

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

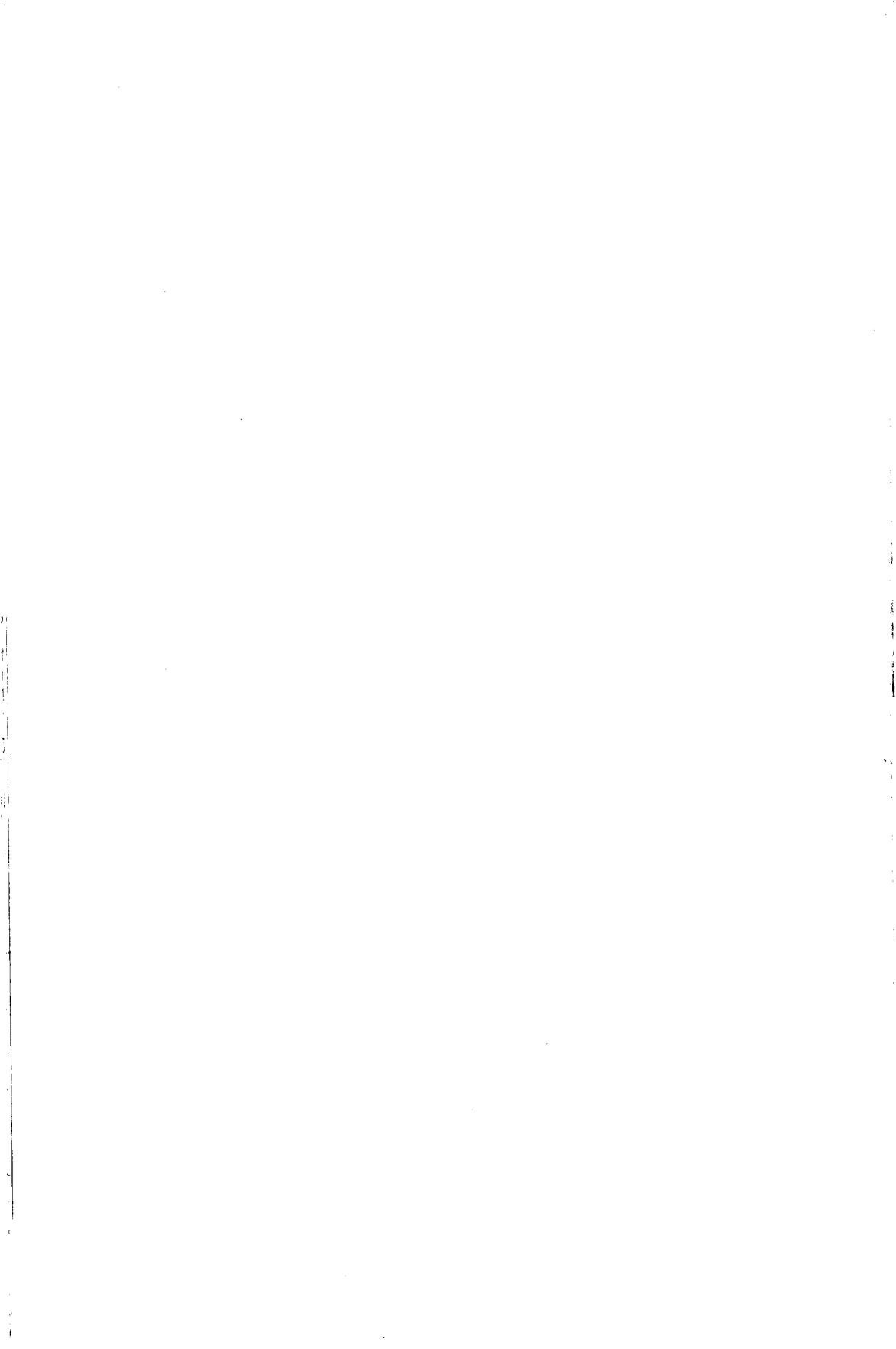
LISBOA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



**VII CONFERÊNCIA
DOS
TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS
EUROPEUS**



**CORTE COSTITUZIONALE
D'ITALIA**

**LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE
NEL QUADRO DELLE FUNZIONI
DELLO STATO**

**(CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLE SPECIE,
AI CONTENUTI ED AGLI EFFETTI
DELLE DECISIONI
SULLA COSTITUZIONALITÀ
DELLE NORME GIURIDICHE)**



1. Introduzione

1.1. *Organi della giustizia costituzionale.*

L'unanime preferenza manifestata fin dal 1946 nell'Assemblea Costituente italiana, verso una Costituzione rigida e quindi prevalente sulle leggi ordinarie, ha quasi naturalmente condotto la grande maggioranza dei costituenti a considerare indispensabile la creazione di un'apposita Corte, chiamata in prima linea a sindacare la legittimità costituzionale delle leggi medesime.

Da un lato, infatti, sono rimasti isolati quanti osteggiavano l'introduzione della giustizia costituzionale, nel timore che il controllo così esercitato dovesse rivelarsi incompatibile con la «sovranità» degli organi statali di governo. D'altro lato, non ha trovato seguito la tesi del sindacato diffuso, esercitabile da qualunque giudice nell'ambito della sua giurisdizione. Una tale proposta fu respinta, sia perchè si volle istituire — nella Corte costituzionale — un giudice diverso, per formazione e per composizione, da tutti gli altri organi giurisdizionali (dei quindici membri del collegio, solo cinque derivano dalle «supreme magistrature», a fronte di cinque eletti dal Parlamento in seduta comune e di altri cinque nominati dal Presidente della Repubblica); sia perchè il giudizio della Corte è profondamente diverso da quello spettante ai giudici comuni, dato il suo oggetto, formato dalle stesse norme di legge, e data la peculiare efficacia delle decisioni di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale.

Inizialmente, però, il carattere *accentrato* del previsto controllo sulla costituzionalità delle leggi (e degli atti equiparati) subiva due ordini di limitazioni o di deroghe. Per un primo verso, alla Corte costituzionale preesisteva l'Alta Corte per la Regione siciliana, istituita dal regio decreto 15 maggio 1946, n.455, con il compito di verificare — in particolare modo — la costituzionalità delle leggi

approvate dall'Assemblea regionale, nonchè delle stesse leggi statali, rispetto allo Statuto speciale della Sicilia (artt.24 ss. r.d.cit.). Per un secondo verso, l'effettiva entrata in funzione della Corte dovette venire procrastinata, nell'attesa che entrasse in vigore e che fosse concretamente applicata la legislazione costituzionale ed ordinaria, cui l'art.137 della Costituzione demanda il compito di stabilire «le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale e le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte», come pure «le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte» medesima. Sino ad allora (cioè sino all'aprile del 1956) la decisione delle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi ebbe luogo — secondo la VII disp. trans. Cost. — «nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione»: il che comportò, praticamente, il provvisorio ricorso ad un sindacato diffuso di costituzionalità.

Tuttavia, quasi subito dopo la sua effettiva creazione, la Corte costituzionale ha finito per monopolizzare interamente il sindacato configurato dall'art. 134 della Costituzione. Anche la specifica giurisdizione dell'Alta Corte per la Regione siciliana è stata in effetti assorbita dalla Corte, mediante la sentenza n. 38 del 1957 (integrata e ribadita dalla sentenza n. 6 del 1970, nonchè dall'ordinanza n. 71 del 1984): nella quale si considera indubbio, secondo Costituzione, che esista un «unico organo della giurisdizione costituzionale» o, più specificamente, un «unico giudice della legittimità delle leggi statali o regionali e dei conflitti di attribuzione fra lo Stato e le Regioni», coerentemente con il principio fondamentale dell'unità dello Stato medesimo; e quindi si afferma che quella già spettante all'Alta Corte era solo una «competenza provvisoria, destinata a scomparire con l'entrata in funzione della Corte Costituzionale».

1.2. Profili dei controlli di legittimità costituzionale (in via preventiva ed in via successiva, di tipo principale ed incidentale, ecc.).

a) Giova ricordare, preliminarmente, quali siano le funzioni della Corte che in vario modo comportano valutazioni di conformità alla Costituzione. In prima linea, è tale organo che giudica — ai sensi dell'art. 134 Cost. — «sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni». Secondariamente, in base al medesimo arti-

colo, nella competenza in discussione ricadono i «conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e... quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni», che la Corte risolve dichiarando a chi spettino le attribuzioni contestate ed annullando — ove necessario — gli atti viziati da incompetenza. Infine, sia pure in virtù della successiva legge costituzionale 11 marzo 1953, n.1, è sempre la Corte che accerta «se le richieste di referendum abrogativo presentate a norma dell'art. 75 della Costituzione siano ammissibili ai sensi del secondo comma dell'articolo stesso» (cfr. l'art.2, primo comma, l.cit.).

Ora, in tutto questo complesso, si rinvergono due soli casi nei quali il sindacato della Corte deve dirsi *preventivo*, nel senso che esso precede e condiziona l'entrata in vigore o l'operatività dell'atto in esame. In base al quarto comma dell'art.127 Cost., le leggi regionali approvate e poi riapprovate dai rispettivi Consigli, a seguito di rinvii governativi con richiesta di riesame, possono essere impugnate dinanzi alla Corte, entro un breve e perentorio termine: nel qual caso le leggi stesse non si prestano a venire promulgate prima che la Corte si sia pronunciata, salva la deroga prevista per la Regione Sicilia dall'art.29 di quello Statuto speciale. Inoltre, è preventivo per definizione il giudizio sull'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo, giacchè la consultazione del corpo elettorale non può essere indetta se non dopo che la Corte abbia deciso positivamente, dandone comunicazione al Presidente della Repubblica.

In tutte le altre ipotesi, il sindacato è invece *successivo*, ossia riguarda leggi od altri atti già promulgati od emanati dalle autorità competenti (e, normalmente, già produttivi di effetti). Tale è anche il caso delle leggi statali impugnate in via diretta da parte regionale, poichè queste impugnative presuppongono l'avvenuta pubblicazione delle leggi stesse e non valgono a sospenderne l'applicazione (cfr l'art.2 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n.1). E tali sono i giudizi sui conflitti di attribuzione, nel corso dei quali l'esecuzione degli atti impugnati può essere bensì sospesa, ma in forza di un'apposita ordinanza della Corte (cfr. l'art.40 della legge 11 marzo 1953, n.87).

b) Nella letteratura giuridica italiana, per quanto si tratti di espressioni ben note, non è usuale la contrapposizione fra il controllo astratto e il controllo concreto sulla legittimità costituzionale delle norme (o delle disposizioni) di legge.

In luogo di essa, è invece corrente la distinzione fra il sindacato che la Corte effettua in via *principale* e quello che consegue ad una instaurazione del giudizio in via *incidentale*. Il controllo in via principale può essere promosso dallo Stato o dalle Regioni nei reciproci confronti, mediante ricorsi direttamente proposti, dei quali può ben dirsi che essi sottopongono alla Corte una questione astratta, almeno di regola indipendente dal fatto che la legge impugnata riceva in concreto questo o quel tipo di applicazione (nel caso delle leggi regionali impuginate preventivamente dal Governo nazionale, ciò sarebbe anzi impossibile per definizione). Viceversa, il controllo di tipo incidentale vien sempre promosso nel corso di un altro giudizio, avendo per tema una norma (o una disposizione) di legge, nei concreti di un altro termini in cui la questione sia rilevante ai fini del giudizio stesso.

Ne segue che la Corte è chiamata a sua volta a valutare se tale rilevanza sussista in effetti o, quanto meno, se il giudice *a quo* ne abbia fornito un'adeguata motivazione; e ne segue ancora, coerentemente, che la Corte non può pronunciarsi sopra questioni diverse da quelle così sollevate, salvi i casi eccezionali in cui l'accertata incostituzionalità della norma in esame renda necessario dichiarare — per conseguenza — l'illegittimità di altre norme non impuginate, ma inevitabilmente soggette alla medesima sorte della prima. Tuttavia, occorre subito aggiungere che la pronuncia della Corte è comunque tenuta a mantenersi «nei limiti dell'impugnazione», sia questa incidentale oppure principale (si veda infatti l'art.27 della citata legge n.87 del 1953).

1.3. *Ambito ed oggetto del controllo di costituzionalità:*

- a) leggi ed altri normativi;*
- b) disposizioni e norme giuridiche;*
- c) omissioni legislative.*

a) Il sindacato di costituzionalità, spettante alla Corte, può avere ad oggetto vari tipi di atti normativi (ovvero di disposizioni o di norme da essi dettate). Tali sono anzitutto le leggi formali, tanto ordinarie quanto costituzionali (anche queste ultime, infatti, sono in vario senso tenute a rispettare la Costituzione, sia per ciò che riguarda il loro *iter* formativo, sia relativamente a certi loro contenuti). Inoltre, al medesimo tipo di controllo sono assoggettati gli atti aventi forza di

legge, quali le leggi delegate e i decreti-legge adottabili dal Governo in circostanze straordinarie di necessità e d'urgenza. Per contro, i regolamenti del potere esecutivo, che nell'ordinamento italiano si considerano sempre subordinati alle leggi, non si prestano ad esser sindacati dalla Corte se non nelle forme dei conflitti di attribuzione fra lo Stato e le Regioni ovvero fra i poteri dello Stato. E recentemente, con la sentenza n.154 del 1985, la Corte ha anzi escluso la propria competenza a sindacare, al pari delle leggi, gli stessi regolamenti adottabili dalle Camere dal Parlamento, in forza della loro autonomia costituzionalmente riconosciuta.

Circa gli atti assoggettati al controllo della Corte, questa ne può verificare e sanzionare, per altro, qualsiasi vizio di legittimità costituzionale: non solo con riguardo al contenuto normativo delle leggi e degli atti equiparati, ma anche qualora si tratti di vizi formali, dovuti all'inosservanza dei precetti stabiliti dalla Costituzione quanto al procedimento di formazione delle leggi stesse (si veda già, in tal senso, la sentenza n.9 del 1959).

b) È invece tuttora discusso se il sindacato dei vizi sostanziali concerna le *norme* o le *disposizioni* di legge cui si riferiscono le varie impugnative, incidentali o principali che siano. Su questo punto le previsioni costituzionali e legislative ordinarie, riguardanti i giudizi di competenza della Corte, non sono affatto concordi: giacché nell'art.136 della Costituzione si statuisce espressamente che la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della «norma» viziata; mentre negli art.23 e 27 della legge n.87 del 1953 si richiede che nelle ordinanze dei giudici rimettenti, come pure nei ricorsi statali o regionali e poi nelle sentenze di accoglimento della Corte, vengano indicate le «disposizioni» ritenute illegittime. Ed il problema non può certo dirsi nominalistico, ove si consideri che le disposizioni fanno parte integrante degli atti normativi di cui rappresentano il contenuto prescrittivo, mentre le norme si staccano dagli atti medesimi, assumendo un loro proprio significato, in funzione del complessivo ordinamento giuridico (1).

Certo è che nei dispositivi delle sentenze con le quali la Corte accoglie le corrispondenti impugnative, dichiarando fondate le preposte questioni, si fa sem-

(1) Cfr. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 41 ss.

pre puntuale riferimento alle leggi ed articoli di legge su cui le decisioni stesse sono destinate ad incidere: il che farebbe pensare che il processo costituzionale abbia in tal senso ad oggetto le disposizioni piuttosto che le norme. Ma non è meno certo che spetta alla Corte dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi denunciate, quand'anche le censure abbiano per tema *parti* di disposizioni, comunque desumibili dai testi impugnati, sia pure in combinato disposto con altre statuizioni legislative, sulla base di interpretazioni che spesso trascendono i puri e semplici dati testuali. In altre parole, pur facendo leva su determinati testi, accade molto spesso che la Corte non li travolga *in toto*, ma provveda soltanto ad espungere dall'ordinamento certi significati o certi tipi di applicazioni, imposti o resi comunque possibili dal dettato legislativo, e però contrastanti con la Costituzione. Appunto in questi termini si spiega che la Corte stessa, nelle motivazioni di quasi tutte le sue sentenze di accoglimento, ragioni dell'incostituzionalità delle norme anzichè delle disposizioni impugate; come pure si spiega che tale sia l'orientamento della prevalente dottrina pubblicistica (2).

c) Coerentemente la Corte ritiene da tempo che entro certi limiti le spetti dichiarare l'illegittimità costituzionale delle omissioni legislative, pur quando esse non siano riconducibili ad espliciti enunciati, rintracciabili nelle leggi impugate. Basti per ora citare la sentenza n.62 del 1971, là dove appunto si accenna alla «sindacabilità delle omissioni legislative che si risolvono in violazione di precetti costituzionali (sindacabilità che non si può in assoluto escludere senza far venir meno in ampia misura le garanzie del sistema)». Ma tale problematica dovrà essere alquanto approfondita, con riferimento ai possibili contenuti delle decisioni della Corte (v. *infra*, sub 2.2 e 2.3).

1.4. Parametri del controllo

È un punto fermo che il sindacato sulla legittimità costituzionale di qualunque norma o di qualunque atto legislativo sottoposti al controllo della Corte deve trovare il proprio parametro, diretto od indiretto, nei disposti della Costituzione.

(2)V. nuovamente Crisafulli, *Lezioni cit.*, II, 396 ss; nonché Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.* 1956, 902 ss; Pizzorusso, *La Corte Costituzionale*, in *Commentario alla Costituzione — Articoli 134 - 139*, Bologna, 1981, 114 ss; ecc.

Ciò vale per gli stessi conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni, in ordine ai quali la Corte ha ribadito di recente — con la sentenza n.359 del 1985 — che essi non possono concernere funzioni diverse da quelle costituzionalmente attribuite ai soggetti ricorrenti. Ma di qui deriva una tipologia quanto mai eterogenea, che richiede di essere pur brevemente illustrata, data la grande varietà di aspetti che il parametro costituzionale può volta per volta presentare.

In primo luogo, non diversamente dalla più parte delle Costituzioni contemporanee, anche la Carta costituzionale italiana del 1947 rientra fra quelle «elastiche» e «lunghe», in quanto ricchissima di indicazioni direttive o programmatiche, specie nel campo dei rapporti economico-sociali, ed in quanto prescrivente il rispetto di una serie di valori, di nozioni e di criteri, che in sede costituente non sono stati affatto definiti. Ora, fin dalla sua prima decisione, la Corte ha respinto la tesi che le negava la potestà di usare dei «programmi» costituzionali quali parametri del suo sindacato. «La nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche» — ha infatti affermato la sentenza n.1 del 1956 — «non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale», dal momento che l'illegittimità di una legge può ben «derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche...». Già in quell'occasione, pertanto, la Corte ha manifestato ed attuato l'intento di far rispettare, nei diversi modi volta per volta consentiti dalla sua struttura e dai suoi contenuti, l'intera Costituzione, senza eccezioni di sorta; a costo di sfiorare il merito delle scelte legislative ordinarie, mediante valutazioni che spesso riguardano la *ragionevolezza* o la congruenza delle scelte medesime, rispetto agli obiettivi costituzionalmente prescritti. Ed in vari casi la Corte non ha esitato nel l'assumere a parametro le stesse norme costituzionali implicite, che essa ha ricavato, in via interpretativa, dal combinato contesto delle proclamazioni contenute nella Costituzione scritta.

In secondo luogo, fungono da parametro tutte le specie di norme basate su fonti normative diverse dalla Costituzione, e però sopraordinate alle norme legislative ordinarie, in virtù di altrettante statuizioni costituzionali. Così è per le leggi di revisione della Costituzione e per altre leggi costituzionali, dato l'apposito ed aggravato procedimento formativo che per esse prescrive l'art.138 Cost.. Ma, più generalmente, la stessa conclusione vale per tutte le *norme interposte* fra la Costituzione e le leggi ordinarie, quali sono i principi ed i criteri direttivi,

nonche gli altri precetti dettati dalle leggi di delega legislativa, cui debbono uniformarsi i decreti legislativi delegati; o quali sono anche i «principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato» nelle materie che l'art.117 Cost. attribuisce alla potestà legislativa regionale; o quali erano, infine, le norme emanate dalle Comunità europee, prima della recente svolta giurisprudenziale (v. *infra* sub 5. b 3), e quali vanno considerate tuttora le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» di cui al primo comma dell'art.10 Cost.. Ad esempio, fin dalla sentenza n.3 del 1957 la Corte ha precisato che l'art.76 Cost., «fissando i limiti del potere normativo delegato, contiene una preclusione di attività legislativa», cosicchè «la legge delegata, ove incorra in un eccesso di delega, costituisce il mezzo con cui il precetto dell'art.76 rimane violato», ed ha coerentemente attribuito a se stessa il conseguente controllo, malgrado il carattere indiretto di simili contrasti fra le norme sindacate e la Costituzione.

In terzo luogo, anche la legislazione ordinaria può talvolta combinarsi con i parametri costituzionali, concorrendo a stabilire il senso nel quale essi vanno interpretati: ciò che si registra con particolare frequenza, allorchè la Corte deve tener conto, nel risolvere controversie e conflitti fra lo Stato e le Regioni, delle norme che hanno effettuato il trasferimento delle funzioni statali alle Amministrazioni regionali. Fermo rimane, in verità, che norme siffatte, essendo fondate su atti equiparati e non sopraordinati alla legge, non sono di certo costituzionalizzate ed anzi si dimostrano derogabili o modificabili per mezzo di leggi ordinarie successive (come la stessa Corte ha rilevato, nella sentenza n. 188 del 1984). Ma ciò non toglie che, in questo campo come pure in vari altri settori, il modo nel quale la Costituzione è stata intesa ed applicata dal legislatore, specie nei casi in cui si tratti di applicazioni organiche e consolidate nel tempo, sia suscettibile di ripercuotersi sui significati spettanti alla Costituzione medesima.

In quarto luogo, le norme legislative ordinarie interferenti con le norme impugnate assumono una peculiare ed ineliminabile importanza nei giudizi aventi per tema il rispetto del principio costituzionale d'eguaglianza. Secondo la giurisprudenza costituzionale italiana, giudizi del genere comprendono — almeno di regola — tre termini di riferimento: vale a dire l'art. 3 della Costituzione, la norma o le norme contestate ed un *tertium comparationis*, rappresentato dalla norma o dalle norme in raffronto alle quali le impugnative prospettano una illegittima

disparità di trattamento. È dunque evidente che, in tutte queste ipotesi, la Corte finisce per risolvere problemi che attengono alla coerenza, alla ragionevolezza, alla giustificazione dell'ordinamento legislativo ordinario, piuttosto che all'osservanza della Costituzione come tale. Eppure, si tratta dei giudizi di gran lunga più frequenti, specialmente negli ultimi anni, fra quelli che la Corte è concretamente chiamata ad affrontare (3).

2. Contenuti delle decisioni, secondo la giurisprudenza costituzionale.

2.1. *Tipi semplici od estremi: decisioni di accoglimento, dichiarative dell'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, e decisioni di rigetto delle questioni in esame.*

Circa i tipi delle decisioni con cui possono concludersi i giudizi sulla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, statali e regionali, le indicazioni fornite dalle norme costituzionali sono ridottissime: in base al primo comma dell'art. 136 Cost. risulta unicamente, infatti, che «quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». Quasi altrettanto scarsi si rivelano, poi, i dati ricavabili dalla legislazione attuativa, con particolare riguardo alla legge n. 87 del 1953. Anche questa si limita a considerare esplicitamente le sole *sentenze di accoglimento*, con cui si dichiara, quali siano «le disposizioni legislative illegittime» (cfr. l'art. 27, nonché l'art. 30 1. cit.); e solo per implicito se ne desume che la Corte può ben pronunciarsi, all'opposto, mediante *sentenze di rigetto* delle istanze o dei ricorsi in esame. A ciò si aggiungono, inoltre, i cenni contenuti negli artt. 26 e 29, quando alle *ordinanze di manifesta infondatezza*, con le quali la Corte può sbarazzarsi in via breve delle questioni del tutto sprovviste di un contenuto costituzionalmente significativo.

Su questa base si è molto discusso, a suo tempo, se l'art. 136 Cost. dovesse intendersi alla lettera, equiparando l'accoglimento all'*abrogazione* della norma ritenuta

(3) Indicazioni in Paladin, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979 — dicembre 1983*, in *Scritti Crisafulli*, Padova, 1985, I, 605 ss.

illegittima; o se, viceversa, le sentenze in questione dovessero considerarsi non già costitutive bensì dichiarative dell'originaria *nullità* (se non addirittura della giuridica inesistenza) delle norme censurate; oppure se, finalmente, le decisioni di accoglimento rappresentassero un *genus* intermedio fra i due estremi opposti. Da anni, tuttavia, giurisprudenza e dottrina concordano in questo'ultimo senso. Basti qui ricordare che la Corte ha più volte qualificato l'effetto delle decisioni stesse in termini di *annullamento* delle norme da esse coinvolte (cfr. in particolare modo la sent. n. 127 del 1966): cui per altro non consegue la radicale caducazione dei rapporti già formati in applicazione di quella disciplina, dovendosi in proposito distinguere fra i rapporti esauriti, ed ormai intangibili, e i rapporti pendenti, che invece risentono delle dichiarazioni d'incostituzionalità, nel senso che le norme annullate non sono più suscettibili di venir loro applicate (v. *infra*, *sub* 4.1). Coerentemente, nella sentenza n. 49 del 1970, la Corte ha ribadito che «l'abrogazione non tanto estingue le norme, quanto piuttosto ne delimita la sfera materiale di efficacia, e quindi l'applicabilità, ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo»; mentre «la declaratoria d'illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia delle norme che ne sono oggetto, impedisce, invece, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili... alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi», sicchè si dimostra «perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali», di assumerle «a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte». Ed è appunto con questo fondamento che l'organo di giustizia costituzionale non ha mai esitato nel sindacare in via incidentale la legittimità costituzionale di norme legislative ormai abrogate, ma tuttora suscettibili di incidere sulle decisioni dei giudici rimettenti.

Per contro, non ha avuto alcun seguito la tesi dottrinale che attribuiva alle decisioni di rigetto il valore di altrettanti accertamenti di conformità delle norme sindacate alla Costituzione, vincolanti per tutti gli operatori giuridici (4). Nel silenzio della Carta costituzionale e della legislazione attuativa, è invece prevalsa

(4) Cfr. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 71; nonché Redenti, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957, 79-80.

l'opinione per cui tali pronunce hanno solo un *effetto preclusivo*, nei confronti del giudice o dei giudici le cui ordinanze si pongano all'origine delle decisioni stesse (mentre il problema non sussiste per le questioni sollevate in via principale, data la brevità e la perentorietà dei relativi termini d'impugnazione); e ciò, nel senso che quelle autorità giurisdizionali, relativamente a quei gradi di giudizio, non possono riproporre le impugnative già respinte, a pena d'inammissibilità delle censure così prospettate (si veda infatti, da ultimo, l'ordinanza n. 197/1983 della Corte costituzionale). Di conseguenza, il giudice *a quo* deve dare applicazione alla norma sindacata dalla Corte, se ed in quanto la consideri tuttora rilevante per la soluzione della controversia che gli è stata sottoposta. Ma nulla esclude, al di là della sentenza di rigetto, che anche quel giudice torni ad impugnare la norma medesima, facendo richiamo ad altri parametri costituzionali o denunciando altri vizi di legittimità, diversi dai motivi di censura già presi in esame.

2.2. *Tipi intermedi:*

- a) le sentenze interpretative di rigetto;*
- b) le sentenze interpretative di accoglimento;*
- c) le sentenze di accoglimento parziale, con particolare riguardo alle cosiddette decisioni additive e sostitutive.*

Certo è che, rispetto a questa tipologia così elementare, la stessa giurisprudenza della Corte ha subito introdotto varianti di fondamentale e durevole importanza.

a) Innanzitutto, a partire dalla sentenza n.8 del 1956, la Corte ha ritenuto di poter adottare autonome interpretazioni adeguatrici delle norme impugnate, atte a conformarle alla Costituzione senza che occorresse pronunciare alcun annullamento: donde il filone giurisprudenziale formato dalle cosiddette *sentenze interpretative di rigetto*. Fin dall'avvio della sua giurisprudenza, effettivamente, la Corte ha rivendicato il potere di reinterpretare le norme sottoposte al giudizio di costituzionalità, in termini diversi da quelli indicati nelle ordinanze di rimessione; ed anzi ha dapprima cercato di affermare le proprie ricostruzioni correttive dovunque esse fossero atte a risolvere i proposti problemi di legittimità

costituzionale, sia pure in presenza di contrarie interpretazioni già adottate dalla Cassazione. Ne sono derivati, per oltre un quindicennio, notevoli e gravi contrasti interpretative, che hanno dato luogo a svariate occasioni di scontro fra l'organo della giustizia costituzionale ed il vertice della magistratura ordinaria. Mentre è soltanto dagli anni settanta — con particolare evidenza nel periodo più recente — che un criterio di risoluzione è stato rinvenuto, su entrambi i versanti, nel cosiddetto «diritto vivente», cioè nelle interpretazioni giurisprudenziali prevalenti e consolidate: «diritto vivente» alla cui formazione entrambe le Corti concorrono, recependo molto spesso le rispettive indicazioni ed anche reagendo ma in modi ormai costruttivi e pienamente collaborativi — alle rispettive decisioni, ciascuna pronunciata nell'ambito delle rispettive competenze.

Ciò sta a significare che, dinanzi al «diritto vivente», la stessa Corte costituzionale vi adegua la propria interpretazione delle norme legislative in discussione; e, quando il diritto medesimo risulti conforme alla Costituzione, accade sovente che la Corte emetta sentenze interpretative di rigetto che ricalcano gli orientamenti della Cassazione e contribuiscono a rafforzarli, nei confronti delle diverse «letture» prospettate da parte dei giudici inferiori. Ma viceversa, dove il «diritto vivente» continui a far difetto, sia perchè la Cassazione non s'è ancora pronunciata sia perchè al suo interno coesistono interpretazioni diverse o addirittura antitetiche, la Corte riassume la propria libertà di giudizio anche in ordine all'interpretazione della norma o delle norme impugnate; e può quindi pronunciare sentenze interpretative di rigetto che non hanno il supporto di determinati interpretazioni altrui, ma vengono spesso — a loro volta — recepite dalla stessa giurisprudenza della Cassazione.

In altre parole, esistono oggi due specie di sentenze del genere in esame (anche se in concreto non è sempre agevole distinguerle): vale a dire, le decisioni che dichiarano infondate le proposte questioni di costituzionalità, perchè fanno propria l'interpretazione giurisprudenziale più autorevole e diffusa, anzichè l'interpretazione delle norme denunciate che viene prospettata dai giudici rimettenti; e le decisioni che mirano bensì ad imporre un'interpretazione diversa da quella sostenuta ad opera del giudice *a quo*, ma sulla base delle convinzioni della Corte, generalmente sorrette dall'esigenza di fare in tal senso valere la Costituzione. Ad entrambi i tipi corrisponde, comunque, un solo ed omogeneo complesso di dispositivi — utilizzati a partire dalla sentenza n.1 del 1957 — nei quali si legge che la Corte dichiara

non fondata la questione proposta al suo esame, «nei sensi di cui in motivazione»: così facendo intendere che la portata di quelle dichiarazioni di rigetto non può essere compiutamente colta, se non mettendo a raffronto — attraverso la lettura del «considerato in diritto» — il ben diverso significato rispettivamente attribuito alla norma impugnata dal giudice *a quo* e dalla Corte stessa.

b) Fin dall'inizio, tuttavia, la Corte si rendeva ben conto che le sue interpretazioni correttive ed adeguatrici non erano in grado di affermarsi per forza propria, poichè rimanevano pur sempre contenute in decisioni di rigetto, insuscettibili di produrre altro che un limitato vincolo nei riguardi del giudice o dei giudici rimettenti (come si è chiarito *retro*, *sub* 2.1); ed era pronta, pertanto, a ribadire in un modo diverso e più efficace il suo punto di vista, qualora ciò si fosse reso necessario per superare la resistenza degli altri giudici competenti in materia, e della Cassazione in prima linea, oltre che della generalità degli operatori giuridici interessati. Nella ricordata sentenza n. 8 del 1956, la Corte esprimeva in effetti l'avviso che l'impugnato art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (r. d. 18 giugno 1931, n. 773), attributivo al Prefetto del potere di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico, dovesse intendersi in armonia con l'«attuale sistema», senza consentire l'emanazione di atti che non fossero «vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico» e dunque rispettosi dei diritti individuali costituzionalmente garantiti. Per altro, la Corte stessa osservava che «la formula dell'art. 2 ..., nella sua latitudine, potrebbe dare adito ad arbitrarie applicazioni, se si affermassero interpretazioni diverse...»; «ma in tal caso» — avvertiva espressamente la detta sentenza — l'odierna decisione non precluderebbe il riesame della questione di legittimità costituzionale della norma contenuta nel citato articolo».

Di fatto, è stato appunto questo l'esito finale della vicenda, segnato dalla sentenza n. 26 del 1961. Con tale pronuncia — preso atto che nel quinquennio trascorso dalla precedente decisione la norma in esame aveva continuato ad essere intesa ed applicata così da consentire ai Prefetti la menomazione dei diritti costituzionalmente garantiti — la Corte ha ritenuto indispensabile tradurre la propria interpretativa di rigetto in un'e *interpretativa di accoglimento*, cioè di annullamento dell'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, «nei sensi e nei limiti indicati nella motivazione». Dal punto di vista del ragionamento della

Corte, è chiaro che quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale rappresentava e rappresenta l'esatto rovescio di quanto già deciso nel 1956. Ma è chiaro, altresì, che alla base di entrambi i tipi di pronunce sta un comune ed identico modo di concepire gli oggetti del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti equiparati. Tanto le sentenze interpretative di rigetto quanto le sentenze interpretative di accoglimento procedono, infatti, dall'implicita premessa che la corte stessa giudichi della costituzionalità delle norme impugnate, piuttosto che del loro substrato testuale, cioè delle corrispondenti disposizioni di legge (v. *retro*, sub 1.3. b)). Più precisamente, la Corte si è avvista che in numerosissime ipotesi, se non addirittura in tutti i casi nei quali il giudizio riguarda vizi di natura sostanziale (e non formale), dalle disposizioni coinvolte nella controversia si possono trarre — in via interpretativa — non una ma due o più norme. Ora, è manifesto che in qualunque situazione del genere il giudice della legittimità costituzionale è tenuto a far prevalere l'interpretazione, e dunque la norma, conforme alla Costituzione (o meno lontana dalle directive costituzionali). Ma il risultato può esser perseguito, sia ricercando la collaborazione degli altri giudici competenti in materia, mediante quelle proposte non vincolanti che sono in sostanza le sentenze interpretative di rigetto, sia — viceversa — annullando la norma o le norme illegittime, così da lasciare in vigore la sola norma costituzionalmente adeguata.

Allo scopo di determinare quest'ultimo tipo di conseguenze la Corte ha rinviato varie volte — nel corso degli anni '60 — dal dispositivo alla motivazione, per poter meglio chiarire, nel «considerato in diritto», non solo le ragioni ma anche la portata delle proprie decisioni di accoglimento. Così, oltre alla pronuncia testè ricordata, si possono citare la sentenza n. 121 del 1963, sul controllo della circolazione degli oggetti preziosi; nonché, principalmente, la sentenza n. 55 del 1968, con cui la Corte ha esteso l'indennizzo previsto per le espropriazioni alle stesse limitazioni della proprietà privata aventi un «contenuto espropriativo»: ma senza precisare nel dispositivo in che consistessero limiti siffatti, bensì effettuando un generico rimando ai «sensi indicati in motivazione» (5).

c) Tuttavia, il *genus* delle sentenze interpretative di accoglimento è stato ben presto abbandonato, giacchè quelle pronunce finivano per determinare incertezze,

(5) Nei medesimi termini, per altro, si veda già la sent. n. 6 del 1966, in tema di servitù militari.

non lasciando intendere con la necessaria precisione quanta parte delle norme sindacate fosse stata annullata dalla Corte e quale parte residua fosse invece suscettibile di ricevere ulteriori applicazioni: come si è verificato — in particolar modo — nel caso della ricordata sentenza n. 55/1968. Con sempre maggiore frequenza, viceversa, la Corte ha cominciato a formulare le proprie decisioni di annullamento parziale con una tecnica legislativa, sotto specie di emendamenti puntualmente indicativi degli effetti ritenuti illegittimi. E ciò, non soltanto nel senso di dichiarare incostituzionali determinati commi o determinate proposizioni o determinati incisi o determinate parole, ma identificando per mezzo di nuove statuizioni, dovute al linguaggio della Corte stessa, la norma che veniva pertanto privata di efficacia, senza affatto toccare il dettato legislativo in quanto tale: il che ha dato luogo ad una serie crescente di dispositivi che sono apparsi sempre più creativi di nuovo diritto.

