicação da c.n.m.f. às relações comerciais entre países com economia de mercado e países com economia colectivizada, depara-se-nos um significativo paradoxo: por um lado, os países de economia centralmente planificada reivindicam a aplicação generalizada de um instrumento que é, reconhecidamente, um produto da aplicação das leis do liberalismo económico no âmbito internacional; por outro lado, a atitude dos países com economias de mercado, normalmente adeptos da simples igualdade formal garantida pela super-estrutura jurídica, tem sido a de saltar sobre o formalismo jurídico da cláusula, procurando uma reciprocidade material de vantagens <sup>(151)</sup>.

A explicação desta aparente contradição tem duas vertentes essenciais. De uma banda, é notória a descaracterização que a c.n.m.f. sofre quando inserida em acordos comerciais entre países com sistemas sócio-económicos diferentes (explicação técnica); paralelamente a este desvirtuamento, não pode deixar de se tomar em consideração a politização a que este mecanismo tem estado permanentemente sujeito, no quadro das relações globais entre as duas grandes super-potências (explicação política).

Uma vez assente a incompatibilidade entre os princípios que norteiam a organização do comércio externo dos países socialistas e a filosofia subjacente à cláusula, registem-se as várias tentativas alternativas ensaiadas, e que apontam num sentido comum: o do desenvolvimento equilibrado das trocas, fundado no princípio das vantagens mútuas, rigorosamente aplicado num quadro que não pode ser senão bilateral.

---

<sup>(151)</sup> V. PESCATORE, *op. cit.*, p. 80; V. DUPUY, pref. a SAUVIGNON, *op. cit.* p. II; SAUVIGNON, «La c.n.m.f. dans les relations commerciales américain-sovietiques», *RGDIP*, 1983, p. 551.

## SECÇÃO 1.

### A «EXPLICAÇÃO TÉCNICA»: DESCARACTERIZAÇÃO DA C.N.M.F.

Já em 1932, o barão NOLDE <sup>(152)</sup> fazia notar que a inclusão da c.n.m.f. em tratados de comércio entre países com economias de mercado e países de economia colectivizada, redundaria numa concessão unilateral de vantagens por aqueles em favor destes. A cláusula não seria mais do que «*une habitude de style*».

De facto, e dada a estrutura peculiar das economias socialistas, a que é inerente o monopólio estadual do comércio externo, a c.n.m.f. representa um meio pouco idóneo, do ponto de vista dos países ocidentais, para o cumprimento da função económica que tradicionalmente lhe vinha associada: a do incremento das trocas comerciais. Nesta base, é possível falar-se de intercâmbios comerciais caracterizados pela assimetria estrutural das partes neles implicadas <sup>(153)</sup>. Garantia meramente formal para os produtos (e os produtores) ocidentais, a cláusula é apenas real para os produtos dos países socialistas nos mercados ocidentais.

#### § 1. O monopólio estatal do comércio externo

Na imediata sequência da revolução bolchevista, o decreto de 22 de Abril de 1918 estabeleceu o princípio do monopólio estatal sobre o comércio externo, cuja direcção ficaria confiada ao Commissariado do Povo para o Comércio e Indústria. Mais tarde, em Outubro de 1925, o Comité Central do PCUS emite uma resolução em que, depois de se atribuir ao Estado a faculdade de indicar quais os organismos que poderiam efectuar operações de comércio externo, em que domínios e por que montantes, se acrescenta que é também o Estado quem fixa «através do plano de exportação e importação, quais as mercadorias que podem deixar o país, em que quantidades, e quais as mercadorias que podem ser importadas; recorrendo a um sistema de licenças e contingentes, ele dirige

---

<sup>(152)</sup> *Op. cit.*, (RCADI, 1932), pp. 81 ss.

<sup>(153)</sup> BALLESTEROS GONZALEZ, *op. cit.*, p. 129.

as operações de importação e exportação, assim como as actividades dos organismos de comércio externo».

Torna-se evidente, desde logo, o carácter subsidiário do plano de comércio externo relativamente ao plano interno. Sendo este, na generalidade dos países socialistas, estruturado em balanças individualizadas para grupos de produtos, ou mesmo para um só produto, ao comércio externo resta a função puramente residual de suprir os desequilíbrios de qualquer daquelas balanças, isto é, fornecer ao país aquilo que não se produz (ou que produz em quantidades insuficientes). Daí o cariz comprador/importador do comércio externo dos países socialistas: ao contrário dos países capitalistas, em que a exportação é uma exigência da própria lógica do mercado, nas economias planificadas, exportar não é um fim em si mesmo, mas tão só o meio de obter recursos para cobrir as importações indispensáveis (154).

Ora, se a isto juntarmos o posterior desdobramento do plano de comércio externo em duas versões ( a preços internos e a preços externos) e a conseqüente decomposição em diferentes zonas de pagamento (zona do rublo transferível, outros países socialistas, países capitalistas, sendo estes diferentemente considerados consoante os pagamentos sejam efectuados em divisas convertíveis ou mediante acordos de clearing), se tivermos tudo isto em atenção, fácil se torna compreendermos que o exportador ocidental se defronta com uma lógica impenetrável: prioridade absoluta para os países de Comecon, importações dos países capitalistas condicionadas pela situação da respectiva balança de pagamentos ou por dificuldades políticas conjunturais, e ainda uma conversão dos custos internacionais em preços internos comandada por «mecanismos opacos» (155) devidos à inconvertibilidade do rublo. A margem de discricionariedade política é enorme.

Um segundo nível de problemas, estritamente ligado a este, advem do facto de a integral execução deste plano de comércio externo estar confiada a organismos — os «agrupamentos de comércio externo» — cuja subordinação administrativa ao departamento governamental competente abrange a sua criação, os seus estatutos e a sua própria composição. A autonomia financeira, de responsabilidade jurídica e de condução das operações concretas não conseguem,

---

(154) LAVIGNE, *Les relations économiques Est-Ouest*, 1979, pp. 134 ss.

(155) SAUVIGNON, *op. cit.* (RGDIP, 1983), p. 555.

pois, apagar a realidade: o efectivo e total domínio do Estado sobre as importações e exportações, apesar de algumas reformas terem vindo a ser implementadas <sup>(156)</sup> no sentido de uma maior automatização da realidade empresarial.

Face a este panorama, qual o papel das pautas aduaneiras?

### *§ 2. O carácter artificial das pautas aduaneiras*

As pautas aduaneiras de que se dotaram vários países socialistas são, vistas sob o prisma ocidental, absolutamente artificiais. Uma empresa dum país capitalista optará, em sede de política de importações, pelos produtos que sofram direitos aduaneiros mais reduzidos, dada a sua repercussão nos custos. Ora, já sabemos que o Estado socialista é o único importador autêntico; assim, ele paga os direitos aduaneiros a si próprio, pouco importando que sejam altos ou baixos.

É certo que uma leitura desenquadrada da lei aduaneira soviética de 1961 pode introduzir alguns factores de confusão. Trata-se de uma pauta de coluna dupla, que consagra direitos reduzidos ou nulos para os países que concedem à URSS o tratamento da n.m.f. e direitos elevados para os restantes. Ora, uma vez que se determina que o agrupamento de comércio externo não pode transferir para o comprador soviético o suplemento resultante da aplicação de direitos substanciais, ou seja, uma vez que a importação fica dependente da redução do preço pela exportadora, não há dúvidas de que, formalmente, o objectivo da pauta aduaneira é o de incrementar as importações provenientes dos países que acordam com a União Soviética numa atribuição recíproca do tratamento da nação mais favorecida. Aparentemente, portanto, a pauta aduaneira conjugada com a c.n.m.f. realizam a sua função normal.

Todavia, há que não esquecer que a lógica que subjaz a este processamento das operações comerciais internacionais é diferente da que preside às dos países de economia livre. Isto é, a realidade de base permanece, e essa é a de que, por mais que se insista num horizonte de repartição geográfica das impor-

---

(156) Reformas cujos eixos fundamentais residem na introdução de categorias monetárias na planificação, na influência da procura sobre a oferta, na elevação do lucro à categoria de estímulo económico da empresa e na racionalização dos preços.

tações que beneficia os concedentes da c.n.m.f., sempre é o Estado que está presente, o que não permite distinguir as suas opções motivadas por considerações puramente comerciais das que se fundamentam em razões meramente políticas.

Sendo assim, a atribuição do tratamento da n.m.f., factor de igualização tendencial entre economias de mercado desenvolvidas, é desvirtuada se inserida nas convenções que regulam as relações entre países com sistemas sociais diferentes: ela torna-se garantia real para o Estado socialista e, potencialmente, mera figura de retórica para os benefícios que deveriam recair sobre o Estado capitalista.

## SECÇÃO 2.

### A «EXPLICAÇÃO POLÍTICA»: UM PRETEXTO NO AFRONTAMENTO DOS BLOCOS

A persistência da reivindicação da c.n.m.f. pelos países de economia centralmente planificada e a também persistente recusa da sua consagração tradicional, ou até a ligação da concessão do tratamento da n.m.f. a condicionantes de ordem meramente política, do lado dos países desenvolvidos de economia livre, sobretudo dos E.U.A., são as duas faces de um mesmo processo de politização a que cláusula, como instrumento jurídico das relações económicas internacionais, tem vindo a ser sujeita, no quadro mais vasto da tensão de hegemonias que a «détente» não conseguiu apagar.

#### § 1. *Os obstáculos políticos ao comércio Leste-Oeste*

A partir de 1948 os Estados Unidos, em coordenação com os outros países do bloco ocidental, adoptaram uma política fortemente restritiva<sup>(157)</sup>, no que respeita a exportações para os países socialistas, formalmente cingida a mate-

---

<sup>(157)</sup> Este embargo encontrou recepção no «Exports Control Act» de 1949. Na linha da aludida coordenação de políticas dos países ocidentais, constituiu-se em Paris o «Coordinating Committee» (Cocom) formado por todos os países da Nato à excepção da Islândia, mais o Japão, para fiscalizar as mercadorias a incluir nas listas de restrições. Sobre o tema, v. LAVIGNE, *op. cit.*, pp. 66 ss.; LANSING/ROSE, *op. cit.*, pp. 337 ss.

rial estratégico mas abrangendo efectivamente largas categorias de produtos. Este esforço para unificar as restrições ocidentais ao comércio com os países de Leste teria o seu apogeu no «Mutual Defense Assistance Control Act», de 1951, pelo qual o Presidente norte-americano poderia suspender o auxílio económico a qualquer país que não aplicasse rigorosamente as listas de produtos embarcados.

E, se o desanuviamento encetado a partir da segunda metade da década de cinquenta se veio aliar a uma contestação da política de embargo por parte dos agentes económicos americanos e dos restantes países ocidentais, a verdade é que a marca da guerra fria não deixou nunca de estar presente na apreciação do problema da atribuição do tratamento da n.m.f. aos países socialistas.

Em 1951, o «Trade Agreements Extension Act» retira o benefício da cláusula a todos os Estados do bloco comunista, exceptuando a Jugoslávia. O texto da lei votada pelo Congresso visava todos «os países sob domínio do comunismo internacional». Ora, o progressivo restabelecimento daquele benefício foi sempre acompanhado de decisivos pressupostos políticos.

Com a chegada ao poder de Gomulka, em 1956, a Polónia passa a beneficiar de uma linha de crédito especial destinada a subvencionar as exportações de cereais norte-americanos. Com o pedido de adesão ao GATT (1959) e com as eleições presidenciais norte-americanas no ano seguinte (não esquecer que 2.5% do corpo eleitoral é de origem polaca...) abre-se o caminho para o restabelecimento da cláusula, ainda em 1960 <sup>(158)</sup>. Esta atitude de reabertura viria, aliás, a ser multiplicada, em virtude do protocolo de adesão polaca ao GATT no qual, como contrapartida das vantagens relativas a condições de acesso aos mercados ocidentais (desarmamento pautal, flexibilização das restrições quantitativas, etc.), a Polónia se compromete a assegurar resultados finais compensatórios, através do aumento mínimo anual de 7% do valor total das suas importações provenientes das partes contratantes ocidentais.

Este modelo seria seguido quanto à Roménia. Sendo qualificada de «país em desenvolvimento», a Roménia não se viu obrigada a conceder contrapartidas quantitativas fixas, mas apenas a comprometer-se genericamente a «aumentar as suas importações procedentes do conjunto das partes contratantes, numa

---

<sup>(158)</sup> No entanto, em Outubro de 1982, na sequência da interdição do «Solidariedade» e da instauração da lei marcial, o tratamento da n.m.f. foi, de novo, suspenso sine die.

percentagem que não seja inferior à do crescimento das importações romenas totais, previsto nos seus planos quinquenais.

Para lá da especificidade da inserção da Roménia no contexto multilateral, deve ter-se em atenção a fragilidade do seu estatuto de nação mais favorecida, no plano bilateral. Assim, e apesar da concessão desse estatuto no tratado com os EUA, de 2 de Abril de 1975, o Presidente Reagan, em Março de 1983, fez depender a sua manutenção da revogação de legislação interna romena, restritiva em matéria de liberdade de emigração. E só a cedência romena possibilitou a renovação da atribuição em causa.

Quanto à Hungria, o seu posicionamento específico (em termos de organização do comércio externo) no bloco socialista, ter-lhe-ia permitido gozar rapidamente do benefício da cláusula. Os EUA só o fariam em 1978, também na sequência da liberalização húngara da sua política de emigração.

Aliás, a partir do Trade Act de 3 de Janeiro de 1975, a posição norte-americana passa a ser explicitamente marcada pelo «linkage» entre a atribuição da c.n.m.f. e o respeito do eventual beneficiário pelo direito de emigração livre. Este novo e importante dado político, introduzido pela «Emenda Jackson-Vanik» ao Trade Act de 1974, haveria de levar a URSS a romper unilateralmente o acordo comercial de 1972 com os EUA em que, pela primeira vez desde 1951, se previa a atribuição recíproca do tratamento da n.m.f. <sup>(159)</sup>.

Ora, a este panorama de sucessivos condicionamentos políticos por parte dos países ocidentais, o bloco de Leste tem respondido com permanentes tentativas de, no quadro multilateral, fazer consagrar a cláusula sem condições políticas como princípio basilar do comércio mundial.

## § 2. *As tentativas de obtenção da cláusula sem condições políticas*

Desde os primórdios da instauração do socialismo que a URSS se esforça por conseguir obter dos restantes países o tratamento da n.m.f.. Se, nessa primeira fase, tal reivindicação se justificava pela necessidade de a União Soviética, entrada recentemente na cena internacional, ser reconhecida em pé de plena igualdade com os restantes membros da comunidade das nações, nos dias de

---

<sup>(159)</sup> Sobre o «linkage», entre concessão da c.n.m.f. e liberalização das políticas de emigração, v. TRIGGIANI, *Il trattamento...*, *op. cit.* pp. 207 ss.; LANSING/ROSE, *op. cit.*, pp. 341 ss.



hoje, a c.n.m.f. vem entendida com instrumento fundamental da coexistência pacífica entre blocos antagónicos. De facto, para os países de economia planificada, a cláusula é a expressão do princípio da igualdade soberana (art.2 da Carta das Nações Unidas) no plano das relações económicas internacionais. E é nesse sentido que devem ser entendidas todas as tentativas da sua consagração multilateral, quer no plano europeu, quer à escala mundial.

### *§ 2.1. No plano europeu*

Dadas as características específicas da Comissão Económica para a Europa (CEE/ONU) e o seu trabalho em prol do desbloqueamento das relações comerciais Leste-Oeste, compreende-se que grande parte das tentativas soviéticas tenham sido elaboradas no seu seio.

Assim, para lá dos trabalhos exploratórios do comité para o desenvolvimento do comércio, entidade criada sob proposta conjunta da URSS e da Grã-Bretanha, cumpre destacar o Projecto de Acordo Pan-Europeu de Cooperação Económica, proposto pela União Soviética em 1956. O art. 5 do Projecto estipulava:

«Os Estados participantes concedem-se reciprocamente, sem limitação nem reserva, o regime da n.m.f. para tudo o que se refira ao comércio e navegação entre eles, assim como no concernente ao estatuto das pessoas físicas ou jurídicas no exercício duma actividade económica no território de um qualquer dos países participantes, nas condições em que esta actividade é autorizada pela legislação do referido país.

Nenhuma das Partes Contratantes aplicará às importações no seu território ou às exportações para o território de outra Parte Contratante, uma restrição, proibição ou formalidade que não seja aplicada na matéria a todos os Estados participantes»<sup>(160)</sup>.

---

<sup>(160)</sup> Cit. in BALLESTEROS GONZALEZ, *op. cit.*, p. 145.

Baseados nas profundas diferenças entre os regimes político, jurídico e económico das partes contratantes, os países ocidentais recusaram liminarmente tal projecto, apontando nomeadamente que o domínio estatal sobre o comércio nos países socialistas determinaria uma reciprocidade meramente formal nas vantagens atribuídas.

A Acta Final da Conferência de Helsínquia sobre a Segurança e a Cooperação na Europa, celebrada em 1975, representa uma segunda tentativa a assinalar<sup>(161)</sup>. No preâmbulo da «Corbeille II», dedicada à cooperação nos domínios económico, científico, tecnológico e de ambiente, após se admitir o princípio da reciprocidade efectiva de vantagens, «*os Estados participantes (...) reconhecem os efeitos benéficos que podem resultar da aplicação do tratamento da n.m.f. para o desenvolvimento das trocas*». É visível o tom recuado desta redacção, que se deve às reticências colocadas pelos países com economia de mercado a uma afirmação mais consentânea com os interesses do bloco comunista.

## § 2.2. *No plano mundial*

Além da importância dos processos negociais realizados para a adesão de alguns países socialistas ao GATT, três tentativas de consagração da c.n.m.f. em convenções tendencialmente universais sobressaem.

A) Em Abril de 1961, a URSS apresentou ao conjunto dos membros das Nações Unidas um «*projecto de declaração sobre a cooperação económica internacional*» cuja discussão viria a dar-se no Conselho Económico e Social. Segundo o art.3 daquele texto,

«Nas suas relações comerciais, os países devem reger-se pelo princípio do tratamento n.m.f.. Para ajudar no desenvolvimento da cooperação económica internacional e no estabelecimento da confiança entre os Estados, os Estados membros da Organização das Nações Unidas renunciam a exercer discriminação, qualquer que seja a sua forma,

---

<sup>(161)</sup> V. LAVIGNE, *op. cit.*, pp. 91 ss.

relativamente a certos países ou grupos de países. Há que eliminar progressivamente as restrições de carácter discriminatório vigentes no comércio internacional, de maneira a que se criem as condições mais favoráveis para o intercâmbio de mercadorias e serviços entre os povos» (162).

Ainda aqui a reacção ocidental foi claramente negativa, recusando a aceitação da c.n.m.f. como regra imperativa das relações comerciais internacionais. Os argumentos, esses repetem-se. Só a título de exemplo, a delegação norte-americana alegou que a inclusão da cláusula em tratados com países cujo comércio é inteiramente estatizado «só comporta vantagens para uma das partes; dá, sem qualquer contrapartida, privilégios ao país do comércio estatizado».

B) Num plano inferior, situam-se o projecto de artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a c.n.m.f. e a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados.

Quanto ao primeiro, diversos momentos do seu dispositivo contrariam as pretensões soviéticas (não aplicação retroactiva, admissão da cláusula sob condição de reciprocidade material e total abertura a redacções livremente compostas pelas partes em acordos futuros)<sup>(163)</sup>. Além disso, definitivamente estruturado em 1978, o projecto ainda hoje não foi aprovado como convenção ou sequer objecto de declaração por parte de qualquer órgão das Nações Unidas.

A segunda, apesar de dispor no seu art. 4 que nenhum Estado será objecto de discriminação, qualquer que seja, fundada unicamente em diferenças de regime político, económico e social, não tem valor juridicamente vinculativo, não sendo também de desprezar o facto de a posição da esmagadora maioria dos países desenvolvidos com economias de mercado se dividir entre o voto negativo e a abstenção<sup>(164)</sup>.

---

(162) Cit. in BALLESTEROS GONZALEZ, *op. cit.*, p. 142.

(163) Cfr. arts. 28, 12, 13 e 29 in *ANN. CDI*, 1978, vol. II, 2.ª parte.

(164) Sobe o tema, v. CASTAÑEDA, «La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États», *AFDI*, 1974; VIRALLY «La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États», *AFDI*, 1974.

### SECÇÃO 3.

#### TENTATIVAS DE SOLUÇÃO

Perante a inadaptação da c.n.m.f., na sua versão tradicional, aos problemas específicos levantados pelo comércio Leste-Oeste, várias soluções alternativas foram tentadas, nas quais a cláusula joga um papel, mas apenas um papel limitado<sup>(165)</sup>. Estes processos podem reconduzir-se a dois vectores essenciais: a aplicação da chamada «cláusula de considerações comerciais», segundo a qual o país de economia estatizada fica vinculado a reger as suas operações de importação e exportação por critérios de natureza puramente comercial ou financeira; em segundo lugar, a concessão do tratamento da n.m.f. *acompanhada da obrigação quantificada de compra ou venda de mercadorias*.

#### § 1. A cláusula de considerações comerciais

A intenção da «cláusula de considerações comerciais» é a de colocar o Estado monopolista do comércio externo num plano formalmente igual ao ocupado pelos agentes económicos privados nos países de economia liberal. Ou seja, o país de economia centralmente planificada fica, em virtude dessa disposição, vinculado a nortear as suas decisões de importação e exportação com base em parâmetros como o preço das mercadorias, as quantidades disponíveis, a qualidade do produto, etc..

O governo britânico, ao negociar o acordo de comércio com a URSS em 1930, ciente da direcção única dos benefícios resultantes da inclusão da c.n.m.f., impôs a consagração de um protocolo anexo, pelo qual as partes contratantes assentavam em que:

«em matéria de compra e venda de mercadorias, embarque das mesmas, e em todas as outras matérias análogas, se inspirarão em considerações de ordem puramente comercial e financeira.»<sup>(166)</sup>

---

(165) DOMKE e HAZARD, «La c.n.p.f.» in *Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée*, 1961, pp. 75 ss.

(166) Cit. in SCHIAVONE, «La c.n.m.f. y el comercio Este-Oeste: limitaciones y perspectivas», *Bol. Mex. Der. Comp.*, 1979, pp. 763 ss.

Aparentemente, um tal protocolo obedece a uma filosofia semelhante à que determinou que o art. XVII § 1 b) do GATT impusesse que relativamente à actividade de empresas estatais, as partes contratantes se inspirariam «apenas em considerações de ordem comercial, tais como o preço, a qualidade, as quantidades disponíveis, a vendabilidade no mercado, os transportes e outras condições de compra ou de venda (...)». Há que não perder de vista, porém, que esta disposição do Acordo Geral incide sobre casos pontuais de empresas do Estado em países de economias de mercado e não sobre países de economia globalmente estatizada.

E a verdade é que a curta existência do acordo anglo-soviético de 1930 motivada pela sua denúncia unilateral pelas autoridades britânicas, aí estão a demonstrar que a cláusula de considerações comerciais não é a via correcta para propiciar uma reciprocidade material de vantagens na aplicação dos acordos comerciais, entre países com sistemas económicos-sociais divergentes, baseados na c.n.m.f.. Na verdade, dada a profunda disparidade de princípios orientadores da actividade económica, política e social, a exigência contida na referida cláusula arrisca-se a ter interpretações radicalmente diferentes de um lado e do outro, tal o seu carácter vago e ambíguo.

De facto, na medida em que seja o Estado, directamente ou por intermédio do seu agrupamento de comércio externo, a situar-se na posição de comerciante, as «considerações comerciais» poderão sofrer uma interpretação extensiva, abrangendo a análise da balança comercial com determinado país ou incorporando dados ainda mais «longínquos», como a necessidade de se privilegiar economicamente um bloco de países em detrimento de outro, etc.

Foi exactamente este tipo de questões que pôs precocemente fim ao acordo de 1930. O então Presidente do Conselho de Comércio, Lord RUNCIMAN, ao discursar perante a Câmara dos Comuns, afirmava: «É impossível atingir o objectivo típico da c.n.m.f., como mecanismo automático da política comercial, quando de um lado temos uma pessoa privada que age como comerciante, negociante, armador, etc. e do outro um Estado que pode dirigir todo o sistema comercial das importações e exportações». E o Royal Institute of International Affairs concluía: «De facto, comércio de Estado e princípio da n.m.f. são fundamentalmente irreconciliáveis»,<sup>(167)</sup> e foi essa a consideração substancial que conduziu à denúncia do acordo anglo-soviético de 1930.

---

<sup>(167)</sup> Cit. in DOMKE e HAZARD, *op. cit.*, p. 81.

## § 2. Os compromissos quantificados

Uma segunda forma de fazer face à insuficiência da cláusula no comércio entre países com sistemas económico-sociais antagónicos, consiste na fixação, para um determinado período, da natureza e volume das trocas. A sua implementação remonta já ao período entre as duas guerras.

Após o fracasso do acordo de 1925, com a Alemanha, a URSS firma com a Letónia, em 1927, um tratado de comércio que constitui o primeiro exemplo de concessão, por aquele país, de uma equivalência real à atribuição do tratamento da n.m.f. pelo seu co-contratante. Por esse tratado a União Soviética comprometia-se, como contrapartida da obtenção da c.n.m.f., a comprar, durante um período dado, mercadorias à Letónia no valor de 15.4 milhões de rublos. O não cumprimento desta parte do clausulado permitia à Letónia suspender a redução de tarifas até ser encontrada uma solução.

O mesmo processo enquadró o acordo comercial celebrado com a Pérsia em 1 de Outubro de 1927, face ao qual a URSS ficava vinculada a, no primeiro ano de vigência da convenção, importar 5 milhões de rublos de mercadorias persas.

Os mais destacados exemplos do segundo pós-guerra fundamentam-se numa variante do esquema soviético-letão de 1927. Assim, o tratado fino-soviético de 1940, depois renovado em 1947, estipula «de maneira incondicional e sem restrições, o tratamento da n.m.f. para tudo o que respeita ao comércio entre os dois países, a navegação e igualmente as relações industriais e outros tipos de actividades económicas sobre os seus territórios». Mas também se dispõe que «os governos das partes contratantes entabularão periodicamente negociações para a conclusão de acordos que definirão o volume e a natureza das respectivas importações e exportações». Neste quadro jurídico baseado na c.n.m.f., o comércio bilateral fino-soviético assenta em acordos quinquenais<sup>(168)</sup>, que podem ser considerados como «tratados-quadro»<sup>(169)</sup>.

Deste modelo se aproximam os tratados de comércio celebrados pela URSS com a Itália (1948), a Argentina (1953), o Egipto (1954), a Áustria (1955) ou

---

(168) Assim, por exemplo, o acordo quinquenal de 1956-60, complementar ao aludido tratado entre a Finlândia e a URSS, previa um aumento das importações/exportações recíprocas, segundo cifras especificadas, ao mesmo tempo que sugeria os modos de cobertura do saldo da balança comercial entre os dois países. V. SAUVIGNON, *La c.n.p.f., op. cit.*, p. 196.

(169) DOMKE e HAZARD, *op. cit.*, p. 93.

a RFA (1958). Nos próprios dispositivos ou em protocolos anexos são previstas quotas de importação ou exportação que dão um sentido de reciprocidade material à consagração da c.n.m.f..

§ 3. *Conclusão: as insuficiências de um bilateralismo necessário*

Quer o modelo iniciado com o tratado de 1947 entre a Finlândia e a URSS quer a prática do GATT relativamente às negociações para a adesão de alguns países socialistas, assentaram num mesmo conjunto de pressupostos: no momento presente, a única forma de emprestar aos acordos comerciais, celebrados entre países de economia liberal e países de economia centralmente planificada, um conteúdo de *reciprocidade material* e evitar a mera *reciprocidade formal* <sup>(170)</sup> potenciada pela c.n.m.f. *qua tale*, consiste na quantificação prévia das trocas a efectuar.

Só que, se isto é verdade, é também um facto que, por um lado a prática dos acordos complementares contem o grave inconveniente de exigir frequentes negociações, o que obsta a uma previsão a longo prazo da evolução das operações comerciais. Por outro, e acima de tudo, a inclusão de metas quantitativas mútuas insere-se na lógica de um bilateralismo fechado, que atenta contra o princípio de abertura subjacente à cláusula. Isto é, a cláusula, ao incorporar uma comparação com o tratamento dado a terceiros, fá-lo como simples ponto de partida para um crescimento prático das trocas comerciais. A filosofia da cláusula é «*expansionista*» e não «*restritivista*». Quando inserida num asfixiante quadro bilateral, a c.n.m.f. não só perde essa sua natureza dinâmica, como é obrigada a associar-se a mecanismos que a contradizem, a fim de serem atingidos resultados finais reciprocamente vantajosos.

Neste contexto, à c.n.m.f. resta uma função positiva <sup>(171)</sup> que não pode deixar de ser assinalada: a de, embora precariamente, se assumir como o único obstáculo jurídico sério a uma prática absolutamente discriminatória no comércio entre países com sistemas económicos e sociais opostos.

---

<sup>(170)</sup> Sobre estes conceitos, V. VIRALLY, «Le principe de la réciprocité...», *op. cit.*, PREISWERK, «La réciprocité...», *op. cit.*

<sup>(171)</sup> Numa perspectiva substancialmente mais optimista, coloca-se SCHIAVONE, «La c.n.m.f. ...», *op. cit.*, pp. 770 ss.

## CAPÍTULO II

### A CLÁUSULA E O COMÉRCIO ENTRE PAÍSES COM NÍVEIS DE DESENVOLVIMENTO ACENTUADAMENTE DESIGUAIS

O nosso tempo é, sem dúvida, um dos momentos culminantes da viragem do Direito Internacional. Elaborado secularmente pelos países ricos do Norte para servir de código de relacionamento entre eles, o Direito Internacional clássico não consegue esconder hoje o seu enfeudamento a tais interesses, a ponto de alguns autores conceituados<sup>(172)</sup> lhe apontarem o pecado grave de servir de manto a uma verdadeira ordem internacional de miséria.

Em face do drama do sub-desenvolvimento, os tradicionais formalismos jurídicos do tipo dos «tratados de amizade, comércio e navegação» mostram-se absolutamente inadequados. À semelhança do que ficou dito no Capítulo I, também aqui o problema principal reside na busca de sucedâneos para esquemas fundamentados numa reciprocidade meramente formal. Neste contexto, ganham renovada actualidade as seguintes palavras de Paulo VI: «No comércio internacional entre economias desenvolvidas e sub-desenvolvidas, as situações são demasiado discordantes e as liberdades reais demasiado desproporcionadas. A justiça social exige que o comércio internacional, para ser humano e moral, restabeleça entre as duas partes, pelo menos, uma certa igualdade de possibilidades. É um objectivo a atingir a longo prazo. Mas, para o alcançar, é preciso, desde já, criar uma igualdade real nas discussões e negociações.»<sup>(173)</sup>

É precisamente no âmbito do comércio entre economias desenvolvidas e economias em desenvolvimento que a solução preferencial encontra mais defensores. Enraizada na experiência de relacionamento entre as metrópoles europeias e os seus domínios coloniais, a prática das preferências para o desenvolvimento, referencial básico da Nova Ordem Económica Internacional (N.O.E.I.), arranca de uma dupla reivindicação dos países em desenvolvimento: por um lado, uma abertura especial dos mercados dos países desenvolvidos aos

---

<sup>(172)</sup> BEDJAOUI, *Para uma Nova Ordem Económica Internacional*, 1979, pp. 19 ss.

<sup>(173)</sup> PAULO VI, *Populorum Progressio*, (trad. port.) 1967, p. 38.



produtos das nações mais pobres, não transmissível aos restantes países industrializados, por outro, a consagração de preferências recíprocas no comércio entre países sub-desenvolvidos, igualmente não comunicável aos países ricos.

Eis, pois, um campo (mais um...) em que a c.n.m.f., enquanto instrumento jurídico apropriado para reger as relações entre países de desenvolvimento económico idêntico, se apresenta particularmente ineficaz.

## SECÇÃO 1.

### *ANTECEDENTES DAS PREFERÊNCIAS PARA O DESENVOLVIMENTO*

#### *§ 1. As preferências coloniais*

Todo o regime das preferências concedidas pelas metrópoles coloniais aos territórios delas dependentes assenta numa escapatória simples ao princípio da n.m.f..

Sabemos que, através deste, se comunicam aos beneficiários as vantagens concedidas a terceiros. Ora, as potências colonias fundamentaram-se na solidez de laços políticos e económicos com os territórios colonizados para negarem, a partir daí, que estes últimos pudessem reconduzir-se à noção de terceiros. O estatuto colonial criava, assim, uma excepção de pleno direito à c.n.m.f. <sup>(174)</sup>: «Uma preferência colonial é um assunto interno de um Império, no qual um país estrangeiro não se deve intrometer.» <sup>(175)</sup>

Ultrapassada a fase colonial pura, obtida uma sensível autonomia política, administrativa e económica pelos antigos territórios coloniais, ou seja, a partir do momento em que as relações entre a «mãe pátria» e os territórios ultramarinos começam a ser reguladas pela via convencional, a questão da consideração das novas entidades autónomas ganhou novo fôlego. O exemplo da Commonwealth permite-nos uma análise concreta da situação.

---

<sup>(174)</sup> V., por todos, NOLDE, *op. cit.* (RCADI, 1932) pp. 95 ss.

<sup>(175)</sup> NOLDE, *op. cit.* (ANN. IDI, 1934), p. 461.

Em pleno auge da abertura comercial britânica, em meados do século passado, a pauta de 1842, que consagrava 375 posições (num total de 1825) de natureza preferencial em favor das colónias, foi sendo revista até à sua completa revogação em 1860. Ponto cimeiro deste abandono das clássicas preferências coloniais são os tratados comerciais com a Bélgica (1862) e com o Zollverein (1865), pelos quais as colónias britânicas ficam obrigadas a atribuir-lhes o tratamento incondicional da n.m.f..

Com o aproximar do fim do século, o movimento sofreu um impulso inverso. Em 1897, os dois tratados referidos são denunciados, a pauta canadiana desse mesmo ano prevê direitos de entrada especialmente favoráveis para os domínios do Império Britânico e, a partir de um bill de 1919, a Grã-Bretanha consagra definitivamente um sistema preferencial a favor dos membros do Império.

Duma forma sucinta, podemos encarar este sistema preferencial sob dois prismas complementares:

A) *o lado externo* — Se se tinha tornado hábito, nos tratados comerciais celebrados pela Grã-Bretanha, a inclusão duma «cláusula da nação *estrangeira* mais favorecida» (por exemplo, o tratado com a Itália, de 1883, dispunha que «os dois países não imporão direitos superiores aos impostos sobre os artigos produzidos ou fabricados em qualquer outro país *estrangeiro*»<sup>(176)</sup>, a aquisição pelos *dominions* de uma independência significativa em matéria de relações externas (Estatuto de Westminster de 1931) recolocou o problema da aplicabilidade da c.n.m.f..

A questão haveria de ser solucionada pela Conferência de Ottawa de 1932. Nela, os membros da Commonwealth celebrariam uma série de acordos bilaterais, nos quais se consagrava a «preferência imperial»: a Grã-Bretanha passa a importar com total isenção de direitos os produtos oriundos dos *dominions* e «os representantes dos diferentes governos (na Conferência) declararam que a sua política será a de não permitir que obrigações de tratados em que venham a participar no futuro intervenham nas preferências que os Governos do Impé-

---

(176) Cit. in SAUVIGNON, *La c.n.p.f.*, *op. cit.*, p. 285.

rio decidem conceder-se mutuamente e que se libertarão de tratados em vigor que comportem semelhante intervenção»<sup>(177)</sup>.

No plano externo, a reserva imperial à cláusula exprime-se, pois, pela cláusula da nação *estrangeira* mais favorecida, de que o tratado Irlanda-Portugal de 1929 nos dá um exemplo: «Nada no presente tratado afectará o direito do governo do Estado livre da Irlanda de modificar, manter ou incrementar o tratamento preferencial concedido a um qualquer dos Estados membros da Commonwealth britânica das nações.»<sup>(178)</sup>

B) *o lado interno* — Por seu turno, no contexto das relações comerciais intramuros da Comunidade britânica, a fórmula mais utilizada passou a ser a de uma aplicação matizada do standard da c.n.m.f.. Ou seja, os Estados-membros comprometem-se a atribuir-se reciprocamente as preferências concedidas ou a conceder às restantes partes da Comunidade britânica.

Em síntese, entendemos, com NOLDE, que as preferências coloniais constituem excepção de pleno direito à c.n.m.f., à semelhança do comércio fronteiriço, por exemplo.

## § 2. *Os regimes de mandato e de tutela*

No campo das preferências pós-coloniais, os casos dos países sob mandato ou sob tutela é regulado respectivamente pelos artigos 22.º, § 5.º do Pacto da SDN e 76.º da Carta das Nações Unidas.

Ambos proibem expressamente as práticas discriminatórias por parte dos territórios dependentes. Diz o artigo 76.º da Carta que um dos fins do regime de tutela é o de «assegurar a igualdade de tratamento no domínio social, económico e comercial a todos os membros da organização e aos seus cidadãos».

O que está em causa é, pois, a proibição de um tratamento preferencial por parte do país dependente em favor da potência mandatária ou tutora, apenas isso. Donde se infere, nestes dois casos, a possibilidade de práticas prefe-

---

<sup>(177)</sup> Declaração da Conferência de Ottawa, cit. in NOLDE, *op. cit.* (ANN. IDI, 1934), p. 463.

<sup>(178)</sup> Cit. in. SAUVIGNON, *La c.n.p.f.*, *op. cit.*, p. 287.

renciais por parte dos Estados mandatários ou tutores. E, dada a solidez dos laços existentes, pode afirmar-se que o regime de tais preferências se assemelha, em tudo, ao das preferências coloniais.

### § 3. Os acordos da associação com a CEE

Aquela que podemos considerar como a prática mais importante de preferências especiais é a que foi corporizada pelos diversos acordos de associação com a Comunidade Económica Europeia, baseados quer no artigo 238.º quer no artigo 131.º e seguintes do Tratado CEE.

Sem entrarmos numa descrição detalhada<sup>(179)</sup> do percurso histórico seguido desde Yaoundé I até Lomé III (e isto para só citar o caso mais importante, o dos acordos CEE/ACP), não podemos de deixar de referir que a prática de tais acordos vem na sequência lógica das relações entre alguns Estados membros fundadores (França, Bélgica, Itália, Holanda) e as suas antigas colónias.

Tomando como quadro exemplificativo o das convenções de Lomé, elas traduzem-se na criação de zonas de comércio livre entre cada Estado ACP e a Comunidade, com um carácter preferencial nos dois sentidos. Ou seja: por um lado, incorporam *preferências especiais ou verticais*, na medida em que os mercados dos países industrializados se abrem (em termos de isenção) aos produtos oriundos dos seus parceiros em desenvolvimento, e apenas deles; por outro, integram um regime de *preferências inversas*, uma vez que, como compensação da abertura preferencial do mercado comunitário, os países associados concedem um acesso também preferencial aos produtos da Comunidade nos seus próprios mercados (vigoram, pois, *preferências recíprocas*).

A natureza meramente acessória da c.n.m.f. no âmbito destes acordos de associação prende-se com a sua consagração unilateral. Ainda tomando como exemplo o das convenções CEE/ACP, verifica-se que estes últimos Estados atribuem o tratamento da n.m.f. à Comunidade. A explicação deste facto é bem simples: a cláusula funciona aqui como contrapartida da outorga das vanta-

---

(179) Sobre o tema V. VIGNES, *op. cit.*, pp. 307 ss.; ANANIADES, «*L'Association aux Communautés Européennes*», 1967, pp. 243 ss.; WORTLEY (ed.), *The law of the Common Market*, 1974, pp. 194 ss.; BOUVIER, *L'Europe et la coopération au développement. Un bilan: la Convention de Lomé*.

gens preferenciais pela CEE em benefício dos Estados associados. Por outro lado, esta atribuição unilateral serve de garantia jurídica às preferências inversas<sup>(180)</sup>. De facto, sem a c.n.m.f., estas arriscavam-se a ficar vazias de significado — e de conteúdo — caso um tratamento ainda mais favorável nessa matéria venha a ser acordado com um qualquer terceiro.

#### § 4. *A posição tradicional do GATT*

Concebido como instrumento jurídico das relações comerciais entre países com estruturas económicas idênticas, o GATT, na sua redacção original, previa apenas três tipos de excepções ao princípio-chave da n.m.f., no que se refere a sistemas preferenciais.

Assim, para além da já citada admissão condicionada de zonas de comércio livre e uniões aduaneiras (art. XXIV), deve referir-se a contemporização para com as chamadas «preferências históricas». É o próprio art. I, §§ 2 e 3 que a testemunha. Nele se prevê a continuação dos sistemas preferenciais praticados no seio da Comunidade Britânica e da União Francesa, entre os EUA e Cuba ou entre o Chile, por um lado, e a Argentina, Bolívia e Peru por outro, e ainda «as preferências entre os países que faziam outrora parte do Império Otomano e que se separaram dele em 24 de Julho de 1923»<sup>(181)</sup><sup>(182)</sup>.

---

<sup>(180)</sup> VIGNES, *op. cit.*, p. 324.

<sup>(181)</sup> Trata-se da fixação da chamada «cláusula otomana», prevista já no tratado comercial multilateral de Lausana, de 1923. Os países abrangidos, para além da Turquia, são a Arábia Saudita, o Egipto, o Iraque, o Líbano, a Palestina, a Síria, a Transjordânia e o Yemen.

<sup>(182)</sup> Esta manutenção, teoricamente inesperada, das preferências coloniais, é justificável não apenas por razões políticas como pela necessidade imperiosa de serem mantidos certos fluxos comerciais internacionais importantes. O que não impede que, quando da adesão de certas potências coloniais ao GATT, os respectivos protocolos de adesão não tivessem imposto condições à persistência das relações preferenciais com as colónias. Foi o que se passou com Portugal: o n.º 3 do protocolo de adesão de 6 de Abril de 1962 subtraía as nossas preferências coloniais ao princípio da n.m.f., desde que Portugal viesse a eliminar, até 1 de Janeiro de 1974, «os direitos e outras regulamentações restritivas do comércio, para o essencial das trocas entre os distintos territórios aduaneiros de Portugal, de produtos originários desses territórios».

Também com a natureza de excepção meramente pontual nos surge o art. XVIII, apesar da revisão da sua redacção, operada em 1957. Nele se exprime o reconhecimento de que a realização dos objectivos do Acordo Geral «será facilitada pelo desenvolvimento progressivo das economias» (dos países em desenvolvimento), para o que se consigna a possibilidade de derrogação especial ao art. I, com vista quer a favorecer a criação de determinado ramo de produção, quer a proteger o equilíbrio das respectivas balanças de pagamentos.

O sistema configurado no art. XVIII, apesar de abrir às economias sub-desenvolvidas possibilidades teóricas de romperem com o esquema perverso da igualdade formal previsto no art. I, acaba por se mostrar incapaz de responder aos verdadeiros problemas, uma vez que obriga as partes contratantes em desenvolvimento a recorrerem a constantes derrogações, em vez de instituir um sistema geral radicalmente transformador.

## SECÇÃO 2

### *O SISTEMA DE PREFERÊNCIAS GENERALIZADAS*

Como ficou claro, os casos indicados de tratamento preferencial a favor dos países em desenvolvimento tinham como característica básica comum o facto de serem excepções ao princípio da n.m.f.. Quer dizer, no plano jurídico-económico internacional continuou a prevalecer a ideia de que, como consequência da igualdade jurídica dos Estados (art. 2, § 1 da Carta das Nações Unidas), todos deveriam ser tratados de forma idêntica, independentemente da sua situação concreta. Tratamentos preferenciais (logo, discriminatórios) só seriam admitidos como excepções que confirmam a regra.

As transformações profundas ocorridas designadamente a partir da década de 60, com o aprofundamento progressivo da reivindicação de uma Nova Ordem Económica Internacional e o gradual enraizamento de um novo direito — o direito ao desenvolvimento — e de um novo princípio — o da desigualdade compensatória<sup>(183)</sup> —, estas transformações complexas desembocaram na con-

---

(183) Sobre o tema, v. FLORY, *Droit International du Développement*, *op. cit.*, pp. 246 ss.; VIRALLY, «Vers un Droit au développement», *AFDI*, 1965; ISRAEL, «Le droit au développement», *RGDIP*, 1983 n.º 1; CAMPINOS, «Igualdade jurídica e desigualdade económica em Direito Internacional Público Contemporâneo», *Boletim do Ministério da Justiça*, 1984, pp. 12 ss.

sideração do comércio internacional como factor decisivo para o desenvolvimento e o progresso, e na conseqüente negação da c.n.m.f. como instrumento adequado ao combate contra a desigualdade material.

Como explica, de forma magistral, o Professor GROS ESPIELL<sup>(184)</sup>, «esta ideia de que os casos desiguais devem ser tratados de forma desigual para se obter uma correcta e equitativa aplicação de princípio da igualdade, já que a aplicação de um tratamento igual a situações desiguais significa a manutenção da desigualdade inicial, remonta ao pensamento aristotélico». É, afinal, o princípio elementar da justiça distributiva, formulado pelo filósofo desta maneira: «*Ao que tem menos, há que adicionar-lhe aquilo em que o médio o excede; ao que tem mais, há que retirar-lhe aquilo em que excede o médio*»<sup>(185)</sup>.

Em todas as actividades humanas (e, portanto, também no comércio internacional) a justiça distributiva impõe, assim, um tratamento preferencial favorável aos que se encontram numa posição de inferioridade material. Ideia que haveria de encontrar expressão adequada no célebre *princípio da dualidade das normas*, fundamento por excelência do novo Direito Internacional do Desenvolvimento<sup>(186)</sup>.

### § 1. A Parte IV do GATT

Já a Carta de Havana havia recolhido algumas destas ideias. Assim, o art. 15 previa a celebração de «acordos preferenciais entre dois ou mais países, no contexto de programas de desenvolvimento económico». Não obstante, o reconhecimento da validade de tais acordos estava fortemente limitado por exigências de forma e de conteúdo, em ordem a evitar a proliferação de esquemas preferenciais.

---

<sup>(184)</sup> «Preferências a los países en desarrollo», *Rev. Pol. Int.*, 1974, n.º 133, p. 44.

<sup>(185)</sup> *Ética a Nicómaco*, «Da Justiça», Cap. III § VI; RADBRUCH interpretaria o princípio aristotélico da seguinte forma: «Justiça significa igualdade, não o tratamento igual de todos os homens e de todos os factos mas sim a aplicação de uma medida igual. O tratamento mesmo será diferente enquanto difiram os homens e os factos e haverá, portanto, não igualdade de tratamento absoluta, mas antes proporcional» («*O fim do Direito*», comunicação apresentada ao Congresso do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica, Roma, 1937-38)

<sup>(186)</sup> FLORY, *Le GATT...*, *op. cit.*, 189; CAMPINOS, *op. cit.*, pp. 17 ss.

Como vimos, o GATT não continha qualquer disposição do género. Ora, dada a manifesta insuficiência das preferências históricas e dos mecanismos do art. XVIII para regular a problemática comercial dos países em desenvolvimento, as Partes Contratantes criaram, em 1957, um grupo de trabalho encarregue de estudar a questão, de cuja reflexão resultou o «Relatório HABERLER». O impacto suscitado pelas suas conclusões esteve na raiz de todo um processo<sup>(187)</sup> que levou ao «Protocolo de Emenda», de 8 de Fevereiro de 1965, que adiciona uma Parte IV ao texto original do Acordo Geral, composta de três artigos.

A construção lógica desta Parte IV é assaz simples. Começa por elencar alguns objectivos prioritários: elevação rápida dos níveis de vida dos países em desenvolvimento, acesso mais seguro das exportações destes países aos mercados das economias industrializadas, compromissos assumidos pelas partes contratantes desenvolvidas de que estas «*não esperam reciprocidade (...) quanto à redução ou remoção de direitos aduaneiros ou de outros obstáculos ao comércio (...)*» (art. XXXVI, n.º 8). Para a prossecução destes objectivos estratégicos, os dois artigos seguintes estabelecem as obrigações concretas das partes contratantes, quer consideradas individualmente (art. XXXVII) quer colectivamente (art. XXXVIII).

Para além do alto significado da simples incorporação de novas regras no GATT, especificamente devotadas ao problema do comércio e desenvolvimento, esta Parte IV assume paralelamente uma importância crucial para a avaliação da posição da c.n.m.f. dentro desta mesma problemática.

De facto, e dentro de uma interpretação do art. I § 1 do Acordo Geral, não como regra isolada mas componente, entre outras, do texto deste tratado internacional<sup>(188)</sup>, tendo, assim, em conta que as Partes Contratantes podem autorizar os Estados membros menos desenvolvidos a usarem de medidas especiais para favorecer o seu comércio e o seu desenvolvimento (art. XXXVI § 1, f) e que as partes contratantes desenvolvidas não esperam reciprocidade nas negociações com os países em desenvolvimento, torna-se evidente que as partes contratantes desenvolvidas não devem invocar a c.n.m.f. para que lhes sejam comunicadas as vantagens especiais acordadas por uma parte contratante desenvolvida a uma outra em desenvolvimento, para cumprimento dos objectivos fixa-

---

(187) V., por todos, BALLESTEROS GONZALEZ, *op. cit.*, pp. 189 ss.

(188) Cfr. art. 31 § 2 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.



dos no art. XXXVI. A Parte IV do GATT possibilita, assim, que a cláusula não seja aplicada nas relações comerciais entre partes contratantes desenvolvidas e partes contratantes em desenvolvimento, limitando-se ao relacionamento entre as primeiras<sup>(189)</sup>.

## § 2. A evolução do problema no seio da CNUCED

Desde a sua criação, em 1964, que a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (CNUCED/UNCTAD) tem dedicado parte sensível do seu trabalho à questão das preferências para o desenvolvimento e à sua relação com a c.n.m.f..

A sua posição foi definida, desde logo, no célebre VIII Princípio Geral da Recomendação A.I.1., aprovada na 1.ª Sessão, em 1964: «(...) *os países desenvolvidos deverão atribuir concessões a todos os países em vias de desenvolvimento, fazer beneficiar estes países de todas as concessões que acordam entre si e, uma vez que lhes outorguem estas concessões ou outras, não exigir destes países reciprocidade. Novas preferências tarifárias e não-tarifárias deverão ser acordadas ao conjunto dos países em vias de desenvolvimento sem o serem entretanto aos países desenvolvidos (...)*»

Trata-se de uma redacção cautelosa<sup>(190)</sup> que persiste ainda na consideração do tratamento da n.m.f. como princípio-base das trocas comerciais, embora limitando-o às relações entre países de igual nível de desenvolvimento económico. Quanto aos países em desenvolvimento, entende-se que o princípio clássico da reciprocidade formal deve ceder perante a urgência duma reciprocidade real, à semelhança da já analisada exigência dos países industrializados de economia liberal aos países socialistas. Para tal efeito, os países desenvolvidos

---

(189) ESPIELL, «El GATT, la c.n.m.f. y las preferencias a los países en desarrollo», *Bol. Mex. Der. Comp.*, 1979, pp. 723 ss. e «La c.n.m.f. ...», *op. cit.*, pp. 37 ss.

(190) A reforçar essa redacção defensiva está o facto de a Recomendação A.II.1. exigir um tratamento preferencial apenas para os produtos manufacturados e semi-acabados não o estendendo aos produtos de base, para os quais aponta a conclusão de acordos internacionais de estabilização dos níveis e preços de exportação.

deverão conceder um tratamento preferencial ao conjunto dos países em desenvolvimento não extensível aos restantes países industrializados.

Esta linha viria a ser definitivamente reforçada pela Resolução 21 (II) da CNUCED, aprovada na Sessão de Nova Delhi de 1968. Aprovada por unanimidade, a resolução prevê um *sistema de preferências generalizadas* (SPG) a favor dos produtos manufacturados e artigos semi-acabados dos países em desenvolvimento, por um período renovável de dez anos e cujas finalidades serão, relativamente aos beneficiários, «de aumentar as suas receitas de exportação, de favorecer a sua industrialização e de acelerar o ritmo do seu desenvolvimento económico».

Há que referir, desde já, a profunda diferença entre este SPG e os esquemas preferenciais selectivos praticados anteriormente, por exemplo, pela CEE. Dois pontos fundamentais os distinguem. Em primeiro lugar, o relevo dado ao princípio da reciprocidade: enquanto as preferências selectivas são recíprocas, o SPG é marcado pela ideia fundamental da não-reciprocidade; por outro lado, enquanto no SPG o destinatário é o *conjunto* dos países em desenvolvimento (pelo menos como princípio), nas preferências comunitárias há uma clara discriminação entre os países em desenvolvimento, uma vez que as vantagens atingem apenas certos Estados, com exclusão de todos os restantes.