Quest'ultimo tipo di casistica trova le sue origini fin dalla prima metà degli anni '60: in concomitanza, dunque, con il precario affermarsi degli accoglimenti «nei sensi indicati in motivazione». Già in quella fase, cioè, la Corte non si limita a colpire parti di disposizioni, ma annulla *parti ideali*, non esplicitate in maniera testuale: le quali, tuttavia, venivano desunte dalla statuizione impugnata (o dal suo collegamento con altre statuizioni legislative) prima della decisione di accoglimento. È ciò che si riscontra a partire dalla sentenza n. 168 del 1963, con cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale d'una norma della legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura, «in quanto» escludeva l'iniziativa del Consiglio stesso, riservandola al Ministro per la giustizia, relativamente alle deliberazioni riguardanti i magistrati. Dalla motivazione di tale pronuncia si ricava, infatti, che la Corte ha interpretato la norma impugnata nel senso di attribuire alla previsione della richiesta ministeriale un «carattere tassativo», precludente la possibilità di esercizio dell'autonomia consiliare; ed è appunto per questo motivo che l'esclusione è stata fatta cadere, sebbene non fosse testualmente stabilita dal disposto legislativo in discussione.

Ma quella decisione è stata quasi subito seguita da altre, analogamente costruite. Basta qui citare — per rendersene conto — la sentenza n. 1 del 1964, con cui si è annullata una norma concernante le funzioni del Consiglio di Stato, «in quanto il procedimento per la proposizione e risoluzione del ricorso straordinario al

Presidente della Repubblica non assicura(va) ai controinteressati la possibilità della tutela giurisdizionale»; e giova altresì ricordare quel passo della motivazione, dove la Corte sottolinea che quello da essa annullato è un «precetto... implicito», sebbene ricavabile con chiarezza «dal significato generalmente attribuito alle disposizioni in esame».

Da quel momento in poi, le pronunce del genere si sono moltiplicate. L'unica correzione apportata dalla Corte negli anni successivi è stata di stampo lessicale, giacché la formula dell'illegittimità costituzionale «in quanto» è finita in disuso, salve ridottissime eccezioni, dati gli equivoci che essa si prestava a generare; ora valendo al solo scopo di evidenziare nel dispositivo la *ratio decidendi*, fermo restando — però — che l'impugnata previsione veniva annullata nella sua totalità (come già si riscontra — per esempio — nelle sentenze n. 6 e n. 7 del 1961); ora, al contrario, mirando ad isolare la parte così dichiarata illegittima (secondo una tecnica che risale alla sentenza n. 70 del 1961, malgrado questa riguardi un precetto testuale e non un precetto ideale od implicito). In luogo dell'originaria terminologia, i dispositivi di questo tipo di sentenze preferiscono invece dichiarare l'illegittimità costituzionale d'una certa statuizione, «nella parte in cui esclude...» o «nella parte in cui non estende...» o «nella parte in cui non contempla» o «non dispone» o «non prevede» alquanto, od anche «nella parte in cui non limita» determinati effetti giuridici; e sono queste, accanto a varie altre similari, le formule divenute abituali a cominciare dagli anni '70.

Dal punto di vista sostanziale, il tipo del quale si tratta si arricchisce però di ulteriori sottotipi, sin dalla fine del precedente decennio. Alle cosiddette *sentenze additive* ai aggiungono anzitutto le cosiddette *sentenze sostitutive*: mediante le quali la Corte non si limita a far cadere un'esclusione od un vincolo od una mancata previsione di qualsivoglia specie, bensì modifica esplicitamente il precetto in discussione, facendo senz'altro subentrare alla norma annullata la sola norma considerata costituzionalmente legittima, che tuttavia non vigeva in nessun senso — prima di quella pronuncia — nell'ordinamento giuridico. Ciò vale in particolar modo per la sentenza n. 15 del 1969, con cui si dichiara l'illegittimità dell'art. 313, terzo comma, del Codice penale, «nei limiti» in cui esso attribuiva «il potere di dare l'autorizzazione a procedere per il delitto di vilipendio della Corte costituzionale al Ministro di grazia e giustizia anziché alla Corte stessa». Ma varie altre sentenze di accoglimento, che pure non sono imperniate sulla congiunzione «anziché», si caratterizzano per il fatto di individuare compiutamente — con

esiti autoapplicativi, sul medesimo piano delle leggi di attuazione costituzionale — tanto gli effetti ritenuti illegittimi quanto i rimedi indispensabili per colmare l'omissione che diversamente sarebbe residua. Fra le tante, spicca sotto questo aspetto la discussa sentenza n. 68 del 1978, nella quale la Corte ha riscontrato che la legge disciplinante il *referendum* abrogativo non aveva regolato adeguatamente l'ipotesi di nuove leggi sopravvenute nel corso del procedimento, per sostituire le disposizioni assoggettate al voto del corpo elettorale; ed ha pertanto concluso, dichiarando incostituzionale la regolamentazione stessa, ma «limitatamente alla parte in cui non prevede(va) che se l'abrogazione degli atti o delle singole disposizioni cui si riferisce il *referendum* venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, senza modificare nè i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente nè i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, il *referendum* si effettui sulle nuove disposizioni legislative» (impedendo, così, che la consultazione possa essere arbitrariamente preclusa dallo stesso Parlamento).

2.3. Giustificazioni e limiti delle sentenze «manipolative»

Malgrado si tratti di una fenomenologia molto complessa, nella dottrina costituzionalistica e processualistica italiana si tende a considerarla unitariamente, almeno per quanto riguarda le definizioni o le denominazioni globali. Alcuni autori ragionano infatti, congiuntamente, di sentenza «integrative», comunque destinate ad introdurre «precetti nuovi rispetto a quelli desumibili dalla disposizione originaria»; altri preferisce il *nomen* di sentenze «normative» o di «sentenze-legge» o di sentenze «creative» in generale; altri ancora non esita a conglobare, nel tipo delle sentenze «interpretative», tanto le decisioni di rigetto e di accoglimento nei termini indicati in motivazione, quanto le decisioni additive e sostitutive (6). Ma la terminologia più diffusa sembra esser quella di chi parla di *sentenze manipolative* (7), per alludere a qualunque caso in cui la disposizione

(6) Nel primo senso Picardi, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Scritti Mortati*, Milano, 1977, IV, 597 ss; nel secondo, v. rispettivamente Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti Crisafulli cit.*, I, 755 ss., Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 105, ed Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Studi Crisafulli cit.*, I, 299 ss.; nel terzo v. ancora Silvestri, *op. cit.*, 756.

(7) Fra i molti, v. A. Guarino, *Le sentenze costituzionali manipolative*, in *Dir. Giur.* 1967, 433 ss.; e Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, 64 ss.

impugnata risulti letteralmente arricchita di nuove componenti, dopo il giudizio della Corte e per effetto di esso, al confronto con il testo normativo che vigeva in precedenza: poco importando se il testo medesimo venga o meno privato, in via di annullamento, di qualche altra sua previsione.

Certo è che in tutte queste definizioni è implicito un motivo di critica nei confronti della Corte stessa o, quanto meno, un monito ad andare molto cauti. Da varie parti, soprattutto agli inizi delle esperienze giurisprudenziali ora descritte, è stato in effetti rilevato il carattere anomalo delle sentenze «manipolative» nel loro intero complesso; e si è sostenuto che la Corte, all'atto di pronunciare decisioni siffatte, avrebbe operato una sortita dalle proprie attribuzioni istituzionali, ben oltre ciò che le risulta consentito dall'art. 136 della Costituzione, là dove si precisa che la norma dichiarata illegittima «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (senza dunque potersi produrre alcun effetto nuovo, dapprima impreveduto). In altre parole, i giudici costituzionali si sarebbero arrogata a questa stregua, sotto veste di dichiarazioni d'illegittimità, una vera e propria funzione legislativa; ed anzi avrebbero assunto la posizione di un superlegislatore, data la particolare efficacia *erga omnes* che la Costituzione riserva alle decisioni di accoglimento (v. *infra*, sub 3.1). Per contro, la Costituzione consentirebbe loro di produrre unicamente «conseguenze... riduttive dell'azione normogena dei testi, mai estensive» (8). Anziché operare come «organo di bonifica costituzionale delle leggi» (9), essi sarebbero quindi tenuti a togliere coraggiosamente di mezzo le disposizioni impugnate, sia pure creando un vuoto normativo, dovunque e comunque le ritenessero incostituzionali. Ed ove, viceversa, volessero insistere nell'emissione di sentenze «manipolative», queste dovrebbero venir considerate alla stregua di mere ipotesi ricostruttive dell'ordinamento, come tali insuscettibili di vincolare la massa degli altri giudici (10).

A simili censure è stato per altro obiettato, dalla dottrina ormai prevalente, che la creatività delle cosiddette sentenze manipolative è piuttosto apparente che reale, se non altro nella generalità dei casi. Più volte — ad esempio — la circostanza che un'esclusione od un limite o un divieto vengano espressamente stabiliti dal

(8) Cfr. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 676.

(9) ...secondo la definizione di Silvestri, *op. cit.*, 768.

(10) È questa la conclusione di Picardi, *op. cit.*, 633.

legislatore ovvero restino implicitamente desumibili ad opera degli interpreti sono del tutto casuali, dipendendo semplicemente dalle diverse tecniche di legifera- zione: eppure, nella prima ipotesi, se queste previsioni si rivelano illegittime, basta una classica sentenza di annullamento *in parte qua*; nella seconda ipotesi, al con- trario, occorre che la Corte colpisca una norma o un frammento di norma rimasti inespresi, mediante un dispositivo che sul piano lessicale aggiunge e non toglie, anche se il vizio di legittimità costituzionale da sanzionare e la norma da annul- lare in conseguenza risultano sostanzialmente gli stessi (11). Del pari, è diffusa- mente ammesso — anche fra i critici della giurisprudenza in esame — che la linea divisoria fra le sentenze interpretative di rigetto e le sentenze interpretative di acco- glimento (ivi comprese le sentenze «manipolative» che tendono ad esplicitare ed imporre determinate interpretazioni) si rivela assai sottile. Non a caso, gli schemi di giudizio sono spesso intercambiabili (12), come dimostra l'esperienza delle dopie pronunce, sul tipo di quelle che hanno riguardato — fra il 1956 ed il 1961 — l'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza; sicchè l'affermazione che alla Corte sia precluso adottare le decisioni del secondo tipo finisce per coin- volgere anche le sentenze adeguatrici della prima specie, rischiando di condurre alla paradossale ed inaccettabile conclusione che la Corte stessa debba astenersi dall'interpretare le norme impugnate, limitandosi a risolvere le questioni di legiti- mità costituzionale così come le sono prospettate da parte dei giudici rimettenti.

D'altronde, non si può sostenere in linea di principio che la Corte dovrebbe annullare per intero le disposizioni impugnate, piuttosto che conformarle alla Costituzione in via «manipolativa». Dall'esame della giurisprudenza costituzio- nale si evince, al contrario, che in numerosissime occasioni, se la Corte emanasse così radicali decisioni di accoglimento, si determinerebbe una situazione ancor meno adeguata di quella originaria, rispetto alle norme costituzionali di riferi- mento. Si pensi — per esempio — ad una statuizione legislativa concernente la difesa giudiziale, la quale preveda garanzie insufficienti allo scopo: se un tale dis- posto venisse annullato del tutto, anzichè integrato dalla Corte, la difesa ne risul

(10) E' questa la conclusione di Picardi, *op. cit.*, 633.

(11) Lo riconosce ed anzi lo pone in evidenza lo stesso Lavagna, *op. cit.*, 763 ss.

(12) Si vedano in tal senso Crisafulli, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Studi Ascarelli*, Milano, 1969, V, 2880; Silvestri, *op. cit.*, 761-762; Elia, *op. cit.*, 307 ss.

Per un chiarissimo esempio, v. inoltre la sentenza n. 22 del 1967, là dove la Corte precisa di dover pronunciare una decisione additiva — interpretativa, «per meglio assicurare la certezza del diritto».

terebbe ancor meno garantita che in partenza. Si pensi ancora ad una disciplina in tema di prestazioni costituzionalmente indispensabili, che tuttavia si dimostri lesiva del principio d'eguaglianza: qualora la Corte la privasse integralmente della propria efficacia, la parità di trattamento verrebbe sì restaurata, ma sacrificando altri principi costituzionali più specifici. Il che conferma, sotto entrambi i profili, come possano risultare necessarie le sentenze additive, sia di garanzia sia di prestazione (13). Ma giova altresì ricordare che il Parlamento italiano non è affatto pronto, nella generalità dei casi, a colmare i vuoti normativi prodotti dalle sentenze caducatorie della Corte; ed è questo un dato che praticamente avvalora la linea giurisprudenziale seguita in proposito dalla Corte stessa.

Ciò basta a far intendere i motivi per cui le sentenze «manipolative», nel loro intero insieme, vengono ormai generalmente ammesse, tanto in dottrina quanto dagli altri giudici, come pure sul versante parlamentare. Nel campo giurisprudenziale, in verità, si erano a suo tempo registrate alcune vivaci resistenze, specialmente ad opera della Corte di cassazione. Così, fu contestata la sentenza n. 190 del 1970, con cui la Corte costituzionale ebbe a dichiarare illegittimo l'art. 304 — bis del Codice di procedura penale, «limitatamente alla parte in cui esclude(va) il diritto del difensore dell'imputato di assistere all'«interrogatorio» del pubblico ministero; e in quell'occasione si disse addirittura che una simile pronuncia doveva ritenersi «inesistente per usurpazione di potere normativo» (14). Conseguentemente occorre che il Governo adottasse il decreto-legge n. 2 del 1971 perchè la citata decisione potesse venire pacificamente applicata: anche se la Corte, con la sentenza n. 62 del medesimo anno, ribadì che il precetto in questione aveva perduto la propria efficacia già in virtù della sua prima pronuncia di accoglimento; ed anzi argomentò diffusamente la propria competenza ad emettere pronunce siffatte, per «eliminare dall'ordinamento quelle norme che, in base alla sua insindacabile valutazione, risultino contrastanti con la Costituzione».

Ma simili episodi non si sono ripetuti, neppure in vista delle più «creative» fra le decisioni degli anni settanta. È sufficiente ricordare ancora una volta — per averne la riprova — il caso estremo della sentenza n. 68 del 1978, sui proce-

(13) ... stando alla *summa divisio* proposta da Elia, *op. cit.*, 314.

(14) Cfr. Alibrandi, in *Dialectica* 1971, 53.

dimenti destinati a sforciare nelle consultazione referendarie. Mediante quella pronuncia, la Corte costituzionale non ha esitato a conferire all'apposito Ufficio centrale per il referendum, istituito presso la Corte di cassazione, ampi poteri di valutazione del rapporto fra le richieste referendarie e le leggi ordinarie sopravvenute in materia, decidendo in tal modo se la consultazione del corpo elettorale debba svolgersi o venire bloccata: ebbene, non solo la Cassazione non ha mosso obiezioni di sorta, ma per contro ha fatto un prontissimo uso dei suoi nuovi compiti. Del resto, alla base di quasi tutte le pronunce «manipolative» stanno le esplicite richieste dei giudici rimettenti, i quali non prospettano alla Corte caducazioni totali ma integrazioni del testo legislativo impugnato; sicchè si può ben dire che la «manipolazione» corrisponde in genere alla regola per cui la Corte stessa è tenuta a pronunciarsi «nei limiti dell'impugnazione» (v. *retro*, *sub* 1.2. *b*). Inoltre, è degno di nota che anche in Parlamento il solo esempio di rilevanti reazioni alle sentenze «manipolative» abbia riguardato la decisione n. 219 del 1975, sulle retribuzioni dei docenti universitari (elevate dalla Corte rispetto alle misure legislativamente previste). Prima e dopo di allora, al contrario, le stesse assemblee parlamentari si sono limitate prender atto delle pronunce in esame, pur non affrettandosi — di massima — a fornire loro il «seguito» legislativo che spesso sarebbe risultato indispensabile.

Può dunque notarsi, sotto questi aspetti, come il vero problema non concerna ormai l'astratta possibilità che la Corte costituzionale emetta decisioni additive o sostitutive; bensì riguardi i limiti entro i quali un potere del genere può essere esplicato, senza che la Corte esorbits dal ruolo assegnatole secondo la Costituzione. In proposito è corrente l'avviso per cui le cosiddette sentenze manipolative non debbono essere, malgrado il loro nome, veramente creative di nuovo diritto, sul medesimo piano della funzione legislativa. Più precisamente si è detto in dottrina che la Corte non può sanzionare la «mancata previsione di norme prive di necessario collegamento, logico o giuridico, con la previsione effettiva» del legislatore; ed analogamente si è concluso che le pronunce additive e sostitutive devono pur sempre contenersi nei termini di una composizione «a rime obbligate», giacchè la Corte, anche nelle ipotesi di sentenze additive, «non crea, essa, liberamente» (come farebbe il legislatore) la norma «destinata ad integrare la disciplina della materia, «ma si limita ad individuare quella — già implicata nel sistema, e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali

di cui ha fatto applicazione — mediante la quale riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta»⁽¹⁵⁾.

In altre parole, è dato alla Corte di emanare una decisione formalmente «manipolativa», nel solo caso in cui si tratti dell'unico dispositivo concepibile per riaffermare sul punto la Costituzione, allo stato attuale dell'ordinamento giuridico (ferma restando, se mai, la possibilità che in avvenire prevalgano soluzioni diverse, imposte dal legislatore *de jure condendo*, ma sempre nel rispetto delle norme costituzionali dapprima violate). Qualora, viceversa, le soluzioni ipotizzabili siano più *d'una*, e la scelta fra di esse rimanga affidata ad opzioni di carattere politico, la Corte non può non escludere che si tratti di vere questioni di legittimità costituzionale: con la conseguenza che si rende necessario pronunciare altrettante *dichiarazioni d'inammissibilità*, come la stessa Corte ha fatto numerose volte, a partire dalle sentenze n. 42 e n. 73 del 1977. Negli anni precedenti, in effetti, le questioni che la Corte riconosceva riservate alla discrezionalità legislativa venivano dichiarate non fondate (o manifestamente infondate); ma nel corso del periodo più recente esse sono state ritenute senz'altro inammissibili, così precludendo l'esame del merito delle relative controversie.

E significativo che i primi esempi del genere si traggano, principalmente, dalla giurisprudenza costituzionale concernente la legittimità di norme penali. Così, nella citata sentenza n. 42/77 si precisa che la Corte «non può, ... nella materia penale, sottrarre alcune fattispecie alla disciplina comune per ricondurle in una disciplina speciale che si ritiene più congruamente tutelare gli interessi coinvolti e tanto meno quando ciò comporti un aggravamento di pena»; del pari, nella sentenza n. 73 del 1981, in tema di revoca obbligatoria della sospensione condizionale della pena, si afferma che «il fondamentale principio di legalità dei reati e delle pene» vieta comunque alla Corte «la creazione di una norma penale siffatta, dalla quale verrebbero a discendere effetti sfavorevoli al reo»; e gli stessi concetti ricevono un'esposizione quanto mai organica nella sentenza n. 108 del 1981, là dove la Corte si considera incompetente ad unificare la disciplina dell'interruzione della gravidanza, estendendo agli aborti effettuati nei primi tre mesi dal concepimento la più severa disciplina concernente i mesi successivi. Ma questa linea di *self-restraint* ritrova applicazione anche nell'ambito di vari

(15) V. rispettivamente Lanzillo, *Poteri creativi della Corte costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi*, in *Riv. dir. civ.* 1982, 677, e Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84, nonché *Lezioni cit.*, II, 407-408.

altri rami dell'ordinamento: come stanno a dimostrare - fra tante - le decisioni nn. 25, 141, 148, 189, 194, 224, 232, 234, 294 del 1984, che dichiarano in sostanza inammissibile il *petitum* del giudice *a quo*, poiché richiedente una sentenza additiva non destinata a risolversi in una soluzione costituzionalmente obbligata (16).

3. Destinatari e forza obbligatoria delle decisioni della corte.

3.1. *Efficacia limitata al caso ed efficacia «erga omnes».*

È stato già notato (*retro*, sub 2.1) che le decisioni di rigetto non hanno, nei giudizi instaurati in via incidentale, altri destinatari al di fuori dello stesso giudice *a quo*. La loro efficacia è dunque *limitata al caso deciso*; ed anche per quel che riguarda lo specifico vizio di legittimità costituzionale ritenuto insussistente, esse non vietano affatto che la medesima questione sia riproposta, purchè l'ordinanza di rimessione venga emessa da altri giudici, sia pure nei gradi successivi del medesimo giudizio. Di più: in certe ipotesi-limite può verificarsi che la Corte si pronunci nel merito, dichiarando non fondata la proposta questione, senza che lo stesso giudice *a quo* sia chiamato a tener conto in alcun modo di quella decisione. Infatti, l'art. 22 delle «norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» (emanate dalla Corte stessa il 16 marzo 1956) dispone che «le norme sulla sospensione, interruzione ed estinzione del processo non si applicano ai giudizi davanti alla Corte... neppure nel caso in cui, per qualsiasi causa, sia venuto a cessare il giudizio rimasto sospeso davanti all'autorità giurisdizionale, che ha promosso il giudizio di legittimità costituzionale»: il che significa che il requisito della rilevanza deve sussistere nel solo momento iniziale, quando la questione viene sollevata e prospettata, dopo di che il processo costituzionale può bene riprendere la propria autonomia, sfociando eventualmente nell'annullamento della norma impugnata, pur essendo ormai venuta meno anche l'astratta applicabilità della decisione della Corte nel giudizio principale.

Quanto invece alle sentenze di accoglimento, il primo comma dell'art. 136 Cost. chiarisce, senza prevedere eccezioni di alcun genere, che la norma in tal modo annullata (o dichiarata comunque illegittima) «cessa di avere efficacia»; sicchè ne risulta

(16) V. *amplius* Elia, *La giustizia costituzionale nel 1984*, in *Giur. cost.* 1985, 392-393.

indiscutibile che quelle decisioni si impongono *erga omnes*. Non a caso, del resto, è soltanto in ordine a tali pronunce che la stessa Costituzione prescrive — nel secondo comma dell'art. 136 — la loro pubblicazione, destinata, ad avvenire «nella medesima forma stabilita per la pubblicazione dell'atto dichiarato costituzionalmente illegittimo» (come precisa l'art. 30, primo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87); sebbene, nel corso del periodo più recente, tutte le decisioni della Corte vengano ormai pubblicate nella Gazzetta ufficiale, sulla base della legge 11 dicembre 1984, n. 839 (nonché del D. P. R. 28 dicembre 1985, n. 1092, e del regolamento 14 marzo 1986, n. 217).

Anche per questo motivo, è probabilmente impensabile (e non si è verificato — di fatto — nella pregressa giurisprudenza costituzionale) che la Corte possa emettere dichiarazioni d'illegittimità, relative alle norme impugnate, senza che le norme stesse siano immediatamente e radicalmente estromesse dall'ordinamento giuridico (salvo il problema di eventuali annullamenti parziali *ratione temporis*, sui quali v. *infra*, sub 4.3). Per contro, ciò spiega il perché le decisioni di accoglimento tendano ad essere *autoapplicative*, anche e specialmente nei casi in cui la pronuncia risulti di tipo additivo o sostitutivo. Qualora la Corte si fermasse a mezza strada, dichiarando — ad esempio — l'illegittimità costituzionale di un certo disposto legislativo nella parte in cui questo non prevede alcunchè, ma senza colmare — per mezzo dello stesso dispositivo — l'omissione ritenuta illegittima, la decisione rimarrebbe improduttiva di effetti, tanto *erga omnes* quanto *inter partes*; e dunque si risolverebbe in un *tertium genus*, che la Costituzione italiana non solo non prevede ma neppure sembra consentire.

3.2 Sulle sentenze di accoglimento quali fonti normative.

Per opposte ragioni, non è comunque corretto ragionare di cosa giudicata, secondo la consueta terminologia processualistica, quanto alle sentenze con cui la Corte si pronuncia sulla legittimità costituzionale delle norme di legge. Le sentenze di rigetto non acquistano forza di giudicato, dal momento che gli accertamenti in esse contenuti non sono immutabili nè vincolanti in processi diversi da quello principale, limitatamente al grado di giudizio in cui sia stata emanata l'ordinanza di

impugnazione incidentale. Le sentenze di accoglimento, viceversa, sono dotate di forza obbligatoria generale: il che fa pensare ad una notevole corrente dottrinale che si possa addirittura equipararle agli atti aventi *forza di legge*.

Vero è che, fra i costituzionalisti, più d'uno mette in dubbio la fondatezza di una tale conclusione (o ne circoscrive la portata). Così, il maggiore studioso del processo costituzionale italiano ha sostenuto che le stesse sentenze «manipolative» non sarebbero inquadrabili tra le fonti, qualificate come tali dall'ordinamento vigente; ma si è dichiarato, tutt'al più, disposto ad ammettere che decisioni siffatte — considerate sul piano teoretico — abbiano «sostanza di atti (anche) normativi, dando vita a norme o a frammenti di norme, la cui presenza non era, per l'innanzi, avvertita nell'ordinamento» (17). Ed altri ha preferito ipotizzare che «l'attività creativa esercitata dal giudice costituzionale... comporti il riconoscimento di una produzione normativa di tipo giurisprudenziale che sfugge, sempre che siano rispettati taluni limiti, alle regole ed ai condizionamenti cui è sottoposta la funzione legislativa in senso proprio» (18).

Ma la prevalente dottrina costituzionalistica e processualistica appare senz'altro orientata, sia pure muovendo alcune censure agli eccessi nei quali la Corte sarebbe qualche volta incorsa, nel ritenere che tutte le decisioni di accoglimento, quand'anche caducatorie e non additive (o sostitutive), vadano considerate quali *fonti di diritto*(19). La loro tipica forza obbligatoria, sancita dall'art. 136 Cost., basterebbe infatti a far concludere che esse dispongano almeno delle medesima efficacia propria delle norme di legge così dichiarate illegittime. Nè gioverebbe obiettare che una simile assimilazione sia contraddetta dalla natura giurisdizionale della Corte e delle sue funzioni (20): (natura ormai generalmente ammessa nell'ordinamento italiano, malgrado la Corte stessa rimanga collocata al di fuori dell'«ordinamento giudiziario»). Da un lato, alla forma della sentenza potrebbe in realtà corrispondere la pecu-

(17) Cfr. Crisafulli, *Lezioni cit.*, II, 407.

(18) In tal senso Elia, *Le sentenze additive*, cit., 300.

(19) Si vedano — fra gli altri — Sandulli, *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1959, 44 ss.; Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile — Disposizioni sulla legge in generale*, Bologna — Roma 1977, 274; Zagrebelsky, *La Corte costituzionale cit.*, 105-106; Lanzillo, *Poteri creativi cit.*, 666 ss. (edivi ulteriori indicazioni).

(20) Così invece Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.* XVII, Milano, 1968, 946.

liare efficacia della legge. D'altro lato, la forza di legge spettante alle decisioni di accoglimento non implicherebbe affatto che la Corte disponga della funzione legislativa nei medesimi termini in cui ne sono dotate le assemblee parlamentari: cioè non starebbe a significare che l'organo della giustizia costituzionale sia provvisto della cosiddetta discrezionalità legislativa. I due aspetti del fenomeno in esame andrebbero, per contro, accuratamente distinti l'uno dall'altro: ferma dunque restando la titolarità del *potere* legislativo in capo alle Camere del Parlamento, laddove l'assimilazione riguarderebbe i soli *effetti* rispettivamente propri delle leggi e delle pronunce di accoglimento.

È significativo che anche la Corte costituzionale abbia concluso in tal senso, fin dalla sentenza n. 118 del 1970, dove si afferma che gli effetti d'una decisione di accoglimento additivo» — a parte la loro decorrenza — in nulla differiscono da quelli di una legge» avente il medesimo contenuto. Dopo di che, sembra degno di nota che la stessa Corte, nella sentenza n. 41 de 1979, abbia accennato espressamente ad una nuova «norma di diritto», scaturente «dal connubio tra le disposizioni, dichiarate parzialmente illegittime, e il dispositivo» della detta pronuncia di annullamento n. 63 del 1966; mentre le contemporanee sentenze nn. 42 e 44 hanno concluso, ancor più significativamente, ragionando di un «contesto normativo in perpetuo divenire..., di cui fan parte i dispositivi di pronunce di fondatezza di questioni di legittimità costituzionale..., nel senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione espressa da questa Corte nelle motivazioni delle pronunce medesime» (riferendo in tal modo alle pronunce di accoglimento gli stessi canoni che s'impongono nell'interpretazione delle leggi, secondo l'art. 12 disp. prel. Cod. civ.) (21).

Ciò posto, però, occorre concludere che le decisioni di accoglimento, qualora inquadrate nel sistema delle fonti normative, si dimostrano — sotto certi profili — sopraordinate piuttosto che parificate alle leggi ordinarie ed agli atti equiparati. Laddove il legislatore può sempre — di regola — abrogare e poi rimettere in vigore identici precetti, a fronte di norme dichiarate costituzionalmente illegittime esiti del genere non si prestano ad essere validamente prodotti se non riformando l'intero istituto del quale si tratti o comunque inserendo previsioni identiche od analoghe a quelle

(21) Cfr. in proposito Crisafulli, *Un saggio «non liquet»*, in *Giur. cost.* 1979, 340-41.

annullate dalla Corte in un quadro normativo diverso rispetto al contesto preesistente, già preso in considerazione dalla Corte stessa. Se, viceversa, il Parlamento si limita a riprodurre le norme annullate, senza escogitare in pari tempo i correttivi necessari perchè sia garantita l'osservanza della Costituzione, la riproduzione deve dirsi illegittima; e va censurata a sua volta, non solo in riferimento al parametro costituzionale dapprima violato, bensì per diretto contrasto con l'art.136 della Carta costituzionale.

Il punto è stato messo in evidenza dalla decisione n.73 del 1963, in cui si è precisato che il vigore del citato precetto costituzionale impone al legislatore di «accettare la immediata cessazione dell'efficacia giuridica della norma illegittima», anzichè «prolungarne la vita» sino all'entrata in vigore di una nuova disciplina del settore. Nel medesimo senso, va poi ricordata la sentenza n.88 del 1966, là dove la Corte ha ribadito che le decisioni di accoglimento hanno per destinatario il legislatore stesso, al quale è quindi precluso non solo il disporre che la norma dichiarata incostituzionale conservi la propria efficacia, bensì il perseguire e raggiungere, «anche se indirettamente», esiti corrispondenti a quelli già ritenuti lesivi della Costituzione. Ma anche di recente l'esigenza in questione è stata riaffermata dalla sentenza n.223 del 1983, con cui si è annullato l'art.1 della legge n.385 del 1980, per aver «restaurato gli stessi criteri di commisurazione dell'indennità di esproprio» (delle aree edificabili), che la Corte «aveva dichiarato costituzionalmente illegittimi, mediante la sentenza n.5 del 1980»: così facendo «rivivere norme già divenute inefficaci, in conseguenza del loro annullamento». Il che conferma che le pronunce di accoglimento dispongono, in tal senso, d'una efficacia maggiore di quella spettante alle leggi ordinarie.

D'altronde, conviene aggiungere che le pronunce medesime non incontrano alcuni limiti di ordini costituzionale, cui le leggi formali e gli atti equiparati sono invece sottoposti a pena d'invalidità. Tale, specialmente, è il caso del precetto statuito dal quarto comma dell'art.81 Cost., per cui «ogni ... legge che importi nuove e maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte». In realtà, la Corte non ha mai dubitato di poter pronunciare sentenze additive di prestazione (nonchè, a più forte ragione, sentenze interpretative di rigetto), pur quanto ne fossero discesi oneri anche ingenti. Nè si potrebbe concludere diversamente, ove si consideri che il rispetto dell'art.81, in mancanza di fondi speciali destinati a fronteggiare le conseguenze

finanziarie delle sue decisioni di accoglimento, imporrebbe alla Corte di disapplicare altre norme costituzionali, sebbene violate dal legislatore ordinario (22).

3.3. *Forza vincolante dei precedenti nella giurisprudenza costituzionale.*

Tuttavia, non si può certo sostenere, in termini più generali, che la Corte sia tenuta a dar seguito ai suoi propri precedenti. Da un canto, le decisioni di rigetto non le impediscono di capovolgere il proprio orientamento, una volta riproposta la questione di legittimità dapprima risolta nel senso dell'infondatezza. Basti ricordare — per rendersene conto — il celebre *overruling* relativo al reato di adulterio, dapprima difeso e poi eliminato dall'organo di giustizia costituzionale, in nome di una nuova valutazione della «vita sociale» (come si legge nella sentenza n.126 del 1968, in contrapposizione alla sentenza n. 64 del 1961); ovvero la vistosa correzione di rotta concernente la conversione delle pene pecuniarie in detentive, che la sentenza n.131 del 1979 ha ritenuto lesiva del principio generale di eguaglianza, in netto contrasto con quanto affermato dalla Corte stessa nella sentenza n.29 del 1962 (per non dire delle ordinanze di manifesta infondatezza n.59 del 1962 e n.127 del 1971). Più in generale, è sempre valido l'insegnamento contenuto nella sentenza n.7 del 1958, nella quale è stata esclusa «la configurabilità di... decisioni, le quali dichiarino in modo assoluto ed immutabile la legittimità costituzionale di una norma», ammettendosi invece che una successiva impugnazione, «specialmente se esposta sotto profili diversi e sorretta da argomenti diversi, eventualmente desunti da ulteriori svolgimenti dei principi informatori dell'ordinamento giuridico, possa condurre ad una soluzione diversa».

D'altro canto, la *ratio decidendi* che presiede a ciascuna sentenza di accoglimento non impone alla Corte di farne applicazione in tutti i casi analoghi, apparentemente suscettibili di essere risolti nel medesimo senso. E' stato già notato, del resto (*retro*, *sub* 3.2), che la stessa riproduzione di norme già annullate può risultare conforme alla Costituzione, purchè il legislatore la accompagni e la compensi mediante opportune modifiche del quadro normativo di riferimento. Il che spiega — ad esempio

(22) Cfr. Elia, *Le sentenze additive cit.*, 311-312.

—, come la Corte abbia sostenuto, nella sentenza di rigetto n.144 del 1975, che in ragione del «contesto normativo in cui si inquadra la nuova disposizione» non «può avere incidenza il dato puramente formale che siano state ripetute, con espressioni sostanzialmente identiche, le disposizioni già dichiarate illegittime» attraverso la sentenza n.117 del 1974.

Tutto questo non toglie, però, che i precedenti influiscano di fatto sugli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, tanto più sensibilmente quanto più si forma, nei vari ambiti sottoposti ai giudizi della Corte, una fitta rete di dispositivi e di motivazioni. Il fondamento essenziale delle ordinanze di manifesta infondatezza, che la stessa Corte può adottare in virtù della legge n.87 del 1953, è rappresentato appunto da precedenti e corrispondenti sentenze di rigetto, rispetto alle quali non si adducono — in sede di impugnazione incidentale — nuovi profili o motivi suscettibili di provocare un mutamento di giurisprudenza; de anzi, nel corso degli ultimi anni, si è verificato più volte un uso ancor più largo delle ordinanze predette, mediante le quali si sono consolidate le «linee di fondo» della giurisprudenza pregressa, pur quanto non si davano preve decisioni del tutto specifiche (23). Ma i precedenti giurisprudenziali sono stati analogamente utilizzati ai fini degli stessi giudizi instaurati in via principale, per mezzo di ricorsi statali o regionali: come sta a dimostrare — fra gli altri il caso delle sentenze nn.242 e 243 del 1985, sul cosiddetto sistema di tesoreria unica degli enti pubblici e sul finanziamento delle Regioni a statuto speciale, in cui si è fatto un sistematico richiamo alle *rationes decidendi* già enunciate in materia da altre pronunce della Corte, nei riguardi di altre leggi dello Stato.

Per contro, la coerente applicazione di certi parametri costituzionali, tra i quali fa spicco il principio generale d'eguaglianza, può ben determinare vere e proprie «catene» di decisioni d'accoglimento, ispirate all'esigenza di ristabilire la parità di trattamento in determinati settori dell'ordinamento giuridico, sebbene le norme volta per volta annullate risultino diverse. Valga in tal senso l'esempio fornito di recente dalla sentenza n.314 del 1985, sull'integrazione al minimo delle pensioni erogate dall'INPS, con la quale la Corte ha pressochè concluso un processo di parificazione, già avviato da una serie di pronunce d'illegittimità costituzionale, rispettivamente contenute nelle decisioni n.230 del 1974, n. 263 del 1976, n.34 del 1981 e n.102 del

(23) Cfr. Elia, *La giustizia costituzionale nel 1983*, in *Giur. cost.* 1984, 344.

1982: ognuna delle quali, riconoscendo a determinate categorie di pensionati il diritto di ricevere determinate prestazioni, aveva reso sempre più evidente ed insanabile la discriminazione delle categorie rimaste escluse dal beneficio in esame, pur trovandosi in situazioni identiche od analoghe a quelle dei soggetti così favoriti. In altre parole, può verificarsi che certe decisioni di accoglimento, all'atto stesso di accertare l'infondatezza di certi regime normativi, vengano a privare di giustificazione altri regimi collegati ai primi, determinandone una sorta di «sbilanciamento»: come si è riscontrato nel caso dei reati di insubordinazione previsti dal codice penale militare di pace, a partire dalla sentenza n.26 del 1979 fino alla sentenza n.102 del 1985.

4. Efficacia temporale delle decisioni della Corte.

4.1. «Retroattività» delle decisioni di accoglimento.

Superando i dubbi originariamente prospettati in sede dottrinale (*retro, sub* 2.1), la Corte ha ben presto fissato il principio per cui le decisioni di accoglimento operano *ex tunc*, al di là dei disposti o degli effetti abrogativi dettati o comunque prodotti dalle leggi sopravvenute, a carico della legislazione previgente. A questa stregua, la sentenza n.127 del 1966 ha insistito nell'assunto ormai pacifico che la «dichiarazione di illegittimità... colpisce la norma fin dalla sua origine, eliminandola dall'ordinamento e rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici», con il solo «limite derivante da situazioni... comunque divenute irrevocabili»; mentre la sentenza n.49 del 1970 aggiunge che, a partire dal giorno successivo alla pubblicazione delle pronunce di annullamento, «nessun giudice può fare applicazione delle norme dichiarate illegittime, nessun'altra autorità può darvi esecuzione o assumerle comunque a base di propri atti, e nessun privato potrebbe avvalersene, perchè gli atti e i comportamenti che pretendessero trovare in quelle la propria regola sarebbero privi di fondamento legale».

Le sentenze di accoglimento retroagiscono, dunque, coinvolgendo tutte le situazioni anteriormente sorte sulla base della norma annullata, purchè si tratti di *rapporti pendenti* e non di *rapporti esauriti*. In che consistano gli uni e gli altri, la Corte non ha mai chiarito in modo sistematico, per l'ovvio motivo che si tratta di una

problematica affidata alla generalità degli altri giudici, nell'ambito delle rispettive competenze. Ma proprio la Corte ha fatto cenno — nella citata sentenza n.49/70, come pure in vari altri casi — all'intangibilità del giudicato. E generalmente si conviene che i rapporti pregressi possono essere chiusi in modo irretrattabile in conseguenza del corso del tempo, per quanto è previsto in proposito dall'ordinamento giuridico; sicchè non soltanto la prescrizione, ma anche la decadenza ne determina l'irrevocabilità, come è stato in qualche modo ammesso dalla sentenza n.58 del 1967, relativa all'esperimento delle azioni per la dichiarazione giudiziale di paternità.

Per parte dua, la Corte ha poi ritenuto che la pronuncia d'illegittimità costituzionale di norme abrogative possa determinare la cosiddetta *reviviscenza* delle norme in tal modo abrogate. La discussa sentenza n.107 del 1974, dopo aver annullato una disciplina concernente la proroga dei contratti agrari, ha sostenuto che, in forza di ciò, sarebbero ridivenute operanti le norme già private di efficacia per la sopravvenienza della disciplina stessa; ed ha pertanto concluso nel senso che quelle previsioni andassero annullate a loro volta, in quanto anch'esse viziate per contrasto con l'art.44 della Costituzione. Ma così pure, sebbene la questione sia quanto mai aperta (24), in dottrina si tenda a pensare che la *reviviscenza* si produca per lo meno nel caso in cui venga annullata una clausola di abrogazione espressa (senza di che una tale decisione della Corte non produrrebbe effetti di sorta): con la conseguenza che, sotto questo aspetto, ne risulta avvalorata la «retroattività» delle decisioni di accoglimento.

4.2 Eccezioni alla regola: casi di efficacia «ex nunc».

Per altro, siffatta «retroattività» può anche non verificarsi, qualora le modalità e gli oggetti del controllo esercitato dalla Corte ovvero la stessa natura delle norme annullate, dovuta ai peculiari principi ispiratori di determinati rami del diritto, escludano il coinvolgimento dei rapporti pendenti oppure facciano sì che in materia non siano concepibili pendenze di nessun genere.

Si pensi, in quest'ultimo senso, al tipico caso delle leggi regionali impugnate dal Governo in via preventiva, ai sensi dell'art. 127 della Costituzione. Non essendo

(24) Si veda in proposito, riassuntivamente, Capotosti, *Reviviscenza di norme abrogate e dichiarazione d'illegittimità consequenziale*, in *Giur. cost.* 1974, 1403 ss.

ancora entrati in vigore (salva l'eventuale promulgazione anticipata delle leggi siciliane), gli atti in esame non possono dar luogo ad alcuna applicazione, prima delle rispettive decisioni della Corte. Per essi, dunque, l'accoglimento si risolve nel vietare alle competenti autorità regionali di promulgarli e di pubblicarli; mentre lo stesso rigetto dei ricorsi governativi non opera se non *ex nunc*, sia perchè le leggi medesime non sono affatto applicabili con riguardo al passato, pur quando la Corte le abbia ritenute immuni dai pretesi vizi di legittimità costituzionale, sia perchè il relativo controllo viene in genere effettuato alla luce delle norme costituzionali e di attuazione costituzionale vigenti nel momento del giudizio (anzichè nel solo momento della riforma costituzionalmente rilevanti che siano state realizzate *medio tempore*).

D'altra parte, le regole sull'efficacia temporale delle decisioni di accoglimento possono subire eccezioni di notevole rilievo, allorchè il giudizio riguardi la legittimità costituzionale di *norme penali*. Va infatti ricordato che l'art.2 del Codice penale afferma il principio della retroattività delle leggi penali di favore, incidendo pertanto in un duplice senso sull'operatività degli annullamenti pronunciati in tal campo dalla Corte. Sotto un primo profilo, cioè, qualora venga annullata una norma penale incriminatrice, la sentenza in questione retroagisce incondizionatamente, travolgendo gli stessi giudicati, in virtù del secondo comma dell'art.2 c.p., per cui «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato»(con la conseguenza che, «se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali»). Sotto un secondo profilo, viceversa, l'annullamento di norme penali favorevoli al reo determina il problema se una tale pronuncia possa retroagire in danno del soggetto o dei soggetti imputati nel giudizio *a quo*: tanto da mettere in forse, preliminarmente, la rilevanza e dunque l'ammissibilità di questioni sollevate dai giudici rimettenti con lo scopo di ottenere pronunce penalmente pregiudizievoli, delle quali fare immediata applicazione nei giudizi pendenti innanzi ad essi.

La giurisprudenza costituzionale ha lungamente oscillato, nell'affrontare simili problemi. Da un lato, cioè, vi sono state pronunce che hanno ritenuto ammissibili impugnative concernenti norme penali di favore, in base all'assunto che le questioni inerenti «alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento... attonano all'interpretazione delle leggi e pertanto devono essere risolte dai giudici ordinari» (cfr. le sentenze n. 155 del 1973 e n.22 del 1975). D'altro lato, varie decisioni contemporanee o di poco successive (si vedano, in particolare, le sentenze n.26 del 1975, n.85 del 1976, n.122 del 1977 e n.91 del 1979) hanno per contro affermato

che il tassativo disposto degli artt. 25 della Costituzione e 2 del Codice penale imporrebbe in ogni caso al giudice di applicare nella concreta fattispecie la norma impugnata, quand'anche viziata d'incostituzionalità: donde, appunto, l'inammissibilità di siffatte questioni per difetto di rilevanza.

Soltanto da ultimo, con la sentenza n. 148 del 1983, la Corte sembra aver dato una risposta conclusiva: ribadendo che, «sebbene privata di efficacia,... quanto al passato la norma penale di favore continua... a rilevare, in forza del prevalente principio che preclude la retroattività delle norme incriminatrici»; ma anche affermando la propria competenza a svolgere pur sempre, in questo stesso campo, il sindacato di legittimità costituzionale, se non altro perchè un'eventuale pronuncia di accoglimento non potrebbe non riflettersi sui dispositivi delle conseguenti sentenze penali assolute, modificandone la *ratio decidendi*. Tuttavia, è proprio di qui che deriva la possibilità di annullamenti praticamente operativi *ex nunc*, in eccezione alla regola della retroattività: possibilità temperata, ma non del tutto esclusa, dalla ricordata preclusione di sentenze «manipolative» che configurino nuove norme penali, produttive di effetti sfavorevoli per l'imputato (*retro*, sub 2.3) (25).

4.3. *Strumenti atti a consentire decisioni d'illegittimità costituzionale «pro futuro».*

Certo è, comunque, che allo stato attuale dell'ordinamento italiano riesce difficile ipotizzare che le sentenze di accoglimento, anzichè retroagire (come di massima avviene), possano addirittura restare inefficaci fino alla scadenza di un termine fissato dalla stessa Corte, secondo modelli desumibili dal diritto costituzionale di altri Stati europei. In proposito, è stato recisamente asserito «che simili decisioni sono atti giuridici tipici, cui il sistema riconduce *precisi, automatici ed invariabili effetti*, quali sono esattamente quelli indicati dall'art. 136 Cost., senza alcuna possibilità per la Corte, o per chicchessia, di modificarli, estenderli o restringerli» (26). A questa stregua, perciò, se si volesse conseguire lo scopo non si potrebbe fare a meno di un'apposita revisione costituzionale, che conformasse la Costituzione italiana — per esempio — al recente modello portoghese oppure al modello jugoslavo (27).

(25) Si veda al riguardo Pulitanò, *La «non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it* 1983, I, 1806 ss.

(26) così Lavagna, *Ricerche cit.*, 671.

(27) Cfr. D'Orazio, *Una «vacatio» per le sentenze costituzionali?*, in *Giur. cost.* 1975, 1146 ss.

Per contro, l'autonoma emissione di dispositivi d'illegittimità costituzionale che lasciassero temporaneamente in vigore le norme dichiarate illegittime (o che, quanto meno, tenessero ferma l'applicazione di esse rapporti pendenti nel momento della pronuncia) richiederebbe, da parte della Corte, un atto di coraggio ancor più grande di quello che ha portato alle sentenze «manipolative». In ogni caso, la riuscita di una tale operazione dipenderebbe dallo spontaneo consenso degli altri giudici competenti in materia, ai quali è affidato l'accertamento degli effetti ricollegabili alle sentenze di accoglimento, in vista dell'art.136 della Costituzione: come la Corte stessa ha riconosciuto — fra l'altro — nelle sentenze n.155/73 e n.22/75 (*retro*, sub 4.2); e come la Cassazione ha sostenuto — in particolar modo — fin dalla sentenza 11 dicembre 1965 delle sezione unite penali. Il che fa temere le reazioni del potere giudiziario, soprattutto ad opera dei giudici rimettenti, ove questi si vedessero chiamati ad applicare, nell'ambito dei loro giudizi, le norme da essi contestate e poi dichiarate lesive della Costituzione.

Se mai, è pensabile che la Corte possa introdurre una *vacatio* fra il momento della decisione ed il termine iniziale di decorrenza degli effetti dell'annullamento: non solo ritardando di fatto la pubblicazione di certe pronunce e facendole intanto conoscere al Governo, perchè questo provveda d'urgenza a fronteggiarne le conseguenze (secondo l'esempio fornito dalla sentenza n.64 del 1970, in tema di durata della carcerazione preventiva); ma anche adottando congrue «norme integrative», che consentano di rendere ufficialmente note le pronunce medesime, pur non provvedendo ancora a pubblicarle, nelle forme ed ai sensi previsti dall'art.136 della Carta costituzionale. Tuttavia, è manifesto che un rimedio del genere si limiterebbe a procrastinare l'operatività dell'annullamento, fermo restando che esso sarebbe pur sempre destinato a retroagire; e rischierebbe, inoltre, di compromettere l'applicazione della norma ritenuta illegittima, anche nel periodo della *vacatio*, creando aspettative che — presto o tardi — non potrebbero venir lasciate insoddisfatte.

Ciò spiega il perchè la Corte abbia talvolta preferito, soprattutto negli ultimi anni, perseguire questo tipo di risultati mediante sentenze di rigetto opportunamente motivate: con le quali si respingono determinate impugnative, lasciando però intendere che l'«assoluzione» della norma sindacata è — per così dire — condizionata piuttosto che piena. Un primissimo caso è stato rinvenuto ⁽²⁸⁾ in tema di formule

(28) Cfr. Pegoraro, *Gli indirizzi della Corte costituzionale nel decennio 1975-1984*, in *Dir. soc.* 1985, 320.

del giuramento nei processi civili e penali, con riguardo alle quali la Corte aveva avvertito — fin dalla sentenza n.58 del 1960 — che sarebbe spettato al legislatore vedere «se e come» occorresse modificarle; dopo di che la lunga inerzia del Parlamento è stata sanzionata dalla sentenza n.177 del 1979, con cui si è annullato il riferimento alla responsabilità «davanti a Dio», quanto ai testimoni non credenti. Ma esempi più stringenti e più significativi, sia per il minor tempo trascorso fra le due pronunce così concatenate sia per il ragionamento giuridico svolto dalla Corte, si traggono dalla giurisprudenza degli anni'80. Il caso maggiormente noto ed importante è dato, ineffetti, dalla sentenza n.108 del 1986, che ha dichiarato illegittima una proroga dei rapporti di locazione di immobili ad uso non abitativo, dopo che la sentenza n.89 del 1984 aveva ammonito il legislatore a non reiterare simili manovre. Ed un altro caso può ora desumersi dalla sentenza n.212 del 1986, là dove si ammonisce che «non potrebbe ritenersi consentita un'ulteriore prostrazione della disciplina attuale», escludente la pubblicità dei processi tributari, e che si rivela pertanto «indispensabile al fine di evitare gravi conseguenze, che il legislatore prontamente intervenga onde adeguare il processo... all'art.101 Cost.».

Certo, le «sentenze monito» e le «doppie pronunce» del tipo or ora indicato rimangono alquanto rare; e tali resteranno anche in avvenire, verosimilmente, perchè in presenza di un evidente contrasto fra la norma impugnata e la Costituzione sarebbe difficile evitare di trarne subito le necessarie conseguenze. Ma il rimedio del quale si è detto non può essere sottovalutato, ed anzi si rivela ancora più notevole, se si considera che la Corte può metter sull'avviso il potere legislativo anche in forme diverse dalle motivazioni delle sentenze di rigetto: per esempio, sollevando d'ufficio dinanzi a se stessa determinate questioni di legittimità costituzionale e così facendo intendere al legislatore che sussistono gravi problemi meritevoli di essere prontamente affrontati; eppure emettendo ordinanze istruttorie — come quella recante il numero 45 del 1985, in tema di contributi richiesti per fruire delle prestazioni del Servizio sanitario nazionale — che implicitamente valgano a rafforzare i dubbi sulla ragionevolezza o sulla congruenza delle norme in discussione.

5. Conclusioni: i poteri dell'organo di giustizia costituzionale nella determinazione dei contenuti e degli effetti delle sue pronunce.

5.1. Predeterminazione costituzionale e autonomia della Corte.

Preliminarmente, va qui ricordato che, in base all'art.14 della legge n.87 del 1953 (come sostituito dall'art.4 della legge n.265 del 1958), «la Corte può disciplinare l'esercizio delle sue funzioni con regolamento approvato a maggioranza dei suoi componenti»; e l'art.22, secondo comma, della legge stessa precisa che «norme integrative» possono essere in tal modo stabilite anche per quanto riguarda la disciplina delle funzioni giurisdizionali spettanti all'organo di giustizia costituzionale. Ma in dottrina si tende a ritenere che le citate previsioni siano semplicemente ricognitive di un potere di autorganizzazione che sarebbe comunque spettato alla Corte, dato la sua posizione entro il sistema degli organi costituzionali dello Stato; il che fa meglio comprendere l'ampia portata assunta — già in partenza — dalle citate «norme integrative» del 1956, come pure le modificazioni e gli arricchimenti che le norme medesime potrebbero subire nei prossimi anni.

Con tutto questo, la parte essenziale delle innovazioni apportate dalla Corte, in ordine ai tipi, ai contenuti ed agli effetti delle sue pronunce, si deve ad una sorta di autodisciplina direttamente formata in sede giurisprudenziale, senza l'intermediazione di alcuna norma costituzionale o legislativa o regolamentare espressa; ed anche al confronto con altre analoghe giurisdizioni europee, è appunto su questo piano che si sono registrati sviluppi assai notevoli. Mentre il fenomeno delle sentenze interpretative di rigetto non può dirsi peculiare nè singolare (tanto è vero che esso si riscontra nello stesso ambito della giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* francese, malgrado la natura preventiva dei relativi controlli), diverso è il caso delle sentenze additive e sostitutive: sebbene per esse non manchino giustificazioni (*retro, sub 2.3*), facenti soprattutto capo agli ostacoli che la Corte italiana incontra in dipendenza della limitata efficacia delle sue sentenze di rigetto, sia pure intese a far prevalere interpretazioni adeguatrici delle norme impugnate.

Più arduo si presenta, viceversa, seguire in Italia la strada tracciata da altre Corti costituzionali europee, quanto alla dilazione — *pro futuro* — degli effetti producibili dalle dichiarazioni d'illegittimità costituzionale. Il nesso fra le «retroattività»

di tali decisioni ed il carattere incidentale di una gran parte dei giudizi di costituzionalità delle norme giuridiche, spettanti alla Corte italiana, si presenta in vero troppo stretto per essere fin d'ora dissolubile, se non ricorrendo agli espedienti dei quali si è detto (*retro*, sub 4.3).

5.2. Ruolo della Corte nei confronti:

- a) del potere legislativo;
- b) degli altri organi giurisdizionali;
- c) delle Corti internazionali o sovranazionali.

a) Non è casuale che, anche in una fase come quella presente, caratterizzata da insistenti dibattiti sulle riforme che converrebbe apportare nell'ordinamento costituzionale italiano, nelle sedi politiche e parlamentari sia stata quasi sempre espressa una valutazione «profondamente positiva» circa il ruolo e l'attività della Corte (29); tanto è vero che s'è ipotizzato, se mai, l'ampliamento dei poteri ad essa attribuiti, non già la restrizione delle attuali funzioni di controllo sulla legittimità costituzionale delle norme di legge. Ne offre conferma la ricordata acquiescenza del Parlamento verso il fenomeno delle sentenze «manipolative» (*retro*, sub 2.3), fatta accezione per alcune censure rimaste isolate, soprattutto nel corso degli ultimi anni. Ed anzi è stato avvertito, entro lo stesso Parlamento, come tali decisioni traggono ulteriore fondamento dalla lentezza delle risposte che le Camere forniscono in materia.

Il «coinvolgimento della Corte nel processo legislativo» (30) si è verificato, per altro, anche in forme diverse dalle pronunce produttive di nuovo diritto. È stato già fatto cenno alle «sentenze-monito» (*retro*, sub 4.3); ma vanno qui citate, inoltre, le sentenze direttive o di indirizzo, a volte contenenti raccomandazioni del tutto generiche (per lo più formulate nella veste di *obiter dicta*), a volte recanti indicazioni assai specifiche (come nel caso ben noto delle due consecutive decisioni n.225 del 1974 e n.202 del 1976, entrambe concernenti la disciplina dell'emittenza radio-televisiva). Si tratta, qui pure, di un fenomeno assai controverso: che viene talora contestato in radice, sulla base dell'assunto che «all'ammissibilità dei moniti... al legislatore osta

(29) Si vedano: i passi della relazione dell'on. Riz, (riportati da Elia, *Le sentenze additive cit.*, 315-316.

(30) ... come lo definisce Zagrebelsky, *La Corte costituzionale cit.*, 103.

uno dei caratteri fondamentali della giurisdizione costituzionale sulle leggi», cioè «la concretezza delle valutazioni cui è chiamata la Corte» (31); talora, invece, è giustificato o persino esaltato, se non altro in quelle ipotesi in cui le direttive od i moniti si presentano come il naturale risvolto della *ratio decidendi*, adottata dalla Corte nel risolvere la controversia sottoposta al suo esame.

Ne viene comunque avvalorata quella valenza politica delle decisioni sulla legittimità costituzionale delle norme di legge, che dalla stessa dottrina italiana è stata rilevata assai frequentemente. Valenza che ha portato — fra l'altro — all'istituzione di un apposito comitato permanentemente presso la Commissione affari costituzionali della Camera, per l'istruttoria preliminare delle pronunce della Corte, allo scopo di meglio risolvere i problemi riguardanti il loro «seguito» legislativo; e che più in generale, ha fatto osservare, come le indicazioni direttive della Corte, pur non vincolando il legislatore, ineriscano «fatalmente all'ambito delle scelte politiche» e richiedano che con esse il potere legislativo «faccia comunque i conti» (32).

b) È stato già notato che le inevitabili interferenze tra la funzione interpretativa della Corte e quella esercitata dalla massa degli altri giudici trovano da tempo il loro punto di ricomposizione nel cosiddetto «diritto vivente» (*retro*, sub 2.2.a). Ma giova ribadire che ciò non basta a risolvere i rispettivi problemi di legittimità costituzionale, perchè il «diritto vivente non equivale sempre a diritto conforme alla Costituzione» (come ha conclusivamente sostenuto la sentenza n.69 del 1982 e come ha sostanzialmente riaffermato la sentenza n.199 del 1986, in tema di adozione di minori stranieri).

D'altronde, le sentenze di accoglimento della Corte aprono nuove problematiche di ordine interpretativo, relative alle norme parzialmente annullate dalla Corte stessa, come pure ad altre norme variamente connesse con quelle ritenute illegittime; sicchè si determina un'incessante dialettica fra l'organo della giustizia costituzionale e le diverse autorità giurisdizionali dello Stato, che impone un continuo riesame dell'ordinamento giuridico, sulla base di sollecitazioni provenienti ora da parte del primo ed ora da parte delle seconde.

c) Meno lineare è il discorso concernente i rapporti fra la Corte costituzionale e le Corti internazionali o sovranazionali.

(31) V. ancora Zagrebelsky, *op. cit.*, 103.

(32) Cfr. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo, in Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia cit.*, 60-61.

Da un lato, nella giurisprudenza costituzionale si tende ad escludere che le Convenzioni internazionali, sia pure statuenti garanzie dei diritti dell'uomo, possano essere elevate ad autonomo parametro per la risoluzione delle questioni di legittimità delle leggi (salvo soltanto il caso peculiare delle leggi regionali, in quanto sottoposte al limite degli «obblighi internazionali»). Il richiamo alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», contenuto nel primo comma dell'art.10 Cost., non è stato infatti inteso con riferimento «ai singoli impegni assunti in campo internazionale dallo Stato» italiano (cfr. le sentenze n.32 del 1960 e n.68 del 1961), bensì con riguardo alle consuetudini internazionali (cfr. la sent. n.48 del 1979). E l'osservanza delle convenzioni non è stata imposta nemmeno sulla base dell'art.11 Cost., là dove si tratta delle «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni».

D'altro lato, però, ben diverso ha finito per essere il trattamento che la Corte ha riservato ai regolamenti delle Comunità europee. Solo in un primo tempo, infatti, la sentenza n.14 del 1964 aveva ritenuto che la stessa disciplina esecutiva del trattato istitutivo della Comunità economica europea avesse unicamente forza di legge ordinaria: con la conseguenza che l'eventuale violazione degli obblighi assunti mediante il trattato medesimo, ad opera di una legge successiva, non avrebbe potuto dar luogo ad alcuna questione di legittimità costituzionale. In un secondo tempo, viceversa, la sentenza n.183 del 1973 (seguita ed integrata dalle decisioni n.232 del 1975, n.205 del 1976 e n.163 del 1977) ha ritenuto che l'attribuzione di potestà normative agli organi delle Comunità europee, con la corrispondente limitazione della sovranità italiana, abbia sicuro fondamento nell'art.11 della Costituzione; ed ha quindi affermato la competenza della Corte costituzionale ad annullare le leggi statali derogative od abrogative dei regolamenti comunitari (o sostitutive di essi). Infine, in un terzo tempo, la fondamentale sentenza n.170 del 1984 (a sua volta seguita ed integrata dalla decisione n.113 del 1985) ha effettuato un'ulteriore e verosimilmente definitiva correzione di rotta, considerando invece inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti di norme legislative statali, per asserito contrasto con la normativa comunitaria. In quest'ultima occasione la Corte ha argomentato, infatti, che «l'ordinamento italiano — in virtù del particolare rapporto con l'ordinamento della CEE e della sottostante limitazione della sovranità statale — consente... che nel territorio nazionale il regolamento comunitario spieghi effetto in quanto tale e perchè

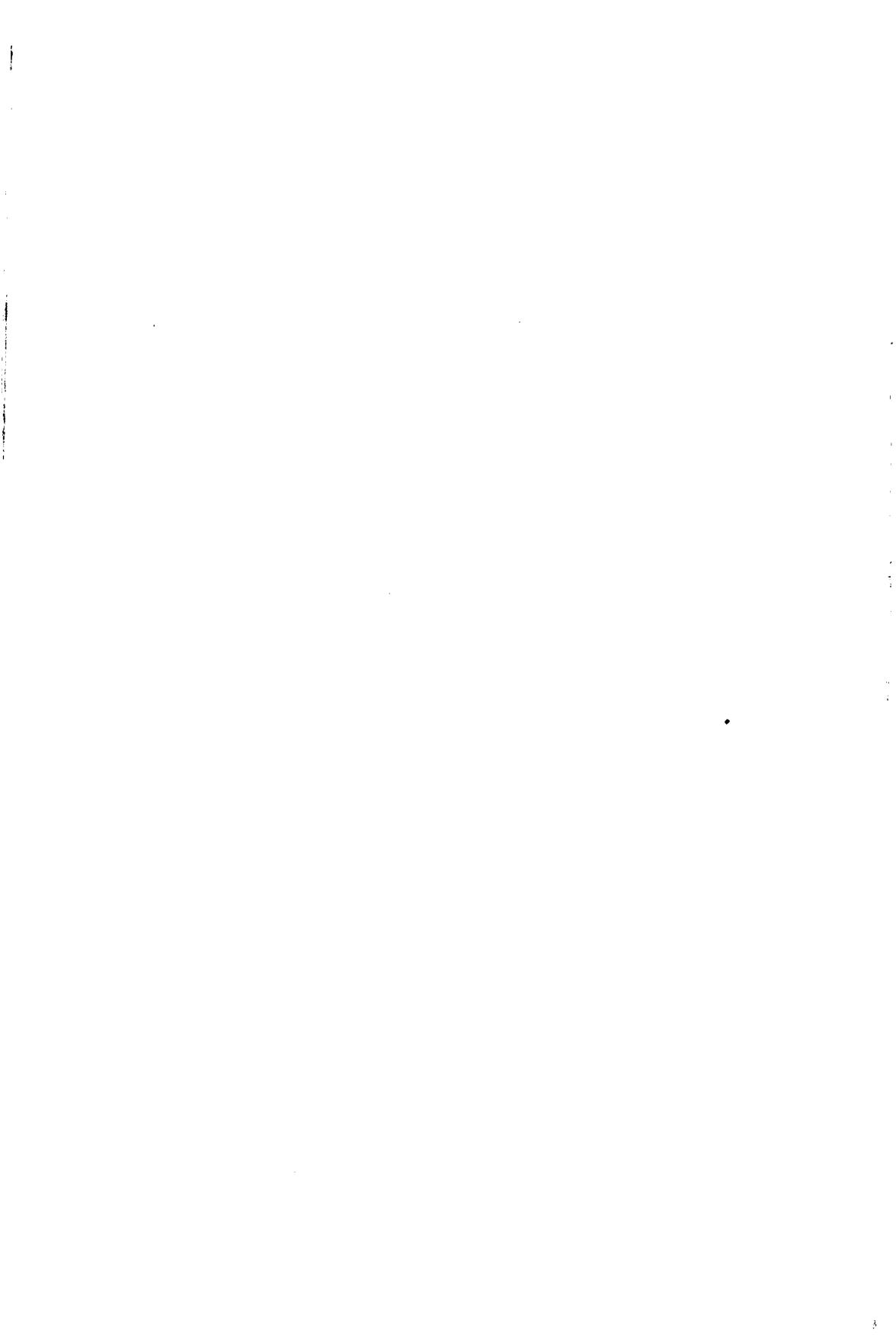
tale»: con la conseguenza che la normazione stessa è sempre «immediatamente applicabile» dal giudice ordinario competente in materia, «pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna».

Di qui, pertanto, una nuova ragione d'inammissibilità delle impugnative incidentali, ricollegabile anch'essa *al petitum*: ma non perchè tale da incidere nella sfera riservata alla discrezionalità legislativa (come nelle ipotesi indicate *retro*, *sub* 2.3), bensì per il fatto di riferirsi ad un parametro inapplicabile nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi. Il che tuttavia, lascia sempre ferma la competenza della Corte a verificare se la legge di esecuzione del trattato istitutivo della CEE venga a ledere i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano; e se, per converso, «il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti», mediante la detta legge di esecuzione (come la stessa sentenza n.170/84 ha conclusivamente precisato).

**VERFASSUESGERICHT
JUGOSLAWIENS**

**VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT IM
MACHT- UND SELBSTVERWALTUNGSSYSTEM
DER SFRJ**

**ARTEN, INHALT,
UND WIRKUNG DER ENTSCHEIDUNGEN
ÜBER VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT
UND GESETZMÄSSIGKEIT**



I

Die Organe der Verfassungsrechtsprechung in der SFRJ verwirklichen den Schutz von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit im politischen System, das nicht nur aus den Organen politischer Macht, sondern auch aus der sozialistischen Selbstverwaltung besteht. Die Selbstverwaltung als System der gesellschaftlichen Beziehungen in der SFRJ bildet zusammen mit anderen Teilen des politischen Systems das gesellschaftspolitische System der SFRJ.

Die Verfassung der SFRJ legt schon im Abschnitt I der Grundätze fest, dass die Völker Jugoslawiens zusammen mit den Völkerschaften, mit denen sie leben, in der Bundesrepublik freier und gleichberechtigter Völker und Völkerschaften, der sozialistischen föderativen Gemeinschaft der Werktätigen — SFRJ vereinigt, neben anderen Werten vor allem die auf der Selbstverwaltung der Werktätigen und dem Schutz des sozialistischen Selbstverwaltungssystems beruhenden sozialistischen gesellschaftlichen Beziehungen verwirklichen und gewährleisten.

Das Recht auf Selbstverwaltung stellt laut Abschnitt II. der Grundsätze der Verfassung der SFRJ eine der Grundlagen der unantastbaren Stellung und Rolle des Menschen in der sozialistischen Gesellschaftsordnung dar, die auf der Macht der Arbeiterklasse und aller Werktätigen beruht. Aufgrund des Rechts auf Selbstverwaltung entscheidet jeder Werktätige gleichberechtigt mit anderen Werktätigen über seine Arbeit, die Arbeitsbedingungen und -leistungen, über die eigenen und gemeinsamen Interessen sowie über die Ausrichtung der gesellschaftlichen Entwicklung, verwirklicht die Macht und verwaltet andere gesellschaftliche Angelegenheiten.

Die sozialistische Selbstverwaltung ist ein einschränkender Faktor für die Organe klassischer politischer Macht bei der Wahrnehmung ihrer Rechte und

Erfüllung ihrer Pflichte. In dem Abschnitt IV. der Grundsätze der Verfassung der SFRJ ist dies auch ausdrücklich festgelegt: «Die auf der Selbstverwaltung beruhende Stellung und die Rechte des Werktätigen in den Grund- und anderen Organisationen der assoziierten Arbeit, den Ortsgemeinschaften, den Selbstverwaltungsinteressengemeinschaften und anderen Selbstverwaltungsorganisationen und -gemeinschaften, die auf der Selbstverwaltung beruhende Stellung der Werktätigen in der Gemeinde, die freie auf Selbstverwaltung gegründete Vereinigung, die Tätigkeit und das Schöpfertum der Werktätigen, die Gleichberechtigung der Völker und Völkerschaften sowie die Freiheiten, Rechte und Pflichten des Menschen und Bürgers, die in dieser Verfassung verankert sind, stellen die Grenze und die Richtung der Verwirklichung der Rechte und Pflichten gesellschaftspolitischer Gemeinschaften bei der Ausübung der Machtfunktion dar.»

Die Macht der Arbeiterklasse und die sozialistische Selbstverwaltung wird neben anderen Formen auch durch die Verwirklichung und den Schutz der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit (Abschnitt IV. der Grundsätze der Verfassung der SFRJ, Absatz 2, Punkt 9) sichergestellt. Die Verwirklichung und der Schutz von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit stellt demnach eine der Garantien des Bestehens und der Verwirklichung der sozialistischen Demokratie der sozialistischen Selbstverwaltungsgesellschaft dar. Der Schutz von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit im System der sozialistischen Selbstverwaltung dient in der Selbstverwaltungsgesellschaft nicht nur die Verwirklichung des «klassischen» Schutzes von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit, sondern auch dem Schutz der Selbstverwaltung als grundlegendes gesellschaftliches Verhältnis und als Beziehungen, die auf ihr gegründet sind.

In der Verfassung der SFRJ und in den Verfassungen der sozialistischen Republiken und der sozialistischen autonomen Provinzen gehören die Kategorien Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit zu den Grundlagen des gesellschaftlichen, politischen und rechtlichen Systems, und der Schutzmechanismus von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit ist ein ausserordentlich bedeutender Teil der verfassungsmässigen Institutionalisierung.

Ein besonderer Teil des Schutzmechanismus für Verfassungs- und Gesetzmässigkeit in Jugoslawien stellt die Verfassungsgerichtsbarkeit dar, die nicht in den

Rahmen des Justizsystems des Landes gehört, sondern eher einen spezifischen Teil des Versammlungssystems bildet.