Com a fisionomia que lhe é dada pela Resolução 21 (II) da CNUCED e ainda com as precisões trazidas pelo Acordo de 12 de Outubro de 1970, concluído no seio do Comité Especial de Preferências daquele organismo subsidiário da Assembleia Geral, o SPG desdobra-se, afinal, numa pluralidade de esquemas nacionais que entroncam num conjunto de referências comuns:

- no que toca mais directamente ao seu *estatuto jurídico*, os esquemas preferenciais analisam-se como concessões unilaterais, portanto não negociadas com os beneficiários, às quais não se aplica o art. II do GATT (direitos não consolidados), pelo que nada impede a sua posterior retirada ou abrandamento;
- quanto aos «*dadores*»<sup>(191)</sup>, todos os países-membros da OCDE e do COMECON são solicitados a participar;

---

(191) Terminologia oficial que merece de ESPIELL («Preferencias...», *op. cit.*, p. 48) a crítica seguinte: «A outorga de preferências não é uma doação, quer dizer, o resultado de mera

- já relativamente aos *beneficiários* vigora o *princípio da auto-eleição*, isto é, o tratamento preferencial é atribuído às exportações dos países que a si mesmos se declaram em desenvolvimento, apesar de os países industrializados se reservarem o direito de recusá-lo a determinados Estados «por razões imperativas», como veremos;
- sem vocação para abranger os produtos de base, o SPG cobre, em princípio, todos os produtos manufacturados e artigos semi-acabados provenientes dos países em desenvolvimento, compreendidos nos capítulos 25 a 99 da Nomenclatura Tarifária de Bruxelas;
- finalmente, os países dadores reservam-se o direito de invocar *mecanismos de salvaguarda* para protecção dos seus próprios mercados, em caso de ameaça grave provocada por fluxos incontroláveis derivados do tratamento preferencial.

### § 2.1. A prática do SPG e desenvolvimentos ulteriores

Dada a sua importância e o tipo de técnicas utilizadas, vale a pena determo-nos nos esquemas preferenciais postos em prática pela CEE e pelos EUA, ao abrigo do SPG.

A) O ESQUEMA DA CEE — Desde 1 de Julho de 1971 que a CEE aplica o seu esquema de preferências generalizadas. Em termos genéricos, essas preferências consistem na isenção aduaneira total sobre os produtos industriais e parcial para certos produtos agrícolas transformados.

Até 1980, o esquema comunitário assentava num sistema de plafonds e contingentes. Quer dizer, para os «produtos híbridos» (geridos conjuntamente pela Comissão das Comunidades e pelos beneficiários), «produtos quase-sensíveis» e «produtos não-sensíveis» eram calculados plafonds globais, com base num montante fixo, correspondente ao valor das importações dos beneficiários ao longo de um ano de referência<sup>(192)</sup>. Para os produtos «sensíveis»

---

liberalidade, mas antes a consequência de uma obrigação não convencional, mas reconhecida pela *opinio juris* e declarada pela comunidade internacional, que está no fundamento mesmo dos princípios em que se baseia o novo Direito Internacional e o chamado Direito do Desenvolvimento.»

(192) CARREAU/JUILLARD/FLORY, *op. cit.*, p. 357; «Europe Information/Rélations Extérieures» n.º 41/81.

face aos quais a indústria comunitária sentia especiais dificuldades — impedia um sistema de contingentes, pelo qual o volume de importações comunitário era repartido em quotas-partes por todos os Estados membros, e em que haveria um restabelecimento automático dos direitos aduaneiros, uma vez atingidos os limites nacionais. Enfim, para evitar que terceiros, não beneficiários do SPG, exportassem com isenção para a CEE através de beneficiários, estipulou-se a obrigatoriedade do certificado de origem, comprovativo de que o produto era inteiramente obtido no beneficiário ou havia sofrido nele transformação suficiente.

Ao longo destes dez primeiros anos de aplicação do esquema preferencial europeu, deve destacar-se não só o aumento contínuo do valor do benefício representado pelo SPG no sector industrial (de 478 milhões de UCE em 1971, para 6 900 milhões em 1980), mas também a redução do número de produtos sensíveis (53 para 15).

Todavia, a verdade é que os produtos realmente cobertos pela isenção não ultrapassaram os 55% a 60% dos possíveis, ao mesmo tempo que apenas 13 beneficiários totalizaram mais de 70% das importações preferenciais. O novo esquema, aprovado pelo Conselho de Ministros da CEE em Dezembro de 1980, visa, assim, não só uma repartição mais diversificada pelos produtos, como também um acesso mais fácil e amplo às preferências.

Desde logo, os contingentes/plafonds globais foram abolidos, o que permite não apenas que cada beneficiário utilize o plafond aberto, como também que o restabelecimento dos direitos da Pauta Aduaneira Comum, decorrente da ultrapassagem do montante preferencial, seja feito apenas relativamente aos países em que tal ultrapassagem se verifique.

Em segundo lugar, deu-se a supressão das classificações anteriores (sensíveis, híbridas, quase sensíveis e não sensíveis) para se receber uma classificação muito mais simples: sensíveis e não sensíveis.

Depois, as exportações dos países em desenvolvimento mais competitivos são submetidas a um regime de contingentes individualizados por beneficiário, mas repartidos em quotas-partes relativas aos Estados membros da CEE, devendo cada um destes restabelecer os direitos da Pauta Aduaneira Comum, no caso de ser atingido o montante superior da sua quota-parte. Estas quotas-partes não existem para os outros países: para estes, os direitos aduaneiros são repostos para o conjunto da Comunidade.

Finalmente, os países menos desenvolvidos gozam de uma total isenção para todos os produtos industriais e para os produtos agrícolas incluídos no SPG.

B) *O ESQUEMA DOS EUA* — Definitivamente desbloqueada pelo Trade Act de 1974, a problemática das preferências para o desenvolvimento viria a ser objecto de uma «executive order» que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1976. Trata-se de um esquema fortemente restritivo, quer no que toca à designação dos beneficiários quer em relação às medidas de salvaguarda.

Assim, quer por critérios imperativos quer por critérios discricionários, o esquema nega o benefício das preferências a inúmeras categorias de países: pelos primeiros, aos países comunistas, aos membros da OPEP ou ainda àqueles que «concedam aos produtos provenientes de um outro país desenvolvido um tratamento preferencial que comporte ou ameace comportar um risco sério ao comércio dos Estados Unidos» (casos da Grécia e Espanha, por força dos seus acordos de associação com a CEE vigentes nesse momento); em seguida, cabe facultativamente ao Presidente dos EUA apreciar da concessão das prerrogativas de beneficiário, por exemplo, «a um país que tenha nacionalizado ou expropriado (...) bens pertencentes a um cidadão dos Estados Unidos ou a uma sociedade (...) de que 50%, pelo menos, do capital seja de origem norte-americana».

Também no que respeita às medidas de salvaguarda, o esquema preferencial estadunidense se revela francamente limitativo. De facto, prevê-se não só a hipótese de retirada de uma preferência cada vez que tal se torne necessário, em homenagem à «preservação de competitividade», como também a possibilidade de ser excluído da lista de produtos abrangidos aquele que seja atingido por medidas internas de limitação de importações.

Apesar dos limites evidentes, quer no plano material (manifesta falta de generalidade do sistema, não consideração de especificidade dos países menos avançados, dificuldades de compatibilização com preferências especiais já existentes) quer ao nível institucional (insuficiências do Comité Especial de Preferências, demasiada amplitude das cláusulas de salvaguarda, deficiente grau de vinculatividade jurídica do sistema), apesar de tudo, as mais altas instâncias internacionais têm feito do SPG uma proclamação reiterada.

É, desde logo, o caso da Assembleia Geral da ONU. A resolução 2626 (XXV) de 1970, «Estratégia Internacional do Desenvolvimento para a Segunda Década das nações Unidas para o Desenvolvimento», lembrava a necessidade de serem empreendidos esforços com vista a melhorar ainda estes acordos preferenciais (...) numa perspectiva dinâmica». Por seu turno, a Declaração sobre a Instauração duma NOEI [Resolução 3201 (S-VI) de 1 de Maio de 1974] afirma no seu nº4: «A NOEI deverá ser fundada no respeito integral dos seguintes princípios: n) Tratamento preferencial e sem reciprocidade para os países em vias de desenvolvimento, sempre que isso seja praticável, em todos os domínios da cooperação económica, cada vez que tal seja possível». Ao que a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados [Resolução 3 281 (XXIX) de 12 Dezembro de 1974], depois de recordar, no art. 18 que «na condução das relações económicas internacionais, os países desenvolvidos deverão esforçar-se por evitar medidas que tenham um efeito negativo sobre o desenvolvimento da economia nacional dos países em vias de desenvolvimento», acrescenta que «o comércio internacional deverá ser praticado sem ameaças às preferências generalizadas sem discriminação nem reciprocidade, de que os países em vias de desenvolvimento devem beneficiar na base do proveito mútuo, da igualdade de vantagens e da atribuição mútua do tratamento da c.n.m.f.» (art. 26).

## § 2.2. *O SPG e o GATT*

Esta alusão apenas a três das inúmeras tomadas de posição da organização universal sobre o SPG será proventura suficiente para confirmar a existência de um consenso geral no sentido de que os países industrializados se abstenham de lançar mão da c.n.m.f. para a obtenção das vantagens concedidas a um país em desenvolvimento no quadro do SPG. Consequentemente, o problema veio a colocar-se no seio do GATT.

As Partes Contratantes, por decisão de 25 de Maio de 1974, viriam a autorizar os países membros desenvolvidos a adoptarem um tratamento preferencial generalizado e não discriminatório a favor dos produtos oriundos dos países em desenvolvimento.

Esta autorização tomou a forma de derrogação possibilitada pelo procedimento de Waiver estabelecido no art. XXV de Acordo Geral <sup>(193)</sup>. No entanto, deve ter-se em atenção que, de acordo com a decisão, esta atribuição de preferências deve ser notificada às Partes Contratantes, ficando o país dador

sujeito à realização de consultas, em caso de tal ser solicitado por outra parte contratante que se sinta lesada.

Em face do exposto, deve considerar-se adquirido que o tratamento preferencial concedido por um país desenvolvido a um país em desenvolvimento constitui uma excepção de pleno direito à c.n.m.f.. É o que expressa o art. 23 do Projecto de Artigos da CDI: «*Um Estado beneficiário não tem direito, em virtude duma c.n.m.f. ao tratamento conferido por um Estado concedente desenvolvido a um Estado terceiro em desenvolvimento, na base da não reciprocidade, segundo um esquema de preferências generalizadas estabelecido por este Estado concedente que seja conforme a um SPG reconhecido pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto ou, tratando-se de Estados membros de uma organização internacional competente, adoptado de maneira conforme às regras e procedimentos pertinentes desta organização*»<sup>(194)</sup>.

Aliás, o próprio GATT, no âmbito das negociações comerciais multilaterais (Tokyo Round), viria a sancionar, no plano convencional, aquela excepção implícita. Fê-lo através do acordo de 3 de Dezembro de 1979, intitulado «Tratamento diferenciado e mais favorável, reciprocidade e participação mais completa dos países em desenvolvimento», cujos quatro primeiros parágrafos consubstanciaram a chamada «cláusula de habilitação» (*enabling clause*). Esta toma como princípio fundamental o de que «não obstante o estipulado no art. I § 1 do Acordo Geral, as partes contratantes podem conferir um tratamento diferenciado e mais favorável aos países em desenvolvimento, sem concederem tal tratamento às restantes partes contratantes» (§ 1).

É de notar, no entanto, que o carácter compromissório desta declaração determinou que a uma não-reciprocidade *tout court* se substituisse uma «*reciprocidade mitigada*»<sup>(195)</sup>, isto é, a ideia de uma graduação entre os diferentes países em desenvolvimento, consoante o seu nível de desenvolvimento, e, por consequência, consoante a sua maior ou menor capacidade de negociação de

---

(193) Esta solução, escolhida de entre três alternativas colocadas pelo Secretariado da organização (emenda do Acordo Geral, derrogação segundo o art., XXV e declaração unânime de autorização excepcional e temporária) viria a ser objecto de inúmeras críticas. V., por todos, ESPIELL, «Preferencias... » *op. cit.*, pp. 49 ss.

(194) ANN. CDI, 1978, vol. II 2.ª parte, p. 66.

(195) PREISWERK, *op. cit.*, p. 34.

direitos aduaneiros (gradação esta que, em traços muito gerais, distingue os chamados novos países industriais, os restantes países em desenvolvimento e ainda os países menos desenvolvidos). É o que deixa entender a «graduation clause» inserida no o parágrafo 7 daquele acordo: «os países em desenvolvimento esperam que a sua capacidade de negociação de concessões ou de participação em qualquer acção mutuamente acordada, segundo as disposições e procedimentos do Acordo Geral, seja incrementada com o desenvolvimento progressivo das suas economias e a melhoria da sua situação comercial e esperam, assim, *participar de forma mais completa no quadro de direitos e obrigações do Acordo Geral*». <sup>(196)</sup>

### SECÇÃO 3.

#### AS PREFERÊNCIAS ENTRE PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Diversos acordos de comércio celebrados recentemente entre Portugal e países em desenvolvimento consagram um outro tipo de excepção à c.n.m.f.. Assim, o art. 1 do acordo comercial de 20 Abril de 1980 com Cabo Verde estabelece que «As disposições do presente artigo (c.n.m.f.) não abrangem (...) as vantagens que são ou possam vir a ser concedidas por Cabo Verde a um ou vários países em desenvolvimento.» <sup>(197)</sup>.

Estamos perante um novo problema: não já um tratamento preferencial conferido pelos países industrializados às economias em desenvolvimento mas antes preferências que os países do Terceiro Mundo se concedem entre si. Mas problema novo apenas no encadeado lógico do nosso estudo, uma vez que, sobretudo na prática dos países da América Latina, a consagração de um tratamento preferencial ganhou ancestralmente raízes, que viriam a servir de trampolim para as tomadas de posição, quer do GATT quer da CNUCED, sobre esta matéria.

---

<sup>(196)</sup> Sobre a enabling clause, v. CARREAU, «Les negotiations...», *op. cit.*, pp., 164 ss; YUSUF, «Differential and more favourable treatment: The GATT enabling clause», *JWTL*, 1980 n.º 3; LONG, *op. cit.* pp. 120 ss.; TRIGGIANI, «Some Thoughts...», *op. cit.*, p. 134.

<sup>(197)</sup> V. Igualmente art. 3 c) do acordo comercial com a China (4/7/80), art. 4 c) do acordo comercial com o México (28/8/80), e art. 3 c) do acordo comercial com o Paquistão (6/7/81).



§ 1. *A prática histórica de preferências entre países em desenvolvimento*

Tivemos já ocasião de aludir muito sumariamente a esta questão ao revelarmos que as chamadas reservas regionais escapam tradicionalmente ao domínio de aplicação da c.n.m.f. <sup>(198)</sup>.

Com o peso que o federalismo assumiu na emancipação dos seus diferentes Estados, a América Latina dá-nos sobejos exemplos destas reservas preferenciais regionais. Assim, a Convenção Económica de Bogotá (1948) dispunha, no seu art. 31, que «Os Estados limítrofes ou que pertençam à mesma região económica poderão concluir acordos preferenciais com vista ao desenvolvimento económico (...). Os outros não beneficiarão das vantagens conferidas nas citadas convenções em aplicação da c.n.m.f., salvo acordo especial sobre esta matéria(...)».

É também o caso de dois importantes tratados de comércio livre e integração económica entre países da América Central (Tegucigalpa, 1958 e Manágua, 1960, de que decorreu a criação do Mercado Comum Centro-Americano), em que «os Estados signatários convencionam em inscrever a 'cláusula centro-americana de excepção' nos tratados de comércio que possam concluir na base do tratamento da n.m.f. com países que não sejam os Estados contratantes». <sup>(199)</sup>

Enfim, acima de todos os outros, destaca-se o importantíssimo Tratado de Montevidéu, de 18 de Fevereiro de 1960, que cria a Associação Latino-Americana de Comércio Livre, a qual, a partir de Agosto de 1980, seria substituída pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Após estatuir o tratamento da n.m.f. entre as partes contratantes, (art. 18), o art. 32 a) determina que os Estado membros se reservarão o direito de «autorizar uma parte contratante a conceder (...) a uma outra parte contratante relativamente menos desenvolvida vantagens cujo benefício não será estendido às outras partes contratantes e que terão por finalidade encorajar a criação ou expansão de produções determinadas.»

---

<sup>(198)</sup> V. supra, p. 512

<sup>(199)</sup> Cit. in *ANN. CDI*, 1976, vol. II, 2ª parte, p. 142. A referida «Cláusula Centro-Americana de excepção» tem uma justificação histórica enraizada nas relações preferenciais tradicionais concedidas entre si pela Costa Rica, Guatemala, Honduras, Salvador e Nicarágua que, até 1821, constituíam uma única colónia espanhola, a Capitania Geral da Guatemala.

Também ao nível de outros continentes ou sub-continentes, o movimento de integração económico se tornou notável<sup>(200)</sup> e, com ele, proliferaram obviamente reservas preferenciais regionais.

## § 2. *As posições da CNUCED e do GATT*

Esta expansão do comércio entre países em desenvolvimento, propiciada por acordos preferenciais, veio a ser reconhecida como elemento central de uma verdadeira «estratégia internacional do desenvolvimento» em diversos documentos de organizações internacionais.

Pondo de parte os contributos decisivos de inúmeras organizações não governamentais (nomeadamente o Movimento dos Não Alinhados e o Grupo dos 77), deve realçar-se que a CNUCED, a par do tratamento das relações comerciais Norte-Sul, sempre acompanhou de perto a problemática do comércio Sul-Sul.

Logo na I.<sup>a</sup> Sessão, o já citado VIII Princípio Geral da Recomendação A.I.1. indica que «os países em desenvolvimento não serão obrigados a estender aos países desenvolvidos o tratamento preferencial que se concedem entre si», ao que o X Princípio Geral vem acrescentar que «é necessário encorajar, no seio dos países em desenvolvimento, os agrupamentos económicos regionais, a integração ou outras formas de cooperação económica, enquanto meios para incrementar o volume do seu comércio intra e extra regional.»

Este conjunto de proposições haveria de receber, tanto dos países desenvolvidos com economia de mercado como dos países socialistas, um apoio unânime, plasmado na Declaração 23 (II), aprovada na secção de Nova Delhi.

O consenso assim estabelecido, ao nível das declarações e dos instrumentos da CNUCED, dá um significado útil à alusão que qualquer dos três documentos base da Assembleia Geral da ONU sobre a NOEI [Resoluções 3 201

---

(200) Para só referirmos algumas das realizações mais importantes, destacaremos o Mercado Comum Centro-Americano, a Associação Latino-Americana de Comércio Livre, o Pacto Andino, a Associação de Comércio Livre das Caraíbas, a Comunidade Económica da África Oriental, a União Aduaneira e Económica da África Central, o Mercado Comum Árabe, e a Associação do Sudeste Asiático. Para uma informação sumária, v. NÊME, *op. cit.*, pp. 362 ss.

e 3 202 (S-VI) de 1 de Maio de 1974 e Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados, de 12 de Dezembro do mesmo ano] faz ao assunto<sup>(201)</sup>.

Quanto ao GATT, a sua posição perante os acordos preferenciais entre países em desenvolvimento pode ser analisada em dois momentos:

A) *POSIÇÃO TRADICIONAL* — Originariamente, o GATT viria, aqui como em muitas outras circunstâncias, a revelar uma significativa tolerância, moldada muito mais por razões pragmáticas do que por apego ao texto do Acordo Geral. Assim se justifica a interpretação extensiva da excepção das preferências históricas, que permitiu um enquadramento das preferências, conferidas por Estados que vieram a aderir ao GATT, que ficavam muito aquém dos parâmetros duma zona de comércio livre ou de uma união aduaneira. Como também, pelos mesmos motivos, foi extremamente flexível a posição do GATT face a projectos de integração económica como o Mercado Comum Árabe ou a Associação Latino-Americana de Comércio Livre.

Num primeiro momento, portanto, a admissão pelo GATT de preferências entre países em desenvolvimento (de que é referencial número um o célebre acordo entre a República Árabe Unida, a Jugoslávia e a Índia, de 1967, aberto apenas a países em desenvolvimento membros do Grupo dos 77) é resultante de uma apreciação casuística, logo de uma derrogação *pontual* à c.n.m.f..

B) *O PROTOCOLO DE 1971 E A DECLARAÇÃO DE TÓQUIO* — Por decisão de 26 de Novembro de 1971, as Partes Contratantes aprovaram um «Protocolo respeitante às negociações comerciais entre países em vias de desenvolvimento», que corporiza, para este efeito, uma derrogação *geral* ao art. I § 1. Na alínea a) da decisão, pode ler-se: «(...) serão derrogadas as disposições do § 1 do art.I do Acordo Geral na medida necessária para permitir que cada uma das partes contratantes participante nos compromissos enunciados no protocolo (...) confira um tratamento preferencial, tal como previsto no protocolo,

---

(201) Assim, o art. 23 da Carta estipula que «para favorecer a mobilização efectiva dos seus próprios recursos, os países em desenvolvimento deverão reforçar a sua cooperação económica e incrementar as trocas entre si, a fim de acelerar o seu desenvolvimento económico e social. Todos os países, em particular os países desenvolvidos, agindo individualmente e por intermédio das organizações internacionais competentes de que são membros, deverão fornecer um apoio e um concurso apropriados e eficazes.».

*sem ser obrigada a conceder o mesmo tratamento aos produtos similares importados provenientes de outras partes contratantes».*

O Protocolo de 1971 insere-se na lógica de «pulverização do GATT» ou do seu desdobramento funcional em «mini-GATT's», de que fala CARREAU<sup>(202)</sup>. Na verdade, este mini-GATT abrange cerca de 17 partes contratantes menos desenvolvidas, cujas concessões preferenciais cobrem aproximadamente 750 posições pautais.

O Acordo de 1979 contendo as cláusulas de habitação e de graduação» viria, enfim, a dissipar quaisquer dúvidas sobre a natureza da excepção à c.n.m.f.<sup>(203)</sup>, uma vez que é também aplicável «aos acordos regionais ou globais, conduzidos entre partes contratantes menos desenvolvidas, para a redução ou eliminação mútua de direitos e, de acordo com condições ou critérios prescritos pelas Partes Contratantes, para a redução ou eliminação mútua de obstáculos não tarifários(...)».

---

(202) «Les négociations...», *op. cit.*, p. 154. Foram signatários do Protocolo os seguintes dezasseis Estados: Brasil, Chile, Grécia, Índia, Israel, Coreia, Paquistão, Perú, Espanha, Tunísia, Turquia, Egipto, Uruguai, Jugoslávia, Filipinas e México. Hoje o Protocolo é aplicado por dezoito países em desenvolvimento.

(203) V. art. 24 do Projecto de Artigos da C.D.I. in *ANN. CDI*, 1978, vol. II, 2.º parte.

## CONCLUSÃO

Surgida como emanação de um Direito Internacional elaborado por e para um mundo de Estados economicamente independentes e regidos pelo princípio da abstenção na vida económica, a c.n.m.f. vê-se confrontada, na sociedade internacional contemporânea, com restrições sérias ao seu campo de actuação normal. A falsa presunção de um mundo económico, social e politicamente homogêneo teve obrigatoriamente que ceder perante as flagrantes disparidades estruturais existentes.

E não se trata apenas da estatização do comércio externo nos países socialistas ou da reivindicação de uma discriminação compensatória pelos países em desenvolvimento. No próprio berço da cláusula, os países de economia desenvolvida liberal, têm-se levantado barreiras a uma cláusula antes omnipotente: as integrações económicas regionais ou os obstáculos não tarifários ao comércio externo, etc.

Em face deste panorama, paira sobre a c.n.m.f. uma grande dúvida, perfeitamente pertinente: a cláusula é ainda a regra que admite várias excepções ou, pelo contrário, acabou por se tornar em excepção num mundo que se rege já por outras regras?

É verdade que o sistema comercial internacional corporizado no GATT nunca atingiu a plenitude e vem mesmo apresentando sinais de desagregação. Vários são os factores que convergem para esta tendência:

- certos domínios foram, desde sempre, subtraídos àquela regulamentação, através de derrogações pontuais (ex: produtos agrícolas dos EUA);
- destacam-se as tentativas de regulamentação sectorial à margem do GATT, de que é exemplo o conhecido Acordo Multifibras, assinado em 1973, renovado em 77, 81 e 86;
- o sistema GATT propriamente dito encontra-se hoje altamente fragmentado, por força dos inúmeros acordos parcelares (exs: o Código Anti-Dumping do Kennedy Round, os vários códigos sobre obstáculos não tarifários do Tokyo Round, o Protocolo de 1971 sobre preferências entre os países em desenvolvimento);

— enfim, como «contrapartida» da bem sucedida redução das barreiras tarifárias, os Estados refugiam-se por detrás de obstáculos não tarifários e de restrições quantitativas (de que os acordos bilaterais de auto-limitação são exemplo marcante), argumentando com a necessidade de combater o «comércio livre selvagem» e de instaurar o «comércio livre organizado».

Em segundo lugar, é igualmente verdade que a cláusula, por ser potenciadora duma igualdade meramente formal, não se mostra um mecanismo idóneo à orientação do comércio Leste-Oeste ou do comércio Norte-Sul.

É, enfim, verdade que as experiências regionais se multiplicaram<sup>(204)</sup>, e se diversificaram. O próprio GATT deixou de seguir um critério rigoroso que o levaria a reconhecer apenas as uniões aduaneiras e zonas de comércio livre que obedecessem aos rígidos requisitos do art. XXIV, para passar a aceitar figuras absolutamente atípicas, designadamente no domínio das integrações económicas do Terceiro Mundo.

Faz, pois, pleno sentido perguntarmo-nos se a cláusula é a regra ou a excepção. É certo que, a aplicação cegamente automática é incondicional da c.n.m.f. se mostra desajustada à peculiaridade dos vários cenários que acabamos de apontar. Mas a tese que defendemos é a de que, atravessando hoje um período de inadaptação, a c.n.m.f. tem seguramente potencialidades para surgir revigorada em período posterior. E há razões para este entendimento.

Desde logo, o sentido eminentemente pragmático e flexível da acção do GATT, de que a adopção da Parte IV é marco significativo, mantêm-se como inquestionável organização primeira do comércio mundial e, conseqüentemente, à cláusula como regra primacial desse comércio.

Seguidamente, a cláusula tornou-se num símbolo da luta pelo desanuviamiento entre as duas potências rivais. Digamos que, se as conversações de Genebra ou Estocolmo são o espelho do nível de tensão relativamente aos armamentos, a concessão ou retirada do benefício do tratamento da c.n.m.f. são indicadores seguros do nível de abertura no plano comercial.

Em terceiro lugar, a filosofia da Nova Ordem Económica Internacional e das inerentes preferências para o desenvolvimento leva à conclusão de que

---

(204) Sobre a evolução histórica do regionalismo na sociedade internacional contemporânea, V. CARRILLO SALCEDO, *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*, 1984, pp. 76 ss.

esta excepção ao domínio da cláusula será meramente temporária. Pelo menos, a lógica dos princípios da desigualdade compensatória e da dualidade (ou mesmo pluralidade) das mesmas vai nesse sentido: dicriminar hoje positivamente a favor dos países em desenvolvimento para que, atingida a normalidade, isto é, passado o fosso abissal de níveis de desenvolvimento, as regras «normais» e, logo, a c.n.m.f., reassumam a sua vigência plena.