Die Organe der Verfassungsrechtsprechung in Jugoslawien bilden das Verfassungsgericht Jugoslawiens und die Verfassungsgerichte der sozialistischen Republiken und der sozialistischen autonomen Provinzen. Alle Verfassungsgerichte sind selbständige Verfassungsorgane zur Gewährleistung und zum Schutz der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit. Die meisten die Stellung und Befugnis der Verfassungsgerichtsbarkeit in Jugoslawien bestimmenden Normen sind in den Verfassungstexten selbst enthalten.

Die wichtigste Zuständigkeit der Verfassungsgerichte ist die allgemeine Normenkontrolle, die die Einschätzung der Verfassungsmässigkeit, beziehungsweise der Vereinbarkeit aller Gesetze, Vorschriften und anderer allgemeiner Akte sowie der allgemeinen Selbstverwaltungsakte mit der Verfassung bzw. mit dem Gesetz. Dabei beurteilt das Verfassungsgericht Jugoslawiens die Vereinbarkeit aller Gesetze, Vorschriften und allgemeinen Akte mit der Verfassung der SFRJ, während die Verfassungsgerichte der Republiken und die Verfassungsgerichte der autonomen Provinzen die Vereinbarkeit mit den Verfassungen der Republiken und den Verfassungen der autonomen Provinzen beurteilen. Das Verfassungsgericht Jugoslawiens beurteilt darüber hinaus die Unvereinbarkeit der Republik- und Provinzgesetze mit dem Bundesgesetz sowie die Vereinbarkeit aller Vorschriften und allgemeinen Akte mit jenem Bundesgesetz, für dessen Durchführung die Verantwortung der Bundesorgane festgesetzt ist.

Die Verfassungsgerichte der Republiken und autonomen Provinzen beurteilen auch noch die Vereinbarkeit aller Vorschriften und allgemeinen Akte in der Republik oder autonomen Provinz mit jenen Bundesgesetzen, für deren Durchführung die Organe in der Republik und der autonomen Provinz verantwortlich sind, und die Vereinbarkeit bzw. die Unvereinbarkeit der allgemeinen Akte mit dem Republik- bzw. Provinzgesetz.

Da die Verfassungsgerichte ein spezifischer Teil des Versammlungssystems sind, haben sie auch besondere Beziehungen zu den Versammlungen.

Wenn die Verfassungsgerichte die Verfassungswidrigkeit, eines Gesetzes bzw. die Unvereinbarkeit des Republik- oder Provinzgesetzes mit dem Bundesgesetz feststellen, kassieren sie unmittelbar nicht das Gesetz, sondern sie über-

mittlen der zuständigen Versammlung die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit. Die Versammlung ist verpflichtet, innerhalb von 6 Monaten das Gesetz mit der Verfassung in Einklang zu bringen bzw. die Unvereinbarkeit des Republik- bzw. des Provinzgesetzes mit dem Bundesgesetz zu beseitigen. Wenn die Versammlung dies in dieser Frist oder spätestens noch in 6 Monaten (aufgrund der Entscheidung des Verfassungsgerichts über die Fristverlängerung zur Angleichung von Gesetzen) nicht tut, legt das Gericht in seiner zweiten Entscheidung fest, dass das Gesetz ausser Kraft getreten ist. Diese Regelung über die bedeutendste Kompetenz der Verfassungsgerichte — Beurteilung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze — wurde mit dem Bestreben motiviert, jede Lücke zu vermeiden, die durch die Aufhebung des Gesetzes notwendig entsteht, sowie mit der Auffassung, dass die Verfassungsgerichte nicht die Beziehungen regeln sollen, sondern nur darauf hinweisen sollen, ob dies im Einklang mit der Verfassung getan wurde. In den meisten Fällen haben die Versammlungen gemäss den Entscheidungen der Verfassungsgerichte gehandelt, weswegen es wenig Entscheidungen gab, mit denen das Ausserkraftsetzen eines Gesetzes festgelegt wird, sondern die Verfassungsmässigkeit wurde durch die Entscheidungen der Verfassungsgerichts hergestellt. Das ist auch die Hauptkennzeichnung der Beziehungen der Verfassungsgerichte zu den Versammlungen in Jugoslawien.

Eine sehr charakteristische Zuständigkeit der Verfassungsgerichte stellt ihr Recht und ihre Pflicht dar, dass sie — wenn sie feststellen, dass das zuständige Organ eine für die Durchführung der Verfassungsbestimmungen oder des Gesetzes notwendige Vorschrift nicht erlassen hat, jedoch verpflichtet war, eine solche Vorschrift zu erlassen — darüber die zuständige Versammlung zu unterrichten. Die Verfassungsgerichte haben zudem das Recht und die Pflicht, die Erscheinungen vom Interesse für die Verwirklichung von Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit zu verfolgen, die zuständige Versammlung über den Stand und die Probleme bei der Verwirklichung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit zu informieren und der Versammlung die Meinung und die Vorschläge zur Erlassung und Änderung des Gesetzes sowie zur Ergreifung anderer Massnahmen, um die Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit und den Schutz der Selbstverwaltungsrechte und sonstiger Freiheiten und Rechte der Bürger und der Selbstverwaltungsorganisationen und — gemeinschaften zu gewährleisten.

Die Verfassungsgerichte sind noch dafür zuständig, über die Streitigkeiten hinsichtlich der Rechten und Pflichten zwischen den gesellschafts politischen

Gemeinschaften, den Republiken, Provinzen und Gemeinden sowie zwischen der Föderation, den Republiken und den Provinzen, wenn das nicht in die Kompetenz eines anderen Gerichts fällt, sowie über den Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und anderen Staatsorganen. Diese Kompetenz der Gerichte wurde in der Praxis nicht oft verwirklicht aber es herrscht eine allgemeine Meinung, dass Ihre Aufrechterhaltung zweckmässig ist, denn das Bestehen einer solchen Institutionalisierung selbst bringt bereits die erwünschten gesellschaftlichen Folgen hervor.

Obwohl die Verfassungsgerichte die selbständigen Verfassungsorgane sind, werden die Richter der Verfassungsgerichte von den Versammlungen für die Amtszeit von acht Jahren gewählt. Wenn diese Frist ausläuft, können sie nicht in das gleiche Amt beziehungsweise zu den Richtern desgleichen Gerichtes wiedergewählt werden. Das Verfassungsgericht Jugoslawiens besteht aus je 2 Mitgliedern aus jeder Republik und je einem Mitglied aus jeder autonomen Provinz. Der Präsident wird aus den Richtern für die Amtszeit von einem Jahr gewählt, und zwar jedes Jahr aus einer anderen Republik bzw. der autonomen Provinz. Während ihres Mandats können die Richter weder zurückberufen noch ihres Amtes enthoben werden, und ihr Mandat kann nur dann zu gelten aufhören, wenn sie zurücktreten, zu einer Freiheitsstrafe wegen der Begehung einer Straftat verurteilt werden oder wenn sie ihre Arbeitsfähigkeit dauernd verlieren. Das Vorliegen dieser Umstände werden von dem zuständigen Verfassungsgericht selbst festgelegt. Die Richter geniessen wie die Delegierten in der Versammlung die Immunität.

Die durch die Verfassungen festgesetzte Selbständigkeit der Verfassungsgerichte wurde nie in Frage gestellt. Das Verfassungsgerichtswesen in Jugoslawien und insbesondere das Verfassungsgericht Jugoslawiens, erfreut sich einer hohen gesellschaftlichen Autorität, die Wirksamkeit seiner Entscheidungen ermöglicht, so dass es kaum notwendig war, von der Verfassungsbefugnis aus der Verfassung der SFRJ Gebrauch zu machen, dass das Verfassungsgericht Jugoslawiens von der Regierung verlangt, die Durchführung seiner Entscheidungen zu sichern.

Die Beziehungen der Verfassungsgerichte in Jugoslawien zu den Versammlungen zeigen, dass zwischen diesen Verfassungsorganen ein hohes Mass der Zusammenarbeit besteht und dass diese Beziehungen keinesfalls die Selbständigkeit der Verfassungsgerichte in Frage gestellt haben. Angesichts der Stellung der Versammlungen im politischen System, das ihnen die Festlegung von Mitteln für die Tätigkeit der Verfassungsgerichte, die Festsetzung der Richtergehälter in die

Zuständigkeit stellt, könnte dies theoretisch auf den Selbständigkeitsgrad der Verfassungsgerichte einwirken, obwohl das nicht der Fall war.

Die gegenwärtigen Erscheinungen der Politisierung des Verfassungsgerichtswesens in der Welt haben sich überhaupt nicht auf die Selbständigkeit der Verfassungsgerichte in Jugoslawien gegenüber den politischer Organisationen ausgewirkt. Der Bund der Kommunisten Jugoslawiens ist keine die Macht ausübende Partei. Mit Befriedigung kann man hervorheben, dass in mehr als 20 Jahren des Bestehens der Verfassungsgerichte in Jugoslawien sich der Bund der Kommunisten Jugoslawiens nicht in die Arbeit der Verfassungsgerichte eingemischt hat. Deswegen hat für das Verfassungsgerichtswesen in Jugoslawien das hier und da akzeptierte Verbot der Zugehörigkeit der Richter der Verfassungsgerichte zu den politischen Parteien keine Bedeutung.

II

Die Verfassung der SFRJ legt fest, dass die Verfassungsgerichte den Schutz der Verfassungsmässigkeit und der Gesetzmässigkeit in Übereinstimmung mit der Verfassung sicherstellen. Das bedeutet, dass die grundlegende Funktion der Verfassungsgerichte der Schutz der Verfassungsmässigkeit ist, und darin sind sie die in der Verfassung vorgesetzten Organe des Schutzes der Verfassungsmässigkeit. Über die Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit tragen auch die Gerichte, Staatsorgane, Organisationen der assoziierter Arbeit, andere Selbstverwaltungsorganisationen und -gemeinschaften, sowie die Träger der selbstverwalteten, öffentlichen und anderen gesellschaftlichen Funktionen, wie auch die Werktätigen und Bürger Sorge. Demgemäss entscheiden in der SFRJ sowohl die Gerichte (ordentliche Gerichte) als auch andere Organe und Organisationen über die Gesetzlichkeit. Über die Verfassungsmässigkeit können nur die Verfassungsgerichte entscheiden. Der Schutz der Verfassungsmässigkeit bedeutet in diesem Sinne vor allem die Befindung über die Verfassungsmässigkeit der Gesetze, was das ausschliessliche Recht der Verfassungsgerichte ist. Kein anderes Organ kann über die Verfassungsmässigkeit der Gesetze befinden.

Das Verfassungsgericht Jugoslawiens gibt der Versammlung der SFRJ gemäss Artikel 378 der Verfassung der SFRJ sein Gutachten darüber ab, ob das Republik- bzw. Provinzverfassung mit der Verfassung der SFRJ unvereinbar ist. Das

Verfassungsgericht Jugoslawiens gibt darüber nur sein Gutachten ab, aber es trifft darüber keine Entscheidung.

Die Organe der Verfassungsrechtsprechung in der SFRJ bilden angesichts des föderativen Charakters ihrer Ordnung demgemäss: das Verfassungsgericht Jugoslawiens, die Verfassungsgerichte der sozialistischen Republiken und die Verfassungsgerichte der sozialistischen autonomen Provinzen.

Formen und prozessuale Wege der Prüfung der Verfassungsmässigkeit

Die Verfassungsgerichte in der SFRJ führen nachträgliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit durch. Das bedeutet, dass sie die Verfassungsmässigkeit einer erst zu erlassenden allgemeinen Norm, die sich in der Vorschlagsphase zu ihrer Erlassung befindet, nicht beurteilen. Diese Kontrolle wird nur vom gesetzgebenden Gremium mit Hilfe seiner Beziehungen und der gesetzgebenden Kommission durchgeführt. Die vorhergehende Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der allgemeinen Norm zu erlassenden allgemeinen Norm wird in der Phase der Ausarbeitung des Vorschlags für die allgemeine Norm in der Weise durchgeführt, dass jeder Vorschlag der allgemeinen Norm die Fachkontrolle des zuständigen Bundes- bzw. Republik- und Provinzgesetzgebungsorgans durchläuft. Hier handelt es sich um eine politische und fachmässige Kontrolle; jedenfalls ist das eine Alternativkontrolle.

Das Verfassungsgerichtswesen in Jugoslawien nimmt an dem Verfahren für die Vorbereitung und Erlassung des Gesetzes bzw. der zweiten allgemeinen Norm formell nicht teil. Aber durch die Ausübung der Funktion der Verfolgung der für die Verwirklichung der Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit wichtigen Erscheinungen, in der das Verfassungsgerichtswesen Jugoslawiens der zuständigen Versammlung Gutachten und Vorschläge zur Erlassung und Änderung der Gesetze sowie zur Ergreifung von Massnahmen zur Sicherstellung von Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit und des Schutzes der Selbstverwaltungsrechte und andere Freiheiten und Rechte der Bürger und der Selbstverwaltungsorganisationen und -gemeinschaften abgibt, nimmt es in bestimmter Weise an der Vorbereitung und Erlassung der allgemeinen Norm an der vorhergehenden Kontrolle deren Verfassungsmässigkeit teil.

Obwohl die Bundesverfassung bzw. die Republik- und Provinzverfassungen dies ausdrücklich nicht bestimmen, besteht in Jugoslawien die abstrakte Verfassungsmässigkeitskontrolle. Ausdrücklich ist das nirgendwo festgelegt. Es handelt sich um einen theoretischen Begriff der Verfassungskontrolle als abstrakte Kontrolle.

Dieser Charakter der Verfassungskontrolle in Jugoslawien geht aus den Bestimmungen des Absatzes 3 des Artikels 205 und des Absatzes 1 des Artikels 387 der Verfassung der SFRJ (und der Verfassungen der Republiken sowie der Verfassungen der autonomen Provinzen) hervor. Nach diesen Bestimmungen ist es Recht und Pflicht der Werktätigen, Initiativen zum Schutz der Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit zu ergreifen. Das drückt die Bestimmung des Absatzes 1 des Artikels 387 der Verfassung der SFRJ insbesondere klar aus, nach der jeder eine Initiative zur Einleitung des Verfahrens über die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit ergreifen kann. Die gleichen Bestimmungen enthalten die Verfassungen der Republiken und die Verfassungen der autonomen Provinzen. Die Einbringung der Initiative zur Einleitung des Verfahrens zur Beurteilung der Verfassungsmässigkeit ist nicht durch die Verletzung des Rechtes des Einbringers der Initiative bzw. durch seine Interesse bedingt. Deswegen kann man sagen, dass in Jugoslawien kein Standing-system, sondern das System des abstrakten Verfassungsstreites besteht. Das Bestehen des Interesses des Einbringers der Initiative schliesst selbstverständlich nicht die Möglichkeit aus, dass er eben deswegen den Verfassungsstreit einleitet. In der Praxis der Verfassungsgerichte in Jugoslawien machen die in der Initiative der Bürger enthaltenen Anträge die meisten Anträge zur Beurteilung von Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit aus.

Die Bundesverfassung bzw. die Republik- und Provinzverfassungen unterscheiden 2 Arten von Initiativen, Anträgen zur Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit: die Initiative und den Vorschlag, mit dem das Verfahren zur Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit eingeleitet wird.

Die Initiative zur Einleitung des Verfahrens zur Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit kann jede Person einbringen. Wenn es um die Initiative zur Einleitung des Verfahrens zur Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit geht, entscheidet das Verfassungsgericht darüber, ob es die Initiative annehmen und das Verfahren einleiten wird oder es befinden wird, dass es die Annahme der Initiative nicht eingebracht ist. Wenn es die Initiative annimmt und

das Verfahren zur Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit einleitet, gibt das Verfassungsgericht in der Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens (Bescheid) die Gründe an, infolge deren es befunden hat, dass die Durchführung des Verfahrens zur Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit angebracht ist. Die Entscheidung (Bescheid) über die Einleitung des Verfahrens zur Beurteilung von Verfassungsmässigkeit übermittelt das Verfassungsgericht dem Erlasser der allgemeinen Norm und gibt ihm die Möglichkeit dazu, seinen Standpunkt über die Verfassungsmässigkeit der allgemeinen Norm seine Antwort auf die Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens gibt, oder aber dies nicht in vorgeschriebenen Frist tut, erlässt das Verfassungsgericht nachdem es auch andere notwendige Amtshandlungen durchgeführt hat, die Entscheidung über die Verfassungsmässigkeit in der Regel nach einer öffentlichen Verhandlung.

Die jugoslawischen Verfassungen räumen bestimmten Einbringern von Initiativen zur Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit eine besondere Eigenschaft ein. Sie legen fest, wer das Verfahren zur Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit einleiten kann. Das sind: Die Versammlungen der gesellschaftspolitischen Gemeinschaften (Versammlung der SFRJ und Präsidium der SFRJ vor dem Verfassungsgericht Jugoslawiens) sowie die Präsidien der Republiken und die Präsidien der autonomen Provinzen, die Bundes- bzw. die Republikregierungen, ausgenommen wenn es sich um die Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Vorschriften handelt, die von den Versammlungen erlassen werden, deren Vollzugsorgane die Bundesregierung, die Republikregierungen und die Provinzregierungen sind. Das Republikverfassungsgericht oder Provinzverfassungsgericht können das Verfahren vor dem Verfassungsgericht Jugoslawiens einleiten, dass eine solche Vollmacht vor dem Verfassungsgericht der Republik und dem Verfassungsgericht der autonomen Provinz nicht hat. Das Verfahren können danach der Richter und die Staatsanwälte erheben unter der Voraussetzung, dass die Frage der Verfassungsmässigkeit im Gerichtsverfahren bzw. in der Tätigkeit des Staatsanwaltes gestellt wurde. Nach den in der Verfassung festgelegten Bedingungen können auch die Leiter der Bundes-, Republik- und Provinzverwaltungsorgane einleiten. Ausgeschlossen sind die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes, die Einschätzung der Unvereinbarkeit des Republik- bzw. des Provinzgesetzes und des Bundesgesetz sowie die Einschätzung von Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit der

Vorschriften des Vollzugsorgans (der Regierung) der gesellschaftspolitischen Gemeinschaft, dessen Organ es ist.

Die Verfassungsgerichte in Jugoslawien können auch selbst das Verfahren zur Einschätzung von Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit (ex officio) einleiten. Die Verfassungsgerichte tun dies indem sie selbst das Verfahren zur Einschätzung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit einleiten oder indem sie, nachdem sie die Initiative akzeptiert haben, die Beurteilung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit auch auf die Normen bzw. die allgemeinen Akte, die nicht mit der Bürgerinitiative erfasst sind, ausdehnen.

Wie gesagt ist man der Ansicht, dass vor dem Verfassungsgericht das Verfahren zur Einschätzung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit mit der Stellung des Antrags der insbesondere in der Verfassung angeführten Kategorie der Antragsteller eingeleitet ist. Das Verfassungsgericht entscheidet also in diesem Falle nicht darüber, ob es das Verfahren einleiten oder nicht einleiten wird, weil das Verfahren durch die Einbringung des Vorschlags, mit dem das Verfahren zur Einschätzung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit eingeleitet wird, erhoben wurde. Nach der Einbringung des Vorschlags, mit dem das Verfahren eingeleitet wird, alles was darauf bezüglich der Initiative folgt, gilt auch für den Vorschlag, mit dem das Verfahren eingeleitet wird. Der Unterschied zwischen den Initiativen und dem Vorschlag, mit dem das Verfahren eingeleitet wird, besteht darin, dass über die Initiative das Verfassungsgericht entscheidet, ob es sie akzeptieren und das Verfahren einleiten wird, während es über den Vorschlag nicht entscheidet, da das Verfahren durch die Einbringung des Vorschlags bereits eingeleitet wurde. Es handelt sich demnach um einen formellen nicht aber um einen wesentlichen Unterschied zwischen der Initiative und dem Vorschlag.

Die Organe und Organisationen, mit deren Antrag das Verfahren zur Einschätzung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit eingeleitet wird, werden nach der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte in Jugoslawien die bevollmächtigten Vorschlageinbringer genannt.

Umfang und Gegenstand der Prüfung der Verfassungsmässigkeit

Das Verfassungsgericht Jugoslawiens entscheidet gemäss Artikel 375 Absatz 1 der Verfassung der SFRJ über die Vereinbarkeit jedes Gesetzes mit der Ver-

fassung der SFRJ. Das bedeutet, dass der Gegenstand der verfassungsmässigen Kontrolle vor dem Verfassungsgericht Jugoslawiens das Bundes-, Republik- und Provinzgesetz ist. Das Verfassungsgericht Jugoslawiens entscheidet auch darüber, ob ein Republik- -bzw. Provinzgesetz mit dem Bundesgesetz unvereinbar ist, da eine Bestimmung der Verfassung der SFRJ besteht, nach der kein Republik- bzw. Provinzgesetz mit dem Bundesgesetz unvereinbar sein kann.

Das Verfassungsgericht Jugoslawiens entscheidet über die Vereinbarkeit jeder Vorschrift und eines anderen allgemeinen Aktes (Untergesetzesakte) der Bundesorgane mit der Verfassung der SFRJ und dem Bundesgesetz, entscheidet darüber, ob die Vorschriften und andere allgemeine Akte der gesellschaftspolitischen Gemeinschaften (der Staatsorgane) und die allgemeine Selbstverwaltungsakte mit der Verfassung der SFRJ konform bzw. mit dem Bundesgesetz, für dessen Durchführung die Bundesorgane zuständig sind, unvereinbar sind.

Das Verfassungsgericht der Republik bzw. das Verfassungsgericht der autonomen Provinz entscheidet über die Vereinbarkeit des Republik- bzw. des Provinzgesetzes mit der Verfassung der Republik bzw. mit der Verfassung der autonomen Provinz, über die Vereinbarkeit anderer Vorschrift und anderer allgemeinen Aktes des Organs der gesellschaftspolitischen Gemeinschaft mit der Republik- bzw. der Provinzverfassung und dem Republik- bzw. dem Provinzgesetz. Die Verfassungsgerichte der Republiken bzw. die Verfassungsgerichte der autonomen Provinzen befinden auch darüber, ob die Vorschrift (mit Ausnahme des Gesetzes) und der allgemeine Akt des Organs der gesellschaftspolitischen Gemeinschaft mit dem Bundesgesetz unvereinbar ist, für dessen Durchführung die Republik- bzw. die Provinzorgane verantwortlich sind. Das Verfassungsgericht der Republik bzw. das Verfassungsgericht der autonomen Provinz entscheidet darüber, ob der allgemeine Selbstverwaltungsakt mit der Republik- bzw. der Provinzverfassung vereinbar bzw. mit dem Republik- bzw. dem Provinzgesetz unvereinbar ist (oder vereinbar ist), sowie auch mit dem Bundesgesetz vereinbar ist, für dessen Durchführung die Republik- bzw. Provinzorgane verantwortlich sind.

Der Gegenstand der Prüfung der Verfassungsmässigkeit ist also jedes Gesetz, ein anderer allgemeiner Rechtsakt und allgemeiner Selbstverwaltungsakt, mit dem die gesellschaftliche Beziehungen geregelt werden.

Der Gegenstand der Prüfung der Verfassungsmässigkeit ist sowie der allgemeine Rechtsakt als Ganzes, als auch seine einzelne Norm. Es gibt keine Verfassungshindernisse, die Verfassungsmässigkeit des allgemeinen Rechtsaktes als Ganzes bzw. seine einzelnen Normen zu prüfen. Der Umfang der Verfassungsmässigkeitsprüfung hängt in diesem Sinne davon ab, ob durch die Initiative der allgemeine Akt als Ganzes oder seine einzelne Norm in Frage gestellt wurde. Das Verfassungsgericht Jugoslawiens und die Verfassungsgerichte der sozialistischen Republiken bzw. die Verfassungsgerichte der autonomen Provinzen sind bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit mit der Forderung aus der Initiative nicht eingeschränkt. Wenn die Verfassungsmässigkeit einer bestimmten Norm durch die Initiative in Frage gestellt wurde, kann das Verfassungsgericht die Verfassungsmässigkeitsprüfung auch auf übrige Normen des Gesetzes bzw. einer anderen Vorschrift, eines anderen allgemeinen Aktes oder allgemeinen Selbstverwaltungsakte ausdehnen, kann jedoch die Verfassungsmässigkeit auch des ganzen Gesetzes bzw. eines anderen allgemeinen Aktes einschätzen. In der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte in Jugoslawien sind die Fälle selten, dass ein bestimmtes Gesetz oder ein anderer allgemeiner Akt im Ganzen geprüft bzw. dass mit der Entscheidung des Verfassungsgerichts die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes oder der anderen allgemeinen Aktes als Ganzes festgestellt wird.

Hinsichtlich der Aufhebung als Ganzes gibt es solche Beispiele, die sowohl das Gesetz als auch die Untergesetzesakte und andere allgemeine Akte bzw. die allgemeine Selbstverwaltungsakte betreffen. Es gibt beträchtlich höhere Zahl der Untergesetzesakte und anderen allgemeinen Akte bzw. die allgemeinen Selbstverwaltungsakte, die als Ganze für verfassungs- bzw. gesetzwidrig erklärt wurden, als der Fall mit den Gesetzen ist. In der Rechtsprechung des verfassungsgerichts Jugoslawiens und in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte der Republiken und der Verfassungsgerichte der autonomen Provinzen gab es Fälle, dass das ganze Gesetz für verfassungswidrig erklärt wurde.

Die Unterlassung bei der Regelung eines bestimmten gesellschaftlichen Verhältnisses wird in der Rechtspflege der Verfassungsgerichte in Jugoslawien auf verschieden Weisen je nach deren Natur beseitigt. Wenn die Unterlassung darin besteht, dass es versäumt wurde, ein Gesetz oder eine andere Vorschrift zur Durchführung der Bestimmungen der Verfassung der SFRJ bzw. der Republik- und Provinzverfassungen, der Gesetze und anderen Vorschriften und allgemei-

nen Akte zu erlassen, und das zuständige Organ war verpflichtet, eine solche Vorschrift zu verabschieden, benachrichtigt das Verfassungsgericht die Versammlung darüber. Wenn es sich um eine Gesetzgebungsunterlassung geht, die einen rechtstechnischen Mangel des Gesetzes betrifft, der es mit der Verfassung unvereinbar macht, so kann dies angesichts der Bedeutung einen Grund zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes darstellen. Die Unterlassung kann auch dann vorliegen, wenn das Gesetz verabschiedet ist, aber die Norm nicht enthält, die er es laut Verfassung enthalten muss sowie auch wenn die Frage nicht geregelt wurde, die hätte geregelt werden müssen. Wenn dies die Verfassungsmässigkeit des ganzen Gesetzes beeinflusst, kann das Verfassungsgericht deshalb feststellen, dass das ganze Gesetz verfassungswidrig ist. So hat das Verfassungsgericht Jugoslawiens in einem Fall, nachdem es eingeschätzt hatte, dass eine bestimmte Frage durch Gesetz geregelt werden muss aber nicht geregelt wurde, beschlossen, dass die Prüfung der Verfassungsmässigkeit des ganzen Gesetzes angebracht sei. In der Praxis der Verfassungsgerichte in Jugoslawien sind solche Fälle, wo die Gesetze für verfassungswidrig erklärt wurden, selten. Die gab es aber.

Die Verfassungsgerichte in Jugoslawien können auch bei der Verwirklichung ihrer Funktion der Verfolgung der Erscheinungen von Interesse für die Verwirklichung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit sowie der Unterbreitung von Vorschlägen an die Versammlungen zur Erlassung oder Änderung der Gesetze oder zur Ergreifung anderer Massnahmen zwecks Gewährleistung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit sowie des Schutzes der Selbstverwaltungsrechte und anderer Freiheiten und Rechte der Bürger und Selbstverwaltungsorganisationen und -gemeinschaften die Gesetzesmängel beseitigen.

Es handelt sich um 2 Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Jugoslawien die — soweit bekannt ist — keine Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt hat. Die Durchführung dieser Funktionen bedeutet nicht, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit in Jugoslawien auch bei der Regelung der gesellschaftlichen Beziehungen die Ingerenzen hat, sondern der Sinn der Verwirklichung dieser Funktionen liegt darin, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit zur vollkommener Verwirklichung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit ihren Beitrag leistet.

Die Funktion der Verfolgung von Erscheinungen vom Interesse für die Verwirklichung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit, die von der Verfassungs-

gerichtsbarkeit in Jugoslawien ausgeübt wird, wird im bedeutendem Masse erfüllt. Das Verfassungsgericht Jugoslawiens sowie die Verfassungsgerichte der Republiken und autonomen Provinzen verweisen oft die Versammlungen auf die Erscheinungen vom Interesse für die Verwirklichung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit und geben ihnen die Stellungnahmen und Vorschläge zur Änderung und Erlassung der Gesetze oder zur Ergreifung anderer Massnahmen zur Festigung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit ab. Man kann sagen, dass dies auch eine bedeutende Form der Zusammenarbeit der Verfassungsgerichte und der Versammlungen (der Verfassung der SFRJ, der Republik- und Provinzversammlungen) ist, die auf die Stelle der Verfassungsgerichtsbarkeit Jugoslawiens in dem Versammlungssystem des Landes hinweist.

Die Versammlung der SFRJ bzw. die Republik- und Provinzversammlungen führen in der Regel über das Gutachten und die Bemerkung des Verfassungsgerichts über die Erscheinungen vom Interesse für die Verwirklichung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit auf ihren Sitzungen die Debatte, nehmen die Stellung und unternehmen bestimmte Massnahmen anlässlich dieser Vorschläge und Gutachten. Die Versammlungen informieren die Verfassungsgerichte über die Ergebnisse der Debatte, die anlässlich der Gutachten und Vorschläge, die ihnen das Verfassungsgericht übermittelt hat, geführt wurden.

Inhalt der Entscheidungen

Wenn das Verfassungsgericht Jugoslawiens (sowie die Verfassungsgerichte der sozialistischen Republiken bzw. die Verfassungsgerichte der sozialistischen autonomen Provinzen) bei der Beurteilung eines Bundes-, Republik- und Provinzgesetzes feststellt, eines dieser Gesetze nicht mit der Verfassung der SFRJ konform ist, so trifft es die Entscheidung mit der es festlegt, dass das Bundes-, Republik- oder Provinzgesetz mit der Verfassung der SFRJ unvereinbar ist, und stellt der zuständigen Versammlung die Entscheidung zu.

Die zuständige Versammlung ist verpflichtet, innerhalb von 6 Monaten seit dem Tag der Zustellung der Entscheidung des Verfassungsgerichtes Jugoslawiens das Gesetz an die Verfassung der SFRJ anzugleichen bzw. die Unvereinbarkeit des Republik- oder Provinzgesetzes und des Bundesgesetzes aufzuheben.

Es ist theoretisch möglich, dass die Versammlung die Verfassung abändert und auf diese Weise das Gesetz, dessen Verfassungswidrigkeit durch die Entscheidung

des Verfassungsgerichts mit der Verfassung, in Einklang bringt, wodurch die Entscheidung des Verfassungsgerichts ohne wahre Wirkung bleiben würde. Solche Beispiele gibt es in der Verfassungsrechtsprechung Jugoslawiens jedoch nicht. Auf der Ebene der SFRJ ist es wirklich unmöglich, aber es ist in den Republiken und autonomen Provinzen möglich.

Das Verfassungsgericht Jugoslawiens kann auf Ersuchen der Versammlung die Frist zur Angleichung des Gesetzes höchstens um 6 Monate verlängern.

Wenn die zuständige Versammlung in der festgesetzten Frist das Gesetz an die Versammlung der SFRJ nicht angleicht bzw. die Unvereinbarkeit des Republik- oder des Provinzgesetzes mit dem Bundesgesetz nicht beseitigt, so treten die Bestimmungen des Gesetzes, die mit der Verfassung der SFRJ nicht konform sind bzw. die Bestimmungen des Republik- oder Provinzgesetzes, die mit dem Bundesgesetz unvereinbar sind, ausser Kraft, und die Entscheidung des Verfassungsgerichts stellt nur das Ausserkrafttreten des Gesetzes fest.

Die Befugnisse des Republik- und Provinzverfassungsgerichts sind hinsichtlich der Einschätzung der Übereinstimmung des Republik- und Provinzgesetzes mit der Verfassung der Republik bzw. mit der Verfassung der Provinz gleich.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichts, mit der es festgelegt wird, dass das Gesetz nicht mit der Verfassung übereinstimmt, hat den Charakter der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, was nach Wirkung der Eliminierung des Gesetzes aus der Rechtsordnung gleich ist, die in anderen Verhältnissen durch die Kassation erreicht wird.

Obwohl die Verfassungsrechtsprechung Jugoslawiens unmittelbar das Gesetz weder ungültig macht noch abschafft, so hat sie jedoch die Befugnis, das verfassungswidrige Gesetz aus der Rechtsordnung zu eliminieren und zwar mit der Entscheidung, mit der es feststellt, dass das Gesetz nach dem Ablauf der Frist, in der die Versammlung verpflichtet war, das Gesetz an die Verfassung anzugleichen, ausser Kraft getreten ist, wenn das Gesetz in dieser Frist nicht an die Verfassung angeglichen wurde.

Wenn das Verfassungsgericht Jugoslawiens bzw. das Republik- und Provinzverfassungsgericht feststellt, dass eine Vorschrift, mit Ausnahme des Gesetzes, oder ein allgemeiner Akt der gesellschaftspolitischen Gemeinschaft mit der Verfassung nicht übereinstimmt oder mit dem Bundesgesetz unvereinbar ist bzw. dass eine Vorschrift oder ein anderer allgemeiner Akt des Bundesorgans bzw. eines Organs

der Republik oder eines Organs der autonomen Provinz mit dem Bundesgesetz, mit Republik- oder Provinzgesetz unvereinbar ist, wird es diese Vorschrift oder diesen allgemeinen Akt bzw. jene seinen Bestimmungen ungültig machen oder aufheben, die mit der Verfassung der SFRJ oder Bundesgesetz nicht übereinstimmen bzw. mit dem Bundesgesetz oder mit der Republik- und Provinzverfassung und dem Republik- und Provinzgesetz unvereinbar sind.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichts Jugoslawiens, mit der die Verfassungswidrigkeit des Bundes-, Republik- oder Provinzgesetzes festgestellt bzw. die Unvereinbarkeit der obengenannten mit dem Bundesgesetz, beinhaltet vor allem die notwendigen sachlichen Feststellungen: welches Gesetz ist Gegenstand der Einschätzung, wer ist Initiator des Verfassungsstreites, Gründe wegen deren der Initiator des Streites der Ansicht ist, dass die Verfassungswidrigkeit bzw. die Unvereinbarkeit des Republik- oder des Provinzgesetzes mit dem Bundesgesetz vorliegt, den Inhalt des Gesetzes bzw. seiner Norm, die angefochten wird, die Gründe wegen deren das Verfassungsgericht befindet, dass die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes oder die Unvereinbarkeit des Republik- oder Provinzgesetzes mit dem Bundesgesetz, und den Spruch mit dem die Verfassungswidrigkeit bzw. die Unvereinbarkeit mit dem Bundesgesetz festgestellt wird, oder festgestellt wird, dass keine Verfassungswidrigkeit bzw. keine Unvereinbarkeit mit dem Bundesgesetz besteht. Die Entscheidung beinhaltet ausserdem am häufigsten die Feststellung der Verfassungspflicht zur in der Verfassung festgelegten befristeten Angleichung an das Bundesgesetz, die Anordnung über die Veröffentlichung der Entscheidung in dem Amtsblatt der SFRJ und in dem Amtsblatt der Republik bzw. der autonomen Provinz.

Die Entscheidung, mit der das Ausserkrafttreten des Gesetzes festgestellt wird, enthält die Feststellung, dass das Gesetz auf die Verfassung der SFRJ nicht abgestimmt wurde bzw. seine Unvereinbarkeit mit dem Bundesgesetz in der in der Verfassung der SFRJ festgelegten Frist nicht beseitigt wurde und die Feststellung, dass das Gesetz nach Ablauf der in der Verfassung festgelegten Frist deswegen ausser Kraft tritt, weil es mit der Verfassung der SFRJ nicht abgestimmt ist bzw. seine Unvereinbarkeit mit dem Bundesgesetz nicht beseitigt ist. Aber auch dann beruht die Ausserkraftsetzung nicht auf einer kassatorischen Entscheidung sondern das Gesetz tritt aufgrund der Verfassung selbst ausser Kraft.

Mehr oder weniger hat die Entscheidung den gleichen Inhalt, durch die die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit der allgemeinen Akte der Organe der gesell

schaftspolitischen Gemeinschaften und der allgemeinen Akte der Organisationen assoziierter Arbeit, anderer Selbstverwaltungsorganisationen und -gemeinschaften, also aller allgemeinen Normen — die Gesetze ausgenommen — eingeschätzt wird. Neben der Feststellung über die Verfassungswidrigkeit bzw. über die Gesetzwidrigkeit umfasst die Entscheidung des Verfassungsgerichts, wenn es um andere allgemeine Normen geht, auch den Spruch darüber, ob die allgemeine Norm annulliert oder aufgehoben wird.

Einfache und extreme Entscheidungsarten

Aus dem obenerwähnten geht hervor, dass das Verfassungsgericht Jugoslawiens bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit des Gesetzes bzw. der Unvereinbarkeit des Republik- oder Provinzgesetzes mit dem Bundesgesetz keine kassatorischen Entscheidungen trifft, sondern eine Art Entscheidung, die die Feststellung über die Verfassungswidrigkeit bzw. über die Unvereinbarkeit eines bestimmten Gesetzes mit dem Bundesgesetz. Diese Entscheidung schafft dem Gesetzgeber die Verpflichtung, in der vorgeschriebenen Frist die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes bzw. seine Unvereinbarkeit mit dem Bundesgesetz zu beseitigen und schliesslich sie aus der Rechtsordnung zu eliminieren.

Wenn die Verfassungsgerichte in Jugoslawien keine Verfassungswidrigkeit bzw. keine Unvereinbarkeit mit dem Gesetz feststellen, treffen sie keine Entscheidungen, durch die sie formal die Verfassungsmässigkeit bzw. die Gesetzmässigkeit der eingeschätzten allgemeinen Norm feststellen. Das ist nämlich die Folge der angenommenen Voraussetzung der Verfassungsmässigkeit bzw. der Gesetzmässigkeit der einzuschätzenden allgemeinen Norm bis festgelegt wird, dass sie mit der Verfassung übereinstimmt bzw. mit dem Gesetz unvereinbar ist. Die Äusserung darüber, dass das Gesetz mit der Verfassung übereinstimmt bzw. dass das Republik- oder Provinzgesetz mit dem Bundesgesetz unvereinbar ist, kommt in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte in Jugoslawien derart zum Ausdruck, dass die Verfassungsgerichte feststelle, dass keine Verfassungswidrigkeit bzw. keine Unvereinbarkeit mit dem Gesetz vorliegt. So wird in der Tat das Bestehen der Übereinstimmung mit der Verfassung bzw. das Nichtbestehen der Gesetzwidrigkeit der eingeschätzten allgemeinen Norm indirekt geäussert.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Jugoslawien nimmt ausser der Entscheidung über die Einschätzung der Verfassungsmässigkeit keine Auslegung der Verfassung vor.

In Jugoslawien besteht keine authentische Auslegung der Verfassung. Die Verfassung left jeder aus, der sie anwendet. Je nach dem Charakter und der Form (Gesetz, andere Vorschrift oder allgemeiner Akt bzw. allgemeiner Selbstverwaltungsakt), in der die Verfassung interpretiert wird, ist der Einfluss und die Autorität der Auslegung unterschiedlich. Die eigenartige Auslegung der Verfassung ist diejenige, die das Verfassungsgericht Jugoslawiens bzw. das Verfassungsgericht der Republik und der Provinz durch die Entscheidungen über die Einschätzung der Verfassungsmässigkeit vornimmt. In dieser Weise nehmen die Verfassungsgerichte an der Auslegung der Verfassung teil. Es ist wichtig zu betonen, dass es keine abstrakte Auslegung der Verfassung gibt.

Gegen die Entscheidung des Republik- und Provinzverfassungsgerichts kann keine Berufung eingelegt werden. Diese Berufung kann selbstverständlich auch nicht gegen die Entscheidung des Verfassungsgerichts Jugoslawiens eingelegt werden.

Das Gesetz, die andere Vorschrift oder der allgemeine Akt des Organs der gesellschaftspolitischen Gemeinschaft oder der allgemeine Selbstverwaltungsakt kann im Verlauf des Verfahrens zur Einschätzung seiner Verfassungsmässigkeit bzw. Gesetzmässigkeit an die Verfassung bzw. an das Bundesgesetz angeglichen werden. In solchen Fällen kann das Verfassungsgericht — wenn die Folgen der Verfassungswidrigkeit bzw. der Gesetzwidrigkeit beseitigt wurden — durch die Entscheidung festlegen, dass das Gesetz, die andere Vorschrift oder der allgemeine Akt mit der Verfassung oder mit dem Bundesgesetz nicht übereinstimmt bzw. mit dem Bundesgesetz unvereinbar war. Eine solche Entscheidung des Verfassungsgerichts hat die gleiche Rechtswirkung wie die Entscheidung, mit der festgestellt wird, dass das Gesetz ausser Kraft getreten ist bzw. mit der die andere Vorschrift oder der allgemeine Akt abgeschafft oder für nichtig erklärt wird.

Vollstreckungsverbindlichkeit der Entscheidungen

Das Adressat der Entscheidung des Verfassungsgerichts ist der Erlasser des Gesetzes, der anderen Vorschrift und des allgemeinen Aktes bzw. des allgemeinen Selbstverwaltungsaktes, dessen Akt für verfassungs- bzw. gesetzwidrig erklärt wurde.

a) Obwohl dies weder in der Verfassung der SFRJ noch in der Verfassung der Republiken und autonomen Provinzen ausdrücklich festgelegt ist, ist die Entscheidung auf den Fall beschränkt, den die Entscheidung betrifft. In diesem Sinn haben die Entscheidungen der Verfassungsgerichte in Jugoslawien keine Wirkung auf alle ähnliche allgemeinen Akte, sondern nur die Wirkung auf den Akt, der Gegenstand der Beurteilung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit war.

Eine gewissermassen breitere Wirkung der Entscheidung des Verfassungsgerichts Jugoslawien besteht in dem Fall, wo die Vorschriften und sonstige allgemeine Akte zur Vollstreckung der Vorschriften oder der allgemeinen Selbstverwaltungsakte erlassen wurden, deren Verfassungswidrigkeit bzw. Gesetzwidrigkeit durch die Entscheidung des Verfassungsgerichts Jugoslawiens festgestellt wurde. Die zur Vollstreckung des verfassungswidrigen bzw. gesetzwidrigen Aktes erlassenen Vorschriften werden in diesem Falle nicht angewendet. In diesem Sinne kann man sagen, dass eine breitere Wirkung der Entscheidung des Verfassungsgerichts Jugoslawiens vorliegt, die auch auf diejenigen Akte, die kein Gegenstand der Einschätzung waren aber zur Durchführung derer erlassen wurden, die eingeschätzt wurden, einwirkt.

b) Die Rechtskraft der Entscheidung des Verfassungsgerichts beginnt mit dem Tag ihrer Erlassung. Die Rechtskraft bedeutet in der Praxis: Die Entscheidung des Republik- und des Provinzverfassungsgerichts ist endgültig; sie unterliegt keinesfalls der Einschätzung durch das Verfassungsgericht Jugoslawiens. Das Verfassungsgericht Jugoslawiens hat eine bestimmte Ingerenz nur dann, wenn das Republik- oder Provinzverfassungsgericht festgestellt hat, dass die angefochtene allgemeine Norm mit der Verfassung der Republik bzw. der Verfassung der autonomen Provinz konform ist. In diesem Fall kann das Verfassungsgericht Jugoslawiens die Übereinstimmung der allgemeinen Norm mit der Verfassung der SFRJ bzw. die Unvereinbarkeit des Republikgesetzes, der anderen Vorschrift oder des allgemeinen Aktes bzw. des allgemeinen Selbstverwaltungsaktes mit dem Bundesgesetz nach der Beurteilung des Republik- und Provinzverfassungsgerichts einschätzen, wobei der allgemeine Selbstverwaltungsakt nur hinsichtlich seiner Unvereinbarkeit mit jenem Bundesgesetz beurteilt wird, für dessen Durchführung die Bundesorgane verantwortlich sind.

In dem Verfassungsgerichtssystem in Jugoslawien gibt es keine Instanzkompetenzen, keine Zweistufigkeit bei der Beschlussfassung. Ein bestimmter Parallelismus besteht bei der Einschätzung von Verfassungs- und Gesetzmässigkeit, der nicht die Möglichkeit des Verfassungsgerichts Jugoslawiens ausschliesst, die Übereinstimmung einer bestimmten allgemeinen Norm mit der Verfassung der SFRJ zu beurteilen, nachdem das Republik- bzw. Provinzgesetz bewertet hatte. Das Verfassungsgericht Jugoslawiens beurteilt dabei nicht die Entscheidung des Republik- bzw. des Provinzverfassungsgerichtes, sondern die Übereinstimmung dieser Norm, die von diesem Verfassungsgericht eingeschätzt wurde, mit der Verfassung der SFRJ bzw. ihre Unvereinbarkeit mit den Bundesgesetz. Das System der Parallelkompetenz geht aus dem Artikel 389 der Verfassung der SFRJ hervor nach dem — wenn ein Verfahren zur Einschätzung der Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit der Vorschrift oder des anderen allgemeinen Aktes oder des allgemeinen Selbstverwaltungsaktes eingeleitet wurde, bezüglich dessen behauptet wird, dass er gleichzeitig mit der Verfassung der SFRJ oder dem Bundesgesetz und der Republik- bzw. Provinzverfassung und dem Republik- bzw. Provinzgesetz unvereinbar ist, wird die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit von dem Republik- bzw. Provinzverfassungsgericht durchgeführt, in dem es nur die Übereinstimmung dieser Vorschrift oder des allgemeinen Aktes mit der Republikverfassung bzw. Provinzverfassung und dem Republik- bzw. Provinzgesetz und dem Bundesgesetz durchführt, für dessen Vollstreckung die Organe in den Republiken und in den autonomen Provinzen verantwortlich sind.

Wenn das Republik- oder Provinzverfassungsgericht einschätzt, dass die Vorschrift oder der allgemeine Akt mit der Republik- bzw. der Provinzverfassung bzw. dem Bundesgesetz konform ist, für deren Durchführung die Organe in den Republiken und den autonomen Provinzen verantwortlich sind, stellt es die Sache dem Verfassungsgericht Jugoslawiens zur Einschätzung der Übereinstimmung der Vorschrift oder des allgemeinen Aktes mit der Verfassung der SFRJ bzw. zur Beurteilung, ob die Vorschrift oder der allgemeine Akt mit den Bundesgesetz unvereinbar ist, für dessen Durchführung die Bundesorgane Verantwortlich sind.

Diese Bestimmung der Verfassung der SFRJ richtet demgemäss die Doppelverpflichtungen ein. Die Verpflichtung für das Verfassungsgericht Jugoslawiens, wenn der Antrag ihm direkt zugestellt wurde und-wenn dieses Gericht das Verfahren zur Einschätzung der Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit ein-

geleitet hat — die Verpflichtung für das Verfassungsgericht der Republik bzw. der autonomen Provinz, die Sache danach dem Verfassungsgericht Jugoslawiens zuzuleiten, selbstverständlich wenn diese Gerichte den allgemeinen Akt nicht annullieren bzw. aufheben, oder sie selbst die Verfassungswidrigkeit des Republik-oder Provinzgesetzes feststellen. Auch die Verfassungen der Republiken und autonomen Provinzen enthalten die Bestimmungen gleichen Inhalts wie die Bestimmung des Artikels 389 der Verfassung der SFRJ.

In der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte in Jugoslawien wird die Rechtskraft der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nicht als Unmöglichkeit zur Einbringung eines neuen Antrags zur Einschätzung der Verfassungsmässigkeit bzw. der Gesetzmässigkeit der allgemeinen Norm aufgefasst, für die das Verfassungsgericht bereits früher festgestellt hat, dass sie nicht mit der Verfassung unvereinbar bzw. zu dem Bundesgesetz nicht unvereinbar ist. Das Verfassungsgericht hält nicht an der Regel *res iudicata*, fest.

Das Verfassungsgericht Jugoslawiens handelt nicht nach dem Präzedenzfall. Die einmal genommene Stellung verpflichtet es nicht, die gleiche Stellung zu nehmen, wenn es einschätzt, dass die Gründe bestehen, eine Entscheidung zu treffen, die sich von der früher getroffenen Entscheidungen unterscheidet. In der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte in Jugoslawien ist sonst der Fall selten, dass das Verfassungsgericht aufgrund einer neuen Initiative die Stellung ändert, die es bereits zu einer bestimmten Frage nach der Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit bzw. der Verfassungswidrigkeit und Gesetzwidrigkeit einer bestimmten Norm genommen hat. Wenn das getan wird, so wird es insbesondere in Falle unterschiedlicher Stellungnahmen der Verfassungsgerichte zur gleichen Frage getan, wo es notwendig ist, die gleiche Stellungnahme der Verfassungsgerichte zu einer Frage, insbesondere bei der Anwendung identischer Normen der Verfassung der SFRJ und der Verfassungen der Republiken und autonomen Provinzen, sicherzustellen.

c) Die verfassungsrechtlichen Organe halten sich an die eigenen Entscheidungen nur bis zur Entscheidungsfindung des Verfassungsgerichts. Bis jetzt wurde keiner Fall verzeichnet, dass das verfassungsrechtliche Organ bzw. die Versammlung anlässlich eines Gesetzes die Möglichkeit genutzt hat, durch die Verfassungsänderung das verfassungswidrige Gesetz zu behalten, und dadurch das Gesetz

dessen Verfassungswidrigkeit festgestellt wurde, verfassungsmässig in Kraft zu lassen. Insofern sich die verfassungsrechtlichen Organe an ihre Entscheidungen halten, kommt dies selten zum Ausdruck, dass sie in einer in der Verfassung festgelegten Frist, das Gesetz an die Verfassung nicht angleichen bzw. es überlassen, dass das Verfassungsgericht dann feststellt, dass das Gesetz ausser Kraft getreten ist.

Die Beispiele der Nichteinhaltung der Entscheidungen der Verfassungsgerichte, insbesondere wenn von den Untergesetzesakten, anderen allgemeinen Akten und den allgemeinen Selbstverwaltungsakten die Rede ist, sind selten. In den jugoslawischen Verfassungen ist festgelegt, dass die Entscheidungen der Verfassungsgerichte nicht nur verbindlich und vollstreckbar sind, sondern dass im Bedarfsfall die Vollstreckung der Entscheidungen von den Vollzugsorganen der Versammlungen sichergestellt wird. So ist in der Verfassung der SFRJ (Artikel 394) festgelegt, dass im Bedarfsfall die Vollstreckung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts Jugoslawiens von dem Bundesvollzugsrat sichergestellt wird. Das Verfassungsgericht Jugoslawiens kann verlangen, dass gegen die verantwortliche Person wegen der Nichtdurchführung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts vorgegangen wird. Die gleichen Bestimmungen über diese Frage sind auch in den Verfassungen der Republiken und in den Verfassungen der autonomen Provinzen enthalten.

Zeitliche Wirkung der Entscheidungen

Wirkung ex tunc, ihre Reichweite und Grezen.

In der Verfassung der SFRJ und in den Verfassungen der Republiken und autonomen Provinzen ist festgelegt, dass die Gesetze, für die festgestellt wurde, dass die ausser Kraft getreten sind, nicht auf die Verhältnisse angewendet werden, die vor dem Tag der Verkündung der Entscheidung des Verfassungsgerichts Jugoslawiens entstanden sind, wenn bis zu diesem Tag die Verhältnisse nicht rechtskräftig geregelt wurden. Das betrifft auch die Untergesetzesakte und die allgemeinen Selbstverwaltungsakte, die annulliert oder abgeschafft wurden.

Die Vollstreckung einzelner rechtskräftiger Akte, die aufgrund der Vorschriften erlassen wurden, die nicht mehr anzuwenden sind, kann weder zugelassen

noch durchgeführt werden, und wenn die Vollstreckung angefangen wurde, wird sie eingestellt.

Demnach hat — wenn es um die Verhältnisse geht, die bis zur Verkündung der Entscheidung des Verfassungsgerichts Jugoslawiens nicht rechtskräftig geregelt wurden, bzw. um einzelne Akte, die bis dann nicht vollstreckt wurden — die Entscheidung des Verfassungsgerichts über die Ausserkraftsetzung bzw. über die Annullierung oder Aufhebung des Untergesetzesaktes oder des allgemeinen Selbstverwaltungsaktes die Wirkung *ex tunc*.

Die *ex tunc*-Wirkung ist zeitlich beschränkt. In der Verfassung der SFRJ und in den Republik- und Provinzverfassungen ist nämlich festgelegt, dass jeder, dem durch den endgültigen oder rechtskräftigen einzelnen Akt, der auf der Grundlage des Gesetzes, einer anderen Vorschrift oder des allgemeinen Aktes des Organs der gesellschaftspolitischen Gemeinschaft oder des allgemeinen Selbstverwaltungsaktes getroffen wurde, der nach der Entscheidung des Verfassungsgerichts Jugoslawiens nicht mit der Verfassung oder mit dem Bundesgesetz vereinbar ist bzw. mit dem Bundesgesetz unvereinbar ist, das Recht verletzt wurde, hat recht, die Änderung dieses einzelnen Aktes durch das zuständige Organ zu verlangen. Dieser Antrag ist derart beschränkt, dass er spätestens 6 Monate seit dem Tag der Veröffentlichung der Entscheidung in dem Amtsblatt der Föderation, der Republiken und der Provinzen gestellt werden kann, unter der Voraussetzung, dass von der Zustellung des einzelnen Aktes bis zur Entscheidungsfindung des Verfassungsgerichts nicht länger als ein Jahr verlaufen ist. Da besthet die Flexibilität in höchstem Masse. Die Geschäftsordnungen der Verfassungsgerichte gewährleisten den Anspruch der Partei auf die Änderung des einzelnen Aktes weitestgehend. Durch die Geschäftsordnungen wird in der Regel festgelegt, dass als Tag der Einbringung der Initiative in das Verfassungsgericht nicht der Tag, an dem die Initiative in das Verfassungsgericht empfangen wurde betrachtet wird, sondern der Tag, an dem das Verfassungsgericht die Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens zur Bewertung der Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit getroffen hat.

Wirkung ex nunc

Wenn es um das Gesetz geht, hat die Entscheidung des Verfassungsgerichts in der Regel die Wirkung *ex nunc*: Das Gesetz, dessen Verfassungswidrigkeit

durch die Entscheidung des Verfassungsgerichts festgestellt wurde, wird aus der Rechtsordnung beseitigt, es kann nicht mehr auf die Verhältnisse angewendet werden, die nach der Entscheidung über die Ausserkraftsetzung entstanden sind. Die ex nunc-Entscheidung des Verfassungsgerichts widerspiegelt sich auch darin, dass die Entscheidung über die Ausserkraftsetzung des Gesetzes, das verfassungswidrig ist, die Möglichkeit für die Änderung des einzelnen Aktes bietet und dass die Änderung des einzelnen Aktes ex nunc wirkt.

*Kompetenzen der verfassungsrechtlichen Organe
bei der Bestimmung des Inhalts und der Wirkung ihrer Entscheidungen
(Zusammenfassung der Beschlüsse)*

a) Verfassungsrechtliche bzw. gesetzliche Vorbestimmtheit und verfassungsmässige Autonomie.

Die Kompetenzen, Stellung und Befugnisse der Verfassungsgerichte in Jugoslawien sind durch Verfassung festgelegt: durch die Verfassung der SFRJ, wenn es sich um das Verfassungsgericht Jugoslawiens handelt, durch die Verfassungen der Republiken bzw. der autonomen Provinzen, wenn es um die Republik- und Provinzverfassungsgerichte geht.

Die Gesetze regeln nicht die Kompetenz, die Stellung und die Befugnisse der Verfassungsgerichte in Jugoslawien. Auch in dem Fasse, wenn ein Gesetz besteht, das sich mit dem Verfassungsgericht befässt, so betrifft dieses Gesetz das Verfahren vor dem Verfassungsgericht und die Wirkung seiner Entscheidungen. Vor dem Verfassungsgericht Jugoslawiens ist das Verfahren durch seine Geschäftsordnung geregelt, und die Wirkung der Entscheidungen der Verfassungsgerichte ist durch die jugoslawischen Verfassungen selbst bestimmt.

Die Wirkung der Entscheidungen der Verfassungsgerichte wurde unmittelbar in dem im Jahre 1974 verabschiedeten Verfassungen festgelegt. Nach den jugoslawischen Verfassungen von 1963 war die Wirkung der Entscheidungen der Verfassungsgerichte in den Gesetzen über die Verfassungsgerichte geregelt worden. Bei der Verabschiedung der Verfassung der SFRJ von 1974 und der Verfassungen der Republiken und autonomen Provinzen aus dem gleichen Jahr hat man den Standpunkt eingenommen, dass die Frage der Wirkung der Entscheidungen der Verfassungsgerichte die Verfassungsmaterie ist und dass sie durch die Verfassung gere-

gelt werden soll. Nur in einer der jugoslawischen Republiken ist die Wirkung der Entscheidungen des Republikverfassungsgerichts durch das Gesetz geregelt.

Das Verfassungsgericht in Jugoslawien ist als ein selbständiges Verfassungsorgan und theoretisch als Teil des Versammlungssystems festgelegt, und seine solche Stellung im System wird in der Verfassung festgelegt. In diesem Sinne wurde die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Verfassungsgerichts bei der Durchführung seiner in der Verfassung festgelegten Funktionen sichergestellt. Das ermöglicht dem Verfassungsgericht in Jugoslawien das Wirken, das der Einflussnahme anderer Teile des gesellschaftspolitischen Systems auf konkrete Entscheidungen des Verfassungsgerichts nicht unterliegt.

b) Umfang, Grenzen und Bedeutung der Zuständigkeit, gegenüber

b 1 der gesetzgebenden Gewalt:

Das Verfassungsgericht beurteilt die Verfassungsmässigkeit bzw. die Gesetzmässigkeit jeder von der gesetzgebenden Gewalt getroffenen allgemeinen Norm. Das bedeutet, dass das Verfassungsgericht Jugoslawiens uneingeschränkt vor allem die Verfassungsmässigkeit jedes von der Versammlung der SFRJ verabschiedeten Gesetzes beurteilen kann. Ausserdem bewertet das Verfassungsgericht Jugoslawiens die Verfassungsmässigkeit und die Gesetzmässigkeit jeder anderen allgemeinen Norm, die von der Versammlung der SFRJ in einer anderen Form (Entscheidung, Resolution und ähnliches) mit Ausnahme des Gesetzes verabschiedet würde. So hat das Verfassungsgericht Jugoslawiens die Verfassungsmässigkeit einer Resolution der Versammlung der SFRJ bewertet, mit der die Politik der gesellschaftlichen Entwicklung in einem bestimmten Jahr festgelegt wird. In der Verfassung der SFRJ ist nicht bestimmt, dass das Verfassungsgericht Jugoslawiens die Verfassungsmässigkeit bzw. die Gesetzmässigkeit einer bestimmten von der Verfassung der SFRJ verabschiedeten allgemeinen Norm nicht beurteilen kann.

b 2 den ordentlichen Gerichten

Das Verfassungssystem in Jugoslawien bzw. das System des Schutzes der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit hat keine Beurteilung der Entscheidungen der ordentlichen Gerichte in seiner Kompetenz. Die Entscheidungen der allgemeinen Gerichte (bzw. der Spezialgerichte) sind niemals Gegenstand der Einschätzung

durch die Verfassungsgerichte, auch nicht dann, wenn ein Verfassungsstreitigkeit wegen einer bestimmter Entscheidung des ordentlichen Gerichtes entsteht. Die Ausnahme davon macht eine bestimmte Besonderheit: In den Arbeitsstreitfällen in Jugoslawien entscheiden besondere, Spezialgerichte, die Selbstverwaltungsgerichte der assoziierten Arbeit. Diese Gerichte haben die gesetzlich festgelegte Befugnis, in bestimmten Fällen durch ihre Entscheidung ein bestimmtes gesellschaftlichen Verhältnis in den Selbstverwaltungsorganisationen (Unternehmen und andere Selbstberwaltungsorganisationen) regeln zu können, das sonst durch eine von der Selbstverwaltungsorganisation selbst getroffene allgemeine Norm geregelt ist. In diesem Falle bewertet das Verfassungsgericht — da es ermächtigt ist, die Verfassungsmässigkeit der allgemeinen Normen einzuschätzen — solche gerichtliche Entscheidung als eine spezifische allgemeine Norm. Falls es einschätzt, dass die allgemeine Norm der Selbstverwaltungsorganisation, die durch die Entscheidung des Gerichts der assoziierten Arbeit ersetzt wurde, verfassungskonform ist, hat das Verfassungsgericht die Befugnis, solche gerichtliche Entscheidungen zu ändern.

b 3 den internationalen bzw. den supranationalen Gerichten

Wie das Verfassungsgericht Jugoslawiens die Verfassungsmässigkeit bzw. die Gesetzmässigkeit einzelner Akte staatlicher und anderer Organe, der Entscheidungen von den ordentlichen Gerichten (der genannte Fall ausgeschlossen) nicht einschätzt, so hat es keine Kompetenzen auch gegenüber internationalen bzw. den supranationalen Gerichten. Das ist eine logische Folge des Verfassungsgrundsatzes, dass die ratifizierten internationalen Akte Bestandteil des innerstaatlichen Rechtes Jugoslawiens sind, dass Jugoslawien die nach dem Völkerrecht übernommenen Verpflichtungen beachtet. Daraus ergibt sich, dass die Entscheidungen der internationalen bzw. supranationalen Gerichte keiner Prüfung durch die inländische Gerichte und die Verfassungsgerichte unterliegen und dass solche gerichtlichen Entscheidungen die Verpflichtungen für die einheimischen Subjekte schaffen.

Obwohl das Verfassungsgericht Jugoslawiens gemäss der Verfassung der SFRJ als Teil des Versammlungssystems mehr auf die Beziehungen der Zusam-

menarbeit mit der Versammlung der SFRJ angewiesen ist und die bisherige Zusammenarbeit als erfolgreich und nützlich beiderseitig bewertet wurde, bestehen die Beziehungen der Zusammenarbeit mit dem Präsidium der SFRJ.

Zufriedenstellende Form der Zusammenarbeit verwirklicht das Verfassungsgericht Jugoslawiens auch in seinen Beziehungen zur Regierung (Bundesvollzugsrat), obwohl diese Formen dieser Zusammenarbeit natürlich weiterhin zu fördern sind.

Die Tätigkeit des Verfassungsgerichts Jugoslawiens und die Tätigkeit der Verfassungsgerichte der Republiken und der Verfassungsgerichte der autonomen Provinzen unterliegt keiner Kontrollform durch das Vertretungsorgan. Diese Tätigkeit und die Tätigkeit jedes anderen verfassungsrechtlichen Organs, das ein Teil des Versammlungssystems des Landes ist, unterliegt der politischen Kontrolle des Vertretungsgremiums und Kontrolle der Öffentlichkeit. Auf diese Weise ist die formale und tatsächliche Selbständigkeit der Verfassungsgerichte und der Richter der Verfassungsgerichte in Jugoslawien sowie deren Unabhängigkeit bei der Ausübung der in der Verfassung festgelegten Funktionen gewährleistet.

Belgrad, im November 1986

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DA
REPÚBLICA SOCIALISTA FEDERATIVA DA JUGOSLÁVIA

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
NO SISTEMA POLÍTICO
E AUTOGESTOR DA REPÚBLICA
SOCIALISTA FEDERATIVA DA JUGOSLÁVIA**

TIPOS, CONTEÚDO E EFEITO
DAS DECISÕES SOBRE
A CONSTITUCIONALIDADE
E A LEGALIDADE



I

Os órgãos de jurisdição constitucional na República Socialista Federativa da Jugoslávia concretizam a protecção da constitucionalidade e legalidade no sistema político constituído não apenas por órgãos do poder político, mas também pelo sistema autogestor socialista. A autogestão como sistema das relações sociais na República Socialista Federativa da Jugoslávia constitui, juntamente com outros elementos do sistema político, o ordenamento sócio-político da República Socialista Federativa da Jugoslávia.

A Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia estabelece, logo no capítulo I dos seus Princípios, que os povos da Jugoslávia, juntamente com as comunidades com as quais vivem, unidos na República Federativa dos povos e comunidades livres e iguais em direitos, na Comunidade Federativa Socialista dos Trabalhadores se propõem, além de outros valores, materializar e garantir prioritariamente as relações socialistas e sociais, com base na autogestão dos trabalhadores e na protecção do sistema autogestor socialista.

O direito à autogestão representa, de acordo com o capítulo II dos Princípios Fundamentais da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, uma das bases da posição e função invioláveis do ser humano no sistema da sociedade socialista, que assenta no poder da classe operária e de todos os trabalhadores. Devido ao direito à autogestão, todos os trabalhadores decidem em igualdade de direitos sobre o seu trabalho, as condições de trabalho e respectivo rendimento, sobre os interesses próprios e colectivos, assim como sobre a orientação da evolução social, exercem o poder e administram outras questões de ordem social.

A autogestão socialista é um factor limitativo para os órgãos do poder político clássico no que diz respeito ao exercício dos seus direitos e cumprimento

das suas obrigações. No capítulo IV dos Princípios Fundamentais da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia está fixado expressamente o seguinte: «a posição assente na autogestão e os direitos dos trabalhadores nas organizações de base e noutras organizações de trabalho associado, comunidades locais, comunidades autogestoras de interesse e outras organizações e comunidades autogestoras, a posição dos trabalhadores nas autarquias assente na autogestão, a livre associação baseada na autogestão, a actividade e a criatividade dos trabalhadores, a igualdade de direitos dos povos e nações, assim como as liberdades, os direitos e as obrigações do ser humano e do cidadão, consagrados nesta Constituição, representam os limites e a orientação a que devem subordinar-se os direitos e obrigações das comunidades sócio-políticas no exercício do poder».

O poder da classe trabalhadora e a autogestão socialista são garantidos, a par de outras formas, também através da concretização e da protecção da constitucionalidade e legalidade (capítulo IV dos Princípios Fundamentais da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, art.º 2.º, n.º 9). A concretização e a protecção da constitucionalidade e legalidade representam, assim, uma das garantias da existência e da realização da democracia socialista da sociedade autogestora socialista. A protecção da constitucionalidade e legalidade no sistema autogestor socialista serve, no sistema da sociedade autogestora, não só para concretizar a protecção clássica da constitucionalidade e legalidade, mas também para proteger a autogestão como relação social básica e como sistema das relações que sobre aquela se fundam.

Na Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia e nas Constituições das Repúblicas Socialistas e das províncias autónomas socialistas as espécies *constitucionalidade e legalidade* são parte das bases do sistema social político e jurídico, sendo o mecanismo de protecção da constitucionalidade e legalidade uma parte extraordinariamente significativa da institucionalização constitucional. Uma parte especial do mecanismo de protecção da constitucionalidade e legalidade na Jugoslávia é representado pela jurisdição constitucional, que não está inserida no sistema judicial do País, constituindo, antes pelo contrário, uma parte específica do sistema de assembleia.

Os órgãos de jurisdição constitucional na Jugoslávia são o Tribunal Constitucional e os Tribunais Constitucionais das Repúblicas Socialistas e das províncias autónomas socialistas. Todos os Tribunais Constitucionais são órgãos constitucionais autónomos no que diz respeito à protecção da constitucionalidade e legalidade. A maioria das normas que determinam a posição e os poderes da jurisdição constitucional na Jugoslávia estão inseridas nos próprios textos constitucionais.

A mais importante competência dos Tribunais Constitucionais é a fiscalização geral das normas, que consiste na apreciação da constitucionalidade, isto é, na verificação da conformidade de todas as leis, decretos e outros actos gerais e actos gerais de autogestão, com a Constituição e com a lei. Neste sistema, o Tribunal Constitucional da Jugoslávia aprecia a conformidade de todas as leis, regulamentos e actos gerais com a Constituição da República Socialista Federativa de Jugoslávia, enquanto que os Tribunais Constitucionais das Repúblicas e os Tribunais Constitucionais das províncias autónomas apreciam a respectiva conformidade com as Constituições das Repúblicas e as Constituições das províncias autónomas. O Tribunal Constitucional da Jugoslávia decide ainda da conformidade das leis das Repúblicas e das províncias com a lei federal, assim como da desconformidade de todos os regulamentos e actos gerais com a lei federal cuja execução está a cargo dos órgãos federais.

Os Tribunais Constitucionais das Repúblicas e Províncias Autónomas decidem ainda sobre a conformidade de todos os regulamentos e actos gerais da República ou das províncias autónomas com as leis federais cuja execução cabe aos órgãos das Repúblicas e das províncias autónomas, assim como a conformidade ou a desconformidade dos actos gerais com a lei da República ou da província.

Em virtude de os Tribunais Constitucionais constituírem uma parte específica do sistema de assembleia, têm também uma relação especial com as assembleias.

Se os Tribunais Constitucionais verificam que uma lei é inconstitucional ou então que uma lei das Repúblicas ou das províncias é contrária a uma lei federal, não procedem directamente à abrogação da lei, antes transmitem à assembleia competente a decisão de inconstitucionalidade. A assembleia é, assim, obrigada a harmonizar a lei com a Constituição ou a eliminar a desconformidade da lei da República ou da província com a lei federal num prazo de seis meses. Se a Assembleia não o fizer dentro daquele prazo ou, o mais tardar, no período de prorrogação de mais seis meses (com base em decisão do Tribunal Constitucional determinando a prorrogação do prazo para harmonização de leis), o Tribunal determina, na sua segunda decisão, que a lei deixa de estar em vigor. Esta regra sobre a competência mais importante dos Tribunais Constitucionais — apreciação da constitucionalidade das leis — foi inspirada no intuito de impedir o surgimento de qualquer lacuna, considerada inevitável após a anulação da lei, assim como na opinião de que os Tribunais Constitucionais não deverão regulamentar as relações, mas apenas indicar se isso foi efectuado de acordo com o disposto na Constituição.

Na maioria dos casos, as assembleias actuaram de acordo com as decisões dos Tribunais Constitucionais, o que implica que tenha havido poucas decisões a pôr termo à vigência de uma lei, sendo a constitucionalidade, pelo contrário, estabelecida através das decisões dos Tribunais Constitucionais. Esta é também a característica principal das relações dos Tribunais Constitucionais com as assembleias na Jugoslávia.

Uma competência muito característica dos Tribunais Constitucionais ao constatarem que um órgão competente não promulgou um diploma necessário para a execução das disposições constitucionais ou da lei, sendo, no entanto, obrigado a fazê-lo, é o direito e o dever de informar a assembleia competente de tal facto. Os Tribunais Constitucionais têm, além disso, o direito e o dever de acompanhar os factos com interesse para a concretização da constitucionalidade e legalidade e, ainda, de informar a assembleia competente sobre aquilo que diz respeito à situação e problemas no domínio da concretização da constitucionalidade e legalidade, assim como transmitir à Assembleia o parecer e as propostas de emissão e alteração da lei e de emissão de outras medidas que garantam tanto a constitucionalidade e legalidade, como a protecção dos direitos autogestores e de outras liberdades e direitos dos cidadãos e das organizações e comunidades autogestoras.

Cabe ainda aos Tribunais Constitucionais decidir os conflitos, relativos aos seus direitos e obrigações, que ocorram entre as comunidades sócio-políticas, as Repúblicas, as províncias e as autarquias, assim como entre a Federação, as Repúblicas e as províncias, quando isso não é da competência de um outro Tribunal, tendo ainda que decidir do conflito de competências entre os tribunais e outros órgãos estaduais.