Enfim, é justo que se refira que o processo de multilateralização das relações internacionais a todos os níveis<sup>(205)</sup>, coloca também problemas graves a este mecanismo.

Mesmo deixando de lado a hipótese académica de um *multilateralismo global*, em que a c.n.m.f. perderia toda a sua razão de ser, por não haver lugar ao reenvio para a posição mais favorável atribuída a terceiros (que, em caso semelhante, não existiriam), a verdade é que a proliferação de espaços de integração económica, com diferentes matizes, vem retirando à cláusula muito do seu campo natural de aplicação, como vimos.

Caminhamos para um «mundo regional» e, nessa exacta medida, no rumo de um «mundo mundial». Ora, se em termos de comércio internacional isso pode significar uma estrutura nova, assente na justaposição de «espaços de troca auto-centrados»<sup>(206)</sup>, numa perspectiva regional e não já meramente nacional, é legítima a previsão de que a cláusula (aqui tomada no sentido de *cláusula da região mais favorecida*) venha a ser imprescindível como elemento unificador desta nova sociedade inter-regional que se vai perfilando no horizonte.

---

(205) Sobre o processo de multilateralização da dinâmica da sociedade internacional, v. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, pp. 30 ss.

(206) PALÉOLOGUE, *Les nouvelles relations économiques internationales*, 1980, p. 134.





## BIBLIOGRAFIA

### 1) Obras de abordagem específica da c.n.m.f.

- BALLESTEROS GONZALEZ, *Comércio Internacional: igualdad jurídica, discriminación de hecho (consideraciones en torno a la c.n.m.f.)*, Universidade de Granada, 1977.
- ITO, *La c.n.m.f.*, Paris, Les Éditions Internationales, 1930.
- KNAPP, *Le système préférentiel et les États tiérs*, Genève, Droz, 1959.
- SAUVIGNON, *La c.n.m.f.*, Grenoble, Presses Universitaires, 1972.
- TRIGGIANI, *Il trattamento della nazione più favorita*, Nápoles, Jovene, 1984.

### 2) Obras de enquadramento jurídico

- ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale*, (trad. francesa), Paris, Sirey, 1929.
- CARRILLO SALCEDO, *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*, Madrid, Editorial Tecnos, 1984.
- COLLIARD, *Institutions des Relations Internationales*, Paris, Dalloz, 1978 (7<sup>a</sup> ed.).
- FLORY, *Le GATT, Droit International et Commerce Mondial*, Paris, LGDJ, 1968.
- FLORY, *Droit International du Développement*, Paris, PUF, 1977.
- GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public*, Tomo I, Genève, 1967.
- McNAIR, *The law of treaties; british practice and opinions*, Oxford University Press, 1961.

ROUSSEAU, *Principes Généraux du Droit International Public*, Paris, Pédone, 1944.

SCHWARTZENBERGER, *International Law and Order*, Londres, Stevens, 1971.

### 3) Obras de enquadramento geral

ALLAIS, *La libéralisation des relations économiques internationales*, Paris, Gauthier-Villars, 1972.

ANANIADES, *L'association aux Communautés Européennes*, Paris, LGDJ, 1967.

BAIROCH, *Commerce extérieur et développement économique de l'Europe au XIX<sup>ème</sup> Siècle*, Paris, Mouton, 1976.

BEDJAOUI, *Para uma Nova Ordem Económica Internacional*, Lisboa, Editorial Presença, 1979.

BYÉ/BERNIS, *Rélations Économiques Internationales*, Paris, Dalloz, 1977 (4<sup>a</sup> ed.).

CAMPINOS, *Organizações Económicas Universais*, Lisboa, Universidade Nova, 1985.

CARREAU/JUILLARD/FLORY, *Droit International Économique*, Paris, LGDJ, 1980.

CLINE et al., *Trade Negotiations in the Tokyo Round: a quantitative assessment*, Washington, The Brookings Institution, 1978.

CURZON et al., *International Economic Relations of the Western World (1957-71)*, vol I, Oxford University Press, 1976.

JOANNEAU, *Le GATT*, Paris, PUF, 1980.

KENWOOD/LAUGHEED, *The Growth of International Economy: 1820-1860*, Londres, George Allen and Unwin, 1973 (3<sup>a</sup> ed.)

LAVIGNE, *Les Relations Économiques Est-Ouest*, Paris, PUF, 1979.

MEDEIROS, *O Direito Aduaneiro — sua Vertente Internacional*, Lisboa, ISCSP, 1985.

NÊME, *Organisations Économiques Internationales*, Paris, PUF, 1972.

PALÉOLOGUE, *Les nouvelles relations économiques internationales*, Paris, PUF, 1980.

- PAULO VI, *Populorum Progressio*, (trad. port.), 1967.
- VAN MEERHAEGHE, *International Economic Institutions*, N. York, St. Martin's Press, 1971.
- VAULONT, *A União Aduaneira da CEE*, Comunidades Europeias, 1980.
- WORTLEY (ed.), *The Law of the Common Market*, Manchester University Press, 1974.

#### 4) Artigos

- ALLIX, «Les aspects juridiques de la c.n.p.f.», *Rev. Pol. Parl.* 1931 pp. 231 ss.
- BAILEY, «Reciprocity and Most-Favoured Nation Clause», *Economics*, 1933 vol. 42.
- BASDEVANT, «C.n.p.f.», *Répertoire de Droit International*, III, Paris Sirey, 1929.
- CAMPINOS, «Igualdade jurídica e desigualdade económica em Direito Internacional Público contemporâneo», Lisboa, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1984.
- CARREAU, «Les négociations commerciales multilatérales au sein du GATT: le Tokyo Round (1973-79)», *C. Dr. Eur.*, 1980, pp. 145 ss.
- CASTAÑEDA, «La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États», *AFDI*, 1974.
- COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU (CDI) — Relatórios sobre a c.n.m.f.
- I Relatório, *ANN. CDI*, 1969, vol II, pp. 163 ss.
  - II Relatório, *ANN. CDI*, 1970, vol. II, pp. 213 ss.
  - III Relatório, *ANN. CDI*, 1972, vol. II, pp. 175 ss.
  - IV Relatório, *ANN. CDI*, 1973, vol. II, pp. 95 ss.
  - V Relatório, *ANN. CDI*, 1974, vol. II, pp. 119 ss.
  - VI Relatório, *ANN. CDI*, 1975, vol. II, pp. 1 ss.
  - VII Relatório, *ANN. CDI*, 1976, vol. II, pp. 117 ss.
  - Projectos de artigos (redacção final), *ANN. CDI*, 1978, vol. II, pp. 10 ss.

- CORRÊA, «Os Tratados de Comércio e a c.n.m.f.», Lisboa, Academia das Ciências, 1933.
- DOMKE/HAZARD, «La c.n.p.f.», in *Aspects Juridiques du Commerce avec les pays d'Économie Planifiée*, Paris, LGDJ, 1961.
- ESPIELL, «La c.n.m.f.: su sentido actual en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio», *Rev. Esp. Der. Int.*, XXI, 1 (1968), pp. 37 ss.
- ESPIELL, «Preferencias a los países em desarrollo», *Rev. Pol. Int.*, 1974, n.º 133, pp. 39 ss.
- ESPIELL, «El GATT, la c.n.m.f. y las preferencias a los países en desarrollo», *Bol. Mex. Der. Comp.*, 1979, pp. 723 ss.
- FLORY, «L'évolution du système juridique du GATT», *JDI*, 1977, pp. 787 ss.
- HORNBECK, «The Most-Favoured Nation Clause», *AJIL*, 1909, vol. III n.º 2.
- HAUFBAUER/ERB/STARR, «The GATT codes and the unconditional most-favored-nation principle», *LPIB*, 1980, vol. XII.
- ISRAEL, «Le Droit au Développement», *RGDIP*, 1983 n.º 1.
- JACKSON, «The puzzle of GATT», *JWTL*, 1967, vol. I n.º 2.
- JACKSON, «The birth of the GATT-MTN system: a constitutional appraisal», *LPIB*, 1980, vol. XII.
- KISS, «La Convention Européenne d'Établissement et la c.n.p.f.», *AFDI*, 1957.
- LACHARRIERE, «Aspects récents de la c.n.p.f.», *AFDI*, 1961.
- LANSING/ROSE, «The granting and suspension of most-favored-nation status for nonmarket economy states: policy and consequences», *Harv. Int. Law Journ.*, Vol. 25 n.º 2, 1984.
- LEVEL, «C.n.m.f.», *Encyclopédie Dalloz*, 1968, vol. I, pp. 332 ss.
- LONG, «La place du Droit et ses limites dans le système commercial multilatéral du GATT», *RCADI*, 1983-IV.
- LORIDAN, «La c.n.p.f.: Les Griefs des Libres-Échangistes et ceux des Protectionnistes», *Rev. Econ. Int.*, 1935.
- NOLDE, «La C.n.p.f. et les Tarifs Préférentiels», *RCADI*, 1932-I.
- NOLDE, «Problèmes modernes du régime de la c.n.p.f.», *Rev. Dr. Int. Leg. Comp.*, 1933.
- PATRIARCA, «Il GATT e la c.n.m.f.: regola ed eccezioni», *Riv. Pol. Ec.*, 1961, pp. 2216 ss.
- PESCATORE, «La c.n.p.f. dans les conventions multilatérales», *ANN. CDI*, 1969, vol. I.

- PIOT, «La c.n.p.f.», *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1956.
- PREISWERK, «La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents», *JDI*, 1967 n.º 1.
- PUREZA, «A c.n.m.f. na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça», *Economia e Sociologia*, 1985, n.º 40.
- RAMOIN, «L'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT)», *JDI*, 1960, n.º 3.
- RIEDL, «Dérrogations à la c.n.p.f.», *Relatório à Câmara de comércio Internacional*, Paris, 1931.
- ROSSILLION, «La c.n.p.f. dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice», *JDI*, 1955, pp. 76 ss.
- SAUVIGNON, «La c.n.p.f. dans les relations commerciales américano-sovietiques», *RGDIP*, 1983.
- SCHIAVONE, «Uguaglianza di trattamento e c.n.m.f. nell'Accordo Generale Sulle Tariffe Doganali e Sul Commercio (GATT)», *Riv. Dir. Intz.*, 1963, vol. XLVI.
- SCHIAVONE, «La c.n.m.f. y el comercio Este-Oeste: limitaciones y perspectivas», *Bol. Mex. Der. Comp.*, 1979.
- SCHWARTZENBERGER, «The principles and standards of international economic law», *RCADI*, 1966-I.
- SERENI, «Il trattamento della nazione piu favorita», *Riv. Dir. Intz.*, 1932, vol. XXIV.
- TRIGGIANI, «Some thoughts on most-favoured-nation treatment», *IYIL*, vol. VI, 1985.
- VIGNES, «La c.n.p.f. et sa pratique contemporaine: problèmes posés par la CEE», *RCADI*, 1970-II.
- VIRALLY, «Le principe de réciprocité en Droit International contemporain», *RCADI*, 1967-III.
- VIRALLY, «Vers um Droit International du Développement», *AFDI*, 1965.
- VIRALLY, «La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États», *AFDI*, 1974.
- XXX, «L'Éxamen par le GATT du Traité de Rome Instaurant la CEE», *AFDI*, 1958.
- YUSUF, «Differential and more favourable treatment: the GATT enabling clause», *JWTL*, 1980 n.º 3.

## ABREVIATURAS

- AFDI — *Annuaire Français de Droit International*  
AJIL — *American Journal of International Law*  
ANN. CDI — *Annuaire de la Commission de Droit International*  
ANN. IDI — *Annuaire de l'Institut de Droit International*  
Bol.Mex.Der.Comp. — *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*  
IYIL — *Italian Yearbook of International law*  
Harv. Int. Law Journ. — *Harvard International law Journal*  
JDI — *Journal du Droit International (Clunet)*  
JWTL — *Journal of World Trade Law*  
LPIB — *Law and Policy in International Business*  
RCADI — *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*  
Rev.Esp.Der.Int. — *Revista Española de Derecho Internacional*  
Rev.Pol.Int. — *Revista de Política Internacional*  
Rev.Crit.Dr.Int.Priv. — *Revue Critique de Droit International Privé*  
Rev.Dr.Int.Leg.Comp. — *Revue de Droit International et Législation Comparée*  
Rev.Econ.Int. — *Revue Économique Internationale*  
RGDIP — *Revue Générale de Droit International Public*  
Rev. Pol. Parlem. — *Revue Politique et Parlementaire*  
Riv. Dir. Intz. — *Rivista di Diritto Internazionale*  
Riv. Pol. Econ. — *Rivista di Politica Economica*

## **ÍNDICE**

### **INTRODUÇÃO**

- I: Importância e actualidade do tema
- II: Em busca de um conceito
  - 1. *Delimitação dos contornos do mecanismo*
  - 2. *Características e potencialidades*
- III: Notas sobre a evolução histórica da cláusula

### **PARTE I**

#### **A FUNÇÃO TRADICIONAL DA CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA: O SEU PAPEL NUM CONTEXTO DE RELAÇÕES BILATERAIS**

#### **TÍTULO I — DOMÍNIO DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA**

#### **CAPÍTULO I : *MATÉRIAS ABRANGIDAS PELA CLÁUSULA***

#### **SECÇÃO 1: Incidências no estatuto e direito das pessoas**

- § 1. *A condição dos estrangeiros*
- § 2. *Relações e imunidades consulares*
- § 3. *Propriedade intelectual*

## SECÇÃO 2: Transportes

- § 1. *Transportes aéreos*
- § 2. *Transportes marítimos*
- § 3. *Transportes fluviais*

## SECÇÃO 3: Trocas comerciais

- § 1. *O problema da «nacionalidade»*
- § 2. *O problema da similaridade dos produtos*

## CAPÍTULO II: MATÉRIAS SUBTRAÍDAS À APLICAÇÃO NORMAL DA CLÁUSULA

### SECÇÃO 1: Reservas tradicionais

- § 1. *A cláusula fronteiriça*
- § 2. *Reservas regionais*
- § 3. *Estados sem litoral*
- § 4. *Tráfego de aperfeiçoamento*

### SECÇÃO 2: Outros limites

- § 1. *Acordos de assistência*
- § 2. *Acordos sobre produtos de base*
- § 3. *Medidas de salvaguarda da ordem pública*

## TÍTULO II — A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA CLÁUSULA

### CAPÍTULO I: A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA E O PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE: AS FORMAS DA C.N.M.F.

#### SECÇÃO 1: Forma incondicional e forma condicional



- § 1. *Forma incondicional*
- § 2. *Forma condicional*
- § 3. *A interpretação condicional de cláusulas incondicionais*
- § 4. *Cláusula sob condição de reciprocidade material*

SECÇÃO 2: Outras formas

- § 1. *Cláusula geral e cláusula especial*
- § 2. *Cláusula positiva e cláusula negativa*
- § 3. *Cláusula unilateral, bilateral e multilateral*

CAPÍTULO II: CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE DE INVOCAÇÃO DA CLÁUSULA

SECÇÃO 1: Condições de legitimidade referentes ao Estado beneficiário

A — Título jurídico dos direitos do beneficiário

- § 1. *Enunciado da questão*
- § 2. *O caso da Anglo-Iranian Oil Company*
  - § 2.1. *Origem dos direitos de beneficiário*
  - § 2.2. *A cláusula e a regra «pacta tertiis»*

B — Carácter contingente da c.n.m.f.

- § 1. *Os dados do problema*
- § 2. *Persistência das vantagens atribuídas a terceiros*
  - § 2.1. *O caso dos direitos dos nacionais dos EUA em Marrocos*
- § 3. *Manutenção do tratado que contém a cláusula*

SECÇÃO 2: Condições de legitimidade referentes ao objecto — a regra «ejusdem generis»

- § 1. *O caso Ambatielos*
- § 2. *O problema da interpretação da cláusula*

## PARTE II

### A IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA NO CONTEXTO DE RELAÇÕES JURÍDICO — ECONÓMICAS MULTILA- TERAIS DIFERENCIADAS

#### TÍTULO 1 — A MULTILATERALIZAÇÃO DA CLÁUSULA: O G.A.T.T.

##### CAPÍTULO I: *A CLÁUSULA NO QUADRO DO G.A.T.T.*

##### SECÇÃO 1: Alcance da cláusula no G.A.T.T.

§ 1. *Evolução histórica do G.A.T.T*

§ 2. *Significado e alcance da c.n.m.f. no sistema GATT*

§ 2.1. *Formulação da cláusula*

§ 2.2. *Multilateralização das trocas e multiplicação efeitos da cláusula*

§ 2.2.1. *A importância da consolidação das concessões — o art. II do GATT*

§ 2.2.2. *A redução dos direitos aduaneiros — os «rounds» tarifários*

##### SECÇÃO 2: Obstáculos à plenitude de efeitos da cláusula

§ 1. *Os direitos anti-dumping*

§ 2. *As restrições quantitativas*

§ 2.1. *Restrições directas*

§ 2.2. *Restrições indirectas*

§ 3. *Os códigos do Tokyo Round e o regresso à forma condicional*

#### CAPÍTULO II: *A CLÁUSULA FACE AO FENÓMENO DA INTEGRAÇÃO ECONÓMICA*

##### SECÇÃO 1: A cláusula e os tratados multilaterais

§ 1. *A cláusula e os tratados multilaterais abertos*

§ 2. *A cláusula e os tratados multilaterais fechados*

SECÇÃO 2: A cláusula e os tratados de integração

- § 1. *O GATT e a integração regional*
- § 2. *A colocação do problema antes da II Guerra Mundial*
- § 3. *O problema na actualidade*

TÍTULO II — A CLÁUSULA E COMÉRCIO ENTRE PAÍSES COM SISTEMAS SOCIAIS E NÍVEIS ECONÓMICOS DIFERENTES

CAPÍTULO I: *A CLÁUSULA E O COMÉRCIO ENTRE PAÍSES COM SISTEMAS SOCIAIS DIFERENTES*

SECÇÃO 1: A «explicação técnica»: descaracterização da c.n.m.f.

- § 1. *O monopólio estatal do comércio externo*
- § 2. *O carácter artificial das pautas aduaneiras*

SECÇÃO 2: A «explicação política»: um pretexto no afrontamento dos blocos

- § 1. *Os obstáculos políticos ao comércio Leste-Oeste*
- § 2. *As tentativas de obtenção da cláusula sem condições políticas*
  - § 2.1. *No plano europeu*
  - § 2.2. *No plano mundial*

SECÇÃO 3: Tentativas de solução

- § 1. *A cláusula de considerações comerciais*
- § 2. *Os compromissos quantificados*
- § 3. *Conclusão: as insuficiências de um bilateralismo necessário*

CAPÍTULO II: *A CLÁUSULA E O COMÉRCIO ENTRE PAÍSES COM NÍVEIS DE DESENVOLVIMENTO ACENTUADAMENTE DESIGUAIS*

SECÇÃO 1: Antecedentes das preferências para o desenvolvimento

- § 1. *As preferências coloniais*
- § 2. *Os regimes do mandato e de tutela*
- § 3. *Os acordos de associação com a CEE*
- § 4. *A posição tradicional do GATT*

## SECÇÃO 2: O Sistema de Preferências Generalizadas

- § 1. *A Parte IV do GATT*
- § 2. *A evolução do problema no seio da CNUCED*
  - § 2.1. *A prática do SPG e desenvolvimentos ulteriores*
  - § 2.2. *O SPG e o GATT*

## SECÇÃO 3: As preferências entre países em desenvolvimento

- § 1. *A prática histórica de preferência entre países em desenvolvimento*
- § 2. *As posições da CNUCED e do GATT*

## CONCLUSÃO

## BIBLIOGRAFIA

## ÍNDICE

F. M. PEREIRA COELHO  
*Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

**A ADOPÇÃO**  
**NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS\***

---

\* Versão portuguesa, actualizada, do relatório publicado na *Revue internationale de droit comparé*, ano 37.º (1985), tomo 3, págs. 672 e segs.



## INTRODUÇÃO

### *I. Noções gerais.*

A adopção era admitida e foi praticada no Antigo Direito <sup>(1)</sup>, mas caiu progressivamente em desuso desde o século XVI e o Código Civil de 1867 suprimiu a instituição. Foi o Código Civil de 1966 que, um século decorrido, a introduziu de novo na legislação portuguesa.

É de notar que o sistema do Código era muito tímido no tocante à adopção plena; em particular, as condições requeridas para o estabelecimento do vínculo eram extremamente severas, tanto do lado do adoptante como do lado do adoptando. Com efeito, só podiam adoptar pessoas casadas há mais de dez anos e sem filhos nascidos do casamento, e os adoptantes deviam ter, um e outro, mais de trinta e cinco anos; por outro lado, à parte o caso de adopção de filho do cônjuge, só os filhos de pais incógnitos ou falecidos podiam ser adoptados. Era uma regulamentação muito restritiva, o que explica o pequeno número de adopções plenas decretadas durante os quase onze anos em que as regras do Código Civil de 1966 permaneceram em vigor.

Foi a reforma de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro) que modificou profundamente a legislação respeitante à adopção plena a fim de dar mais larga abertura à instituição. A reforma baixou a idade

---

(1) Sobre a história da adopção em Portugal, v. especialmente PAULO MERÊA, *Sobre a adopção no século XII*, Bol. da Fac. de Dir., vol. XXXI, págs. 372 e segs., *Sinopse histórica da adopção* («Perfilhamento»), Bol. da Fac. de Dir., vol. XXXII, págs. 182 e segs., e *Perfilhamento* (*Achega para um dicionário histórico da língua portuguesa*, Revista Portuguesa de Filologia, vol. VII, 1956, págs. 119 e segs.; BRAGA DA CRUZ, *Algumas considerações sobre a «perfilhatio»*, Bol. da Fac. de Dir., vol. XIV; ALMEIDA COSTA, *A adopção na história do direito português*, Revista Portuguesa de História, t. XII, e a nota de síntese «Adopção», Dicionário de História de Portugal, vol. IV, págs. 361 e segs. e Bol. da Fac. de Dir., vol. XLIV, págs. 271 e segs.; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Algumas notas sobre a «perfilhatio»*, Scientia Invidica, t. XXXIV; e BAQUERO MORENO, *Subsídio para o estudo da adopção em Portugal na Idade Média*, Revista dos Estudos Gerais Universitários de Moçambique, vol. III, série V.

mínima dos adoptantes e o tempo de duração do casamento exigidos para o estabelecimento do vínculo, ao qual já não faz obstáculo a existência de filhos do casal; além disso, a lei permite agora a adoção plena feita por uma só pessoa, casada ou mesmo não casada, embora esta modalidade de adoção seja muito rara na prática. Pelo lado do adoptando, a reforma também alargou de maneira considerável o contingente dos menores adoptáveis, permitindo, nomeadamente, a adoção plena dos menores que tenham sido declarados abandonados e de todos os que, há mais de um ano, residam com o adoptante ou os adoptantes e estejam a seu cargo.

## 2. *Dados estatísticos.*

Anos	Adopções plenas	Adopções restritas	Total
1967	10	14	24
1968	15	127	142
1969	9	97	106
1970	19	194	213
1971	9	174	183
1972	35	191	226
1973	49	197	246
1974	19	175	194
1975	17	149	166
1976	28	154	182



1977	36	189	225
1978	170	264	434
1979	253	132	385
1980	225	97	322
1981	196	108	304
1982	221	60	281
1983	228	44	272
1984	234	34	268
1985	248	41	289
1986	281	28	309

O quadro acima refere o número de adopções, plenas e restritas, decretadas desde o ano de 1967, em que, como dissemos, a adopção foi reintroduzida na legislação portuguesa. O número de sentenças de conversão de adopção restrita em adopção plena, assim como o número de sentenças de revisão e de sentenças de revogação da adopção restrita, não são mencionados nas estatísticas oficiais.

Como se pode constatar pelos dados do quadro, o objectivo fundamental da reforma de 1977 de aumentar o número de adopções não foi plenamente conseguido. É certo que, com a reforma, a percentagem de adopções plenas em relação ao número total de adopções aumentou sensivelmente: as adopções plenas tornaram-se muito mais frequentes que as restritas a partir de 1979. Apesar disso, as estatísticas mostram que o número de adopções continua a ser muito modesto em Portugal quando comparado aos valores de outros países da Europa. O acréscimo considerável de adopções plenas registado em 1979 e 1980 explicar-se-á por largo número dessas adopções resultar de conversão de adopções restritas decretadas ao abrigo da legislação anterior à reforma; a partir de 1981 a situa-

ção ter-se-á estabilizado, verificando-se desde então um constante mas relativamente pequeno aumento do número de adopções.

### 3. *Fontes legislativas.*

Deve mencionar-se em primeiro lugar o art. 36.º, n.º 7 da Constituição da República, segundo o qual «a adopção é regulada e protegida nos termos da lei»; introduzida pela revisão constitucional de 1982, a norma tornou assim a adopção objecto de uma «garantia institucional». Na legislação ordinária, a adopção é regulada no Título IV do Livro IV do Código Civil (arts. 1973.º-2002.º-D), disposições que foram profundamente alteradas pela reforma do Código Civil de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro). A Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro) contém as regras de processo que regem a constituição da relação adoptiva (arts. 162.º-173.º). Deve também ter-se em conta o Código do Registo Civil (Decreto-Lei n.º 51/78, de 30 de Março, modificado pelo Decreto-Lei n.º 379/82, de 14 de Setembro) no que respeita ao registo da adopção (cfr., especialmente, arts. 86.º, 129.º, 151.º, 263.º e 265.º). Por último, há a referir o Decreto-Lei n.º 274/80, de 13 de Agosto, relativo ao inquérito a que deve proceder-se para o vínculo se poder constituir.

### 4. *Bibliografia.*

Tratando-se de uma instituição recente, a bibliografia portuguesa sobre adopção é ainda muito limitada. A única monografia existente é a dissertação de Capelo de Sousa, *A adopção — Constituição da relação adoptiva*, 1973. Para o novo direito da adopção, podem consultar-se Menéres Barbosa, *A nova disciplina do instituto da adopção no Código Civil Português*, in «Reforma do Código Civil» (1981), págs. 221 e segs., Antunes Varela, *Direito da família*, 2.ª ed. (1987), págs. 94 e segs. e Pereira Coelho, *Curso de direito da família* (polic.), 1986, págs. 32 e segs.

## 5. Plano.

Como já se referiu, o direito português conhece duas espécies de adopção: a adopção plena e a adopção restrita, o que não impede que existam disposições comuns às duas modalidades do instituto. Estudaremos primeiramente estas condições comuns (I) e em seguida as regras de processo (II) que regem o estabelecimento da relação adoptiva; depois de termos exposto as regras gerais da adopção, tanto plena como restrita, consideraremos em particular cada uma das modalidades de adopção (III e IV).