Esta competência dos tribunais não foi frequentemente concretizada na prática, prevalecendo, no entanto, a opinião geral de que a sua manutenção é útil, uma vez que a existência de uma tal instituição, só por si, produz os efeitos desejados em termos sociais.

Embora os Tribunais Constitucionais sejam órgãos constitucionais autónomos, os juízes dos Tribunais Constitucionais são eleitos pelas assembleias por um período de oito anos. Quando este período acaba, não podem ser reeleitos para o cargo de juízes do mesmo Tribunal. O Tribunal Constitucional da Jugoslávia é constituído por 2 membros oriundos de cada República e por um membro oriundo de cada província autónoma. O Presidente é eleito, de entre os seus pares, pelo período de um ano, rotativamente, por forma a que, em cada ano, a presidência caiba a uma República ou a uma província autónoma. Durante o seu mandato os juízes são inamovíveis, terminado o seu mandato apenas quando resignarem às suas funções forem julgados por terem cometido um ilícito

penal, ou ainda, demonstrarem incapacidade para o exercício das suas funções. São os respectivos Tribunais Constitucionais que decidem se se está perante as situações acabadas de referir. Os juízes gozam de imunidade nos mesmos termos dos deputados da assembleia.

A autonomia dos Tribunais Constitucionais fixada nas Constituições nunca foi posta em causa. O sistema dos Tribunais Constitucionais da Jugoslávia e, particularmente, o Tribunal Constitucional da Jugoslávia, gozam, assim, de uma grande autoridade social que lhes permite uma tal eficácia das suas decisões que praticamente nunca foi necessário fazer uso dos poderes que lhe são atribuídos na Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, no sentido de poderem exigir ao Governo a garantia da execução das suas decisões.

As relações existentes entre os Tribunais Constitucionais da Jugoslávia e as assembleias demonstram que entre órgãos constitucionais existe um elevado grau de cooperação e que estas relações não põem de modo algum em causa a autonomia dos Tribunais Constitucionais. A posição das assembleias no sistema político, atribuindo-lhes os poderes de fixarem os meios de actuação dos Tribunais Constitucionais, assim como os vencimentos dos juízes, poderia ter teoricamente repercussões no grau de autonomia dos Tribunais Constitucionais, mas não foi esse o caso.

Os fenómenos actuais da politização dos Tribunais Constitucionais por esse mundo fora não tiveram quaisquer repercussões na autonomia dos Tribunais Constitucionais na Jugoslávia relativamente às organizações políticas. A Liga dos Comunistas da Jugoslávia não é um partido a exercer o poder. É com satisfação que se pode salientar que, em mais de 20 anos de existência dos Tribunais Constitucionais na Jugoslávia, a Liga dos Comunistas da Jugoslávia não se intrometeu no trabalho dos Tribunais Constitucionais. Por isso, não tem qualquer significado para o sistema dos Tribunais Constitucionais Jugoslavos a proibição, estabelecida aqui e acolá, de os juízes de Tribunais Constitucionais estarem filiados em partidos políticos.

II

A Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia determina que os Tribunais Constitucionais deverão garantir a protecção da constitucionalidade e da legalidade em consonância com a Constituição. Isto significa que a função básica dos Tribunais Constitucionais é proteger a constitucionalidade, sendo por isso, os principais órgãos de garantia da constitucionalidade previstos na Constituição do País. Relativamente à legalidade, dela se ocupam também os Tribunais, os órgãos estaduais, as organizações de trabalho associado, e outras organizações e comunidades autogestoras, assim como os titulares de funções de autogestão, públicas e de outro carácter social, e ainda os trabalhadores e os cidadãos. Nesta conformidade, na República Socialista Federativa da Jugoslávia, tanto os Tribunais (Tribunais Ordinários) como outros órgãos e organizações, decidem da legalidade. Relativamente à constitucionalidade, só os Tribunais Constitucionais é que podem decidir. A garantia da constitucionalidade significa, neste sentido, sobretudo a tomada de decisão sobre a constitucionalidade das leis, que é da competência exclusiva dos Tribunais Constitucionais. Nenhum outro órgão pode decidir da constitucionalidade das leis.

O Tribunal Constitucional da Jugoslávia, de acordo com o artigo 378.º da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, dá o seu parecer à Assembleia sobre a conformidade das Constituições das Repúblicas e das províncias com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia. O Tribunal Constitucional da Jugoslávia dá apenas parecer sobre esta questão, não tomando, todavia, qualquer decisão sobre a mesma.

Os órgãos de justiça constitucional na República Socialista Federativa da Jugoslávia são, face ao carácter federativo do seu ordenamento jurídico, os seguintes: o Tribunal Constitucional da Jugoslávia, os Tribunais Constitucionais das Repúblicas Socialistas e os Tribunais Constitucionais das províncias autónomas socialistas.

Formas e vias processuais de fiscalização da constitucionalidade

Os Tribunais Constitucionais na República Socialista Federativa da Jugoslávia procedem à fiscalização sucessiva da constitucionalidade. Isto significa

que não deliberam acerca da constitucionalidade de normas ainda não promulgadas. A fiscalização destas é levada a cabo apenas pelo órgão legislativo com a colaboração de outros órgãos e da Comissão Legislativa. A fiscalização da constitucionalidade das normas a promulgar é levada a cabo na fase de elaboração das respectivas propostas, por forma a que cada proposta seja sujeita à fiscalização especializada dos órgãos legislativos competentes da Federação, da República e das províncias. Trata-se aqui de uma fiscalização política e especializada. Em todo o caso, trata-se de uma fiscalização alternativa.

Os Tribunais Constitucionais na Jugoslávia não participam formalmente no processo de preparação e promulgação da lei. No entanto, no exercício das suas funções de acompanhamento das decisões mais importantes que tenham em vista a efectivação da Constituição e da lei — no exercício das quais os Tribunais Constitucionais jugoslavos dão pareceres e formulam propostas à assembleia competente para a elaboração e alteração das leis, assim como para a tomada de medidas que garantam a constitucionalidade e a legalidade, bem como a protecção dos direitos de autogestão e outras liberdades e direitos dos cidadãos, das organizações e das comunidades autogestoras participam, de algum modo, na preparação e promulgação de normas, no quadro da fiscalização da sua constitucionalidade a que nos vimos referindo.

Embora a Constituição Federal e as Constituições das Repúblicas e das províncias o não explicitem, existe na Jugoslávia uma fiscalização abstracta da constitucionalidade. Isto não está, no entanto, expresso em nenhuma parte. Trata-se de uma construção teórica da fiscalização da constitucionalidade como controlo abstracto.

Esta faceta da fiscalização constitucional na Jugoslávia emana das disposições do parágrafo 3.º do artigo 205.º e do parágrafo 1.º do artigo 387.º da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia (e das Constituições das Repúblicas e das Províncias Autónomas). De acordo com estas disposições, os trabalhadores têm o direito e o dever de tomar iniciativas para a protecção da constitucionalidade e da legalidade. Isto está expresso de forma especialmente clara no parágrafo 1.º do artigo 387.º da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, segundo o qual todos os indivíduos podem tomar a iniciativa de propor a instauração de um processo de apreciação da constitucionalidade e da legalidade. As constituições das Repúblicas e das províncias autónomas contêm também disposições do mesmo teor. A iniciativa da instauração do processo de apreciação da constitucionalidade não é condicionada pela violação dum direito ou interesse de quem a toma. Por tudo isto, pode dizer-se que na Jugoslávia não existe o sistema «standing», mas sim um

sistema de controle abstracto. A existência de um interesse, por parte de quem toma a iniciativa, não exclui, como é lógico, a possibilidade de a tomar efectivamente. Na prática dos Tribunais Constitucionais jugoslavos, os requerimentos inerentes à iniciativa dos cidadãos constituem a maioria daqueles que são apresentados para apreciação da constitucionalidade e legalidade.

A Constituição Federal e as Constituições das Repúblicas e das províncias fazem uma distinção entre a iniciativa e a proposta com a qual se instaura o processo de apreciação da constitucionalidade e de legalidade.

Qualquer pessoa pode tomar a iniciativa de propor a instauração do processo de apreciação da constitucionalidade e da legalidade. Cabe então ao Tribunal Constitucional decidir sobre a admissão ou rejeição da iniciativa e o início do processo. Se a aceita e o processo é instaurado, o Tribunal Constitucional, na decisão de acolhimento, indica as razões pelas quais entende justificar-se um processo de apreciação da constitucionalidade e da legalidade. A decisão de instauração do processo de apreciação da constitucionalidade é transmitida pelo Tribunal Constitucional ao órgão autor da norma, dando-lhe, assim, a possibilidade de apresentar a sua posição sobre a constitucionalidade da norma e de dar a sua resposta à decisão de instauração do processo. Se tal não for feito dentro do prazo fixado, o Tribunal Constitucional, após ter levado a cabo as diligências que entender necessárias, torna pública a sua decisão sobre a constitucionalidade, em regra, em sessão pública.

As Constituições jugoslavas prevêm especialidades relativamente a certas categorias de proponentes de iniciativas de apreciação da constitucionalidade e da legalidade. Aquelas estabelecem, com efeito, quem pode instaurar o respectivo processo. São as seguintes instituições: as assembleias das comunidades sócio-políticas (Assembleia da República Socialista Federativa da Jugoslávia e Presidência da República Socialista Federativa da Jugoslávia perante o Tribunal Constitucional da Jugoslávia), assim como as presidências das Repúblicas e as presidências das províncias autónomas, e os governos da Federação, das Repúblicas e das províncias autónomas, salvo, quanto a estes últimos, se se tratar da apreciação da constitucionalidade ou legalidade de prescrições emanadas das assembleias de que aqueles são órgãos de execução. Qualquer Tribunal Constitucional das Repúblicas ou províncias pode instaurar o processo perante o tribunal Constitucional da Jugoslávia, que, por sua vez, não tem idêntico poder perante os Tribunais Constitucionais das Repúblicas e das províncias autónomas. Também os tribunais e o ministério público poderão instaurar o processo, desde que a questão da constitucionalidade tenha sido suscitada no decurso

do processo judicial, ou no âmbito da actividade do ministério público. De acordo com o disposto na Constituição, os dirigentes dos órgãos administrativos da Federação, da República e das províncias podem também instaurar o processo, salvo aquando da apreciação da constitucionalidade das leis ou da conformidade das leis das Repúblicas ou das províncias com a lei federal ou, ainda, da constitucionalidade e legalidade das prescrições dos órgãos executivos das comunidades sócio-políticas a que pertençam.

Os Tribunais Constitucionais na Jugoslávia também podem eles próprios instaurar o processo de apreciação da constitucionalidade e da legalidade (*ex officio*). Isto pode ser feito pelos Tribunais Constitucionais instaurando o respectivo processo ou então após terem aceite uma iniciativa, ampliando a apreciação da constitucionalidade e da legalidade igualmente a normas ou outros actos normativos não abrangidos pela iniciativa dos cidadãos.

Como foi dito, o processo de apreciação da constitucionalidade e da legalidade considera-se instaurado com a apresentação do requerimento perante o Tribunal Constitucional pelas categorias de requerentes expressamente indicados na Constituição. O Tribunal Constitucional não decide, nestes casos, da admissão ou rejeição do pedido, uma vez que isto é, desde logo, feito por meio da apresentação de proposta que desencadeia automaticamente a instauração do processo de apreciação da constitucionalidade ou da legalidade. Após a apresentação da proposta com a qual o processo é instaurado, aplica-se àquele o regime da iniciativa. A diferença entre a iniciativa e a proposta que instaura o processo consiste no facto de o Tribunal Constitucional decidir da aceitação da iniciativa e, por sua vez, da instauração do processo, enquanto que não lhe cabe decidir da aceitação da proposta, visto que o processo já foi instaurado automaticamente com a apresentação desta. Trata-se, assim, de uma diferença formal e não essencial existente entre a iniciativa e a proposta.

A jurisprudência dos Tribunais Constitucionais jugoslavos designa por proponentes com plenos poderes os órgãos e as organizações cuja proposta instaura o processo de apreciação da constitucionalidade e da legalidade.

Dimensão e objecto da fiscalização da constitucionalidade

O Tribunal Constitucional da Jugoslávia decide, de acordo com o disposto no artigo 375.º, 1.º, da Constituição da República Socialista Federativa da

Jugoslávia, da conformidade de todas as leis com a Constituição do País. Isto significa que no Tribunal Constitucional da Jugoslávia o objecto da fiscalização da constitucionalidade é a lei federal, a lei da República e a lei da província. O Tribunal Constitucional da Jugoslávia decide também da conformidade das leis das Repúblicas ou das províncias com as leis federais, em virtude de estar consignado na Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia que nenhuma lei das Repúblicas ou das províncias poderá estar em desarmonia com a lei federal.

O Tribunal Constitucional da Jugoslávia decide da conformidade de quaisquer disposições e outros actos normativos de valor inferior ao da lei provenientes dos órgãos federais com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia e a lei federal. O Tribunal Constitucional decide ainda da conformidade das prescrições e outros actos gerais dos órgãos das comunidades sócio-políticas e dos actos gerais de autogestão com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, assim como com a lei federal, cuja execução seja da competência dos órgãos federais. Os Tribunais Constitucionais das Repúblicas e das províncias autónomas decidem da conformidade das suas leis com as respectivas Constituições, decidem ainda da conformidade de outras prescrições e outros actos gerais dos órgãos das comunidades sócio-políticas com as Constituições das Repúblicas ou das províncias, e com as leis das Repúblicas ou das das províncias. Os Tribunais Constitucionais das Repúblicas e os Tribunais Constitucionais das províncias autónomas decidem também da conformidade das disposições (com excepção das leis) e do actos gerais dos órgãos das comunidades sócio-políticas com as leis federais cuja execução caiba aos órgãos das Repúblicas ou das províncias. Os Tribunais Constitucionais das Repúblicas e das províncias autónomas decidem da conformidade dos actos administrativos gerais da administração autogestora com as respectivas Constituições, com as leis das Repúblicas ou das províncias, bem como com as leis federais cuja execução caiba aos órgãos das Repúblicas ou das províncias.

Objecto da fiscalização da constitucionalidade são, assim, todas as leis, outros actos jurídicos gerais e ainda actos gerais da administração autogestora reguladores das relações sociais.

Objecto da fiscalização da constitucionalidade é tanto o acto jurídico geral, considerado no seu todo, como cada norma, considerada individualmente. Não há barreiras constitucionais no que diz respeito à fiscalização da constitucionalidade do acto jurídico geral, considerado como um todo, ou de cada norma, considerada individualmente. Deste modo, o âmbito da fiscalização da constitucionalidade depende de, através da iniciativa, ter sido posto em questão o

acto geral no seu todo ou apenas algumas das suas normas. O Tribunal Constitucional da Jugoslávia, os Tribunais Constitucionais das Repúblicas Socialistas e os Tribunais Constitucionais das províncias autónomas não estão sujeitos a limitações no domínio da fiscalização da constitucionalidade decorrentes da iniciativa. Se fosse posta em questão a constitucionalidade de uma determinada norma, através da iniciativa, o Tribunal Constitucional poderia ampliar a fiscalização às restantes normas da lei ou de uma outra disposição, de um outro acto geral ou de actos gerais de autogestão. O Tribunal Constitucional pode também apreciar da constitucionalidade da lei ou de um outro acto geral na sua totalidade. Na jurisprudência constitucional jugoslava ocorrem raramente casos em que uma determinada lei ou um outro acto geral é fiscalizado no seu todo, ou seja, em que o Tribunal Constitucional decida da inconstitucionalidade da lei ou de outro acto geral na sua totalidade.

Relativamente à declaração de inconstitucionalidade de um acto normativo no seu todo, há exemplos que se referem tanto a leis como a actos jurídicos de valor inferior ao da lei e a outros actos gerais, designadamente actos gerais de autogestão. Há um número consideravelmente mais elevado de actos de valor inferior ao da lei, e de outros actos gerais, designadamente actos gerais de autogestão, que foram declarados no seu todo como inconstitucionais ou ilegais, do que de leis. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Jugoslávia e na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais das Repúblicas e das províncias autónomas houve casos em que toda a lei foi considerada inconstitucional.

Na prática dos Tribunais Constitucionais jugoslavos a omissão de regulamentação de uma determinada relação social é suprida diferentemente consoante a sua natureza. Se a omissão consistir no facto de não ter sido emitida uma lei ou uma outra prescrição para a execução de disposições constantes da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia ou das Constituições das Repúblicas e das províncias, das leis e de outros decretos e actos gerais, e o órgão competente era obrigado a emitir tal disposição, então o Tribunal Constitucional informa a Assembleia desse facto. Se se tratar de uma omissão legislativa devida a uma deficiência técnica da lei que faz com que ela seja inconstitucional, então, face ao seu significado, esta omissão pode constituir uma razão para se declarar a inconstitucionalidade da lei. Também se pode estar perante uma omissão quando a lei é emitida mas não contém a norma que devia conter de acordo com o disposto na Constituição, assim como quando não é regulada a questão que deveria ter sido regulada. Quando isto afecta a constitucionalidade de toda a lei, o Tribunal Constitucional pode declará-la

inconstitucional no seu todo. Assim, o Tribunal Constitucional da Jugoslávia decidiu, num determinado caso, e após ter concluído que uma questão específica tinha de ser regulada por uma lei, o que não acontecera, que era apropriada a fiscalização da constitucionalidade da totalidade da lei. No âmbito da prática do Tribunal Constitucional raramente ocorrem casos em que as leis são declaradas inconstitucionais. No entanto, já ocorreram casos deste género.

Os Tribunais Constitucionais na Jugoslávia também podem, no exercício das suas funções de acompanhamento de factos relevantes relacionados com a efectivação da Constituição e das leis, intervir com vista ao suprimento de omissões legislativas, mediante a apresentação às assembleias de propostas de elaboração ou modificação de leis ou de tomada de outras medidas que tenham por fim garantir a constitucionalidade e a legalidade, bem como a protecção dos direitos de autogestão e de outras liberdades e direitos dos cidadãos e das comunidades e organizações autogestoras.

Trata-se aqui de duas funções da jurisdição constitucional existente na Jugoslávia que, tanto quanto se sabe sobre o assunto, não têm qualquer paralelo noutras jurisdições constitucionais existentes no mundo. O exercício destas funções não significa que a jurisdição constitucional na Jugoslávia também intervenha no âmbito da regulação das relações sociais, consistindo a respectiva concretização, antes pelo contrário, em fazer com que a jurisdição constitucional contribua para uma concretização plena da constitucionalidade e da legalidade.

A função de acompanhamento de factos relevantes para a efectivação da Constituição e das leis levada a cabo pela jurisdição constitucional na Jugoslávia é cumprida de forma significativa. O Tribunal Constitucional da Jugoslávia, assim como os Tribunais Constitucionais das Repúblicas e províncias autónomas chamam frequentemente a atenção das assembleias para os factos relevantes relacionados com a efectivação da Constituição e das leis, dando-lhes o competente parecer e propostas de alteração e elaboração de leis, ou ainda de tomada de outras medidas que tenham por fim reforçar a constitucionalidade e a legalidade. Pode dizer-se que isto é também uma modalidade importante da cooperação existente entre os Tribunais Constitucionais e as assembleias (da República Socialista Federativa da Jugoslávia, das Repúblicas e das províncias) que assinala a posição da jurisdição constitucional da Jugoslávia no sistema de assembleias do País.

A Assembleia da República Socialista Federativa da Jugoslávia ou as assembleias das Repúblicas ou das províncias debatem em regra nas suas sessões os pareceres e as observações provenientes do Tribunal Constitucional sobre os factos relevantes relacionados com a efectivação da Constituição e das leis, tomam

posição relativamente a estas questões e adoptam determinadas medidas no âmbito das propostas e pareceres apresentados. As assembleias informam os Tribunais Constitucionais sobre os resultados dos debates efectuados com base nos pareceres e propostas apresentados pelo Tribunal Constitucional.

Contéudo das decisões

Se o Tribunal Constitucional da Jugoslávia (bem como os tribunais constitucionais das Repúblicas Socialistas ou das províncias socialistas autónomas) verificar, aquando da apreciação de uma lei da Federação da República ou de uma província, que a mesma não está em conformidade com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, decide da desconformidade da lei com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia e notifica da decisão a assembleia competente.

A assembleia competente é obrigada, no prazo de 6 meses a partir do dia da notificação, a harmonizar a lei com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, isto é, a eliminar a desconformidade da lei da República ou da província, ou, bem assim, da Federação, com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia.

Teoricamente é possível que a assembleia altere a Constituição, fazendo, assim, com que a lei se torne conforme com a Constituição, o que implicaria que a decisão do Tribunal Constitucional ficasse sem efeito. No entanto, não há exemplos deste género na jurisprudência constitucional da Jugoslávia. Isto seria mesmo impossível a nível da República Socialista Federativa da Jugoslávia, sendo, porém, possível no plano das Repúblicas e províncias autónomas.

O Tribunal Constitucional da Jugoslávia pode, a pedido da assembleia, prorrogar, no máximo por 6 meses, o prazo de harmonização da lei.

Se a assembleia competente não harmonizar a lei com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, ou seja, se não remover a desconformidade da lei da República ou da província com a lei federal dentro daquele prazo, as disposições da lei em desconformidade com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, ou as disposições da lei da República

ou da província que não sejam compatíveis com a lei federal, deixam de vigorar, limitando-se o Tribunal Constitucional a declarar a respectiva cessação de vigência.

Os Tribunais Constitucionais das Repúblicas e das províncias têm as mesmas competências relativamente à apreciação da conformidade das leis da República e da província com as Constituições respectivas.

A decisão do Tribunal Constitucional que declara a desconformidade da lei com a Constituição tem o carácter de declaração de inconstitucionalidade da lei, cujo efeito é igual ao da eliminação da lei do ordenamento jurídico, o qual, noutros sistemas jurídicos, é obtido por via de cassação.

Embora as decisões dos tribunais constitucionais da Jugoslávia não invalidem nem eliminem a lei da forma directa têm, contudo, a virtualidade de expurgar as leis inconstitucionais da ordem jurídica, nomeadamente através da decisão que tomam de cessação de vigência das leis, caso estas não tenham sido harmonizadas com a Constituição dentro do prazo assinalado para o efeito.

Se o Tribunal Constitucional na Jugoslávia ou os Tribunais Constitucionais das Repúblicas e províncias constatarem que uma prescrição, excepto a lei, ou um acto geral das comunidades sócio-políticas, não estão em conformidade com a Constituição, ou são incompatíveis com a lei federal, ou, ainda, que uma prescrição ou outro acto geral do órgão federal, de um órgão da República ou de um órgão da província autónoma, são incompatíveis com a lei da Federação, da República ou da província, respectivamente, declarará inválida essa prescrição ou acto geral ou qualquer das suas disposições.

A decisão do Tribunal Constitucional da Jugoslávia que declara a inconstitucionalidade da lei da Federação, da República e da província, ou a incompatibilidade das leis acima referidas com a lei federal, contém as necessárias precisões factuais: a lei objecto de apreciação, o autor da controvérsia, as razões pelas quais este entende que existe uma inconstitucionalidade ou incompatibilidade da lei da República ou da província com a lei federal, e ainda, o conteúdo da lei ou da norma posta em causa, os motivos invocados pelo Tribunal Constitucional para fundamentar a desconformidade da lei da República ou da província com a lei federal, bem como o acórdão através do qual é declarada a inconstitucionalidade ou a incompatibilidade com a lei federal ou é declarado que não há inconstitucionalidade nem incompatibilidade com a lei federal. Além disso, a decisão impõe, na maioria das vezes, a obrigação de se proceder à harmonização com a lei federal no prazo fixado na Constituição, assim como a publicação da respectiva decisão no jornal oficial da República Socialista

Federativa da Jugoslávia e no jornal oficial da República ou da província autónoma.

A decisão da cessação de vigência da lei encerra a constatação de que a lei não foi harmonizada com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia no prazo por esta fixado, ou de que não foi tornada compatível com a lei federal. Encerra ainda a constatação de que a lei cessou a sua vigência após ter expirado o prazo fixado na Constituição, uma vez que ela permanece desconforme com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia ou incompatível com a lei federal. Mas, também aqui, a cessação de vigência da lei não se fundamenta numa decisão cassatória, deixando a lei de vigorar por efeito da própria constituição.

A decisão através da qual é avaliada a constitucionalidade ou legalidade dos actos gerais dos órgãos das comunidades sócio-políticas e dos actos gerais das organizações de trabalho associado, de outras organizações e comunidades de autogestão — portanto, de todas as normas gerais, à excepção das leis — tem mais ou menos o mesmo conteúdo. Para além da verificação da inconstitucionalidade ou ilegalidade, a decisão do Tribunal Constitucional, quando se trata de uma outra norma geral, abrange também a pronúncia sobre se a norma geral é anulada ou revogada.

Tipos de decisão ordinárias e extraordinárias

Com base no que foi dito acima, conclui-se que o Tribunal Constitucional da Jugoslávia não toma decisões cassatórias aquando da apreciação da constitucionalidade da lei ou da conformidade da lei da República ou da província com a lei federal. Antes pelo contrário, ele toma um tipo de decisão que constata a inconstitucionalidade ou a desconformidade de uma determinada lei com a lei federal. Esta decisão obriga o legislador a eliminar dentro do prazo previsto a inconstitucionalidade da lei ou a sua desconformidade com a lei federal e, finalmente, a eliminá-la do ordenamento jurídico.

Quando os Tribunais Constitucionais jugoslavos não verificam qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade, não declaram formalmente a constitucionalidade ou legalidade das normas gerais apreciadas. É esta a consequência

do pressuposto aceite, segundo o qual a norma geral a apreciar está conforme com a Constituição e é legal até ao momento em que se verifique não estar conforme com a Constituição ou a lei. O juízo de que a lei está conforme com a Constituição ou de que a lei da República ou da província é compatível com a lei federal exprime-se nas decisões dos Tribunais Constitucionais jugoslavos através da afirmação de que não existe qualquer inconstitucionalidade ou incompatibilidade com a lei. Assim, só indirectamente se declara a existência da conformidade da norma com a Constituição ou com a lei federal.

Fora dos casos de apreciação da constitucionalidade, a jurisdição constitucional na Jugoslávia não leva a cabo qualquer interpretação da Constituição.

Na Jugoslávia não existe uma interpretação autêntica da Constituição. Todo aquele que aplica a Constituição interpreta-a. Consoante a natureza e a forma (lei, outra prescrição ou acto geral, designadamente acto geral da autogestão) segundo a qual a Constituição é interpretada, a influência e a autoridade da interpretação assumem aspectos diversos. A interpretação específica da Constituição é aquela que é levada a cabo pelo Tribunal Constitucional da Jugoslávia ou pelos Tribunais Constitucionais da República e da província através das suas decisões de apreciação da constitucionalidade. Deste modo, os Tribunais Constitucionais participam na interpretação da Constituição. É importante salientar que não existe uma interpretação abstracta da Constituição.

Não se pode interpor recurso da decisão do Tribunal Constitucional da República e da província. Como é evidente, também não se pode interpor recurso da decisão do Tribunal Constitucional da Jugoslávia.

A lei, outras prescrições ou actos gerais dos órgãos das comunidades sócio-políticas ou os actos gerais de autogestão, podem ser harmonizados com a Constituição ou a lei federal no decurso do processo de apreciação da respectiva constitucionalidade ou legalidade. Em tais casos o Tribunal Constitucional pode, quando as consequências da inconstitucionalidade ou da ilegalidade forem eliminadas, fixar, através da sua decisão, que a lei, as outras prescrições ou os actos gerais eram incompatíveis com a Constituição ou com a lei federal. Uma tal decisão do Tribunal Constitucional tem os mesmos efeitos jurídicos da decisão que fez cessar a vigência de lei ou que eliminou ou declarou nulas outras prescrições ou actos gerais.

Força vinculativa

A decisão do Tribunal Constitucional é dirigida ao autor da lei, de outras prescrições ou dos actos gerais, designadamente actos gerais de autogestão declarados inconstitucionais ou ilegais.

a) Embora tal não esteja previsto expressamente na Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, nem nas Constituições das Repúblicas e das províncias autónomas, a decisão está limitada ao caso a que diz respeito a decisão. Neste sentido, as decisões dos Tribunais Constitucionais na Jugoslávia não têm qualquer efeito sobre quaisquer actos gerais semelhantes, mas apenas sobre o acto que foi objecto de apreciação da constitucionalidade ou legalidade.

Nos casos em que as prescrições e outros actos gerais foram emanados para execução das prescrições ou dos actos gerais de autogestão, cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade foi declarada pelo Tribunal Constitucional da Jugoslávia, existe uma repercussão mais ampla da decisão do Tribunal Constitucional da Jugoslávia. Neste caso, as disposições emanadas para a execução dos actos inconstitucionais e ilegais não se aplicam. Neste sentido, pode dizer-se que se está perante uma repercussão mais ampla das decisões do Tribunal Constitucional, que têm efeitos também sobre actos que não foram objecto da apreciação, mas que foram promulgados para a execução dos actos que foram objecto de apreciação.

b) A decisão do Tribunal Constitucional torna-se vinculativa no dia da sua emanção. Vinculatividade significa na prática o seguinte: a decisão do Tribunal Constitucional da República ou da província é definitiva, não estando de modo algum subordinada à apreciação do Tribunal Constitucional da Jugoslávia. O Tribunal Constitucional da Jugoslávia só intervém quando o Tribunal Constitucional da República ou da província constatou que a norma geral em causa está conforme com a Constituição da República ou da província autónoma. Nestes casos, o Tribunal Constitucional da Jugoslávia pode apreciar a

conformidade da norma geral com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia ou a compatibilidade da lei da República, de outra prescrição ou acto geral, designadamente acto geral de autogestão, com a lei federal, subsequentemente à apreciação por parte do Tribunal Constitucional da República ou da província. Aqui, o acto geral de autogestão só é, assim, apreciado relativamente à sua compatibilidade com aquela lei cuja execução cabe aos órgãos federais.

No sistema da justiça constitucional da Jugoslávia não existem instâncias de recurso, isto é, não existem dois níveis de jurisdição. Existe um certo paralelismo na apreciação da constitucionalidade e na apreciação de legalidade, já que nenhuma delas exclui a possibilidade de o Tribunal Constitucional da Jugoslávia apreciar a conformidade de uma determinada norma geral com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, depois de se ter pronunciado sobre a lei da República ou da Província.

O Tribunal Constitucional da Jugoslávia não aprecia aqui a decisão do Tribunal Constitucional da República ou da província, mas sim a conformidade da norma apreciada por aqueles com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia ou a sua compatibilidade com a lei federal. O sistema do paralelismo de competências resulta do artigo 389.º da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, segundo o qual, quando se instaurou um processo de apreciação da constitucionalidade e da legalidade de prescrições os outros actos gerais ou actos gerais de autogestão, em relação aos quais se afirma serem simultâneamente incompatíveis não só com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia ou com a lei federal, mas também com a Constituição da República ou da província, a apreciação da constitucionalidade é levada a cabo pelo Tribunal Constitucional da República ou da província. Este Tribunal pronuncia-se apenas sobre a conformidade desta prescrição ou acto geral com a Constituição da República ou da província, ou sobre a conformidade da lei da República ou da província com a lei federal cuja execução cabe aos órgãos das Repúblicas e das províncias autónomas.

Quando o Tribunal Constitucional da República ou da província declara as prescrições ou os actos gerais em conformidade com a Constituição da República ou da província, ou com a lei federal cuja execução cabe aos órgãos das Repúblicas e das províncias autónomas, apresenta a questão ao Tribunal Constitucional da Jugoslávia para apreciação da conformidade das prescrições ou dos actos gerais com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, designadamente para apreciar se as prescrições ou os actos gerais cuja execução cabe aos órgãos federais são compatíveis com a lei federal.

Estas disposições da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia criam assim dois tipos de deveres: o dever para o Tribunal Constitucional da Jugoslávia de se pronunciar quando um requerimento lhe é apresentado directamente e quando instaurou o processo de apreciação da constitucionalidade e da legalidade, e, por outro lado, o dever para o Tribunal Constitucional da República ou da província autónoma de remeter, posteriormente, a questão para o Tribunal Constitucional da Jugoslávia, sempre que estes Tribunais não anulem ou revoguem os actos gerais ou eles próprios declarem a inconstitucionalidade da lei da República ou da província. As Constituições das Repúblicas e das províncias autónomas contêm também disposições com conteúdo igual ao da disposição do artigo 389.º da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia.

Na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais jugoslavos, o acórdão do Tribunal Constitucional não impede a apresentação de novo requerimento para apreciação da constitucionalidade ou da legalidade das normas gerais cuja conformidade com a Constituição e com a lei federal já tenha sido reconhecida anteriormente pelo Tribunal Constitucional. Este não se vincula à regra da *res judicata*.

O Tribunal Constitucional da Jugoslávia não actua com base na regra do precedente. A posição tomada uma vez não obriga a tomar posteriormente a mesma posição, quando há já razões para apreciar diferentemente realidades anteriores. Na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais jugoslavos raramente ocorrem casos em que o Tribunal Constitucional tenha alterado a sua posição devido a uma nova iniciativa, posição essa tomada aquando duma determinada questão de constitucionalidade ou de legalidade, ou de inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma determinada norma. Isto acontece designadamente quando for necessário fixar uma mesma orientação dos Tribunais Constitucionais sobre dada questão, em especial quando se tratar da aplicação de idênticas normas da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia e das Constituições das Repúblicas e das províncias autónomas, relativamente à qual existiam anteriormente diferentes orientações dos Tribunais Constitucionais.

c) Os órgãos constitucionais só mantêm as suas decisões até ao momento em que o Tribunal Constitucional proferir uma decisão. Até agora não se detecou nenhum caso em que o órgão constitucional, designadamente a assembleia,

tenha aproveitado a possibilidade de conservar uma lei inconstitucional, alterando para tanto a Constituição e deixando assim em vigor a lei cuja inconstitucionalidade fora declarada. Na medida em que os órgãos constitucionais respeitam as decisões do Tribunal Constitucional, raramente acontece que aqueles não harmonizem a lei à Constituição dentro do prazo por ele fixado, dando assim azo a que o Tribunal Constitucional tenha que determinar a cessação de vigência de lei.

São raros os exemplos do não cumprimento das decisões dos Tribunais Constitucionais, particularmente quando se trata de actos de valor inferior ao da lei, outros actos gerais e actos gerais de autogestão. Na Constituição jugoslava estabelece-se não apenas que as decisões dos Tribunais Constitucionais são obrigatórias e executórias, mas também que, se for necessário, a sua execução será assegurada pelos órgãos executivos das assembleias. Assim, na Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia (artigo 394.º) está consignado que, em caso de necessidade, a execução das decisões do Tribunal Constitucional da Jugoslávia é garantida pelo Conselho Executivo Federal. O Tribunal Constitucional da Jugoslávia pode exigir que se instaure um processo contra o responsável pela não execução das decisões do Tribunal Constitucional. As Constituições das Repúblicas e as Constituições das províncias autónomas contêm também disposições iguais relativamente a esta questão.

Eficácia temporal das decisões

Eficácia «ex tunc», sua amplitude e limites

Na Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia e nas Constituições das Repúblicas e províncias autónomas estabelece-se que as leis cuja vigência cessou não podem ser aplicadas às relações jurídicas surgidas anteriormente ao dia da publicação da decisão do Tribunal Constitucional da Jugoslávia, se, até esse dia, tais leis não tiverem sido aplicadas àquelas relações. Isto

aplica-se também aos actos de valor infra-legal e aos actos gerais de autogestão anulados ou que tenham caducado.

A execução de actos jurídicos individuais, praticados com base em disposições que já não podem voltar a ser aplicadas, não pode ser autorizada nem levada a cabo. Sempre que se iniciar uma tal execução, é a mesma anulada.