# I. CONDIÇÕES COMUNS

## 6. Enunciado geral.

A constituição da adopção, trate-se de adopção plena ou restrita, exige que estejam preenchidas as *condições gerais* dos arts. 1974.º-1, 1974.º-2 e 1975.º C.C.

## 7. Desenvolvimento.

- a) É necessário, antes de mais nada, que se verifiquem as quatro condições enunciadas no art. 1974.º-1: que a constituição da relação adoptiva traga reais vantagens para o menor; que a adopção se funde em motivos legítimos; que não importe um sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante; e que seja razoável supor que entre o adoptante ou adoptantes e o adoptando se estabelecerá uma relação semelhante à da filiação.
- b) É necessário, em segundo lugar, que o menor não tenha sido já adoptado por outra pessoa (art. 1975.º).  
A exigência de que não subsista outra adopção suscita algumas dificuldades. É claro que a adopção pode ser decretada se a adopção anterior foi revogada ou a respectiva sentença foi revista: num

caso e noutro, a adopção anterior já não subsiste. Parece claro, igualmente, que se um dos adoptantes falecer e o outro contrair segundo casamento o seu cônjuge poderá adoptar a criança que já tinha sido adoptada. A questão de saber se a adopção pode ser decretada quando ambos os adoptantes faleceram levanta todavia algumas dúvidas. Se bem que a letra do art. 1975.º seja contrária, aparentemente, ao estabelecimento da adopção neste caso (pois a adopção anterior *subsiste*), cremos que o filho cujos pais adoptivos faleceram pode ser adoptado como «filho de pais falecidos», nos termos do art. 1980.º-1 (na realidade, o que a lei não permite é a coexistência de dois adoptantes ou de dois casais de adoptantes relativamente ao mesmo adoptado). Mas o problema, tanto quanto sabemos, ainda não foi posto nos tribunais.

- c) Finalmente, é necessário que o adoptando tenha estado ao cuidado do adoptante durante um prazo suficiente para se poder avaliar da conveniência da constituição do vínculo (art. 1974.º-2).

## II. PROCESSO

### 8. *Carácter judicial. Competência.*

A relação de adopção, plena ou restrita, constitui-se por sentença judicial, nos termos prescritos na Secção I do Capítulo II do Título III da Organização Tutelar de Menores (arts. 162.º e segs.) O processo corre no tribunal de família (art. 61.º-1, al. c) da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais — Lei n.º 38/87, de 23 de Dezembro, e art. 146.º, al. c) O.T.M.), onde o haja; onde o não haja, corre no tribunal de comarca como tribunal de competência genérica (art. 149.º O.T.M.). Os tribunais de família de Lisboa e Porto são por enquanto os únicos existentes.

O tribunal territorialmente competente é o da residência do menor à data em que o processo é instaurado (art. 155.º-1 O.T.M.); se a adopção respeitar a dois ou mais filhos dos mesmos pais e que residam em diferen-

tes comarcas, o tribunal competente é o da residência do maior número de filhos ou, em caso de igualdade, aquele em que a petição de adopção tenha sido apresentada em primeiro lugar (art. 155.º-2) (2).

### 9. Trâmites do processo.

O requerente (ou os requerentes, se se tratar de adopção conjugal) deve alegar factos que mostrem estarem preenchidas as condições do art. 1974.º-1 C.C., assim como as demais condições requeridas para o estabelecimento do vínculo; com a petição deve oferecer todas as provas, nomeadamente certidões de cópia integral dos registos de nascimento do adoptante ou dos adoptantes e do adoptando (art. 162.º O.T.M.) (3).

Segundo as regras gerais do processo, a petição de adopção pode ser indeferida *in limine*; sendo caso disso, pode o juiz convidar o requerente a corrigir ou completar o pedido. Não se verificando qualquer destes casos, o juiz ordena a realização de *inquérito* que lhe permitirá decidir da oportunidade da adopção (4).

O inquérito deve incidir, nomeadamente, sobre a personalidade e a saúde do adoptante e do menor, sobre a situação familiar e económica do adoptante e as razões determinantes do pedido de adopção (art. 1973.º-2 C.C.); o tribunal pode todavia dispensar o inquérito se o pedido for acompanhado de informação respeitante a essas matérias prestada pelo serviço público ou particular de assistência social que tenha recolhido o menor (art. 163.º-2 O.T.M.).

Concluído o inquérito, o juiz deve ouvir separadamente, com assistência do Ministério Público, o adoptante e as pessoas cujo consentimento

---

(2) Nos termos do art. 155.º-4 O.T.M., são irrelevantes as modificações de facto que ocorram posteriormente à instauração do processo.

(3) Note-se que, salvo na fase de recurso, não é obrigatória a constituição de advogado (art. 151.º O.T.M.).

(4) O inquérito é realizado, em princípio, pelo organismo de segurança social ao qual os interessados comuniquem a sua intenção de adoptar, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 274/80, de 13 de Agosto.

ou audiência a lei exija <sup>(5)</sup>, esclarecendo aquelas pessoas sobre o significado e os efeitos do acto (art.º 164.º O.T.M.).

Efectuadas as diligências requeridas e as que o juiz tenha considerado necessárias, e ouvido o Ministério Público, é proferida sentença <sup>(6)</sup> <sup>(7)</sup>. Trata-se, é importante sublinhá-lo, de um «processo de jurisdição voluntária» (arts. 150.º O.T.M. e 1410.º Cód. Proc. Civ.), em que a função do juiz consiste em verificar não só a legalidade mas também a oportunidade da adopção, como resulta do art. 1984.º-1 C.C. já mencionado <sup>(8)</sup>.

#### 10. *Consentimentos exigidos.*

A) É claro que a adopção exige antes de mais nada o consentimento do adoptante ou dos adoptantes. Mais que uma *condição*, o consentimento do adoptante ou dos adoptantes para o estabelecimento do vínculo é verdadeiramente a *causa* da adopção, a sua *causa efficiens*, ou, dizendo com mais propriedade, uma das suas causas, dada a natureza *constitutiva* da sentença que decreta a adopção.

B) Além do consentimento do adoptante, a adopção exige ainda porém o consentimento do próprio adoptando se tiver idade superior a catorze anos (art. 1981.º-1, al. a) C.C.), do cônjuge do adoptante não separado judicialmente de pessoas e bens (art. 1981.º-1, al. b)) e dos pais

---

<sup>(5)</sup> De acordo com o art. 1981.º C.C., a adopção exige o *consentimento* do cônjuge do adoptante e dos pais do menor ou, na falta dos pais, do ascendente ou colateral até ao 3.º grau que vive com a criança e a tem a seu cargo; por outro lado, o juiz deve *ouvir* os filhos do adoptante com idade superior a catorze anos (art. 1984.º C.C.).

<sup>(6)</sup> Nos termos gerais do processo a petição vincula o tribunal, que não pode, mesmo com o acordo do requerente, decretar a adopção restrita se a petição se dirigia à adopção plena.

<sup>(7)</sup> A questão de saber se o falecimento dos adoptantes, ou de um deles, ocorrido na pendência do processo, determina a extinção da instância não está prevista na lei.

<sup>(8)</sup> Se o menor tiver sido declarado abandonado ou confiado a estabelecimento de assistência e o adoptante se opuser a que a sua identidade seja revelada aos pais naturais, o processo é considerado *secreto*: só pode ser mostrado ao adoptante ou ao adoptado, quando maior, e apenas estes podem requerer certidões. A violação do segredo do processo sujeita o seu autor às penas previstas para o crime de desobediência (arts. 1985.º C.C. e 169.º O.T.M.).

do menor <sup>(9)</sup>, mesmo que não exerçam o poder paternal (art. 1981.º-1, al. c)), ou, na falta dos pais ou se o menor vive com um ascendente ou colateral até ao 3.º grau e a seu cargo, o consentimento deste ascendente ou colateral (arts. 1981.º-1, al. d) e 1981.º-2) <sup>(10)</sup>.

É a regra geral, que comporta todavia *exceções*, podendo o tribunal dispensar o consentimento nos casos previstos no art. 1981.º, n.º 3 e 4, e não sendo exigido o consentimento dos pais se o adoptando tiver sido declarado abandonado.

- a) No que respeita ao consentimento do menor e ao do cônjuge do adoptante, o tribunal pode dispensá-los se o menor ou o cônjuge estiverem privados das suas faculdades mentais ou for muito difícil ouvi-los (art. 1981.º-3 C.C.); nos mesmos casos, assim como no de conduta *indigna* em relação ao menor, pode igualmente o tribunal dispensar o consentimento dos pais do adoptando ou, se for caso disso, do seu ascendente ou colateral (art. 1981.º-4).
- b) Por outro lado, o consentimento dos pais não é exigido se o menor tiver sido declarado abandonado, nos termos prescritos nos arts. 1978.º C.C. e 166 e segs. O.T.M.. Pode ser declarado abandonado o menor por quem os pais tenham revelado manifesto *desinteresse*, durante o ano que preceder o pedido da declaração, de maneira que possa concluir-se, em face das circunstâncias, que a subsistência dos vínculos afectivos próprios da filiação se encontra comprometida (art. 1978.º C.C.) <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Se um dos pais tiver falecido, não puder manifestar a sua vontade, tiver sido inibido do poder paternal ou a filiação não estiver estabelecida em relação a ele, basta o consentimento do outro.

<sup>(10)</sup> Como já dissemos, não é exigido o consentimento dos outros filhos do adoptante; mas o juiz deve ouvi-los se tiverem idade superior a catorze anos (art. 1984.º C.C.).

<sup>(11)</sup> Como se vê, a lei faz distinção entre «desinteresse» e «indignidade», podendo o tribunal dispensar o consentimento dos pais do menor em caso de «indignidade» e só sendo autorizado o pedido de declaração judicial de abandono no caso de «desinteresse». Não é muito claro, todavia, onde termina o «desinteresse» e começa a «indignidade». A ideia mais divulgada na jurisprudência é a de que a «indignidade» se reporta a uma «situação activa» que determina necessariamente a cessação dos vínculos afectivos próprios da filiação, enquanto o «desinteresse» revela uma «situação passiva», em que a ruptura daqueles vínculos já não é evidente, devendo ser provada, por isso, em um processo de declaração de abandono. V., nesta orientação, os acs. do Tribunal da Relação do Porto de 1 de Julho de 1980 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 1984, Colectânea de jurisprudência 1980, t.1. pág. 176., e 1984, t. 3, pág. 130, respectivamente.

A declaração do estado de abandono, com vista a futura adopção, pode ser pedida pelo Ministério Público ou pelo director do estabelecimento, público ou particular, onde o menor tenha sido recolhido (arts. 1978.º-3 C.C. e 166.º-1 O.T.M.); os pais naturais, assim como o Ministério Público (se não for o requerente) e, sendo caso disso, o ascendente ou colateral que recolheu a criança são citados para contestar o pedido. Nos termos do art. 166.º-3 O.T.M., são aplicáveis ao processo de declaração de abandono as regras dos arts. 195.º-2, e 196.º a 198.º, respeitantes à inibição do poder paternal. A sentença que declare o menor *abandonado* deve designar um tutor provisório que exercerá as suas funções até ao estabelecimento da adopção ou à instituição da tutela definitiva (art. 167.º O.T.M.). Se decorrer um ano sobre a declaração de abandono e o menor não for confiado a alguém que queira adoptá-lo, qualquer dos progenitores pode pedir ao tribunal que o filho lhe seja entregue (art. 168.º).

C) O consentimento é prestado, em princípio, perante o juiz e no próprio processo de adopção; se respeitar a adopção plena, deve reportar-se inequivocamente a esta modalidade de adopção, devendo o juiz esclarecer o declarante sobre o significado e os efeitos do acto (art. 1982.º-1 C.C.).

Relativamente ao consentimento dos pais do menor, a lei prevê todavia um consentimento *prévio*, também prestado perante o juiz mas independentemente do processo, se o adoptando tiver sido confiado a estabelecimento de assistência ou a alguém que pretenda adoptá-lo (arts. 1982.º-2 C.C. e 170.º-1 O.T.M.); requerida a adopção, o incidente é apensado ao processo respectivo (art. 170.º-2 O.T.M.). O consentimento «prévio» pode ser prestado *em branco*, sem indicação do futuro adoptante, se o menor tiver sido confiado a estabelecimento de assistência (art. 1982.º-2 C.C.); se não se reportar claramente à adopção plena, só vale para a adopção restrita (art. 1993.º-2 C.C.).

D) Parece que o direito de consentir na adopção é *discricionário*; a possibilidade de suprimento judicial não está prevista na lei.

E) O consentimento dado é em princípio *irrevogável*. O consentimento «prévio», todavia, pode ser revogado nos dois meses seguintes, ou,



mesmo decorrido este prazo, se o menor não se encontrar confiado a alguém que pretenda adoptá-lo (art. 1983.º-1 C.C.) <sup>(12)</sup>. Como é evidente, basta que um dos progenitores revogue o consentimento para que o vínculo não se possa constituir. A revogação pode fazer-se por termo no processo ou por documento autêntico ou autenticado que deve ser junto àquele (art. 1983.º-2). Embora o consentimento não tenha sido revogado, se o menor não tiver sido adoptado no prazo de três anos o consentimento caduca e não produz qualquer efeito (art. 1983.º-3).

#### *11. Averbamento ao assento de nascimento.*

A sentença que decreta a adopção deve ser averbada ao assento de nascimento do menor (art. 86.º-1, al. f) C.R.C.); a lei permite, todavia, que em caso de adopção plena seja lavrado novo registo de nascimento a pedido dos interessados (art. 151.º-2 C.R.C.).

### III. ADOPÇÃO PLENA

#### *12. Modalidades.*

A adopção plena pode revestir duas modalidades: pode tratar-se de adopção conjunta, feita por ambos os cônjuges, ou de adopção singular, feita por uma só pessoa (casada ou mesmo não casada).

---

(12) O facto de o menor estar confiado a alguém que pretenda adoptá-lo determina, pois, a impossibilidade de os pais pedirem a sua entrega, mas não obsta ao estabelecimento da filiação natural do menor se ainda não estiver decretada a adopção plena (art. 1987.º, *a contr.*).

### 13. *Condições. Noção geral.*

Além das condições gerais previstas no art. 1974.º-1 C.C. e dos vários consentimentos que já referimos, a adopção plena exige que estejam ainda preenchidas determinadas condições especiais, em relação ao adoptante, ao adoptando e nas relações entre um e outro.

### 14. A) *Condições exigidas em relação ao adoptante.*

Convém distinguir conforme se trata de adopção conjunta ou singular.

#### a) *Adopção conjunta*

As condições requeridas são três <sup>(13)</sup>. É necessário, em primeiro lugar, que os adoptantes sejam casados, não permitindo a lei uma adopção conjunta no caso de união de facto. Em segundo lugar, é preciso que à data da propositura da acção os adoptantes já estejam casados há mais de cinco anos, o que fundamenta uma presunção, embora frágil, de esterilidade do casal e de estabilidade do casamento <sup>(14)</sup>. Finalmente, os adoptantes devem ter mais de vinte e cinco anos e menos de sessenta <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> É claro que, além das três condições referidas no texto, a adopção exige ainda a capacidade dos adoptantes, como resulta das regras gerais.

<sup>(14)</sup> A jurisprudência tem-se dividido sobre a questão de saber se os cônjuges que tenham mais de trinta e cinco anos podem adoptar plenamente nos termos do art. 1979.º-2 C.C., embora o seu casamento não dure ainda há cinco anos. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Julho de 1981 decidiu afirmativamente a questão, mas a decisão foi criticada na doutrina (P. COELHO, Revista de Legislação e de Jurisprudência, 115, págs. 317 e segs.).

<sup>(15)</sup> A data a que se deve reportar a apreciação destas condições de idade tem suscitado justificadas dúvidas. Parece claro que os adoptantes devem ter mais de vinte e cinco anos, não só na data da sentença que constitui o vínculo, mas logo na data da propositura da acção. No que respeita, porém, à exigência de que os adoptantes não tenham mais de sessenta anos, os tribunais têm-se dividido; segundo parece, tal requisito de idade deve verificar-se à data da propositura da acção e *ainda à data da sentença*, na linha da orientação do Assento do S.T.J. de 28 de Maio de 1985 (*Bol. Min. Just.*, n.º 93, pág. 93), o qual, relativamente à menoridade do adoptando referida no art. 1980.º-2, fixou a doutrina de que a menoridade «é condição de procedência da acção de adopção, devendo existir à data da respectiva sentença».

Como já dissemos, o facto de o casal ter descendentes não obsta à constituição da adopção. O juiz deve apreciar, todavia, se o estabelecimento do vínculo importa um sacrifício injusto para os outros filhos dos adoptantes (art.º 1974.º-1 C.C.); além disso, se os filhos tiverem idade superior a catorze anos, devem ser ouvidos pelo tribunal (art. 1984.º C.C.).

*b) Adopção singular*

O adoptante é agora uma só pessoa, casada ou não casada (solteira, viúva, divorciada). A lei só requer uma condição de idade: o adoptante deve ter mais de trinta e cinco anos (ou vinte e cinco, no caso de adopção de filho do cônjuge) e menos de sessenta.

*15. B) Condições exigidas em relação ao adoptando.*

Exige-se em primeiro lugar uma condição de idade: só pode ser adoptado o menor com menos de catorze anos (art. 1980.º-2 C.C.) (16).

A regra comporta todavia duas excepções: podem ser adoptados menores de dezoito anos (17) se se tratar de filhos do cônjuge do adoptante ou de menores que, desde idade não superior a catorze anos, vivam com o adoptante e a seu cargo.

Independentemente desta condição de idade, só podem ser adoptados, porém, os menores que se encontrem numa das cinco situações previstas no art. 1980.º-1 C.C.

Podem ser adoptados: os filhos do cônjuge do adoptante, os menores cuja paternidade e maternidade não estejam estabelecidas, os filhos de pais falecidos, os menores declarados abandonados e todos os que, há mais de um ano, residam com o adoptante e a seu cargo.

---

(16) Uma idade *mínima* do adoptando não é em princípio exigida, mas deve ter-se em conta o art. 1982.º-3 C.C. que só permite à mãe consentir na adopção decorrido um mês após o parto.

(17) Segundo o Assento do S.T.J. a 28 de Maio de 1985, já referido, a menoridade deve existir, não só à data da propositura da acção, mas ainda à data da sentença (supra, n.º 14, nota (15)).

### 16. C) *Condição exigida nas relações entre adoptante e adoptando.*

Trate-se de adopção plena ou restrita, o tutor ou administrador legal de bens só pode adoptar o menor depois de aprovadas as contas da tutela ou administração de bens e saldada a sua responsabilidade (art. 1976.º).

### 17. *Efeitos. Princípios gerais.*

Adoptado plenamente, o menor adquire a situação de *filho* do adoptante, e *integra-se*, com os seus descendentes, na família dele a partir da data em que a sentença transitar em julgado (art. 1986.º-1). O adoptado é pois assimilado a um filho do adoptante ou dos adoptantes para todos os efeitos legais: exercício do poder paternal, alimentos, direitos sucessórios, etc.

Por outro lado, extinguem-se com a adopção plena as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais. É a regra geral, que comporta todavia duas excepções: em primeiro lugar, mantêm-se os impedimentos matrimoniais fundados em relações de parentesco previstos nos arts. 1602.º a 1604.º CC; em segundo lugar, se um dos cônjuges adoptar o filho do outro, mantêm-se as relações entre o adoptado e o cônjuge do adoptante e os respectivos parentes (art. 1986.º-2).

### 18. *Nome.*

Nos termos do art. 1988.º C.C. que remete para o art. 1875.º, o adoptado perde os seus apelidos de origem, devendo a sentença que decreta a adopção fixar os apelidos do menor <sup>(17a)</sup>. Tratando-se de adopção conjugal, cabe aos pais adoptivos escolher os apelidos do menor (entre os do pai e da mãe ou os de um deles); em caso de desacordo, decide o juiz de harmonia com o interesse do filho. Nos termos do art. 86.º-1, al. j) C.R.C., o novo nome é averbado ao assento de nascimento do menor.

---

(17a) Uma modificação do nome próprio com fundamento na adopção não é admitida na lei (art. 1988.º C.C., *a contr.*).

### 19. Nacionalidade.

Nos termos do art. 5.º da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro), o adoptado plenamente por nacional português adquire <sup>(18)</sup> a nacionalidade portuguesa <sup>(19)</sup> <sup>(20)</sup>.

### 20. Impossibilidade de estabelecer a filiação natural.

Como já tivemos oportunidade de referir, outro efeito da sentença que decreta a adopção plena é a impossibilidade de estabelecer de futuro a filiação natural do menor (art. 1987.º C.C.)<sup>(21)</sup>. A prova desta filiação pode todavia ser feita em processo de casamento, pois subsistem os impedimentos matrimoniais fundados em relações de parentesco.

### 21. A adopção plena e o registo civil.

Já dissemos que os interessados, no caso de adopção plena, podem pedir que seja lavrado novo registo de nascimento do adoptado (art. 151.º-

---

(18) Note-se que se trata de um caso de *aquisição* e não de *atribuição* (originária) da nacionalidade, pois os respectivos efeitos só se produzem para futuro, a partir da data em que a adopção seja decretada: cfr. MOURA RAMOS, *Do direito português da nacionalidade*, 1984, pág. 157.

(19) A *prova* da aquisição da nacionalidade faz-se pelo assento de nascimento do adoptado. Com efeito, o art. 13.º do «Regulamento da Nacionalidade Portuguesa» (Decreto-Lei n.º 322/82, de 12 de Agosto) estabelece a presunção de que o adoptado adquiriu a nacionalidade portuguesa, por mero efeito da lei, se a adopção por nacional português estiver mencionada no seu assento de nascimento, desde que não haja menção ulterior contrária a esta presunção.

(20) A aquisição pelo adoptado da nacionalidade do adoptante é uma inovação da Lei da Nacionalidade de 1981, mas deve ter-se em conta a disposição transitória do art. 43.º, a qual, em caso de adopção plena decretada antes da entrada em vigor da Lei, permite ao estrangeiro adoptado por nacional português adquirir a nacionalidade portuguesa se o declarar; a declaração deve ser instruída com certidão do assento de nascimento do adoptado e com documentos que provem a adopção e a nacionalidade portuguesa do adoptante.

(21) A questão de saber se a solução se harmoniza com os princípios constitucionais de que todo o indivíduo tem direito à sua «identidade pessoal» (art. 26.º-1 da Constituição da República) ou à «constituição da família» (art. 36.º-1) já foi suscitada na doutrina: GUI-LHERME DE OLIVEIRA, *Critério jurídico da paternidade*, 1983, págs. 473 e segs.

-2 C.R.C.). O assento de nascimento originário, todavia, não é cancelado (art. 151.º-3), pois a prova dos vínculos de sangue pode tornar-se necessária em processo de casamento.

No que respeita à passagem de certidões de cópia integral ou de certidões de narrativa, a lei distingue conforme seja lavrado ou não novo registo de nascimento do menor.

Se os interessados não requererem novo registo e o assento originário for o único existente, uma fotocópia ou certidão de cópia integral só pode ser passada a pedido das pessoas mencionadas no art. 265.º-2 C.R.C. (as pessoas a que o registo respeita, os seus ascendentes, descendentes e herdeiros, as autoridades judiciais e policiais e a Direcção-Geral dos Registos e do Notariado); pelo contrário, qualquer pessoa pode pedir uma certidão de narrativa do assento, mas a filiação natural só é aí mencionada se o requerente expressamente o solicitar ou a certidão se destinar a instruir o processo de casamento do adoptado (art. 263.º, n.ºs 3 e 4, C.R.C.).

Se for lavrado novo registo de nascimento do adoptado, em princípio só deste registo podem ser extraídas certidões; apenas as certidões destinadas a instruir processos de casamento são extraídas do antigo assento (que por isso não é cancelado), quer se trate de certidões de cópia integral (art. 263.º-5), quer de certidões de narrativa (art. 263.º-4, *in fine*).

## 22. *Termo da adopção plena.*

A adopção plena é irrevogável; nem pode ser revogada por acordo do adoptante e do adoptado, como dispõe o art. 1989.º. Contudo, após o falecimento do adoptante ou dos adoptantes o menor pode ser objecto de outra adopção <sup>(22)</sup>.

Se a adopção não pode ser revogada, a sentença que a tenha decretado pode contudo ser objecto de *revisão* nos casos previstos no art. 1990.º-1 C.C.: a) se o consentimento do adoptante ou o dos pais do menor tiverem faltado; b) se o tribunal tiver dispensado o consentimento dos pais do adoptado e a dispensa não era legalmente permitida; c) se o consentimento do adoptante foi viciado por erro essencial e indesculpável sobre a pessoa do adoptado; d) se o consentimento do adoptante ou o dos pais do

---

(22) V. *supra*, n.º 7, al. b).

menor tiverem sido viciados por coacção; e) se tiver faltado o consentimento do próprio menor, quando necessário <sup>(23)</sup>.

Segundo o art. 1991.º-1, a acção de revisão deve ser pedida: *no caso das alíneas a) e b)*, pelas pessoas cujo consentimento faltou, no prazo de seis meses a contar da data em que tiveram consentimento da adopção; *nos casos das alíneas c) e d)*, pelas pessoas cujo consentimento foi viciado, nos seis meses subsequentes à data em que tiver cessado o vício; *no caso da alínea e)*, pelo próprio adoptado, nos seis meses seguintes à data em que atingiu a maioridade ou foi emancipado pelo casamento.

Mas a revisão não pode ser pedida, nos casos das alíneas a), b), c) e d), se já decorreram três anos sobre o trânsito em julgado da sentença (art. 1991.º-2), e não será concedida se for contrária ao interesse do menor, salvo se as razões invocadas pelo adoptante imperiosamente o exigirem (art. 1990.º-2).

#### IV. ADOPÇÃO RESTRITA

##### 23. *Modalidades.*

São as mesmas que pode revestir a adopção plena: a adopção restrita pode ser conjunta ou singular, e esta pode emanar de pessoa casada ou não casada.

---

<sup>(23)</sup> Note-se que a acção de revisão da sentença é a única admitida nestes casos, não estando prevista uma acção de declaração de nulidade ou anulação da adopção.

#### 24. Condições.

A maior parte das condições são comuns às duas modalidades de adopção. De resto, segundo a técnica utilizada no Código, é no capítulo referente à adopção plena que se contém boa parte do regime da adopção, em disposições (arts. 1980.º-1984.º, 1990.º e 1991.º) que, todavia, são também aplicáveis à adopção restrita, por força da remissão do art. 1993.º-1. Só há pois que mencionar as *especialidades* da adopção restrita, que aliás são pouco numerosas no que às *condições* da adopção se refere.

As especialidades respeitam quase todas às condições requeridas em relação ao adoptante. Pode adoptar, em caso de adopção restrita, quem tenha mais de vinte e cinco anos e menos de sessenta. É o que dispõe o art. 1992.º, que não distingue entre adopção conjunta e singular. Note-se ainda que, tratando-se de adopção conjugal, a lei não exige que o casamento dos adoptantes tenha durado mais de cinco anos. Recorde-se, por outro lado, que o consentimento «prévio» dos pais do menor se presume dado para a adopção restrita se não for possível concluir inequivocamente para que modalidade de adopção foi prestado (art. 1993.º-2).