Em face do exposto, quando se tratar de relações às quais não tiver sido aplicada a disposição em causa até à publicação da decisão do Tribunal Constitucional da Jugoslávia, ou quando se tratar de actos individuais que até então não tiverem sido executados, a decisão do Tribunal Constitucional da cessação de vigência ou de anulação ou revogação dos actos infra-legais ou dos actos gerais de autogestão, tem eficácia *ex tunc*. A eficácia *ex tunc* é limitada no tempo. Na Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia e nas Constituições das Repúblicas e das províncias autónomas estabelece-se que todo aquele cujos direitos foram violados através de acto jurídico individual definitivo praticado com base na lei, ou noutra disposição ou em acto geral do órgão da comunidade sócio-política ou em acto geral de autogestão, cuja desconformidade com a Constituição ou com a lei federal tenha sido declarada pelo Tribunal Constitucional da Jugoslávia, tem o direito de exigir a alteração desse acto individual por parte do órgão competente para o efeito. Este pedido só pode ser apresentado no prazo de 6 meses a partir do dia da publicação da decisão no Jornal Oficial da Federação, das Repúblicas e das províncias autónomas, na condição de que não tenha decorrido mais de um ano entre a notificação do acto individual e a decisão do Tribunal Constitucional. Aqui existe um significativo grau de flexibilidade. Os regimentos dos Tribunais Constitucionais garantem amplamente às partes o direito de requererem a alteração do acto individual. Nos regimentos estabelece-se em regra que se considera como dia da apresentação no Tribunal Constitucional não o dia em que deu entrada a iniciativa, mas sim o dia em que o Tribunal Constitucional decidiu de instauração do processo de apreciação da constitucionalidade e legalidade.

Eficácia ex nunc

No que respeita à lei, a decisão do Tribunal Constitucional tem em regra eficácia *ex nunc*: a lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional é eliminada do ordenamento jurídico, deixando de poder ser aplicada a relações jurídicas que surjam após a cessação da sua vigência. A decisão *ex nunc* do Tribunal Constitucional reflecte-se também no facto de a decisão de cessação de vigência da lei declarada inconstitucional oferecer a possibilidade de modificação do acto individual com eficácia *ex nunc*.

Competências dos órgãos constitucionais quanto à determinação do conteúdo e da eficácia das suas decisões (síntese conclusiva)

a) Pré-determinação constitucional ou legal e autonomia constitucional

As competências, a posição e os poderes dos Tribunais Constitucionais na Jugoslávia estão consagrados na Constituição: na Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, quando se trata do Tribunal Constitucional da Jugoslávia, nas Constituições das Repúblicas e das províncias autónomas, quando se trata dos Tribunais Constitucionais das Repúblicas e das províncias autónomas.

As leis ordinárias não regulam a competência, a posição e os poderes dos Tribunais Constitucionais na Jugoslávia. Nos casos em que haja uma lei que se ocupe do Tribunal Constitucional, esta lei ocupa-se apenas do processo e da eficácia das decisões. No Tribunal Constitucional da Jugoslávia o processo é regulado pelo regimento e a eficácia das decisões dos Tribunais Constitucionais é determinado pelas próprias Constituições jugoslavas.

A eficácia das decisões dos Tribunais Constitucionais foi regulada nas Constituições aprovadas em 1974. De acordo com as Constituições de 1963,

a eficácia das decisões dos Tribunais Constitucionais estava regulada nas leis sobre os Tribunais Constitucionais. Com a aprovação da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia de 1974 e das Constituições das Repúblicas e das províncias autónomas do mesmo ano, defendeu-se o ponto de vista segundo o qual a questão da eficácia das decisões dos Tribunais Constitucionais constitui matéria constitucional e que deveria, por esse motivo, ser regulada pela Constituição. Só numa das Repúblicas jugoslavas é que a eficácia das decisões do Tribunal Constitucional respectivo é regulada por lei.

O Tribunal Constitucional da Jugoslávia aparece consagrado como um órgão constitucional autónomo e teoricamente como fazendo parte dos sistema de assembleia, e a sua particular posição no sistema é fixada na Constituição. Deste modo, a autonomia e a independência dos Tribunais Constitucionais foram asseguradas pela previsão das suas funções na Constituição. Isto permite ao Tribunal Constitucional da Jugoslávia ter uma actuação que não se encontra sujeita a influências de outros elementos do sistema sócio-político no domínio das decisões concretas a tomar por parte do Tribunal Constitucional.

b) Âmbito, limites e significado da competência, em relação

b) 1) ao poder legislativo:

O Tribunal Constitucional aprecia a constitucionalidade e legalidade de todas as normas gerais criadas pelo poder legislativo. Isto significa que o tribunal Constitucional da Jugoslávia pode, sem quaisquer restrições, apreciar, acima de tudo, a constitucionalidade de qualquer lei aprovada pela Assembleia da República Socialista Federativa da Jugoslávia. Além disso, o Tribunal Constitucional aprecia a constitucionalidade e a legalidade de qualquer outra norma geral aprovada pela Assembleia da República Socialista Federativa da Jugoslávia sob qualquer outra forma (decisão, resolução e similares). Deste modo, o Tribunal Constitucional aprecia a constitucionalidade das resoluções da Assembleia da República Socialista Federativa da Jugoslávia através das quais é determinada a política de desenvolvimento social num de-

terminado ano. Na Constituição da República Federativa da Jugoslávia não está, pois, estabelecido que o Tribunal Constitucional da Jugoslávia não possa apreciar a constitucionalidade ou a legalidade de qualquer norma geral aprovada pela Assembleia da República Socialista Federativa da Jugoslávia.

b) 2) aos tribunais ordinários

O sistema constitucional jugoslavo, isto é, o sistema de garantia da constitucionalidade e da legalidade, não compreende a apreciação das decisões dos tribunais ordinários.

As decisões dos tribunais comuns (e dos tribunais especiais) nunca são objecto de apreciação por parte dos Tribunais Constitucionais, nem sequer quando ocorra um conflito constitucional em virtude de uma determinada decisão de um tribunal ordinário. Há, no entanto, uma especialidade que constitui uma excepção ao que foi dito: em caso de litígio laboral ocorrido na Jugoslávia, são competentes Tribunais Especiais, neste caso, os Tribunais da Administração Autónoma do Trabalho Associado. Estes Tribunais têm o poder legal de regular, com base na sua decisão, uma determinada relação social no âmbito das organizações autogestoras (empresas e outras organizações autogestoras) que, de outro modo, seria regulada por uma norma geral, criada pela própria organização autogestora. Neste caso, o Tribunal Constitucional considera, em virtude de ter poderes para apreciar a constitucionalidade de normas gerais, tal decisão jurisdicional como uma norma geral específica. No caso de o Tribunal Constitucional entender que a norma geral da organização autogestora, entretanto substituída pela decisão do Tribunal do Trabalho Associado, é conforme com a Constituição, tem competência para modificar aquela decisão jurisdicional.

b) 3) aos Tribunais Internacionais e Supranacionais

O Tribunal Constitucional da Jugoslávia, do mesmo modo que não aprecia a constitucionalidade ou a legalidade de actos individuais do Estado e de

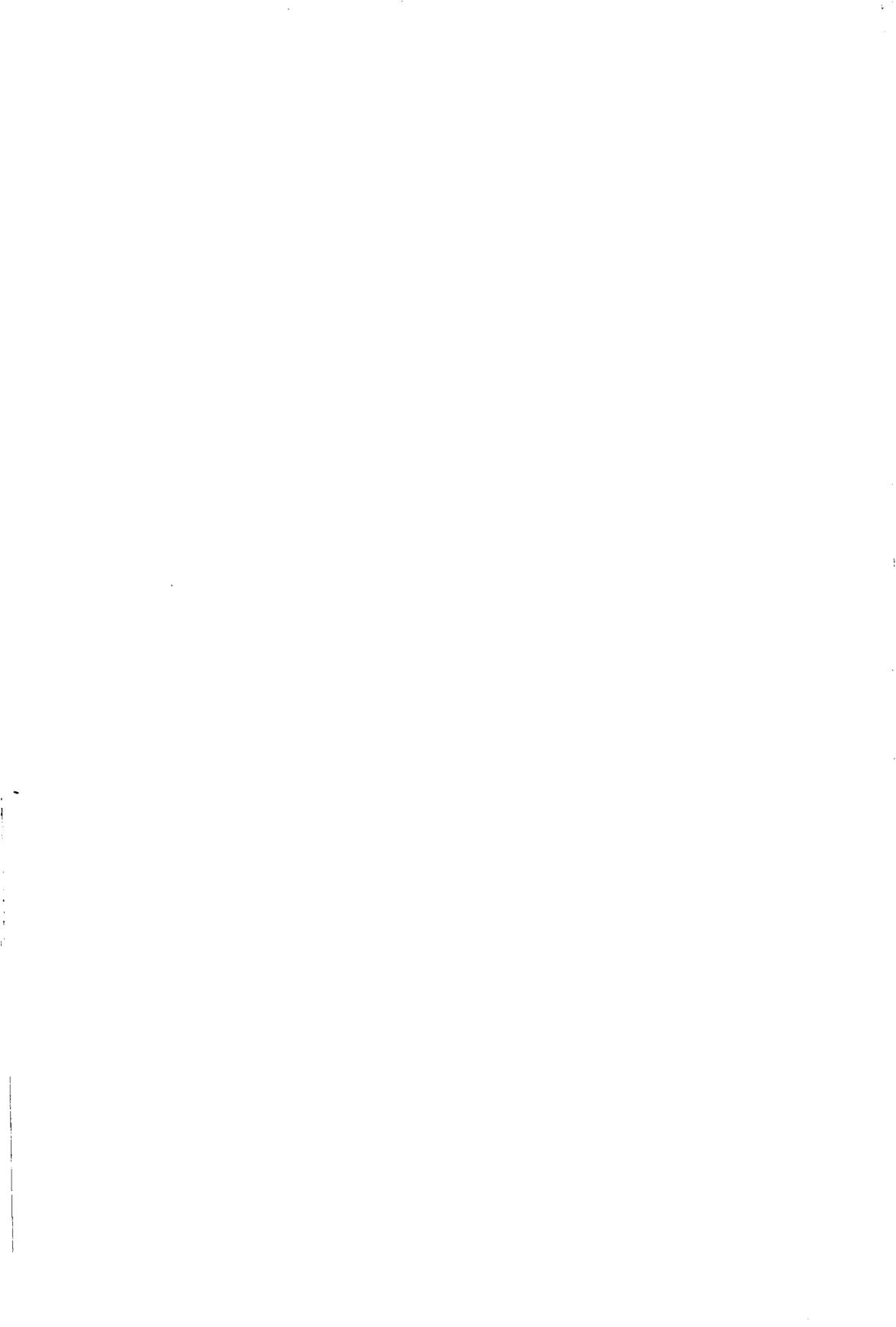
outros órgãos, bem como as decisões dos tribunais ordinários (à excepção do caso já referido), também não tem competência para apreciar as decisões tomadas por Tribunais Internacionais e Supranacionais. Isto é uma consequência lógica do princípio constitucional segundo o qual os actos internacionais ratificados constituem parte integrante do direito interno da Jugoslávia e segundo o qual esta respeita as suas obrigações internacionais. Daqui resulta que as decisões dos Tribunais Internacionais e Supranacionais não se encontram sujeitos a qualquer apreciação por parte dos tribunais internos e dos Tribunais Constitucionais e que tais decisões criam obrigações para os sujeitos de direito internos.

Embora o Tribunal Constitucional da Jugoslávia, de acordo com a Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, seja considerado como um elemento do sistema de assembleia, estando, assim, mais dependente das relações de cooperação existentes com a Assembleia da República Socialista Federativa da Jugoslávia, e tal colaboração, até ao momento, seja considerada como bem sucedida e útil a ambas as partes, continua a manter relações de cooperação com a Presidência da República Socialista Federativa da Jugoslávia.

O Tribunal Constitucional tem colaborado satisfatoriamente com o Governo (Conselho Executivo Federal) embora esta colaboração, como é natural, deva continuar a ser intensificada.

A actividade do Tribunal Constitucional da Jugoslávia e a actividade dos Tribunais Constitucionais das Repúblicas e das Províncias Autónomas não está sujeita a qualquer forma de controlo jurídico por parte do órgão representativo. Esta actividade e a actividade de qualquer outro órgão constitucional que seja parte do sistema de assembleia do país estão todavia sujeitos ao controlo do colégio representativo e da opinião pública. Assim, a autonomia formal e de facto dos Tribunais Constitucionais e dos seus juizes, bem como a sua independência no exercício das funções consagradas na Constituição, encontra-se garantida na Jugoslávia.

Belgrado, Novembro de 1986



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE
PORTUGAL

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

Elaborado pelo
Juiz Conselheiro
LUIS NUNES DE ALMEIDA



1. Introdução

1.1. *Órgãos da justiça constitucional*

a) Os tribunais em geral

O sistema português de fiscalização da constitucionalidade reúne características próprias dos sistemas de *judicial review* e dos sistemas de fiscalização concentrada, numa combinação cuja especificidade se revela logo no facto de, apesar da existência de um Tribunal Constitucional, todos os tribunais constituírem verdadeiros órgãos da justiça constitucional.

Efectivamente, de acordo com o preceituado no artigo 207º da Constituição, «nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infriam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados», pelo que a todos e quaisquer tribunais é lícito recusar a aplicação de normas jurídicas com fundamento na sua inconstitucionalidade, devendo, aliás, fazê-lo obrigatoriamente sempre que sobre elas formulem um tal juízo.

Quer isto dizer que, no sistema português, cabe aos tribunais de qualquer ordem (judiciais, administrativos, militares, etc.) averiguar da conformidade constitucional das regras de direito aplicáveis ao caso concreto e, se as julgarem desconformes, desaplicá-las por força da sua incompatibilidade com a Lei fundamental.

Pode, assim, afirmar-se com segurança que, em Portugal, todos os tribunais, sem excepção, são órgãos da justiça constitucional.

Todavia, essa circunstância não invalida que exista um tribunal especialmente vocacionado para apreciar e julgar as questões de constitucionalidade,

funcionando não apenas como tribunal de recurso quando tais questões hajam sido suscitadas nos processos que correm perante os restantes tribunais (fiscalização concreta), mas procedendo também à fiscalização abstracta da constitucionalidade: o Tribunal Constitucional.

b) O Tribunal Constitucional

O Tribunal Constitucional é composto por treze juizes, cada um deles designado por um período de seis anos renovável, sendo dez eleitos pela Assembleia da República, por maioria qualificada de dois terços, e três cooptados por estes. Três dos juizes eleitos pela Assembleia e os três cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre os juizes dos restantes tribunais, e os demais de entre juristas. (1)

As competências conferidas ao Tribunal Constitucional pela Constituição e pela lei não se confinam à fiscalização da constitucionalidade, nas suas diversas modalidades.

Para além de lhe competir igualmente a fiscalização da compatibilidade de quaisquer normas com o preceituado nos estatutos das regiões autónomas, bem como da compatibilidade das normas emanadas pelos órgãos próprios destas regiões com as leis gerais da República, (2) ao Tribunal cabem também importantes funções como supremo tribunal em matéria eleitoral (3) e como órgão de controlo da constitucionalidade e da legalidade dos referendos locais. (4) E é ainda ao Tribunal Constitucional que compete igualmente, por exemplo, verificar a perda do cargo ou declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República.(5).

(1) Constituição da República Portuguesa (CRP), artº 284º.

(2) CRP, artºs 277º e segs.

(3) Lei 28/82, de 15 de Novembro, sobre «Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional» (LTC), artºs 92º e segs..

(4) CRP, artº 213º, nº 2, d).

(5) CRP, artº 213º, nº 2, a) e b).

Pela sua independência, pela sistemática da sua inserção constitucional — capítulo respeitante à organização dos tribunais — e pelo estatuto dos seus juizes, pode concluir-se que o Tribunal Constitucional é, indiscutivelmente, um tribunal ao mesmo título que qualquer outro. Mas pode também afirmar-se que, designadamente pelas competências que possui, pela especial atenção que a Constituição lhe dedica e pela forma de designação dos seus membros, ele constitui um órgão constitucional autónomo que apresenta importantes especificidades relativamente aos restantes tribunais.

Em qualquer caso, cumpre assinalar que, para além de todas as outras importantes funções que lhe estão cometidas, o cerne da actividade e da própria razão de ser do Tribunal Constitucional se encontra relacionada com a fiscalização da constitucionalidade, pelas diversas vias previstas na Lei fundamental.

1.2. Modalidades e vias processuais do controlo da constitucionalidade

a) Fiscalização preventiva

A fiscalização preventiva da constitucionalidade exerce-se numa fase anterior à da conclusão do processo de formação do acto normativo a que respeita e só pode ser requerida pelo Presidente da República ou pelos Ministros da República para as regiões autónomas, consoante os casos, e apenas relativamente a normas constantes dos diplomas de maior hierarquia formal.

Assim, o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade das normas constantes de convenções internacionais cuja aprovação seja sujeita à sua ratificação ou assinatura, bem como das constantes de diplomas com força de lei sujeitos à sua promulgação (leis da Assembleia da República e decretos-Leis do Governo).

(6)

Por seu lado, os Ministros da República podem requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade das normas constantes não só dos decretos legislativos regionais, mas também de certos decretos regulamentares regionais — exactamente aqueles que visam regulamentar leis gerais da República e que, por

(6) CRP, art.º 278, n.º 1.

isso mesmo, são, tal como os decretos legislativos regionais, da exclusiva competência das assembleias regionais.⁽⁷⁾

A apreciação preventiva tem de ser requerida num prazo muito curto — cinco dias — e decidida pelo Tribunal em prazo igualmente reduzido — vinte dias — que, em caso de urgência, pode ainda ser encurtado.⁽⁸⁾

b) Fiscalização abstracta sucessiva

A fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade é exercida pelo Tribunal Constitucional, a requerimento de certas entidades, independentemente do julgamento de qualquer caso concreto a que a norma fosse eventualmente aplicável.

Este tipo de fiscalização, exercida a título principal (acção de inconstitucionalidade), que pode desembocar na declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma, com força obrigatória geral, só se verifica quando a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça (*Ombudsman*), do Procurador-Geral da República, de um décimo dos Deputados à Assembleia da República, bem como das assembleias regionais ou dos presidentes dos governos regionais das regiões autónomas, mas apenas quando o fundamento for a violação dos direitos dessas regiões.⁽⁹⁾

Saliente-se, por um lado, que a Lei fundamental excluiu a possibilidade de uma acção popular de inconstitucionalidade, intentada por um cidadão ou por um grupo de cidadãos, confiando, talvez, que bastaria conferir a iniciativa do processo ao provedor de Justiça, enquanto entidade especialmente vocacionada para zelar pelos direitos fundamentais desses mesmos cidadãos. E que, por outro lado, pretendeu salvaguardar os direitos das minorias políticas, ao permitir que o processo possa ser iniciado a requerimento de um número relativamente reduzido de Deputados.

(7) CRP, artº 278.º, nº 2; sobre atribuições dos Ministros da República, CRP, artº 232.º.

(8) CRP, artº 278º, nº 3 e 4.

(9) CRP, artº 281.º

c) *Fiscalização concreta*

Ao contrário do que acontece com as restantes modalidades de fiscalização da constitucionalidade, na fiscalização concreta não se verifica, em Portugal, um sistema de controlo concentrado.

Efectivamente, em sede de fiscalização concreta, depara-se-nos um sistema de controlo judicial difuso, exercido por todos os tribunais, e não apenas pelo Tribunal Constitucional.

Este tipo de fiscalização, que ocorre a título incidental a propósito do julgamento de um caso concreto, pode ser desencadeado por qualquer das partes no processo ou, officiosamente, pelo tribunal da causa.

Todavia, se os tribunais em geral são competentes para apreciar e decidir as questões de inconstitucionalidade suscitadas a propósito da aplicação de certa norma ao caso concreto que lhes está submetido a julgamento, a verdade é que dessas suas decisões pode sempre haver recurso para o Tribunal Constitucional.

Assim, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo ou, ainda, que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional.⁽¹⁰⁾

Nos casos de recusa de aplicação de norma constante de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, bem como nos casos de aplicação de norma já anteriormente julgada inconstitucionalidade, o recurso tem carácter obrigatório para o Ministério Público.⁽¹¹⁾

Como, porém, o recurso é, em todos os casos, restrito à questão de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional, quando lhe conceda provimento, limita-se a revogar a decisão recorrida e a ordenar ao tribunal *a quo* que a reforme, substituindo-a por outra em que se decida em conformidade com o julgamento que haja sido proferido pelo próprio Tribunal Constitucional sobre a questão de inconstitucionalidade.

⁽¹⁰⁾ CRP, art.º 280.º, n.ºs 1 e 5. Cfr., também, LTC, art.º 70.º, n.º 1, g), segundo o qual cabe ainda recurso para o TC das decisões que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional (órgão que, de certa forma, antecedeu o TC).

⁽¹¹⁾ CRP, art.º 280.º, n.ºs 2 e 5.

Asinale-se, finalmente, que, enquanto nos restantes tipos de fiscalização da constitucionalidade a competência para decidir é sempre deferida ao plenário do Tribunal, em sede de fiscalização concreta os recursos são julgados em secção. (12) Para o efeito, existem duas secções não especializadas, cada uma delas composta pelo presidente do Tribunal, que tem assento em ambas as secções e a ambas preside, e por mais seis juízes. (13)

d) Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão é, de entre as modalidades de fiscalização existentes em Portugal, a mais rara, em termos de Direito Comparado.

Compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional, verificar a existência deste tipo de inconstitucionalidade, quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis certas normas constitucionais, (14) precisamente aquelas que exigem a mediação do legislador ordinário.

A iniciativa do processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão cabe apenas ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça, ou, quando o fundamento for a violação dos direitos das regiões autónomas, aos presidentes das assembleias regionais.

1.3. Âmbito e objecto do controlo da constitucionalidade

a) Leis e outros preceitos jurídicos

No sistema português, em princípio, só as normas jurídicas são objecto de fiscalização da constitucionalidade. Importa, porém, determinar se todas as normas ou só as contidas em certos actos normativos, designadamente as leis, podem ser objecto dessa fiscalização.

(12) LTC, art.º 70.º.

(13) LTC, art.º 41.º.

(14) CRP, art.º 283.º.

Ora, a resposta a esta questão depende, em Portugal, do tipo de fiscalização.

Assim, na fiscalização preventiva, atinente, aliás, a normas ainda não integrantes do ordenamento jurídico no momento da sua apreciação, a regra é que só estão sujeitas a esse tipo de fiscalização as normas contidas em actos com força de lei (convenções internacionais, leis da Assembleia da República, decretos-leis do Governo, decretos legislativos regionais das assembleias das regiões autónomas). Todavia, e como já vimos, esta regra comporta uma excepção: com efeito, os decretos regionais regulamentares de leis gerais da República, apesar de não terem natureza de acto legislativo, estão sujeitos a fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Na fiscalização sucessiva, quer abstracta, quer concreta, já, pelo contrário, estão sujeitas a controlo de constitucionalidade todas as normas, qualquer que seja a natureza do acto normativo que as contenha.

São, assim, objecto de fiscalização sucessiva, para além das normas susceptíveis de serem sujeitas a fiscalização preventiva, as normas constantes de decretos regulamentares do Governo ou dos órgãos das regiões autónomas, bem como de quaisquer outros regulamentos de inferior hierarquia formal, dimanados pelo Governo ou de qualquer outro órgão ou entidade com poder regulamentar (órgãos das autarquias locais, etc). Mas estão também sujeitos a fiscalização sucessiva da constitucionalidade, conforme o Tribunal entendeu já em diversos acórdãos, ⁽¹⁵⁾ os Assentos, ou seja, as decisões interpretativas dos supremos tribunais a que a lei atribui força obrigatória geral; e, muito embora ainda não haja jurisprudência sobre a matéria, também o deverão estar as normas emanadas por organizações internacionais, desde que devam vigorar directamente na ordem interna, bem como as normas contidas em convenções colectivas de trabalho. Mais controversa, talvez, será a questão de saber se as próprias leis de revisão constitucional estão sujeitas a controlo da respectiva constitucionalidade, e, em caso afirmativo, em que termos e com que fundamentos.

b) Preceito e norma

Incidindo a fiscalização da constitucionalidade sobre normas, necessário se torna conhecer qual o conceito de norma a adoptar para esse efeito.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Acórdãos n. os 40/84, 202/86 e 265/86.

Estando unanimemente assente que estão subtraídos da fiscalização da constitucionalidade quer os denominados «actos de Governo», quer os actos administrativos, quer as decisões judiciais, nem mesmo assim se podem considerar resolvidos todos os problemas.

Assim, o Tribunal já foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se estão sujeitos a fiscalização da constitucionalidade preceitos legislativos que contenham actos materialmente administrativos.

E, quer no Acórdão n° 26/85, proferido em sede de fiscalização preventiva, quer no Acórdão n° 80/86, proferido em sede de fiscalização abstracta sucessiva, o Tribunal respondeu afirmativamente a esta questão, salientando que, para efeito de controlo da constitucionalidade, não pode partir-se de uma noção material, doutrinária e aprioristicamente estabelecida de norma, assente na necessidade de verificação dos clássicos requisitos da «generalidade» e da «abstracção».

Recordando que a prática constitucional do nosso tempo denuncia a proliferação do fenómeno das «*leis medida*» ou «*Leis providência*», o Tribunal assinala que seria manifestamente aberrante que tais leis, em que é evidente um acrescido risco de desrespeito pelas regras constitucionais ficassem excluídas da fiscalização da constitucionalidade, E, daí, parte para a necessidade de se adoptar um conceito de norma funcionalmente adequado ao controlo da constitucionalidade, conceito esse que há-de abranger as regras de conduta para os particulares ou para a Administração e os critérios de decisão para esta ou para o juiz, como sucede com os preceitos legais de conteúdo individual e concreto, os quais, aliás, só podem ter como parâmetro de validade imediata a própria Constituição.

Mas, em sede de fiscalização concreta, mais longe ainda foi o Tribunal, na senda desta sua jurisprudência: assim, no Acórdão n° 150/86, veio a considerar susceptíveis de constituírem objecto de controlo da constitucionalidade as regras processuais fixadas por um tribunal arbitral, para serem aplicadas em determinado processo. Isto, por entender que se haviam fixado regras de conduta para as partes e para o próprio tribunal arbitral e critérios de decisão para este último, sendo certo que se tornava necessário assegurar que a última palavra sobre a eventual inconstitucionalidade das referidas regras coubesse ao Tribunal Constitucional.

Em suma, muito embora o controlo incida exclusivamente sobre *normas*, a verdade é que este conceito tem vindo a ser reelaborado pelo Tribunal, em

função do que julga serem as finalidades próprias do sistema de fiscalização da constitucionalidade.

c) Omissões legislativas

Não existe ainda jurisprudência do Tribunal em matéria de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

Todavia, nos termos constitucionais, só se pode considerar como relevante a omissão de medidas legislativas, o que exclui a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão de quaisquer actos não legislativos, designadamente de actos políticos.

Por outro lado, em sede de fiscalização abstracta sucessiva, o Tribunal já entendeu que é inconstitucional a norma legal revogatória que vem criar uma omissão legislativa que torne inexecutáveis certas normas constitucionais. ⁽¹⁶⁾

1.4. Padrões de controlo

De acordo com o preceituado na própria Lei fundamental «são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados».

Importa, porém, determinar se só a violação directa das normas constitucionais e dos princípios nela expressa ou implicitamente contidos pode gerar inconstitucionalidade.

Ora, quanto a este ponto, resulta relativamente claro que se há-de entender, desde logo, que à violação da Constituição se há-de equiparar a violação de quaisquer normas ou princípios por ela materialmente recebidos.

Assim, e para além das leis constitucionais anteriores ressalvadas pela própria Lei fundamental, ⁽¹⁷⁾ pode questionar-se se não se deve considerar que também as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum constituem um padrão de controlo da constitucionalidade, porquanto pode

⁽¹⁶⁾ Cfr. Acórdão n.º 39/84.

⁽¹⁷⁾ CRP, art.ºs 216.º e 298.º.

entender-se que eles são integrados na ordem jurídica interna com valor constitucional. (18).

Mais complexa se afigura a questão de saber se a violação das denominadas normas interpostas também acarreta o vício de inconstitucionalidade.

No que se refere à violação por quaisquer normas do disposto nos estatutos políticos-administrativos das regiões autónomas, bem como à violação de leis gerais da República pelas normas dimanadas dos órgãos de governo próprio daquelas regiões, o problema encontra solução expressa no texto constitucional.

Com efeito, a Lei fundamental refere-se *ex-professo* a este tipo de «inconstitucionalidade indirecta», qualificando-a como ilegalidade, mas estabelecendo, quanto a ela, um sistema de controlo em tudo idêntico ao sistema de fiscalização da constitucionalidade, salvo no que se refere à fiscalização preventiva — que, neste caso, não existe e às entidades que podem desencadear o processo de fiscalização abstracta sucessiva.

Quanto à eventual violação de convenções internacionais, e dado que se vem geralmente entendendo que, face ao disposto no n.º 2 do artigo 8.º da Constituição, elas gozam de um valor supra-legislativo, embora infra-constitucional, a jurisprudência das duas secções do Tribunal é contraditória.

Assim, enquanto a 1.ª Secção, em sucessivos e numerosos arestos, (19) vem entendendo que a violação de convenção internacional pela lei interna importa a inconstitucionalidade das normas violadoras, com a correspondente sujeição ao sistema de controlo da constitucionalidade definido na Lei fundamental, a 2.ª Secção tem considerado, também de forma constante e uniforme, (20) que o vício aí eventualmente existente — embora qualificável como de «inconstitucionalidade indirecta» — é do conhecimento exclusivo dos tribunais comuns, não estando, pois, submetido ao processo especial de controlo da constitucionalidade e escapando, outrossim, à competência de apreciação do Tribunal Constitucional.

A questão poderá vir a pôr-se também, futuramente, se por parte da lei portuguesa ocorrer violação de normas de direito comunitário que devam vigo-

(18) CRP, art.º 8.º, n.º 1.

(19) Cfr. v.g. Acórdãos n.ºs 27/84, 62/84, 24/85 e 240/86.

(20) Cfr. Acórdãos n.ºs 47/84, 88/84 e 252/86.

rar directamente na ordem interna, por força do preceituado no n.º 3 do art.º 8.º da Constituição e dos tratados constitutivos das Comunidades Europeias. Como se põe, aliás, sempre que a violação de uma norma por outra implique a violação das normas constitucionais definidoras das relações de hierarquia entre actos normativos, mas não viole, autonomamente, qualquer outra disposição constitucional; é que, quando existe esta violação autónoma (como nos casos em que, para além da violação das regras constitucionais sobre hierarquia, se viola, por exemplo, a reserva de competência legislativa exclusiva da Assembleia da República), o Tribunal tem entendido, aqui de forma unânime, que lhe compete fazer funcionar, na íntegra, o sistema de fiscalização da constitucionalidade. (21)

Ainda de difícil solução, neste campo, mas sem que até ao momento se haja deparado qualquer caso concreto ao Tribunal, se prefigura a hipótese de violação das disposições regimentais parlamentares atinentes ao processo de formação de actos legislativos.

Em qualquer caso, quer de forma directa, quer indirectamente, o padrão de controlo da constitucionalidade é sempre, em última análise, a Constituição, na medida em que só por referência a ela se podem admitir outros padrões de controlo.

2. Conteúdo das decisões

2.1. Os tipos simples ou extremos: decisões de inconstitucionalidade e de não inconstitucionalidade.

A Constituição apenas se refere expressamente ao conteúdo e efeitos das decisões que concluem pela existência de inconstitucionalidade, ou seja, das denominadas decisões de inconstitucionalidade ou decisões positivas de inconstitucionalidade. E, ao prever tais decisões, a Lei fundamental utiliza uma

(21) Assim, quando um decreto-lei emitido ao abrigo de uma lei de autorização legislativa, ou de desenvolvimento de uma lei de bases, viole a lei que o autorize ou a leis de bases, sendo a matéria da exclusiva competência parlamentar.

terminologia diversificada, consoante o tipo de processo de fiscalização da constitucionalidade em que elas hajam sido proferidas.

Com efeito, e segundo a terminologia usada na Constituição, o Tribunal:

- a) Na fiscalização preventiva, *pronuncia-se* pela inconstitucionalidade da norma; (22)
- b) Na fiscalização abstracta sucessiva, *declara* a inconstitucionalidade da norma; (23)
- c) Na fiscalização concreta, *julga* a norma inconstitucional; (24)
- d) Na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, *verifica* a existência dessa inconstitucionalidade.(25)

A Constituição não trata, porém, especificamente das decisões em que se não conclua pela inconstitucionalidade, o que decorre directamente da natureza do sistema português de controlo da constitucionalidade. Efectivamente, em tais casos nunca pode ocorrer uma decisão de constitucionalidade, mas tão -só uma mera decisão de não inconstitucionalidade (ou decisão negativa da inconstitucionalidade), em que o Tribunal apenas:

- a) *Não se pronuncia* pela inconstitucionalidade da norma, na fiscalização preventiva;
- b) *Não declara* a inconstitucionalidade da norma, na fiscalização abstracta sucessiva;
- c) *Não julga* a norma inconstitucional na fiscalização concreta;
- d) *Não verifica* a existência da inconstitucionalidade por omissão, neste tipo de fiscalização da inconstitucionalidade.

(22) CRP, art.º 279º, n.ºs 1 e 4.

(23) CRP, art.º 281º, n.º 1.

(24) CRP, art.ºs 280º, n.º 5 e 281º, n.º 2.

(25) CRP, art.º 283.º, n.º 2.

Todas as decisões do Tribunal assumem a forma de acórdão e, salvo as de natureza meramente interlocutória, são publicadas no jornal oficial, *Diário da República*. Todavia, só são publicadas na 1.^a série desse jornal — a mais importante — as decisões de inconstitucionalidade proferidas em processos de fiscalização, preventiva ou de fiscalização abstracta sucessiva; todas as outras decisões proferidas em processos de fiscalização da constitucionalidade, e designadamente as decisões de não inconstitucionalidade, são publicadas na 2.^a série do jornal oficial. (26)

2.2. Os tipos intermédios

a) *Decisões interpretativas*

Em Portugal, as decisões interpretativas têm a sua origem e fundamento não apenas na aplicação jurisprudencial do princípio da interpretação conforme à Constituição, mas também em disposição legal expressa, (27) muito embora restrita à fiscalização concreta da constitucionalidade.

Na verdade, nos termos dessa disposição legal, sempre que o Tribunal não julgue certa norma inconstitucional, com fundamento em determinada interpretação que dela faça, essa mesma norma deve ser aplicada com tal interpretação, pelos restantes tribunais intervenientes no processo em causa.

O número de decisões interpretativas proferidas pelo Tribunal é relativamente escasso e, embora se configurem como decisões intermédias entre as de inconstitucionalidade e as de não inconstitucionalidade, a verdade é que assumem sempre uma destas duas formas.

Em sede de fiscalização concreta, o Tribunal tanto tem proferido decisões interpretativas sob a forma de decisões de inconstitucionalidade, como sob a forma de decisões de não inconstitucionalidade. E tem, igualmente, afirmado que, para fazer interpretação conforme à Constituição, lhe compete determinar quais as interpretações que invalidam a norma e quais as que lhe garantem

(26) LTC, art.º 3.º.

(27) LTC, art.º 80.º n.º 3.

subsistência válida no ordenamento jurídico, julgando, expressa ou implicitamente, algumas interpretações inconstitucionais e outras não inconstitucionais. (28)

Assim, nalguns casos, o Tribunal não tem julgado inconstitucional a norma como tal o arguida no tribunal *a quo*, embora não se dispense de ser, ele próprio, a fixar-lhe o seu sentido (29). Noutros casos, tem julgado não inconstitucional a norma aplicada pelo tribunal recorrido, tal como fora por este último interpretada e aplicada, por considerar que a norma, ainda que com essa interpretação, não violava o disposto na Lei fundamental (30).