#### 25. Efeitos.

Pelo contrário, os efeitos da adopção restrita são muito diversos dos da adopção plena. Não há agora ruptura das relações familiares do adoptado com os seus parentes naturais; o adoptado permanece na sua família de origem para todos os efeitos: impedimentos de casamento, alimentos, direitos sucessórios, etc. É certo que fica ligado ao adoptante por uma relação de família, mas esta relação é muito diferente da filiação de sangue; a adopção restrita, como a palavra diz, não tem senão efeitos *restritos*, apenas os que estão previstos nas disposições legais a que vamos referir-nos (<sup>24</sup>).

Deve notar-se, por outro lado, que a adopção restrita tem igualmente efeitos menos extensos que os da adopção plena no sentido de que não *integra* o adoptado e os seus descendentes na família do adoptante. É o que se conclui do art. 1996.º, segundo o qual o adoptado ou os seus descen-

---

(<sup>24</sup>) Pode notar-se, por exemplo, que a adopção restrita não tem efeitos sobre a *nacionalidade* do menor, uma vez que a Lei da Nacionalidade não lhe atribui esses efeitos. Cfr. MOURA RAMOS, *ob. cit.*, págs. 157 e segs.



centes e os parentes do adoptante não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros nem ficam reciprocamente vinculados à prestação de alimentos, uma disposição que parece ser simples aplicação de um princípio mais geral <sup>(25)</sup>.

Por último, cabe referir que a adopção restrita não constitui obstáculo ao estabelecimento ulterior da filiação real do menor, através de reconhecimento voluntário ou judicial; nem os efeitos da adopção são prejudicados pelo estabelecimento da filiação natural do adoptado (art. 2001.º).

#### 26. *Nome.*

Nos termos do art. 1995.º, o juiz pode atribuir ao adoptado apelidos do adoptante, a pedido deste; mas o adoptado conserva os seus apelidos de origem, devendo o novo nome do adoptado compreender, a par dos apelidos do adoptante, um ou mais apelidos da sua família natural.

#### 27. *Poder paternal.*

O exercício do poder paternal cabe exclusivamente ao adoptante ou, se o cônjuge do adoptante for pai ou mãe do adoptado, também ao seu cônjuge (art. 1997.º); mas o adoptante não pode despender dos rendimentos dos bens do adoptado senão a quantia que o tribunal fixar para alimentos deste (art. 1998.º). Deve organizar um inventário dos bens do adoptado, se o tribunal lho exigir (art. 2002.º), e prestar contas da administração que fizer (art. 2002.º-A).

#### 28. *Alimentos.*

O adoptado ou os seus descendentes estão obrigados a prestar alimento ao adoptante na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes que

---

(25) A única excepção ao princípio respeita aos impedimentos matrimoniais. Como vamos ver a seguir (*infra*, n.º 29), a adopção restrita impede o casamento do adoptante ou dos seus parentes em linha recta com o adoptado ou seus descendentes, assim como o casamento do adoptado com o que foi cônjuge do adoptante (art. 1607.º C.C.).

possam satisfazer esse encargo (art.º 2000.º-1); reciprocamente, o adoptante considera-se ascendente em primeiro grau do adoptado para este efeito e, por consequência, deve-lhe alimentos, não estando obrigados os pais naturais para com o adoptado senão a título subsidiário (art. 2000.º-2).

### 29. *Impedimentos matrimoniais.*

Como já se referiu, a adopção restrita impede o casamento: a) do adoptante ou dos seus parentes em linha recta com o adoptado ou os seus descendentes; b) do adoptado com o que foi cônjuge do adoptante; c) do adoptante com o que foi cônjuge do adoptado; d) dos adoptados pela mesma pessoa, entre si (art. 1607.º C.C.). Não se trata porém de impedimentos dirimentes mas simplesmente impedientes (art. 1604.º, al. e)), que aliás o tribunal pode dispensar se houver motivos sérios que justifiquem a celebração do casamento (art. 1609.º, n.º 1 e 2).

### 30. *Direitos sucessórios.*

Como é evidente, o adoptado conserva os seus direitos hereditários em relação à família de origem, mantendo-se, como se mantêm, as relações de família que o ligavam e continuam a ligar aos seus parentes naturais.

Quanto aos efeitos sucessórios da adopção restrita nas relações entre o adoptante e o adoptado e os seus descendentes <sup>(26)</sup>, vale o disposto no art. 1999.º. O adoptado não é herdeiro legítimo do adoptante, nem este daquele (n.º 1); mas o adoptado e, como seus representantes, os descendentes que tiver sucedem como herdeiros legítimos do adoptante, na falta de cônjuge sobrevivente, descendentes ou ascendentes (n.º 2). Por outro lado, o adoptante sucede ao adoptado e aos seus descendentes como seu herdeiro legítimo na falta de cônjuge, descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos do *de cuius* (n.º 3).

---

(26) Como vimos, o adoptado ou os seus descendentes e os parentes do adoptante não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros (art. 1996.º).

### 31. Termo da adopção restrita.

A adopção restrita pode extinguir-se por várias causas: pode ser revogada, a respectiva sentença pode ser revista e pode ser convertida em adopção plena.

- a) Ao contrário da adopção plena, que é irrevogável, a adopção restrita pode ser *revogada* nos termos e condições previstos nos arts. 2002.º-B, 2002.º-C e 2002.º-D <sup>(27)</sup>.

Em primeiro lugar, pode ser revogada a pedido do adoptante ou do adoptado se sobrevier qualquer das circunstâncias, mencionadas no art. 2166.º-1, que justificam a deserção dos herdeiros legitimários.

Durante a menoridade do adoptado, a revogação da adopção restrita pode ainda ser decretada, a pedido dos pais naturais do adoptado, do Ministério Público ou da pessoa que tinha o menor a seu cargo antes da adopção, se o adoptante não cumprir os seus deveres para com o menor ou a adopção se revelar nociva à educação ou aos interesses deste.

A revogação da adopção não é retroactiva, não produzindo efeitos senão para futuro, a partir da data em que a respectiva sentença transite em julgado (art. 2002.º-D). A revogação deve porém ser averbada ao assento de nascimento do adoptado (art. 86.º-1, al. f) C.R.C.).

- b) Em segundo lugar, a sentença que decreta a adopção restrita pode ser *revista* nos mesmos termos em que o pode ser a sentença que decreta a adopção plena. Como dispõe o art. 1993.º-1, são aplicáveis à adopção restrita os arts. 1990.º e 1991.º, referentes à revisão da sentença que decreta a adopção plena e de que já falámos no lugar apropriado (*supra*, n.º 22).
- c) Finalmente, a adopção restrita pode cessar pela sua *conversão* em adopção plena. Nos termos do art. 1977.º-2, a adopção restrita pode ser convertida em adopção plena a todo o tempo, a pedido do adoptante ou dos adoptantes, se as condições que a lei exige para a constituição da adopção plena se verificarem. A sentença de conversão é igualmente averbada ao assento de nascimento do adoptado (art. 86.º-1, al. f) C.R.C.).

---

(27) Uma revogação por mútuo consentimento — do adoptante e do adoptado — não é admitida na lei.



RUI MANUEL MOURA RAMOS

**A ADOPÇÃO  
NO DIREITO INTERNACIONAL  
PRIVADO PORTUGUÊS (\*)**

---

(\*) Este texto constitui a versão de um trabalho que, redigido inicialmente em língua francesa, se destinou a integrar um estudo de direito comparado sobre a adopção, organizado pelo Instituto de Direito Comparado da Universidade de Estrasburgo e publicado no n.º 3 do volume 37 (1985) da «Revue Internationale de Droit Comparé». O autor agradece ao responsável desta revista, professor Xavier Blanc-Jouvan, assim como ao professor Jean-Marc Bischoff, director daquele Instituto, a autorização que amavelmente concederam à presente publicação.



## INTRODUÇÃO

1. Acompanhando o impulso que o instituto da adopção conheceu nas últimas décadas o legislador português reinsериu-o <sup>(1)</sup> na sua ordem jurídica interna, com o Código Civil de 1966 <sup>(2)</sup>. A atenção que nesta data foi dada à adopção abrangeu também as regras relativas às situações internacionais. Por essa razão, o Código Civil, que inclui de resto uma regulamentação detalhada da matéria dos conflitos de leis <sup>(3)</sup>, contém, igualmente, duas normas de conflitos sobre a adopção.

O direito internacional privado português em matéria de adopção é, assim, em primeiro lugar, um direito de origem legislativa, ao contrário do que acontece em diversas ordens jurídicas europeias, em que, por falta de soluções legais,

---

(1) Com efeito, a adopção era já conhecida no antigo direito português, mas tinha sido afastada do nosso sistema jurídico, com o Código de 1867. O Código de 1966 retomou a tradição jurídica portuguesa neste domínio, tradição com a qual se tinha rompido em 1867. Sobre este ponto v. *supra*, o relatório de PEREIRA COELHO.

(2) Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, em vigor a partir de 1 de Julho de 1967. A partir desta data, o Código Civil foi modificado várias vezes. No que se refere à regulamentação sobre a adopção, é preciso ter em conta o Decreto-Lei n.º 496/87, de 25 de Novembro de 1977 (em vigor a partir de 1 de Abril de 1978) que refundiu o texto de 1966. Para uma referência às ideias inspiradoras desta mudança, v. também o relatório de PEREIRA COELHO, citado na nota (1).

(3) Artigos 14.º a 65.º. Foi publicada uma tradução francesa destas normas, em «As legislações do direito internacional privado. Conflitos de leis e conflitos de jurisdições», obra editada pelo T.M.C. Asser Institut, Oslo, Universitets-forlaget, 1971, pp. 157-173, com uma introdução dos professores FERRER-CORREIA e BAPTISTA-MACHADO e na Revue Critique de Droit International Privé, v. 57 (1968), pp. 369-378. O texto destas normas foi objecto de algumas correcções em 1977 (por ocasião da publicação do Decreto-Lei citado na nota precedente), podendo ver-se a mesma Revista v. 67 (1978), pp. 598-603, na qual as novas disposições legais foram publicadas, com uma nota de Rui MOURA-RAMOS, para a apresentação das razões da mudança efectuada.

é mister sobretudo consultar a jurisprudência. Pode mesmo dizer-se que em Portugal se está perante uma situação inversa à que existe na maioria dos outros países, na medida em que a legislação tem, com efeito, normas relativas a este problema e, por outro lado, a jurisprudência é pouco abundante. Poder-se-á pretender explicar esta situação pelo facto do instituto ser recente e pela relativa escassez de adopções proferidas a partir de 1967 <sup>(4)</sup> — mas não é menos verdade que idêntico diagnóstico de uma preeminência de fontes legais e de um reduzido número de soluções jurisprudenciais é, também, válido, em Portugal, para os conflitos de leis no seu conjunto.

2. O facto de a adopção ter sido reintroduzida na ordem jurídica portuguesa em 1966 obriga-nos a considerar dois períodos distintos (antes e depois desta data) no que respeita à posição do direito internacional privado português, em relação às situações de adopção que apresentam elementos de estraneidade. Assim, antes desta data, sendo a adopção um instituto desconhecido do direito português, a sua constituição não era possível nas situações jurídicas internas. Relativamente às situações internacionais, ela era por igual inconcebível nas relações para cuja constituição fosse competente a lei portuguesa. Ora, sendo a adopção um instituto referente ao estado das pessoas, e como tal integrado no estatuto pessoal, e sendo este último regulamentado, de acordo com o direito português <sup>(5)</sup>, pela lei nacional, daí resultava que a adopção não podia ser permitida, em Portugal, para as pessoas de nacionalidade portuguesa <sup>(6)</sup>.

---

(4) Até 1983, os tribunais portugueses proferiram 3905 adopções (das quais, 1539 plenas e 2366 restritas) (relativamente ao sentido destes conceitos *v. supra* o texto de PEREIRA COELHO já citado), o que implica uma média anual de 236 sentenças. O máximo foi atingido em 1978 (434) e o mínimo anual diminuiu, sempre, depois desta data até ao último ano. Não é possível distinguir, de entre estes números, as adopções internas das que apresentam elementos de estraneidade. De qualquer forma o desnível é notório em relação a alguns países em que a população não é superior à de Portugal.

(5) *V.* neste sentido o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 1956 (in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 60, Nov. 1956, pp. 512-519): o estado, a capacidade e as relações de família e de sucessão são regulados pela lei nacional.

(6) Não há decisões jurisprudenciais que consagrem directamente esta hipótese, mas ela resulta, logicamente, das conclusões de alguns acórdãos. Assim, o Tribunal da Relação de Lisboa, num acórdão de 16 de Novembro de 1955 (in Jurisprudência das Relações, 1955, pp. 955-958), declarou que «a adopção regulada pelas Ordenações Filipinas deixou de ser uma categoria jurídica em Portugal, depois que o actual Código Civil (o de 1867) foi publicado».



Em segundo lugar, poder-se-á perguntar se a constituição de uma relação de adopção seria admitida, em Portugal, aos estrangeiros nacionais de países onde a adopção era conhecida. Uma vez que as relações de família são reguladas em direito internacional privado português pela lei nacional (7), poder-se-ia, com efeito, pensar em admitir tal solução. Mas a doutrina portuguesa pronunciou-se, sobre este assunto, em sentido contrário. MACHADO VILELA (8), nomeadamente, invocava dois argumentos. De acordo com o primeiro, baseado na condição dos estrangeiros, estes não poderiam ter, em Portugal, direitos não reconhecidos aos portugueses. Ora os portugueses, como já se referiu, não tinham, nessa altura, o direito de adoptar (9). Por outro lado, os casos de aplicação, no Estado do foro, de um instituto que aí era desconhecido não constituiriam hipóteses de conflitos de leis, mas de conflitos de instituições e, nestas situações, não se deveria, segundo o autor, reconhecer, num país, um instituto jurídico que não era admitido na sua própria lei. A jurisprudência consagrou a mesma solução, apesar de se ter baseado num fundamento distinto: o da ordem pública (10). Assim, o Tribunal da Relação de Lisboa (11) decidiu que «o instituto da adopção não é admitido no nosso país porque é contrário aos princípios fundamentais do nosso direito da família e, nesta medida, não pode ser praticado em Portugal por estrangeiros, nem os seus efeitos podem ser reconhecidos».

---

(7) V., para além do acórdão do Supremo Tribunal citado na nota 5, MACHADO VILELA, *Tratado de Direito Internacional Privado*, v. I Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1922, p. 441, Isabel de MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, v. III, Lisboa, 1963, p. 87, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, V.II, Universidade de Coimbra, 1963, pp. 620-623.

(8) Op. cit. V.II, p. 652.

(9) V. a decisão citada na nota 6.

(10) V., no mesmo sentido, a posição tomada pela *Cour de révision judiciaire* do Mónaco, no acórdão de 6 de Maio de 1965 (in *Revue Critique*, 1965, p. 708 e segts., com a nota de FRANCESCA-KIS). Para a defesa da introdução de temperos à actuação da ordem pública nestes casos e a sua consideração nos termos da qualificação, PIERRE BOUREL, *Jurisclasseur de Droit International*, fasc. 548-B, n.º 113-119.

(11) No acórdão de 7 de Dezembro de 1956 (in *Jurisprudência das Relações*, 1956, pp. 1013-1015).

A mesma posição restritiva foi seguida pela jurisprudência em relação às adopções realizadas por cidadãos portugueses no estrangeiro, em países que conheciam o instituto da adopção. Assim, o Supremo Tribunal de Justiça declarou que a adopção feita no Brasil por um cidadão português, na vigência do Código Civil de 1867, não produzia efeitos em Portugal <sup>(12)</sup>. E o tribunal nem sequer fez referência ao argumento baseado no facto de a lei competente — a lei portuguesa — não admitir a adopção <sup>(13)</sup>, razão pela qual ela não poderia ser reconhecida. Disse-se, simplesmente, que se tratava de um acto jurídico inexistente <sup>(14)</sup>.

Por último, a jurisprudência portuguesa também recusou o reconhecimento das adopções feitas no estrangeiro por cidadãos estrangeiros, nacionais de países em que a respectiva lei interna previa este instituto. Em dois acórdãos distintos, o Tribunal da Relação de Lisboa invocou o argumento baseado na condição dos estrangeiros segundo o qual os estrangeiros não podem ter, em Portugal, direitos não reconhecidos aos cidadãos portugueses <sup>(15)</sup>. E o Supremo Tribunal de Justiça, numa decisão já citada, aplicou a mesma solução pela via da excepção de ordem pública <sup>(16)</sup>. Esta solução que se apoiou nos ensinamentos de MACHADO VILELA <sup>(17)</sup> e num parecer da Procuradoria Geral da República <sup>(18)</sup> foi, não obstante, fortemente criticada por outros autores <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> V. acórdão de 8 de Abril de 1969 (in Boletim do Ministério da Justiça n.º 186 (Maio de 1969), pp. 230-235).

<sup>(13)</sup> Posição que, pelo contrário, fora defendida pelo Juiz RUI GUIMARÃES na sua opinião dissidente. *Loc cit.* na nota anterior, p. 233-234.

<sup>(14)</sup> Em todo o caso, e no plano do funcionamento das normas de conflitos, a solução, tal como foi apresentada na opinião dissidente citada na nota 13, deve ser aprovada.

<sup>(15)</sup> Acórdãos de 7 de Dezembro de 1956 (v. *supra* n.º 11) e de 16 de Novembro de 1955 (v. *supra* nota 6). Nesta última decisão, faz-se, também, referência à ideia de ordem pública.

<sup>(16)</sup> V. o acórdão citado na nota 11, *supra*.

<sup>(17)</sup> *Op. cit. loc. cit. supra* nota 8.

<sup>(18)</sup> Parecer n.º 75/55, de 12 de Janeiro de 1956 (in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 56, p. 222 e segts).

3. Depois de considerar o estatuto da adopção internacional, de acordo com o sistema jurídico português, na época em que este instituto era desconhecido do direito interno, abordaremos agora o actual direito internacional privado da adopção.

A situação de desfavor que a adopção internacional conheceu altera-se, com efeito, em 1967 com a reinserção desta categoria jurídica no direito interno português. Liberta do estatuto de instituição desconhecida, a adopção internacional adquire a plenitude dos seus direitos de cidadania e passa a poder ser colocada no mesmo plano de outras situações jurídicas que contêm elementos de estraneidade.

Para descrever o estado do direito internacional privado português neste segundo estágio em que a adopção é uma instituição como as outras, começaremos por analisar, em primeiro lugar, as adopções internacionais no momento da sua constituição em Portugal. E, resultando a adopção, em Portugal, de uma decisão dos tribunais<sup>(20)</sup>, começaremos por considerar os casos em que os tribunais portugueses podem, em matéria de adopção internacional, considerar-se, competentes (I), para apreciar depois os critérios segundo os quais deverão determinar a ordem jurídica aplicável (II). Encaradas assim as questões clássicas de competência jurisdicional e de competência legislativa, abordaremos, depois, o estatuto, em Portugal, das adopções internacionais proferidas no estrangeiro, olhando-as sob o ponto de vista do seu reconhecimento (III). Deste modo, trataremos sucessivamente da competência internacional dos tribunais portugueses, dos conflitos de leis, e dos efeitos das decisões estrangeiras, tomando apenas em consideração as situações de adopção que apresentam elementos de estraneidade.

---

(19) Neste sentido, v. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Universidade de Coimbra, p. 515, Isabel MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, citado nota 7, pp. 82-83 e TABORDA FERREIRA, *Sistema do Direito Internacional Privado, segundo a Lei e a Jurisprudência*, Lisboa, Ática, 1957, pp. 83-84. A orientação destes autores fora acolhida num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 1934 — v. para este acórdão e para a nota crítica de BARBOSA DE MAGALHÃES, *Gazeta da Relação de Lisboa*, Vol. 48, p. 342 e segts.

(20) V. artigo 1973, n.º 1 do Código Civil e o relatório de PEREIRA COELHO já citado.

## I. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

4. É necessário, antes de mais, precisar que não existem na ordem jurídica portuguesa, normas especiais de competência internacional directa relativas à adopção. As disposições aplicáveis são, em consequência, aquelas que em geral se devem ter em consideração em todos os casos em que a competência internacional dos tribunais portugueses esteja em causa. Por outro lado, importa também ter em conta que as normas a que nos estamos a referir pertencem ao direito interno e não ao direito convencional <sup>(21)</sup>. Dito isto, há que fazer referência ao quadro geral da competência internacional dos tribunais portugueses.

5. Este quadro geral está contido no artigo 65.º do Código de Processo Civil <sup>(22)</sup>, pois que o artigo 61.º dispõe que os tribunais portugueses são competentes desde que se verifique qualquer uma das condições mencionadas no artigo 65.º <sup>(23)</sup>. Estas condições desenvolvem quatro princípios fundamentais.

---

(21) Portugal não é parte na Convenção da Haia de 1965 sobre a competência das autoridades, a lei aplicável e o reconhecimento de decisões em matéria de adopção. Relativamente a este instrumento convencional v. o estudo que Isabel MAGALHÃES COLLAÇO lhe dedicou, ainda em situação de projecto (*Sobre o esboço da Convenção acerca da «adopção internacional de crianças» emanado da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado*), in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V.XVI (1963), pp. 207-271.

(22) Para a sua análise, v. BAPTISTA MACHADO, *La compétence internationale en droit portugais*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. XLI (1964), pp. 6-11 da separata, ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 189-197, CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, I, Lisboa, Associação Académica, 1980, pp. 408-432, ANSELMO DE CASTRO, *Lições de Processo Civil*, v. II, Coimbra, Livraria Almedina, 1970, pp. 401-421 e ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, v. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1944, pp. 119-145.

(23) Em boa verdade seria necessário considerar também o artigo 99.º do mesmo Código que, por aplicação do princípio da autonomia da vontade, admite o pacto atributivo de jurisdição, nos termos do qual as partes poderão alargar a competência internacional dos tribunais portugueses. Mas dispondo o n.º 3 deste artigo (depois da reforma de 1978 (lei n.º 21/78, de 3 de Maio)), que «a designação apenas é válida... se não disser respeito a direitos indisponíveis», é evidente que a prorrogação voluntária da jurisdição portuguesa não poderá ter lugar nas situações de adopção, como de resto no direito da família.

Em primeiro lugar trata-se do princípio da coincidência, segundo o qual, e de acordo com o sistema recebido nos países pertencentes ao grupo germânico, os tribunais portugueses serão competentes, sempre que se situem em Portugal factos ou circunstâncias que a lei portuguesa, nas suas normas de competência territorial interna, considere como factores atributivos desta competência <sup>(24)</sup>. Isto equivale a dizer que os tribunais portugueses serão competentes, em aplicação deste critério, todas as vezes que o menor a adoptar tenha a sua residência em Portugal. Com efeito, este elemento (a residência do menor) <sup>(25)</sup> é o critério de competência territorial retido pela lei portuguesa nas situações internas de adopção <sup>(26)</sup>.

Para os casos em que o menor não resida em Portugal, o artigo 155.º citado prevê, no seu n.º 3, a competência do tribunal da residência do demandante ou do demandado <sup>(27)</sup>. Tendo os tribunais portugueses decidido, por diversas vezes, que, nas hipóteses de adopção, não há demandado <sup>(28)</sup>, as jurisdições portuguesas serão, ainda, internacionalmente competentes nos casos em que quem proponha a instauração da adopção resida em Portugal, mesmo se o menor residir no estrangeiro.

---

<sup>(24)</sup> Assim BAPTISTA MACHADO (nota 22), referindo-se ao critério da al. a) do n.º 1 do art.º 65.º.

<sup>(25)</sup> Residência e não domicílio, como prevê o princípio geral no domínio da competência territorial interna contido no artigo 85.º, n.º 1 do Código de Processo Civil e como o prevêm, também, algumas leis modernas sobre a adopção, como por exemplo o «Adoption Act» inglês de 1976 (v. entretanto as críticas de J.H.C. MORRIS sobre este assunto, in «Some recent developments in the English private international law of adoption», Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift F.A. Mann, Munich, C.H. Beck, 1977, pp. 242-243). E a lei portuguesa contenta-se com uma residência em sentido restrito, não exigindo sequer que ela seja habitual. De acordo com o Tribunal da Relação do Porto (Acórdão de 11 de Novembro de 1980, in Colectânea de Jurisprudência, v. V (1980), T. 5, p. 115), trata-se da simples residência no momento da instauração do pedido em tribunal. Mas uma residência apenas ocasional (um local de férias, por exemplo) não seria suficiente — v. a mesma decisão, p. 116.

<sup>(26)</sup> V. artigo 155.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro).

<sup>(27)</sup> É preciso não esquecer que o Decreto-Lei citado na nota precedente, que contém este princípio, se refere, para além das situações de adopção, a todos os procedimentos relativos à tutela.

<sup>(28)</sup> Neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Porto citado na nota 25 e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Abril de 1983, in Colectânea de Jurisprudência, v. VIII (1983), T. 2, pp. 126-127.

6. A alínea *b*) do n.º 1 do artigo 65.º do Código de Processo Civil consagra o princípio da causalidade. De acordo com esta norma os tribunais portugueses serão internacionalmente competentes desde que a «causa petendi» (o facto que serve de base ao pedido) <sup>(29)</sup> tenha tido lugar em território português. Mas as jurisdições portuguesas decidiram que este critério é inaplicável às hipóteses de adopção, em que não se pode falar, verdadeiramente, de uma «causa petendi», mas de um conjunto de condições que devem existir para que se possa estabelecer a relação de adopção <sup>(30)</sup>. Com efeito, parece que a «causa petendi», se é que nos podemos expressar assim neste domínio, é constituída pela situação do menor, o seu interesse, ou a vontade dos adoptantes, dados que, ou não são localisáveis, ou, se o são, teriam que se reportar à residência das pessoas em causa (o adoptado e o adoptante, respectivamente), com o que o critério se tornará inútil, porque os tribunais portugueses serão já competentes pelo jogo do critério enunciado em primeiro lugar <sup>(31)</sup>.

7. De acordo com o princípio da reciprocidade que inspira a norma da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 65.º, os tribunais portugueses serão, por outro lado, competentes, sendo o demandado cidadão estrangeiro se, na situação inversa, o português pudesse ser demandado perante os tribunais do Estado a que pertence o réu.

O objectivo desta norma é, sem dúvida, a protecção do cidadão português, que pode, assim, instaurar uma acção num tribunal do seu país contra um estrangeiro, nos casos em que este esteja em condição de a propor no seu país numa situação semelhante. Procura-se, desta forma, evitar uma situação que seria desvantajosa para o cidadão português nas relações bilaterais com estrangeiros, desvantagem que se traduziria, unicamente, no plano do recurso ao tribunal do seu próprio país. Transposta para as situações de adopção, a norma permitiria que um português, residente no estrangeiro, pudesse adoptar

---

<sup>(29)</sup> Para os casos em que a «causa petendi» é de natureza complexa, talvez a maior parte, a doutrina dominante (v. as obras citadas na nota 22) considera ser suficiente que apenas uma parte dos factos tenha tido lugar em Portugal.

<sup>(30)</sup> V. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa citado na nota 28.

<sup>(31)</sup> V. *supra* n.º 5.

em Portugal um menor residente também no estrangeiro, desde que um menor português e residente em Portugal pudesse ser adoptado no estrangeiro (por exemplo, em França, em conformidade com o disposto no artigo 14.º do Código Civil) por um francês residente fora de França.

É verdade que, como referimos <sup>(32)</sup>, não se pode, verdadeiramente, falar, nos casos de adopção, de um demandado, e que a ideia de equilíbrio e de reciprocidade, se é concebível em matéria patrimonial, não se adapta tão bem aos casos de estado de pessoas, em que o aspecto político que a inspira não pode ser tido em conta da mesma maneira. Mas os tribunais portugueses não excluíram de uma forma definitiva a aplicação deste critério no domínio da adopção <sup>(33)</sup>, e é concebível que o aplicassem numa hipótese como aquela a que nos referimos.

8. Finalmente, e para impedir a denegação de justiça, a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 65.º prevê que, de acordo com o princípio da necessidade, os tribunais portugueses serão ainda competentes nos casos em que o direito não possa ser tornado efectivo senão através de uma acção intentada perante um tribunal português, com a condição de existir uma ligação ponderosa de natureza pessoal ou real entre a acção a propor e o território português.

O teor deste preceito suscita a questão da extensão do seu domínio de aplicação. É evidente que deve aí incluir-se a hipótese de uma verdadeira impossibilidade jurídica, isto é, o caso de um conflito negativo entre as normas de diversos Estados envolvidos pela situação, o que conduziria à ausência total de uma jurisdição que tivesse competência internacional na matéria. Mas, poder-se-á perguntar se é necessário considerar da mesma forma os casos de impossibilidade prática, o que fundamentaria, igualmente, a competência internacional dos tribunais portugueses nos casos em que, sendo competente uma jurisdição estrangeira, se torne impossível, por razões práticas, aí apresentar o pedido <sup>(34)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> V. *supra* n.º 5.

<sup>(33)</sup> V. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, *loc. cit.* nota 28. p. 116.

<sup>(34)</sup> Neste sentido, CASTRO MENDES, citado nota 22, pp. 421-422 e ALBERTO DOS REIS, citado nota 22, pp. 142-144.

Em qualquer caso, é preciso não confundir a impossibilidade absoluta (mesmo que por razões práticas) com a extrema dificuldade de uma solução favorável quanto ao mérito. Estamos a pensar na denegação de justiça devido a razões processuais (à incompetência ou à impossibilidade absoluta de demandar os tribunais estrangeiros) e não na decisão negativa de um tribunal estrangeiro relativamente à pretensão do autor <sup>(35)</sup>. Mais concretamente, pensamos que o facto das normas de conflitos de leis de um Estado, em que as jurisdições se julgam internacionalmente competentes, conduzirem ao não reconhecimento de um direito ou de uma pretensão que seria reconhecida pelo sistema de conflitos português, no caso em que este fosse aplicável, não é suficiente para permitir a aplicação da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 65.º. A solução contrária, em nossa opinião, conduz a uma dependência da competência jurisdicional relativamente à competência legislativa e mesmo em relação à solução material que, se lembra certos ensinamentos de autores americanos <sup>(37)</sup>, não vai menos ao encontro das tendências mais recentes na nossa matéria <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Assim, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto citado na nota 25, p. 116.

<sup>(36)</sup> Neste sentido, ALBERTO DOS REIS (v. nota 22) p. 142 e ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO NORA (v. nota 22) p. 196. Mas a opinião contrária é defendida por ANSELMO DE CASTRO (v. nota 22), p. 419, nota 1 e FERRER CORREIA *apud* BAPTISTA MACHADO (v. nota 22) p. 11 e foi apoiada por algumas decisões judiciais — v. os acórdãos do Supremo Tribunal de 16 de Janeiro e de 27 de Julho de 1943 e de 17 de Dezembro de 1957 e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9 de Julho 1976, in *Colectânea de Jurisprudência v. I* (1976), T. 2, p. 329 e segts. No entanto, estas decisões não se referem a questões de adopção.

<sup>(37)</sup> Pensamos nas ideias de CAVERS, LEFLAR, CURRIE e EHRENZWEIG que favorecem de uma certa maneira e por formas diferentes a aplicação da lei do foro. A este propósito v. MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 56-62, 132-140 e 159-165.

<sup>(38)</sup> Em particular no domínio da adopção assiste-se ao desenvolvimento de uma tendência que separa a competência legislativa da competência judicial. V. neste sentido o art.º 75.º do projecto Suíço da lei federal sobre o direito internacional privado, in «Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé» de 10/11, 1982, p. 219; a posição do Instituto Max-Planck a propósito do projecto de reforma do direito internacional privado alemão (in *Reform des deutschen internationalen Privatrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1980, p. 149, thèse 14, 1 e «*Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts*», *Rebels Zeitschrift*, v. 47 (1983) pp. 651-652); a lei italiana n.º 184, de 4 de Maio de 1983, sobre a adopção



9. Se quiséssemos resumir as considerações feitas diríamos que, em matéria de adopção, a competência internacional dos tribunais portugueses, com excepção das situações especiais de denegação de justiça e da aplicação da ideia de reciprocidade, resulta da residência, em Portugal, do adoptado ou do adoptante.

Dito isto, é necessário ter, agora, em consideração a segunda questão que nos propusémos tratar — a das orientações que deverão guiar o juiz português na escolha da lei aplicável à adopção internacional.

## II. DIREITO APLICÁVEL

10. No que diz respeito à questão dos conflitos de leis em matéria de adopção, é preciso ter em conta uma consideração que já fizemos a propósito da competência jurisdicional, a saber, a inexistência de normas convencionais nesta matéria <sup>(39)</sup>. Por outro lado, o regime da competência legislativa em matéria de adopção não cabe no domínio das normas gerais sobre as relações familiares, prevendo a legislação portuguesa, expressamente, duas disposições que se referem à adopção — os artigos 60.º e 61.º do Código Civil.

Ter-se-á primeiro em conta a determinação da lei aplicável (A) para, seguidamente, analisar o seu domínio (B).

### A. DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL À ADOPÇÃO

11. Deve subdividir-se em três momentos o tratamento desta questão: tratar-se-á primeiro da lei aplicável à constituição da relação adoptiva para só então passar, à lei reguladora dos efeitos de adopção; mencionar-se-ão depois os mecanismos que podem afastar a competência da lei designada.

---

e a guarda de menores, no seu art.º 30.º (in *Revue Critique* 1984, pp. 171-178, com nota de ANGELO DAVI) e as incertezas que subsistem no direito inglês — a este propósito v. J.H. MORRIS (n. 25) pp. 245-248. No mesmo sentido, na doutrina. v. ALEXANDER LUDERITZ, «*Hauptfragen internationalen Adoptionsrechts*», in *Festschrift für Gunther Beitzke*, Berlin, Walter de Gruyter, 1979, pp. 589-606, em particular p. 600 e Ruggiero CAFARI PANICO «*Connessioni tra sfera d'applicazione della legge sull'adozione speciale e competenza giurisdizionale*» in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* v. 14 (1978) pp. 480-514.

(39) V. *supra*, nota 21.

### *a) Constituição da relação adoptiva*

12. O sistema de determinação da lei competente em matéria de adopção escolhido pelo legislador português é um sistema complexo. Parecerá, à primeira vista, que se escolheu o sistema da opção <sup>(40)</sup> e se pendeu para o lado do adoptante. Com efeito, o n.º 1 do artigo 60.º do Código Civil dispõe, claramente, que «à constituição da filiação adoptiva é aplicável a lei pessoal do adoptante»; o número 2 do mesmo artigo prevê, por outro lado, que «se a adopção for realizada por marido e mulher ou o adoptando for filho do cônjuge do adoptante é competente a lei nacional comum dos cônjuges, e na falta desta, a lei da sua residência habitual comum; se também esta faltar, será aplicável a lei do país com o qual a vida familiar dos adoptantes se ache mais estreitamente conexas» <sup>(41)</sup>.

A preferência foi, assim, dada ao adoptante. À sua lei pessoal <sup>(42)</sup>, no caso de se tratar de um único adoptante, à lei dos efeitos do casamento, nas situações em que a adopção é feita por pessoas casadas, quer ambos os cônjuges sejam os adoptantes, quer, pelo contrário, apenas um deles o seja, por o outro ser o progenitor natural do adoptando. A solução explica-se facilmente pelo facto do vínculo de filiação introduzir o adoptando na família do adoptante, devendo a sua lei pessoal ser, então, consultada a este respeito. É bem evidente que se trata de conexões fixas, e que o momento a considerar é aquele em que o vínculo deve ser constituído <sup>(43)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> Para uma apresentação esclarecedora dos diversos sistemas de determinação da lei aplicável à adopção, pode ver-se a excelente síntese de PIERRE BOUREL (v. nota 10) n.º 10-56.

<sup>(41)</sup> No texto original desta disposição (o de 1966) mencionava-se em último lugar a lei pessoal do marido. A redacção actual resulta da reforma de 1977 (supra, nota 2) que considerando este factor de conexão contrário ao princípio constitucional de igualdade dos cônjuges substituiu-o pela referência à lei mais estreitamente conexas com o vínculo familiar. V. MOURA RAMOS (nota 3), p. 601; FERRER CORREIA, *A revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado*, separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º 283, e ALMENO DE SÁ «*A revisão do Código Civil e a Constituição*», *Revista de Direito e Economia*, v. 3 (1977), p. 443.

<sup>(42)</sup> Em Portugal, a lei pessoal é a lei nacional (artigo 31.º n.º 1 do Código Civil).

<sup>(43)</sup> Neste sentido, BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1982, p. 429.

13. Mas a lei portuguesa não esqueceu que se a relação de adopção permite a entrada do adoptando na família do adoptante, ela corta, igualmente, os laços que o uniam, até esse momento, à sua família natural. A adopção internacional não poderia assim, ignorar este aspecto da realidade, que conduz à consideração da lei que regulava as relações do adoptado com os seus pais naturais. No caso contrário, não se chegaria a constituir uma relação estável e a situação criada seria defeituosa e geradora de conflitos de pretensões, na medida em que a lei da família natural do adoptado poderá não reconhecer a adopção e prever direitos dos pais naturais relativamente ao menor incompatíveis com os que resultam da adopção.

Por esta razão, o n.º 4 do artigo 60.º estabelece que não haverá lugar à adopção se a lei aplicável às relações do adoptado com a sua família natural desconhecer o instituto da adopção ou se não o admitir para os que se encontram na situação familiar do adoptado. Isto quer dizer que a lei da família de origem do adoptado é, também, aplicada, cumulativamente, em relação a dois pontos essenciais: a admissibilidade da adopção, em geral, e a sua possibilidade, no caso concreto, no que respeita às pessoas que se encontram na situação familiar do adoptado. Parece que a vocação da lei da família de origem do adoptando deve ficar por aí, no que respeita à regulamentação da relação de adopção. E o sentido do chamamento que lhe é feito não afasta a competência da lei do adoptante sobre estas questões (e é essa a razão porque se trata aqui de uma aplicação cumulativa e não distributiva das duas leis): partiu-se da ideia que, integrando a adopção o adoptado na família do adoptante, a lei deste último (ou destes, se se trata de um casal) deve ser competente para qualquer aspecto da criação da relação de adopção.

14. Pelo que se acabou de referir, poder-se-á pensar que o direito português negligenciou a situação do adoptado, uma vez que não foi feita até agora nenhuma referência à sua própria lei. Mas o desconhecimento da lei do adoptado não significa, de forma alguma, que se tenha menosprezado a sua posição. Com efeito, hoje todas as legislações sobre matéria de adopção se fundamentam no interesse do adoptado e, por outro lado, nada prova que a lei do adoptado lhe será mais favorável no plano das soluções materiais.

O problema não é, verdadeiramente, no plano da solução dos conflitos de leis neste domínio, o de favorecer o adoptado mas a estabilidade e o carac-

ter indiscutível (pelo menos, em relação às leis que mais fortemente lhe digam-respeito) da relação de adoção<sup>(44)</sup>. Razão pela qual, para garantir a sua efetividade, se deverá pensar, ainda, em respeitar as exigências de algumas outras leis que, caso fossem ignoradas, poderiam prejudicar, em consequência, a estabilidade da relação de adoção. O que acaba de dizer-se é verdadeiro, sobretudo no que toca à lei do adoptado, para a exigência do seu consentimento, porquanto, se ela foi negligenciada, o adoptado (ou quem o representa) poderá, sempre, fazer prevalecer a sua lei pessoal, para pôr em causa a relação<sup>(45)</sup>. Mas o mesmo vale, naturalmente, e pela mesma razão<sup>(46)</sup>, tratando-se de leis aplicáveis a qualquer relação familiar<sup>(47)</sup> ou de tutela — e isto conduz-nos à necessidade de considerar também a lei reguladora de tal relação. É por isso que o artigo 61.º do Código Civil português dispõe que, nos casos em que a lei pessoal do adoptado exija o seu consentimento como condição para o estabelecimento da relação de adoção, esta exigência será respeitada (n.º 1); da mesma forma, é, igualmente, necessário respeitar a exigência do consentimento de um terceiro a quem o adoptado se encontre ligado por uma relação jurídica, seja de natureza familiar ou tutelar, caso resulte da lei reguladora desta relação (n.º 2).

---

(44) Sublinhando a necessidade de segurança nas adoções internacionais, v. KURT LIPSTEIN, «*Adoption in private international law: Reflections on the scope and the limits of a convention*», I.C.L.Q., v. 12 (1963), p. 835 et s. (While limping marriages may be undesirable, limping adoptions must be avoided at all cost), ERIK JAYME, «*Deutsche — englische Adoptionen*», in *Multum non Multa*, Festschrift für Kurt Lipstein, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1980, p. 221 et s. e o art.º 22, 2.ª frase, da EGBGB, tal como ficou depois da reforma de 1 de Janeiro de 1977.

(45) Fundamentando-se no facto de uma condição essencial no plano da sua capacidade e prevista pela sua lei pessoal ter sido ignorada. A competência da lei pessoal do adoptando no que respeita à prestação do seu consentimento é dificilmente contestável. Sobre este ponto v. PIERRE BOUREL (v. nota 10), n.º 50. Mas o mesmo autor sublinha que é, apenas, sobre esta questão que é preciso ter em conta esta lei.

(46) Se há uma relação familiar ou de tutela estabelecida é evidente que o consentimento do responsável do menor, se for exigido de acordo com a lei reguladora desta relação, é indispensável, da mesma forma que o consentimento do adoptando que seria exigido pela sua lei pessoal. No caso contrário, a oposição do responsável pelo menor pode conduzir a conflitos de qualificações que é necessário tentar anular tanto quanto possível.

(47) Com excepção, evidentemente, da relação do adoptando com os seus pais naturais, já tomada em consideração no artigo 60.º, n.º 4 (*supra*, n.º 13).

15. Em conclusão, o direito português consagrou, em matéria de estabelecimento da filiação adoptiva, um sistema intermediário que, apesar de baseado na lei do adoptante, também dá lugar à aplicação, quer da lei do adoptado, quer da lei que regula as relações deste com a sua família natural, quer da lei que regulamenta qualquer outra relação de natureza familiar ou de tutela que ligue o adoptado a terceiros. O cúmulo das leis daí resultante torna a adopção internacional mais difícil mas, por outro lado, assegura a estabilidade da relação assim constituída.

*b) Efeitos da adopção*

16. Se, como se notou, o sistema de determinação da lei competente para a constituição da adopção é muito complexo, é, pelo contrário, a simplicidade que caracteriza a norma em matéria de lei aplicável aos efeitos da adopção.

Neste domínio o artigo 60.º, n.º 3 do Código Civil prevê, com efeito, que as relações entre o adoptante e o adoptado, e entre este e a sua família de origem, estão submetidas à lei pessoal do adoptante; mas, nos casos em que, quer a adopção seja realizada por pessoas casadas, quer o adoptado seja filho do cônjuge do adoptante, a lei competente será a lei da nacionalidade comum dos cônjuges, na falta desta a da sua residência habitual comum e, na falta de residência habitual comum, a lei mais solidamente ligada à vida familiar dos adoptantes.

Verifica-se assim que o direito português consagrou, aqui, em exclusividade, os mesmos factores de conexão que escolhera em primeiro lugar, em matéria de constituição de adopção. Isto explica-se na medida em que, tendendo a adopção a inserir o adoptado na família do adoptante, a lei aplicável às relações daí resultantes deve ser a lei desta família, caso ela exista, ou a lei do adoptante, se não havia família no (até) ao momento da adopção. Tendo o adoptado entrado na família do adoptante deixa de existir motivo para tomar em consideração a sua lei pessoal<sup>(48)</sup>, uma vez que ele se encontra, agora, no interior

---

(48) Se esta é diferente da do adoptante, o que pode não ser o caso, tendo em conta a tendência das legislações, em matéria de nacionalidade, para reconhecer ao adoptando a nacionalidade do adoptante. A este propósito v. MOURA RAMOS, *Do Direito Português da Nacionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 96-99 e PAUL LAGARDE, «*Nationalité et Filiation: leur interaction dans le droit comparé de la nationalité*», in *Nationalité et Statut personnel. Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 492.

de uma família, cuja lei deve, naturalmente, prevalecer. Para os casos em que a adopção não tem lugar no seio de uma família, o recurso à lei do adoptante está de acordo com o critério da lei portuguesa que submete as relações entre pais e filhos à lei do autor da filiação, nos casos em que esta foi estabelecida apenas em relação a um dos autores <sup>(49)</sup>.

Para além desta diferença com a lei aplicável ao estabelecimento da filiação adoptiva, existe ainda uma outra; é que aqui estamos em presença de uma conexão móvel. A lei em questão será a que for indicada pelo factor de conexão no momento em que o problema se coloca. Não há, de facto, nesta matéria nenhuma razão para petrificar a competência da lei do adoptante no momento do estabelecimento da relação de adopção.

### *c) Limitações à competência da lei aplicável*

17. A competência da lei aplicável, tanto na constituição, como nos efeitos da adopção, pode ser afastada pelo mecanismo do reenvio, ou pelo funcionamento da excepção de ordem pública.

#### *1.º — O reenvio*

18. Em Portugal, o reenvio é admitido na sua modalidade de reenvio de primeiro grau, se a lei designada pela norma de conflitos portuguesa retorna a competência ao direito interno português (artigo 18.º, n.º 1). Relativamente às hipóteses de estatuto pessoal — e a adopção pertence, claramente, a este domínio, porque este último inclui, em Portugal, as relações familiares <sup>(50)</sup> — é necessário, ainda, para que o reenvio seja admissível, que o adoptante tenha

---

<sup>(49)</sup> V. artigo 57.º do Código Civil, tendo em conta que a adopção estabelece um vínculo de filiação, ainda que especial pela sua origem, entre o adoptante e o adoptado.

<sup>(50)</sup> V. artigo 25.º do Código Civil.

o seu domicílio em Portugal, ou que a lei do domicílio considere como competente o direito interno português (art.º 18º, n.º 2).

No que respeita ao reenvio de segundo grau, é necessário para que este mecanismo possa ser usado que uma terceira lei, designada pela ordem jurídica para a qual a norma de conflitos portuguesa remete a competência, a aceite (art.º 17º, n.º 1). E, nos casos do estatuto pessoal, é necessário, ainda, que a lei do domicílio não seja, nem a lei portuguesa, nem uma lei que designe o direito interno do Estado da nacionalidade (art.º 17º, n.º 2). Esta exigência, todavia, desaparece nos casos em que estando em causa os efeitos da adopção, a lei designada pela norma de conflitos portuguesa reenvie à «lex rei sitae» e esta se considere competente <sup>(51)</sup>.

## 2.º — A ordem pública

19. Pode, também, acontecer que a lei designada como competente para a adopção pela norma de conflitos portuguesa deva ser afastada nos casos em que a aplicação das suas disposições contrarie os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português (art.º 22º, n.º 1). Neste caso, serão aplicáveis as normas mais apropriadas da legislação estrangeira competente ou, subsidiariamente, as normas do direito interno português (art.º 22º, n.º 2).

Os tribunais portugueses recorreram diversas vezes <sup>(52)</sup> a esta noção para impedir a constituição de relações de adopção de acordo com leis que admitiam a adopção de crianças nascidas do casamento cujos progenitores (ou ao menos um deles) se encontravam vivos; e isto num momento <sup>(53)</sup> em que o nosso direito interno não admitia a adopção de filhos legítimos de pais vivos — princípio que se considerava como sendo de ordem pública. Disse-se a pro-

---

<sup>(51)</sup> Para uma exposição mais desenvolvida da posição do legislador português em matéria de reenvio, v. as obras de BAPTISTA MACHADO (nota 43), pp. 190-221 e FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Universidade de Coimbra, 1973, pp. 407-433.

<sup>(52)</sup> V. os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Janeiro de 1969 (in *Jurisprudência das Relações*, v. 15(1969), pp. 16-17) e de 8 de Outubro de 1971 (in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 237 (Julho 1974), pp. 287-288).

<sup>(53)</sup> Entre 1967 e a Reforma de 1977 (*supra*, nota 2).

pósito que a proibição da adopção nestes casos exprimia uma «concepção fundamental e dominante da família portuguesa», que «a alienação definitiva e completa dos direitos e deveres inerentes às relações entre pais e filhos repugnava aos sentimentos etico-jurídicos, às concepções jurídicas dominantes do sistema jurídico português» e «à sensibilidade da grande maioria dos portugueses». O problema já se não põe, pois que a alteração legal ocorrida afastou tal exigência. A ordem pública não poderá pois ser de novo invocada numa tal situação.

Mas a ordem pública poderá, por outro lado, ser invocada em casos em que as leis consideradas aplicáveis desconheçam certas condições hoje presentes na legislação portuguesa <sup>(54)</sup>. O raciocínio feito pelos tribunais que se acabam de citar permite receá-lo.

Pelo contrário, a linha seguida leva-nos a pensar que se será mais reticente no recurso à ordem pública face a leis estrangeiras mais restritivas que a lei portuguesa no que toca à constituição da relação de adopção. Indo mais longe, pensamos mesmo que a ordem pública não deveria ser invocada em casos em que a lei aplicável ignora a adopção ou a concebe com um alcance menor do que o faz o direito português. Com efeito, a existência da relação de adopção não integra a ordem pública <sup>(55)</sup>, e ela também não constitui, entre nós, um direito fundamental de todos os portugueses <sup>(56)</sup>, apesar da fórmula do artigo 36º, número 7, da nossa Constituição <sup>(57)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> V. *supra*, o Relatório de PEREIRA COELHO. Mas a contrariedade da ordem pública deverá sempre ser apreciada *in concreto*, e será preciso saber se a falta da condição que não é aceite pela lei estrangeira (e que o direito português conhece) constitui ou não uma ofensa aos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português.

<sup>(55)</sup> No mesmo sentido, PIERRE BOUREL (v. nota 10), nº 94-112.

<sup>(56)</sup> E de todos os estrangeiros residentes em Portugal, pois que estes gozam, nos termos do art.º 15º, nº I da Constituição Política, dos direitos dos cidadãos portugueses.

<sup>(57)</sup> Segundo este texto, «A adopção é regulada e protegida nos termos da lei». Pensamos, no entanto, que esta disposição apenas obriga o legislador a regular este instituto na ordem jurídica interna portuguesa, de forma a dar aos adoptados uma situação aceitável e a não tornar exageradamente difícil a sua constituição. Ao contrário, não se poderia ver aqui o reconhecimento de um direito à adopção. Esta encontrar-se-ia, apenas, na situação de um instituto jurídico garantido. Neste sentido, em Portugal, v. GOMES CANOTILHO — VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed., 1º vol. Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 232. Em geral, sobre as relações entre as normas da Constituição e o sistema de conflitos de leis, v. MOURA RAMOS, *op. cit. supra*, nota 37. Para a defesa da opinião contrária, sobre este ponto



## B. DOMÍNIO DA LEI APLICÁVEL À ADOÇÃO

20. Consideraremos esta questão, sucessivamente, primeiro no que respeita à lei aplicável à constituição da relação de adoção, e, depois, no que concerne à lei que rege os efeitos desta.

### 1) Domínio da lei aplicável à constituição da adoção

21. As dificuldades que poderiam existir para a delimitação do domínio desta lei são reduzidas em consequência do sistema de determinação da lei aplicável escolhido <sup>(58)</sup>.

Resulta deste sistema, como já referimos <sup>(59)</sup>, que a lei reguladora das relações entre o adoptando e os pais naturais será aplicada a duas questões: a existência da adoção e a sua admissibilidade, no que respeita a uma pessoa que se encontre na situação familiar do adoptando. Isto significa, por exemplo, que as condições essenciais da adoção que se relacionam com a situação familiar do adoptando e que forem previstas por esta lei (por exemplo, o facto de não existir um vínculo familiar entre o adoptando e o adoptante, ou que o adoptando não tenha os pais vivos) deverão ser observadas <sup>(60)</sup>.

Por outro lado, será preciso aplicar a lei do adoptado na medida em que esta exige o seu consentimento <sup>(61)</sup>, bem como a lei que estabelece uma relação jurídica qualquer, de natureza familiar ou de tutela, entre o adoptado e um terceiro, se esta lei exigir o consentimento do terceiro <sup>(62)</sup>.

---

preciso, relativamente à ordem jurídica búlgara, v. TZONU DAMIANOV, «*Le droit international privé de la famille d'après la récente législation bulgare*», in *Droit International Public et Privé*, Sofia-Press, 1978, p. 100.

<sup>(58)</sup> V. *supra* n.º 12 e segts.

<sup>(59)</sup> *Ibidem*.

<sup>(60)</sup> V. *supra*, n.º 13.

<sup>(61)</sup> V. *supra*, n.º 14.

<sup>(62)</sup> *Ibidem*.

22. Quanto ao âmbito do estatuto da adopção <sup>(63)</sup>, é evidente que ele deve reger as condições essenciais da adopção (a idade do adoptante e do adoptando, a sua situação familiar <sup>(64)</sup>, etc...). E dir-se-á o mesmo a propósito dos meios utilizados para o seu estabelecimento. O estatuto da adopção será, igualmente, competente em matéria de nulidade, sancionando os vícios do acto constitutivo.

Pelo contrário, a «lex loci» será aplicada à forma do acto (se bem que o estatuto da adopção possa exigir certas formas mínimas, devendo esta exigência ser então respeitada) e às diversas formalidades a seguir para realizar a adopção <sup>(65)</sup>.

## 2) Domínio da lei aplicável aos efeitos da adopção

23. A lei aplicável aos efeitos da adopção regulará os efeitos próprios da adopção: o poder paternal, a sua atribuição, o seu conteúdo <sup>(66)</sup>, a sua exclusão e a sua extensão. Do mesmo modo, esta lei aplica-se aos efeitos da adopção sobre as relações preexistentes, de natureza familiar, entre o adoptado e a sua família natural, à sua extinção ou à sua conservação <sup>(67)</sup>.

Esta mesma lei aplica-se também à duração da adopção e à possibilidade da sua revogação <sup>(68)</sup>, e à atribuição do nome do adoptante ao adoptado <sup>(69)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> Que é dado pela lei indicada, *supra* n.º 12.

<sup>(64)</sup> Se bem que em relação ao adoptado, seja preciso considerar, também, a lei indicada no n.º 4 do artigo 60.º V. *supra* 21.

<sup>(65)</sup> V. neste sentido BAPTISTA MACHADO, (citado, nota 43), p. 429.

<sup>(66)</sup> É preciso ter em conta, relativamente à obrigação alimentar, as duas Convenções da Haia, de 1956 e de 1973, relativas, respectivamente, à lei aplicável à prestação de alimentos a menores e à lei aplicável às obrigações alimentares, nas quais Portugal é parte.

<sup>(67)</sup> Mas, v. a este propósito, as observações de BAPTISTA MACHADO (nota 43), p. 429, que sublinha a vocação, nesse sentido, do estatuto da adopção.

<sup>(68)</sup> BAPTISTA MACHADO (v. nota 43, p. 430) invoca aqui a analogia com o caso do divórcio. Com efeito, para esta hipótese, o artigo 55.º, consagra a competência da lei dos efeitos do casamento.

<sup>(69)</sup> Neste sentido, v. PIERRE BOUREL (v. nota 10), n.ºs 231.º a 236.º. Em Portugal, o Tribunal da Relação de Lisboa (no acórdão citado *supra*, na nota 11) reconheceu de uma forma implícita esta doutrina, quando não admitiu a junção de um nome a uma pessoa adoptada, porque, não podendo a adopção ser praticada em Portugal, os seus efeitos não podiam aqui ser reconhecidos.

24. Pelo contrário, há certos efeitos resultantes da adopção cuja regulamentação não pertence à lei dos efeitos da adopção. Desde logo a tutela. Neste sentido, o Código Civil é explícito ao submetê-la à lei pessoal do menor (artigo 30º). Dir-se-á o mesmo para os impedimentos do casamento. Ainda que resultantes da adopção, há acordo em os ligar ao estatuto do casamento <sup>(70)</sup>.

Cabe, também, à lei da sucessão e não à lei dos efeitos da adopção pronunciar-se sobre os efeitos sucessórios que resultam da adopção <sup>(71)</sup>.

Finalmente, diremos que os efeitos da adopção sobre a nacionalidade do adoptado também não pertencem à lei dos efeitos da adopção. Cabe à lei portuguesa, necessariamente, determinar as condições de atribuição ou de aquisição da sua nacionalidade e, assim, pronunciar-se sobre o efeito de uma adopção sobre a nacionalidade do menor. Em Portugal, o menor adoptado plenamente por um nacional português adquire a nacionalidade portuguesa <sup>(72)</sup>.

### III. EFEITOS INTERNACIONAIS DAS SENTENÇAS DE ADOPÇÃO

25. Depois de ter considerado os problemas referentes à constituição, em Portugal, de relações de adopção que apresentam elementos de estraneidade, falta-nos, agora, ter em atenção a questão da eficácia, em Portugal, das relações de adopção constituídas no estrangeiro.

---

<sup>(70)</sup> Neste sentido BAPTISTA MACHADO (v. nota 43), p. 430. De uma forma mais flexível PIERRE BOUREL (v. nota 10), n.º 248 e JACQUES FOYER «*Adoption*», in *Encyclopédie Dalloz*, n.º 87.

<sup>(71)</sup> Neste sentido, em Portugal, BAPTISTA MACHADO (citado, nota 43), p. 430.

<sup>(72)</sup> V. art.º 5.º da lei n.º 37/81, de 3 de Outubro de 1981. Sobre esta norma, MOURA RAMOS (v. nota 48) pp. 155-160 e «*Portugal — nationalité*», *Revue Critique*, 1978 p. 796 e segts. e ISABEL JALLES «*Nationalité et Statut Personnel dans le droit de la nationalité portugaise*», *Nationalité et Statut Personnel* (citado, nota 48), pp. 182-183.

Portugal não é parte, como já dissemos <sup>(73)</sup>, nos instrumentos internacionais sobre esta matéria. Por esta razão será preciso, uma vez mais, recorrer-mos ao direito interno português. Relativamente a este problema a regulamentação pertinente encontra-se no Código de Processo Civil, artigos 1094º a 1102º.

26. A primeira observação que é preciso fazer, a este propósito, refere-se a necessidade do *exequatur*.

Com efeito, nos termos do artigo 1094º, as decisões <sup>(74)</sup> sobre direitos privados, proferidas por tribunais estrangeiros ou por árbitros no estrangeiro não produzirão nenhum efeito <sup>(75)</sup>, em Portugal, qualquer que seja a nacionalidade das partes, se não forem revistas e confirmadas.

Esta norma não sofre nenhuma limitação, relativamente às decisões constitutivas, modificativas ou extintivas de direitos <sup>(76)</sup>. Concretamente, no que respeita à adopção, esta conclusão resulta da conjugação de certas disposições do Código do Registo Civil. Assim, nos termos do artigo 2º deste Código <sup>(77)</sup>, a

---

<sup>(73)</sup> V. supra, n.º 4. No que diz respeito às decisões estrangeiras sobre alimentos, é preciso ter em conta as Convenções da Haia de 1958 e 1973, respectivamente sobre o reconhecimento e a execução de decisões em matéria de prestação de alimentos a menores e o reconhecimento e a execução de decisões relativas às obrigações alimentares, nas quais Portugal é parte.

<sup>(74)</sup> Poder-se-ia colocar a questão de saber se os actos de jurisdição voluntária devem ser considerados como sentenças, no que diz respeito à exigência do *exequatur*. Sendo a decisão que profere uma adopção um acto desta natureza o problema surge-nos com toda a sua importância. No direito português, a maioria da doutrina perfilha a opinião de que nada permite subtrair os actos de jurisdição voluntária à formulação do artigo 1094º (assim FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado. Aditamentos. Do Reconhecimento e Execução das Sentenças estrangeiras*, Universidade de Coimbra, 1975, pp. 29-32, TABORDA FERREIRA (citado, nota 19), p. 159 e ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, v. II, Coimbra, 1946, p. 156 e segts. Entretanto, MACHADO VILELA (citado, nota 7), v. I, p. 662 e segts., sustenta opinião contrária). E a jurisprudência seguiu-a exigindo expressamente uma decisão de *exequatur* para a eficácia das decisões estrangeiras da adopção — v. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa citado na nota 11.

<sup>(75)</sup> O n.º 2 do mesmo artigo, exclui, entretanto, a necessidade de revisão para os casos em que as decisões estrangeiras são invocadas perante os tribunais portugueses como simples meio de prova, sujeito à apreciação de quem deve julgar a causa.

<sup>(76)</sup> Neste sentido, FERRER CORREIA (citado nota 74), p. 95.

<sup>(77)</sup> V. também a alínea c) do artigo 1º do mesmo Código (Decreto-Lei n.º 51/78, de 30 de Março de 1978) e *supra*, o relatório de PEREIRA COELHO.

adoção deve ser obrigatoriamente registada, provocando a falta de registo a impossibilidade de invocar o acto (artigo 3.º) <sup>(78)</sup>.

Não é menos verdade, no entanto, que as decisões estrangeiras podem produzir, em Portugal, efeitos ligados à sua condição de facto jurídico; apenas são excluídos os efeitos produzidos pela sua natureza de acto jurisdicional. Em consequência, o reconhecimento não é exigido quando se trata simplesmente de ter em conta a decisão de adopção a título de questão prévia relativa a uma situação regulamentada por uma terceira lei <sup>(79)</sup>.

27. Dito isto, resta ver quais são as condições que uma decisão sobre adopção deve preencher para ser reconhecida em Portugal <sup>(80)</sup>. Para isso é necessário ter em consideração o disposto no artigo 1096.º do Código de Processo Civil. Assim, é necessário, para além do facto de a decisão ter adquirido força de caso julgado, segundo a lei do país onde foi proferida (alínea b), que não haja qualquer dúvida, nem quanto à autenticidade do documento que faz a sua prova <sup>(81)</sup>, nem quanto à interpretação da própria decisão <sup>(82)</sup>.

---

<sup>(78)</sup> O artigo 7.º do Código diz respeito às decisões estrangeiras em matéria de estado e de capacidade das pessoas, estipulando a este propósito que elas devem ser registadas por transcrição, depois de terem sido revistas e confirmadas (n.ºs 1 e 2). De acordo com estes preceitos, o registo é obrigatório e a sua falta provoca, também, da mesma forma, a impossibilidade de invocar o acto (v. o artigo 3.º).

<sup>(79)</sup> V. em geral, FERRER CORREIA (citado, nota 74), p. 94. Concretamente, tratando-se da adopção, os tribunais portugueses admitiram, em determinada altura (antes de 1966 — *supra* n.º 2) em que não se reconheciam quaisquer efeitos à própria adopção, que a instituição de herdeiro operada «de iure» por um acto de adopção proveniente do estrangeiro devia poder ser reconhecida em Portugal — v. o acórdão do Supremo Tribunal, citado *supra* na nota 5 e o acórdão da Relação de Lisboa mencionado na nota 6. De qualquer forma, e para a negação de qualquer efeito à adopção proferida no estrangeiro — mesmo efeitos secundários, no caso, o efeito sucessório, v. o acórdão do Supremo Tribunal citado na nota 12, onde se diz que sendo a adopção inexistente não pode produzir nenhum efeito, de acordo com a lei portuguesa. Entretanto, em sentido contrário, a opinião dissidente a que fizemos referência, *supra* nota 13.

<sup>(80)</sup> O reconhecimento é, efectivamente, um acto jurisdicional português — o *exequatur* — para o qual é competente o Tribunal da Relação (artigo 1095.º do Código de processo Civil) e que conclui um processo cujas especificidades estão enunciadas nos artigos 1098.º a 1102.º do mesmo Código.

<sup>(81)</sup> A autenticidade do documento é um aspecto que é necessário apreciar de acordo com a lei do país cujos tribunais tenham pronunciado a decisão (assim, FERRER CORREIA, (nota 74, p. 102) que reconduz a solução ao artigo 365.º, n.º 1 do Código Civil). Para os casos em que a legalização do documento se torna necessária (devido a uma dúvida séria sobre a auten-

É preciso, por outro lado, que o tribunal estrangeiro que proferiu a decisão seja competente, tendo em conta as normas da lei portuguesa relativas aos conflitos de jurisdições (alínea c)), ou seja, o disposto no artigo 65º, ao qual nos referimos anteriormente <sup>(83)</sup>.

Exige-se além disso que não possa ser suscitada a excepção de litispendência, com base numa acção posta perante um tribunal português, salvo se foi o tribunal estrangeiro que decidiu em primeiro lugar, e é igualmente necessário que um tribunal português, mesmo não tendo sido o primeiro a decidir, não tenha já proferido uma decisão definitiva (alínea d)) <sup>(84)</sup>.

É preciso também que os direitos de defesa tenham sido devidamente respeitados no processo estrangeiro; esta exigência traduz-se pelo preceito da

---

ticidade), convirá fazer reconhecer a assinatura do funcionário estrangeiro pelo agente diplomático ou consular português no Estado em questão e autenticar a assinatura deste último através de um selo ou carimbo (artigo 540º do Código de Processo Civil).

<sup>(82)</sup> Em geral isso pode justificar a exigência, por parte do juiz do *exequatur*, de uma tradução reconhecida por um notário, ou autenticada pelo agente diplomático ou consular do Estado em questão, ou na sua falta, por um perito nomeado pelo tribunal (art.º 140º do Código de Processo Civil). Mas não se pode ir mais longe e exigir que a decisão estrangeira seja coerente. Neste sentido, FERRER CORREIA (v. nota 74), p. 104 e ALBERTO DOS REIS (v. nota 74), pp. 161-162.

<sup>(83)</sup> Supra, n.º 5 a 8. Esta é, pelo menos, a interpretação dominante dada pela doutrina e a jurisprudência portuguesa, o que deu origem à consagração do princípio da bilateralidade. V. em particular, FERRER CORREIA (nota 74), p. 106, BAPTISTA MACHADO (nota 22), p. 15, ALBERTO DOS REIS (nota 74), p. 166, TABORDA FERREIRA (nota 19), p. 160 e MACHADO VILELA (nota 7), p. 667. A opinião contrária — o sistema da unilateralidade, segundo o qual a competência internacional seria apreciada de acordo com as normas do tribunal que proferiu a sentença — foi defendida, em Portugal, por CASTRO MENDES («*Alguns problemas sobre revisão de sentenças estrangeiras*», Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, V. XIX (1965) p. 36 e segts.), mas nunca foi consagrada pela jurisprudência, se bem que actualmente (depois da publicação da Lei n.º 21/78, de 3 de Maio de 1978, que introduziu casos de competência exclusiva) a sua admissão pareça desejável — neste sentido FERRER CORREIA, «*O Reconhecimento e a Execução das decisões estrangeiras em matéria civil e comercial (Direito Comparado)*», in Estudos Vários de Direito, Coimbra 1982, Acta Universitatis Conimbricensis, p. 176 e «*O Reconhecimento das Sentenças estrangeiras no direito brasileiro e no direito português*», in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 116, pp. 165-166. Sobre a Lei n.º 21/78, v. FERRER CORREIA, *ibid*, p. 179 e segts., ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO NORA (n. 36), p. 192, nota 1 e 213 e ROLF RADTKE, «*Internationale Zuständigkeitsvereinbarungen nach portugiesischem Recht*», in Recht der Internationalen Wirtschaft, Abril 1984, Heft 4, p. 273 e segts.

<sup>(84)</sup> No que respeita ao caso julgado, a conclusão citada no texto resulta da combinação da alínea d) do art.º 1096º, com a alínea g) do artigo 771º para o qual reenvia o artigo 1100º Neste

alínea e), segundo o qual é preciso que o demandado tenha sido devidamente citado, salvo quando se trate de uma acção para a qual a lei portuguesa dispensa a obrigatoriedade de citação; e que a citação tenha sido feita pessoalmente, se o demandado foi condenado por falta de oposição ao pedido. Transposto para os casos de adopção este preceito não tem grande campo de aplicação, na medida em que, como já se referiu <sup>(85)</sup>, não faz sentido falar-se de demandado em matéria de adopção.

Tal como é admitido, na generalidade, em todos os sistemas jurídicos, o direito português exige também para o reconhecimento que a decisão estrangeira não contrarie a ordem pública portuguesa (alínea f)) <sup>(86)</sup>.

Por último, diremos que o direito português prevê, ainda, um caso de revisão de mérito. Com efeito, nos termos da alínea g) do artigo 1096.º, não serão reconhecidas as decisões proferidas contra um português, se contrárias às disposições do direito interno português, quando este fosse aplicável, de acordo com as normas de conflitos portugueses. Poder-se-á ter em consideração a aplicação deste princípio em matéria de adopção, se bem que a sua utilização se torne difícil, pela falta de um verdadeiro demandado. Mas, não está excluído que, num caso em que o direito português se ache competente e em que a adopção não seja possível, de acordo com o direito interno português, se recuse o reconhecimento das decisões estrangeiras que tenham decretado a adopção de um filho de pais portugueses. Entretanto, a solução deverá ser diferente por

---

sentido, FERRER CORREIA (nota 74), p. 113 e segts., BAPTISTA MACHADO (nota 22), pp. 22-23 e TABORDA FERREIRA (nota 19), p. 163. Escusado é dizer que, se uma decisão estrangeira já foi reconhecida em Portugal não se poderá reconhecer uma outra que dê ao mesmo problema uma solução contraditória.

<sup>(85)</sup> V. *supra* n.º 5.

<sup>(86)</sup> Em matéria de adopção, invocou-se a ordem pública para não conceder o *exequatur* a decisões estrangeiras em que o adoptado era filho legítimo de determinadas pessoas vivas — v. os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Julho de 1971 (in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 208 (Julho 1971), p. 183 e de 28 de Junho de 1974 (*ibid*, n.º 238 (Julho 1974), p. 279). Isto na época (antes de 1977) em que o direito interno português, consagrava esta solução — v. *supra*, n.º 22. O mesmo tribunal, entretanto, por acórdão de 3 de Janeiro de 1975 (*ibid* n.º 243 (Fevereiro 1975) p. 319) alterou esta posição, dizendo que, relativamente à adopção que tenha sido legitimamente constituída por uma decisão estrangeira a ordem pública portuguesa desinteressa-se das suas razões ou fundamentos, apenas tendo em conta a situação constituída por sentença. Cremos que esta é a boa doutrina. Mas de qualquer forma o problema tem apenas interesse histórico, uma vez que o direito interno português já não faz por igual essa exigência.

aplicação do artigo 31.º, n.º 2, do Código Civil português, nas hipóteses em que a decisão tenha sido proferida ou tenha sido reconhecida pelos Tribunais do país da residência habitual dos pais naturais <sup>(87)</sup>. Com efeito, nestes casos a doutrina da alínea g) não deverá prejudicar o reconhecimento da decisão estrangeira.

28. Enunciadas as condições do reconhecimento, é necessário acrescentar que o tribunal do *exequatur*, deve verificar obrigatoriamente as condições previstas nas alíneas a), f) e g) e deverá recusar, da mesma forma, oficiosamente, o reconhecimento, caso se verifique, através de exame do processo ou pelos conhecimentos adquiridos no exercício das suas funções, a falta de uma das condições impostas pelas alíneas b), c), d) e e) (artigo 1101.º).

Em qualquer dos casos, a decisão do Tribunal da Relação não é definitiva. Ela pode dar origem a recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (artigo 1102.º). Os fundamentos deste recurso são, para além da falta de alguma das condições enunciadas no artigo 1096.º, aqueles que se encontram inseridos nas alíneas a), c) e g) do artigo 771.º do Código de Processo Civil: prova, por sentença criminal passada em julgado, do facto da decisão estrangeira ter sido proferida em violação do dever de imparcialidade do juiz que a proferiu; descoberta de um documento decisivo que poderá modificar a decisão, no sentido mais favorável à parte que o invoca; existência de uma decisão definitiva anterior <sup>(88)</sup>.

## CONCLUSÃO

29. No seguimento de tudo o que foi exposto anteriormente, dir-se-á que, em relação ao estabelecimento da adopção, nas situações internacionais, que os

---

<sup>(87)</sup> No sentido de ser necessário ter em conta, em matéria de reconhecimento das sentenças, e no que respeita à aplicação da alínea g) do art.º 1096.º, a modificação trazida à normal regulação dos conflitos de leis pelo art.º 31.º, n.º 2, do Código Civil, v. FERRER CORREIA, «*La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales*», in Estudos Vários de Direito (nota 83), p. 101 e «*O reconhecimento das sentenças estrangeiras no direito brasileiro e no direito português*» (nota 83), pp. 163-165. Entretanto, lembremos que os tribunais portugueses se recusaram, até agora, a comprometer-se nesta via.

<sup>(88)</sup> V. *supra*, nota n.º 84.



tribunais portugueses, se bem que facilmente se considerem como competentes para decidir, estão vinculados a normas de conflitos que não são muito favoráveis à constituição da relação <sup>(89)</sup>. Mas que, pelo contrário, não sendo as condições impostas ao *exequatur* de sentenças estrangeiras, neste domínio, tão exigentes como as conhecidas pela maioria dos sistemas jurídicos, o reconhecimento das situações de adopção já estabelecidas é, por esse facto, relativamente fácil.

---

<sup>(89)</sup> Não devemos esquecer, para além das razões invocadas pela exigência de uma forte estabilidade nas relações de adopção (v. *supra*, n.º 13 e segts.), que estas normas de conflitos são o contraponto de um sistema material também ele bastante restritivo no que respeita à adopção (v. o relatório de PEREIRA COELHO) e que não foram substituídas quando este sistema se tornou mais flexível.



## ÍNDICE



# VII CONFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS

(RELATÓRIOS NACIONAIS)

## REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

Die verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen  
Funktionen.

Insbesondere arten, Inhalt und Wirkungen der  
Entscheidungen über die Verfassungsmässigkeit von  
Rechtsnormen.

*Prof. Dr. Wolfgang Zeidler* 9

A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado.  
Em especial tipos, conteúdos e efeitos das decisões sobre a  
constitucionalidade de normas jurídicas.

*Prof. Dr. Wolfgang Zeidler* 47

## ÁUSTRIA

Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen  
Funktionen.

Insbesondere arten, Inhalt und Wirkungen der  
Entscheidungen über die Verfassungsmässigkeit von  
Rechtsnormen.

*Prof. Dr. Peter Oberndorfer* 85

A Justiça Constitucional no quadro das funções Estaduais.  
Nomeadamente espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre  
a constitucionalidade de normas jurídicas.

*Prof. Dr. Peter Oberndorfer* 131

## ESPAÑA

La justicia constitucional em el cuadro de las funciones del  
Estado.

Vista à la luz de las especies contenidos y efectos de las  
decisiones sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas.

*Profs. Angel Latorre Segura  
e Luiz Díez-Picazo* 179

## DIREITO COMUNITÁRIO

La libre circulation des marchandises dans la Communauté  
Européenne à la lumière de la jurisprudence récente de la  
Cour de Justice des Communautés Européennes.

*Manfred A. Dausen* 253

*Decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.*

- Commission de la Communauté Economique Européenne  
contre Grand-Duché du Luxembourg et Royaume de  
Belgique:

*(Processos apensos n.ºs 2 e 3/62 de 14.12.1962)* 305

- N.V. Algemeine Transport en expeditie onderverming van  
Gend en Loos contre Administration Fiscale Neerlandaise.  
Demande de décision préjudicielle présentée par le tarif  
commissie à Amsterdam.

*(Processo n.º 26/62 de 5.2.1963)* 311

- Procureur du Roi contre Benoit et Gustave Dassonville.  
Demande de décision préjudicielle formée par le Tribunal de première instance de Bruxelles.  
*(Processo n.º 8/74 de 11.7.1974)* 323
  
- Commission des Communautés européennes contre République Fédérale d'Allemagne.  
*(Processo n.º 12/74 de 20.2.1975)* 334
  
- Rewe — Zentral A.G. contre Bundesmonopolverwaltung für Brauntwein.  
Demande de décision préjudicielle formée par le Hessisches Finanzgericht.  
*(Processo n.º 120/78 de 20.2.1979)* 338
  
- Procédure pénale contre Anton Adriaan Fietje.  
Demande de décision préjudicielle formée par l'Arrondissementsrechtbank de Assen.  
*(Processo n.º 27/80 de 16.2.1980)* 342
  
- Gaston Schul Douane Expéditeur BV contre Inspecteur des Droits d'Importation et des Accises, de Roosendaal.  
Demande de décision préjudicielle formée par le Gerichtshof de 'S-Hertogenbosch.  
*(Processo n.º 47/84 de 21.5.1985)* 346
  
- Staatssecretaris van Financien contre Gaston Schul Douane Expéditeur.  
Demande de décision préjudicielle formée par le Hoge raad der Nederlanden.  
*(Processo n.º 47/84 de 21.5.1985)* 355

- Procédure pénale contre Karl Prantl.  
 Demande de décision préjudicielle formée par le Landgericht München II.

*(Processo n.º 16/83 de 13.3.1984)* 362
  
- Association des centres Distributeurs Edouard Leclerc contre SA Thouars Distribution et autres et SARL “au blé vert” et autres.  
 Demande de décision préjudicielle formée par la Cour d’Appel de Poitiers.

*(Processo n.º 229/83 de 10.1.1985)* 369
  
- Ministère Public contre Xavier Mirepoix.

*(Processo n.º 54/85 de 13.3.1985)* 376
  
- Commission des Communautés Européennes contre République Fédéral d’Allemagne.

*(Processo n.º 178/84 de 12.3.1984)* 380
  
- Commission des Communautés Européennes soutenue par République Française contre Royaume de Belgique.

*(Processo n.º 356/85 de 9.7.1987)* 390

## **PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM**

Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

*Pinheiro Farinha*



*Sumários das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem n.ºs 111 a 115*

<i>Lingens contra a Áustria</i>	399
<i>Glaserapp contra a República Federal da Alemanha</i>	401
<i>Kosiek contra a República Federal da Alemanha</i>	402
<i>Rees contra o Reino Unido</i>	403
<i>Sanchez-Reisse contra a Suíça</i>	404

**Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

Sumário e texto da decisão proferida no caso Baraona contra Portugal	406
--	-----

**Comissão Europeia dos Direitos do Homem**

Sumário e texto da decisão proferida na queixa de B contra ao Reino Unido	430
Sumário e texto da decisão proferida na queixa de E contra a Suíça	434

**Comité dos Ministros**

Sumário e texto da resolução DH (83) 10 adoptada no caso Mineli contra a Suíça	442
--	-----

<i>Recommandation n.º R (81) 7 du Comité des Ministres aux États membres sur les moyens de faciliter l'accès à la justice</i>	445
---	-----

<i>Recommandation n.º R (84) 5 du Comité des Ministres aux États membres sur les principes de procédure civil propres à améliorer le fonctionnement de la justice</i>	450
---	-----

<i>Recommandation n.º (86) 12 du Comité des Ministres aux États membres relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des Tribunaux</i>	456
---	-----

## ESTUDOS SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM

La Protection de l'individu au regard des actes de l'Administration

*J.J. Cremona* 461

## ESTUDOS

A cláusula da nação mais favorecida

*José Manuel Pureza* 479

A Adopção no Direito Civil português

*F.M. Pereira Coelho* 623

A Adopção no Direito Internacional Privado português

*Rui Manuel Moura Ramos* 647

*Assinaturas podem ser pedidas a*  
*Subscriptions may be addressed to*  
*Abonnements pourront être adressés à*

**GABINETE DE GESTÃO FINANCEIRA — MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**  
**PRAÇA DO COMÉRCIO — 1000 LISBOA — PORTUGAL**

*A restante correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a*  
*Other communications concerning this Review shall be addressed to*  
*Toute autre correspondance concernant cette Revue devra être adressée à*

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO**  
**PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA**  
**RUA DA ESCOLA POLITÉCNICA, 140-4.º — 1200 LISBOA — PORTUGAL**  
**(Tel. 67 28 62 / 67 47 79) — Telex 42701 PROCUR P**

**Composto  
e impresso  
na  
LITOGRAFIA TEJO  
Lisboa**