Mas o Tribunal também já tem julgado como não inconstitucional certa norma, em virtude de a interpretar diferentemente do tribunal *a quo*, ordenando que este reforme a sua decisão, aplicando a norma com essoutro sentido (31). E tem, ainda outras vezes, julgado inconstitucional a norma sujeita à sua apreciação na interpretação que lhe foi dada pelo tribunal recorrido (32).

Aliás, já desde o Acórdão n.º 2/84 o Tribunal tem afirmado que, funcionando como última instância de recurso em questões de constitucionalidade, não pode, por isso, «ser cerceado nos seus poderes cognitivos por decisão anterior não transitada em julgado proferida no processo a que o recurso respeita». Com efeito — justificava-se no referido aresto — «isso equivaleria a negar-lhe a sua finalidade de garante da Constituição em sede de fiscalização concreta», porquanto «para se decidir da constitucionalidade ou inconstitucionalidade necessariamente se imporá ao Tribunal Constitucional, proceder à interpretação da norma cuja inconstitucionalidade se pretende atribuir ou arredar».

Assinale-se, por último, que o Tribunal já entendeu, igualmente, que são para ele recorríveis as decisões proferidas pelos restantes tribunais em que, a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, se haja julgado, afinal, a norma inaplicável ao caso concreto. E isto, por considerar que tais situações são, na prática, equiparáveis àquelas em que tenha havido uma pura e simples recusa de aplicação da norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade.(33)

(28) Cfr. Acórdãos n.ºs 128/84 e 39/86.

(29) Cfr. Acórdão n.º 89/84.

(30) Cfr. Acórdão n.º 55/85.

(31) Cfr. Acórdão n.º 63/85.

(32) Cfr. Acórdão n.º 70/85.

(33) Cfr. Acórdão n.º 137/85. Em sentido contrário, Acórdão n.º 170/85.

Nos processos de fiscalização abstracta, o Tribunal não se confronta com qualquer interpretação da norma anteriormente efectuada por outro tribunal. Por isso, é muitas vezes difícil determinar exactamente quando se está perante uma decisão propriamente interpretativa, na medida que o Tribunal procede sempre, necessariamente, a uma prévia interpretação da norma, para lhe fixar o sentido e alcance, antes de averiguar da sua conformidade com a Constituição.

Todavia, é visível que, em vários casos, o Tribunal tem hesitado entre duas possibilidades que se lhe oferecem, a de proferir uma decisão interpretativa ou a de declarar uma inconstitucionalidade parcial, pendendo normalmente para este último tipo de decisões. Esta opção preferencial é ditada, porventura, mais por razões de ordem pragmática do que por qualquer motivação de ordem teórica: é que, com efeito, só as declarações de inconstitucionalidade dispõem de força obrigatória geral.

No Acórdão n.º 244/85, porém, o Tribunal não declarou a inconstitucionalidade da norma sujeita à sua apreciação, procedendo antes à sua interpretação conforme à Constituição, interpretação que, aliás, corresponde na prática a uma alteração significativa do sentido literal da mesma norma.

Mas deve assinalar-se que, no caso em apreço, a norma objecto dessa interpretação estabelecida ineligibilidades para as eleições autárquicas e que o Tribunal, apesar de não haver declarado uma inconstitucionalidade com força obrigatória geral, podia garantir — enquanto supremo tribunal em matéria eleitoral — que a interpretação por ele efectuada viria a ser respeitada nos processos que, futuramente, fossem submetidos a julgamento.

b) Decisões de inconstitucionalidade parcial

Como, à face da Constituição portuguesa, o que constitui objecto da fiscalização da constitucionalidade são as normas e não o acto normativo *in toto*, a maioria das decisões do Tribunal incide apenas sobre alguma ou algumas normas de um acto normativo, correspondendo, por isso, às declarações de inconstitucionalidade parcial existentes noutros ordenamentos jurídicos. Consequentemente, o juízo de inconstitucionalidade total ou de inconstitucionalidade parcial passou a incidir sobre a norma e não sobre o acto normativo, estando-se perante um ou outro caso, consoante a decisão de inconstitucionalidade afecte a totalidade da norma ou apenas uma sua parte.

Aliás, o Tribunal — considerando que o juízo de inconstitucionalidade se refere às normas como realidades jurídicas, e não aos preceitos como enunciados linguísticos — não só já admitiu que a parte inconstitucional da norma pode corresponder a um segmento ou secção *ideal* do preceito (34), como ainda admitiu que é possível distinguir entre inconstitucionalidade parcial *horizontal* ou *quantitativa* e inconstitucionalidade parcial *vertical* ou *qualitativa*. (35)

Segundo o Tribunal vem entendendo, a divisibilidade da norma não tem necessariamente de ser expressa, bastando que tal resulte claramente do diploma em que ela se insere, pelo que é possível distinguir entre os casos de normas com partes nitidamente diferenciadas, traduzidas no enunciado linguístico do preceito que as contém (inconstitucionalmente parcial horizontal), e os casos de normas em que a inconstitucionalidade reside na parte — embora apenas ideal — em que se prevê a respectiva aplicabilidade a certas situações ou categorias (inconstitucionalidade parcial vertical).

Neste conformidade, são numerosos os acórdãos do Tribunal em que se decide declarar ou julgar a inconstitucionalidade da norma constante de *certa parte* (primeira parte, segunda parte, parte final, etc.) de um determinado preceito, ou em que se decide declarar ou julgar a inconstitucionalidade de uma norma *na parte em que* nela se estabelece certa previsão ou estatuição, ou ainda em que se decide declarar ou julgar a inconstitucionalidade de uma norma *enquanto aplicável* ou *na medida em que é aplicável a certas situações ou categorias* (36). Esta diversidade justifica que, muitas vezes, a exacta compreensão da extensão da inconstitucionalidade parcial imponha o conhecimento da fundamentação do respectivo acórdão.

Recentemente, em dois acórdãos sucessivos o Tribunal decidiu declarar a inconstitucionalidade parcial *ratione temporis* de certas normas. Em ambos os casos se tratava de normas impugnadas pelo Primeiro-Ministro, por corresponderem a iniciativas legislativas de Deputados e implicarem aumento das despesas previstas no Orçamento do Estado. O Tribunal, considerando que a Lei fundamental só profibe aos Deputados iniciativas legislativas que envolvam aumento

(34) Cfr. Acórdão n.º 143/85.

(35) Cfr. Acórdão n.º 12/84.

(36) Cfr. Acórdão 75/85, 24/83 e 336/86.

de despesas no ano económico em curso, e não em anos económicos seguintes, declarou a inconstitucionalidade das normas em causa, mas apenas na medida em que eram aplicáveis naquele ano económico. (37)

c) Decisões de mero «reconhecimento» da inconstitucionalidade.

Tendo em atenção, mais que não fosse, o regime constitucional dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não parece possível admitir, em Portugal, a existência, nos processos de fiscalização da inconstitucionalidade por acção, de decisões de *mero reconhecimento* de inconstitucionalidade, ou seja, de decisões em que o Tribunal se limite a verificar a ocorrência da inconstitucionalidade, sem retirar dessa decisão a lógica consequência da expurgação da norma do ordenamento jurídico.

Quanto à fiscalização abstracta sucessiva, o artigo 282º da Constituição permite que, a título excepcional, e verificados certos pressupostos, o Tribunal restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral; mas já não prevê que o Tribunal possa, pura e simplesmente, desprover essa declaração de qualquer efeito.

Quanto à fiscalização concreta, não está sequer prevista a possibilidade de se limitarem os efeitos do juízo de inconstitucionalidade, pelo que a não aplicação ao caso concreto da norma julgada inconstitucional é unanimemente entendida como uma consequência automática e directa da formulação daquele juízo. Por isso, na fiscalização concreta, o Tribunal acaba sempre por confirmar ou revogar (mandando reformar) a decisão recorrida, muito embora possa acontecer nalguns casos que, sendo a decisão do Tribunal restrita à questão de inconstitucionalidade, esta decisão, embora contrária à tomada no tribunal *a quo*, não venha a ter qualquer reflexo prático na decisão da questão principal. (38)

Já na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão a questão se põe de forma inteiramente diferente, quanto à admissibilidade de decisões de mero reconhecimento.

(37) Cfr. Acórdãos n.ºs 297/87 e 317/86.

(38) Dai que, por vezes, o Tribunal, julgada a questão de inconstitucionalidade em sentido diverso do tribunal *a quo*, mande reformar a decisão recorrida, «se for caso disso» (Cfr. Acórdão n.º 20/86); resta, saber se não deveria haver sempre reforma, pelo menos ao nível da fundamentação.

Com efeito, aí a regra parece ser exactamente a de só poderem existir decisões desse tipo, porquanto, nos termos da Lei fundamental, o Tribunal tão só «aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais», cabendo-lhe apenas, quando verificar a existência de inconstitucionalidade, dar disso «conhecimento aos órgãos legislativos competentes». (39)

Nestes termos, a decisão de inconstitucionalidade por omissão é meramente *declarativa* ou *verificativa*, pois o Tribunal não pode criar as normas em falta, e nem sequer se pode pronunciar sobre modo como a omissão legislativa pode ou deve ser superada.

Assim sendo, parece dever qualificar-se, quanto ao seu conteúdo, este tipo de decisões como decisões de mero reconhecimento, muito embora surjam num contexto manifestamente diferente daquele em que o conceito é habitualmente usado noutros ordenamentos. Mais problemática se afigura a questão de saber se o Tribunal poderia, neste domínio, adoptar qualquer decisão intermédia, como, por exemplo, «não verificar a existência actual da inconstitucionalidade por omissão, embora esteja em vias de existir», o que pressuporia que o Tribunal dispunha de competência para apreciar a questão do tempo ou da oportunidade das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

d) Decisões apelativas ou de delegação

Não parece que sejam admissíveis, no sistema português, as denominadas decisões *apelativas* ou de *delegação*. E isto, tanto no que se refere àquelas em que, sob forma de uma decisão de não inconstitucionalidade, o Tribunal diagnostica ou prognostica a existência de uma inconstitucionalidade mas reenvia o texto ao legislador para que este, num certo prazo, proceda à abrogação ou modificação das normas duvidosas, como àquelas em que o Tribunal, sob forma de uma decisão de inconstitucionalidade enuncia também uma série de princípios que uma nova lei com o mesmo objecto deve conter para se conformar com a Constituição, como ainda àquelas em que o Tribunal se permite emitir, ele mesmo, normaçoão provisória para substituir a declarada inconstitucional.

(39) Cfr. art.º 283.º, n.ºs 1 e 2.

Muito embora a necessidade ou razão de ser de tais decisões no ordenamento jurídico português possa ser idêntica à que se verifica, por exemplo, nos ordenamentos alemão e italiano, a verdade é que o Tribunal não só nunca emitiu qualquer decisão desse tipo, como já afirmou, a propósito da eventualidade da restrição de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, que «em todo o caso, se porventura a declaração de inconstitucionalidade viesse a implicar a necessidade de qualquer providência normativa, incumbirá naturalmente ao legislador (que não ao Tribunal) adoptá-la». (40)

Esta posição jurisprudencial conta com o suporte da grande maioria da doutrina portuguesa, a qual entende que, exercendo o Tribunal uma função de fiscalização, de carácter essencialmente negativo, tem de limitar-se, sob pena de usurpação de poder e de violação da regra da separação das funções constitucionais, a expurgar do ordenamento as normas que declarar inconstitucionais, não podendo substituir-se ao legislador na emissão das normas que devam preencher as lacunas daí resultantes.

2.3. Decisões integrativas e substitutivas

Apesar de nunca aceitar substituir-se ao legislador, o Tribunal já proferiu, pelo menos em dois casos, decisões que, sob certo ponto de vista, têm um certo conteúdo «normativo», muito embora, aparentemente, se configurem como meras decisões de inconstitucionalidade parcial.

No primeiro caso, em sede de fiscalização abstracta sucessiva, fora pedida a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do Estatuto da Ordem dos Advogados que determinava a incompatibilidade do exercício da advocacia com a actividade como funcionário ou agente de quaisquer serviços públicos, com excepção dos docentes das disciplinas de Direito, mas apenas nesta última parte.

O Tribunal — depois de delimitar o âmbito do pedido e de interpretar a norma questionada quanto à sua estrutura e alcance — acabaria por declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da mesma norma «na parte em que

(40) Cfr. Acórdão n.º 154/86.

considera incompatível com o exercício da advocacia a função docente de disciplinas que não sejam de Direito», por violação do princípio da igualdade. (41) Ora, apesar de a decisão assumir a forma de uma declaração de inconstitucionalidade parcial, a verdade é que o seu efeito prático é o de alargar a excepção contida na parte final da norma (única parte, aliás, cuja declaração de inconstitucionalidade fora pedida), que passa a abranger todos os docentes, leccionem ou não disciplinas de Direito.

No segundo caso, em sede de fiscalização concreta, o Tribunal tinha de apreciar a eventual inconstitucionalidade da norma que determinava que certas pensões por acidente de trabalho ou doença profissional fossem actualizadas com base em diferentes disposições legais, consoante tivessem sido fixadas antes ou depois de certa data, donde resultava que a actualização das primeiras fosse quantitativamente inferior.

O Tribunal viria a julgar inconstitucional a norma em causa na parte em que manda aplicar a disposição menos favorável aos beneficiários de pensões fixadas antes da data limite, por violação do princípio da igualdade. (42) Tal decisão corresponde, na prática, a alargar o âmbito de aplicação do regime mais favorável aos pensionistas que beneficiavam do regime menos favorável, sendo certo que, ao menos implicitamente, se terá reconhecido que a solução adoptada era a única que permitia evitar grandes iniquidades, salvaguardando o respeito pelo princípio da igualdade.

Em ambos os casos acabados de relatar, o Tribunal proferiu verdadeiras decisões *integrativas* (ou se se preferir, *acumulativas* ou *aditivas*), na medida em que o respectivo efeito consiste na «emissão de uma norma» que estende a aplicação de certa regulamentação explicitamente resultante de uma dada disposição a hipóteses nela não previstas.

É sabido que a admissibilidade deste tipo de decisões, bem como das denominadas decisões *substitutivas* — ou seja, daquelas em que o Tribunal indica qual a norma que deve substituir a contida no texto legal, para que o princípio constitucional violado passe a ser respeitado — é muito discutida pela doutrina.

(41) Cfr. Acórdão n.º 143/85.

(42) Cfr. Acórdão n.º 203/86.

Em Portugal, não se pode, apesar de tudo, considerar a jurisprudência como muito significativa, porquanto apenas se conhecem essas duas decisões integrais, ambas fundadas no respeito pelo princípio da igualdade.

3. Vinculatividade das decisões

3.1. *Aspectos gerais*

À semelhança das decisões dos restantes tribunais, todas as decisões do Tribunal Constitucional, quer as decisões de inconstitucionalidade quer as decisões de não inconstitucionalidade, têm a força de *caso julgado formal*, isto é, precludem a possibilidade de a questão por elas resolvida vir a ser reposta, de qualquer forma, no mesmo processo.

Para além disso, as decisões do Tribunal Constitucional não só são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades (42), como prevalecem, ainda, sobre as decisões dos restantes tribunais (43).

A concreta determinação, porém, de qual seja a extensão da força obrigatória das decisões do Tribunal, bem como dos respectivos destinatários, varia em função de cada tipo de fiscalização da constitucionalidade, como melhor veremos.

3.2. *Vinculatividade das decisões na fiscalização preventiva*

Na fiscalização preventiva, as decisões de inconstitucionalidade vinculam o Presidente da República ou o Ministro da República, consoante os casos, a vetar o diploma, devolvendo-o ao órgão que o tiver aprovado (44).

(42) Como aliás, as decisões de todos os outros tribunais (CRP, art.º 210.º).

(43) LTC, art.º 2.

(44) CRP, art.º 279.º n.º 1.

Este pode — salvo, porém no caso de tratados internacionais, em que, obviamente, a hipótese não tem aplicação — expurgar as normas julgadas inconstitucionais, tornando, assim, possível a promulgação ou assinatura (45).

A Constituição prevê, todavia, que a promulgação ou assinatura possam ainda ocorrer no caso de o diploma ser confirmado por «maioria de dois terços dos Deputados presentes» (46). Sendo claro que o Governo não dispõe deste poder de confirmação, nem por isso se deixam de suscitar dúvidas no tocante a saber se tal poder é exclusivo da Assembleia da República ou se, pelo contrário, dele gozam igualmente as assembleias das regiões autónomas.

O Tribunal ainda não teve que enfrentar esta questão, cuja resolução não se afigura líquida. Com efeito se o teor literal e a história do preceito podem inculcar uma resposta positiva à última questão, a verdade é que não deixaria de ser estranho que o Ministro da República, ao assinar o diploma, pudesse arbitrar em benefício da assembleia regional um conflito entre esta última, que não é órgão de soberania, e o Tribunal Constitucional, que não só é órgão de soberania, como é o órgão de soberania competente para proceder à fiscalização da constitucionalidade.

Saliente-se ainda que, mesmo quando o diploma tenha sido confirmado nos termos constitucionais, nem por isso o Presidente da República (ou o Ministro da República, caso assim se entenda) se encontra obrigado a promulgar ou assinar o diploma. Na verdade, em tais casos, a promulgação ou assinatura constituem uma mera faculdade, e não um acto vinculado.

Quanto às decisões de não inconstitucionalidade proferidas em sede de fiscalização preventiva, há que assinalar, em primeiro lugar, que elas impedem o Presidente da República ou o Ministro da República de exercerem o veto por inconstitucionalidade, constituindo-os na obrigação de, dentro dos prazos constitucionalmente estabelecidos, promulgarem ou assinarem o diploma, ou exer-

(45) CRP, art.º 279.º n.º 2.

(46) CRP, art.º 279, n.º 2, *in fine*.

cerem o veto político, cujas consequências são, aliás, diferentes das do veto por inconstitucionalidade (47).

Tais decisões, todavia, não precluem a possibilidade de nova apreciação judicial da constitucionalidade da norma, em sede de fiscalização sucessiva, conforme o Tribunal já teve ocasião de afirmar (48).

3.3. Vinculatividade das decisões na fiscalização abstracta sucessiva

Nos termos do preceituado no artigo 281.º da Constituição, as declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de fiscalização abstracta sucessiva gozam de *força obrigatória geral*.

Esta força obrigatória geral não pode deixar de significar que a expurgação da norma do ordenamento jurídico, assim decidida pelo Tribunal, vincula directa e automaticamente todas as entidades públicas e privadas, incluindo os restantes tribunais, sem necessidade de qualquer outro acto jurídico mediador, designadamente de natureza legislativa.

Nestes termos, se porventura uma norma for declarada inconstitucional com força obrigatória geral, sem qualquer restrição de efeitos, todos os processos e recursos de inconstitucionalidade pendentes, devem ser decididos em conformidade com a declaração de inconstitucionalidade, tal como se entendeu, por exemplo, nos Acórdãos n.ºs 27/86 e 28/86.

Já, pelo contrário, as decisões de não inconstitucionalidade apenas fazem *caso julgado formal*, porquanto nem sequer têm força de *caso julgado material*, na medida em que não impedem que o mesmo requerente volte a solicitar ao Tribunal a apreciação da constitucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional.

Com efeito, o Tribunal tem afirmado sem equívocos que «as únicas decisões capazes de precluírem a possibilidade de nova apreciação judicial da constitucionalidade de uma norma são as que, sendo proferidas em sede de fiscalização

(47) CRP, art.º 139.º.

(48) CRP, Acórdãos n.ºs 66/84 e 85/85.

abstracta sucessiva, declaram a sua inconstitucionalidade» (49) e que «no caso de acórdãos que não se pronunciem pela inconstitucionalidade, o Tribunal não fica impedido de voltar a pronunciar-se sobre a mesma matéria, quer o acórdão tenha sido produzido em fiscalização preventiva, quer também o tenha sido em fiscalização sucessiva». (50)

Tais afirmações assentam na convicção de que tal «decorre directamente da natureza do controlo da constitucionalidade, que consiste em apreciar e declarar (ou não) a *inconstitucionalidade*, e não em declarar a *constitucionalidade* «e de que, por isso, as únicas decisões do Tribunal», em matéria de controlo da constitucionalidade que impedem que a questão venha a ser novamente apreciada são as que, em fiscalização sucessiva abstracta, *declarem a inconstitucionalidade*; mas aí pela simples razão de que então as normas deixam de vigorar, desaparecendo portanto a possibilidade de virem a ser de novo fiscalizadas».

Mais duvidosa se afigura a questão de saber se, face a uma decisão de não inconstitucionalidade, em fiscalização abstracta sucessiva, não ficarão, pelo menos, as autoridades públicas, salvo os tribunais, vinculadas a aplicar a norma — e isto, mesmo que se entenda que, em certos casos, lhes é legítimo desaplicar normas com fundamento na respectiva inconstitucionalidade.

3.4. Vinculatividade das decisões na fiscalização concreta

Em fiscalização concreta, a decisão do Tribunal Constitucional faz caso julgado no processo quanto à questão de inconstitucionalidade suscitada. (51)

Assim, se a decisão for de inconstitucionalidade, não pode a norma ser aplicada no processo em causa, quer pelo tribunal *a quo*, quer por qualquer outro tribunal que o venha ainda a apreciar. Se, pelo contrário, a decisão for de não inconstitucionalidade, não pode a norma deixar de ser aplicada no processo, com fundamento na sua inconstitucionalidade.

(49) Cfr, Acórdão n.º 66/84.

(50) Cfr. Acórdão n.º 85/85.

(51) LTC, art.º 80.º n.º 1.

Em qualquer caso, porém, a vinculatividade da decisão é restrita ao processo em que tenha sido proferida. Fora dele, por isso, não faz sequer caso julgado *inter partes*; e muito menos vincula o Tribunal quanto às decisões que haja de proferir, futuramente, sobre questões idênticas, em fiscalização concreta ou em fiscalização abstracta.

Todavia, as decisões de inconstitucionalidade proferidas em fiscalização concreta não são totalmente desprovidas de qualquer reflexo, fora do processo em causa.

Efectivamente, por um lado, a decisão de inconstitucionalidade de uma norma constitui o Ministério Público na obrigação de interpor recurso para o Tribunal Constitucional sempre que ela venha a ser aplicada em qualquer outro processo. (52) E, por outro lado, sempre que uma norma haja sido julgada inconstitucional pelo Tribunal em três casos concretos, pode qualquer dos seus juízes ou o Ministério Público promover a apreciação da mesma norma em sede de fiscalização abstracta sucessiva, para efeito de declaração da sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral. (53)

3.5. Vinculatividade das decisões na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

Em sede de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, as decisões do Tribunal são meramente verificativas, conforme já se referiu.

Assim, mesmo as decisões de inconstitucionalidade são desprovidas de qualquer efeito vinculativo. É bem verdade que, em tais casos, se pode dizer que o legislador se encontra *vinculado* a legislar; mas, de facto, tal vinculação resulta directamente da imposição constitucional para o efeito, e não da decisão do Tribunal, a qual não desencadeia, *ipso facto*, qualquer processo legislativo.

(52) CRP, art.º 280..º n.º 5.

(53) CRP, art.º 281.º, n.º 2; LTC, art.º 82.º.

4. Eficácia temporal das decisões

4.1. *Âmbito da questão*

A questão da eficácia temporal das decisões do Tribunal apenas é relevante nas decisões de inconstitucionalidade proferidas em fiscalização abstracta sucessiva.

É que, por definição, o problema não se levanta nem na fiscalização preventiva nem na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Quanto à fiscalização concreta, o juízo de inconstitucionalidade repercute-se somente no caso dos autos e, nos termos da Constituição e da lei, o Tribunal não dispõe aí de competência para restringir os efeitos da sua decisão; na verdade, é princípio geral que, nos feitos submetidos a julgamento, nenhum tribunal possa aplicar normas inconstitucionais. pelo que se compreende que, uma vez julgada a norma inconstitucional, a sua não aplicação ao caso concreto constitua uma consequência automática e directa daquele juízo.

A eficácia temporal das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral — ou seja, das decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de fiscalização abstracta sucessiva — encontra-se expressamente prevista, em termos algo complexos, no artigo 282.º da Constituição. Resulta deste artigo que, antes de mais, há que distinguir entre os efeitos gerais normais e a ampliação ou restrição de efeitos que o Tribunal pode efectuar.

Até ao momento, o Tribunal proferiu trinta e cinco acórdãos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, sendo um em 1983, oito em 1984, sete em 1985 e dezanove em 1986. Deste total de trinta e cinco acórdãos, o Tribunal procedeu à restrição de efeitos em nove — um em 1983, dois em 1984, três em 1985 e três em 1986; como, no entanto, noutros dois declarou inconstitucionalidades parciais *ratione temporis* ⁽⁵⁴⁾, pode concluir-se que acabaram por ter efeitos restritos quase um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

4.2. *Efeitos gerais normais*

a) *Eficácia «ex tunc» e reprivatização*

A declaração de inconstitucionalidade tem carácter declarativo e produz efeitos *ex tunc*, isto é, desde a origem da inconstitucionalidade.

(54) Cfr. *supra*, 2,2 b).

Se se tratar de inconstitucionalidade *originária*, a declaração de inconstitucionalidade «produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado» (55)

Se se tratar de inconstitucionalidade *superveniente*, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor da norma constitucional infringida (56) e, por isso, nunca provoca a repristinação.

O carácter retroactivo — ou melhor, *ex tunc* — da declaração de inconstitucionalidade determina que haja, em muitos casos, interesse jurídico relevante na apreciação e declaração da inconstitucionalidade de normas entretanto já revogadas. Na verdade, já se entendeu que ele podia estar na repristinação das normas por sua vez revogadas pelas normas inconstitucionais e, de todo o modo, a não existir a declaração de inconstitucionalidade, sempre as normas inconstitucionais poderiam ser aplicáveis às situações jurídicas anteriores à sua revogação (57).

A repristinação só ocorre quando a inconstitucionalidade seja originária, e obviamente apenas na medida em que a norma declarada inconstitucional tiver revogado alguma norma anterior. Mas é um efeito de produção automática, pelo que não tem de ser decidido expressamente pelo Tribunal, nem tão-pouco este tem de declarar quais sejam as normas repristinadas.

O Tribunal já se pronunciou inequivocamente no sentido de que pode restringir os efeitos da repristinação, e assim o fez, em matéria penal, para evitar a aplicação das normas repristinadas durante o período de vigência das normas declaradas inconstitucionais (58). Todavia, ainda não se pronunciou especificamente sobre a questão de saber se pode conhecer da eventual inconstitucionalidade das normas repristinadas, quer para o efeito de declarar essa inconstitucionalidade, quer apenas para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em termos de, em tal caso, impedir a repristinação.

(55) CRP, art.º 282.º, n.º 1.

(56) CRP, art.º 282.º, n.º 2.

(57) Cfr. art.º Acórdãos n.ºs 56/84, 91/85 e 177/86.

(58) Cfr. Acórdão n.º 56/84.

b) Ressalva dos casos julgados e situações jurídicas consolidadas.

A Constituição consagra expressamente a ressalva dos casos julgados, ⁽⁵⁹⁾ como excepção à eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, operando essa ressalva autónoma e automaticamente, sem necessidade de declaração explícita, caso a caso, por parte do Tribunal.

A regra da eficácia *ex tunc* é, assim, delimitada negativamente pelo princípio da intangibilidade do caso julgado, pelo que as decisões judiciais já transitadas que hajam aplicado a norma declarada inconstitucional não são objecto de revisão, em consequência dessa declaração.

O conceito de caso julgado não se encontra constitucionalmente definido, pelo que se suscitam dúvidas, desde logo, sobre a questão de saber se ele abrange tão-só o *caso julgado judicial* ou também o denominado *caso julgado administrativo*, isto é, aquelas decisões administrativas que se consolidaram definitivamente, por já não serem juridicamente susceptíveis de impugnação contenciosa. E mais problemática ainda é a extensibilidade da ressalva a outras *situações jurídicas consolidadas*, v.g. por prescrição, caducidade ou cumprimento da obrigação.

Se a doutrina nacional não é uniforme na resposta dada a estas diversas questões, a verdade é que a jurisprudência do Tribunal também não é muito esclarecedora.

Com efeito, nesta matéria, a posição do Tribunal tem sido, essencialmente, a de assumir uma jurisprudência de cautelas, feita em função da possibilidade de restringir os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. E se, em certos casos, tendo em conta os efeitos restringidos, o Tribunal parece ter entendido que a ressalva dos casos julgados não abrangia, pelo menos, todas as situações jurídicas consolidadas, a verdade é que esses casos não são determinantes para definir uma jurisprudência clara e uniforme.

Assim, por exemplo, no Acórdão n.º 142/85, quando, a certo momento, tinha de se pronunciar sobre as consequências a extraír de uma declaração de inconstitucionalidade proferida ainda pelo Conselho da Revolução, não foi sem dúvidas que o Tribunal partiu do princípio de que no direito português a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade de uma norma se traduzia na ineficácia,

⁽⁵⁹⁾ CRP. art.º 282.º, n.º 3.

também retroactiva, dos actos praticados à sua sombra, ou seja, na respectiva *invalidade sucessiva*.

Todavia, o Tribunal reconheceu que esse resultado estava na lógica da declaração de invalidade da norma, isto é, do reconhecimento da sua inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, porquanto, com tal invalidação, aqueles actos deixavam de ter fundamento legal desde o momento em que ela operava. Mas logo acrescentou que «podendo a *invalidação* de actos administrativos, em consequência da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que lhes serviu de fundamento, ocorrer a todo o tempo, é logo extremamente duvidoso» que devam transportar-se para aí os aspectos do regime de invalidação que têm de fazer-se funcionar em prazo limitado, como é o caso do recurso contencioso de anulação; por isso, não considerou atingidas pela referida declaração de inconstitucionalidade certas situações já insusceptíveis de serem atacadas contenciosamente.

Já no Acórdão n.º 80/86 se entendeu de forma mais afirmativa que «sendo a norma nula desde a origem, por força de inconstitucionalidade, tornam-se igualmente inválidos não somente os efeitos directamente produzidos por ela (e daí a reposição em vigor de normas que haja revogado), mas também os actos jurídicos praticados ao seu abrigo (actos administrativos, negócios jurídicos, etc.)». Todavia, quando se restringiram os efeitos da declaração de inconstitucionalidade — no caso, para salvaguardar remunerações entretanto percebidas por funcionários — sublinhou-se que se podia sustentar que, «mesmo na ausência dessa restrição, aqueles direitos sempre seriam salvaguardados».

Todavia, da análise dos acórdãos em que se pronunciou sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade resulta que, muito embora propendendo claramente no sentido de a declaração de inconstitucionalidade afectar, em regra geral, a validade dos actos praticados ao abrigo da norma inconstitucional, o Tribunal não extrai tão facilmente igual conclusão no que se refere, por exemplo, aos actos administrativos constitutivos de direitos já insusceptíveis de impugnação contenciosa.

E o mesmo se diga das decisões em que se procedeu à restrição de efeitos, porquanto o que delas se pode concluir *a contrario sensu*, e para além da já referida regra geral da invalidação sucessiva dos actos entretanto praticados, é que o Tribunal, pelo menos, não considera como automaticamente ressalvadas as situações decorrentes do cumprimento voluntário da obrigação.

De facto, na grande maioria dos casos, o Tribunal ou ressaltou todos os efeitos produzidos, não procedendo a qualquer distinção, ou limitou-se a restringir a eficácia da declaração de modo a ressaltar essas situações; pelo contrário, só muito excepcionalmente restringiu a eficácia da declaração de forma a serem ressaltadas outras situações jurídicas presumivelmente já consolidadas.

4.3. *Ampliação e restrição dos efeitos da inconstitucionalidade*

A Constituição prevê que o Tribunal possa, em certos casos, e dentro de certos limites, afastar a regra da ressalva dos casos julgados, «quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido» (60). Em tais hipóteses, portanto, fica à discricionariedade do Tribunal decidir se a declaração de inconstitucionalidade da norma implica a revisão das sentenças ou decisões *condenatórias* que a hajam aplicado, em homenagem ao princípio do tratamento mais favorável do arguido; mas esta consequência há-de ser expressamente determinada pelo Tribunal — o que ainda não aconteceu — aquando da decisão de inconstitucionalidade, não operando, pois, *ipso jure*.

Por outro lado, o Tribunal pode restringir os efeitos gerais normais da declaração de inconstitucionalidade, «quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem». (61)

Esta faculdade de restrição de efeitos, tem-na o Tribunal entendido como permitindo-lhe protelar o início da produção de todos ou de parte dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como afastar total ou parcialmente a ripristinação, ainda que *ratione temporis*.

Quanto ao protelamento do início da produção de efeitos, a doutrina maioritária inclina-se no sentido de o Tribunal poder protrair esse início até ao ponto de determinar a mera eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, mas de já não poder, em contrapartida, determinar a manutenção provisória em vigor da norma declarada inconstitucional, fixando um prazo para a sua

(60) CRP. art.º 282.º, n.º 3, *in fine*.

(61) CRP. art.º 282.º, n.º 4.

cessação de vigência. E o Tribunal, na verdade, nunca ousou ir tão longe, muito embora já tenha, mais de uma vez, declarado «a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* ou, mais precisamente, com efeitos a partir da publicação» do acórdão (62).

No Acórdão n.º 272/86, sintetizando-se anterior jurisprudência do Tribunal, reconheceu-se que «a restrição dos efeitos é susceptível de comportar uma mera referência temporal (durante o período de tempo ressalvado, é mantido o influxo da norma inconstitucionalizada sobre *todas* as situações jurídicas com ela conexas) ou envolver ainda uma indicação categorizadora (a cristalização do influxo da norma, em tal período, abarcará só *algumas* dessas situações).

Em várias decisões, o Tribunal limitou materialmente a restrição da eficácia temporal da decisão, de forma a salvaguardar apenas certas situações entretanto constituídas (63). Na maioria dos casos, tratou-se tão-só de evitar que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* pudesse pôr em causa obrigações já cumpridas, por aplicação do princípio geral da *repetição do indevido*.

No Acórdão n.º 56/84, o Tribunal restringiu os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade de certas normas que qualificavam e puniam determinados actos ilícitos de forma mais favorável aos arguidos, de forma a evitar que pudessem ser punidos pela legislação menos favorável aqueles que tivessem praticado os actos entre a data da entrada em vigor da legislação mais favorável e a data da sua cessação de vigência. Houve, assim, uma mera restrição parcial, *ratione temporis*, da eficácia repristinatória da declaração de inconstitucionalidade, em obediência ao princípio do tratamento mais favorável do arguido.

Quanto às razões ou pressupostos da restrição, seis acórdãos em que se operou essa restrição fundam-se na segurança jurídica, enquanto dois invocam razões de interesse público de excepcional relevo e apenas um faz apelo a razões de equidade.

A propósito da restrição de efeitos com fundamento em razões de segurança jurídica, o Acórdão n.º 272/86 salienta que «ao declarar a inconstitucionalidade

(62) Cfr. Acórdão n.º 92/85.

(63) Cfr. v.g. Acórdãos n.ºs 92/84, 91/85, 80/86.

de uma norma com força obrigatória geral, o Tribunal Constitucional contribui para o reequilíbrio do sistema jurídico. Mas, ao mesmo tempo, e quase paradoxalmente, há que reconhecê-lo, o exercício dessa mesma competência constitui um factor de incerteza e insegurança do direito», pelos reflexos que provoca sobre as relações jurídicas que nasceram, evoluíram ou se extinguiram à sombra da norma declarada inconstitucional. Nessa ordem de ideias, a limitação de efeitos surgiria como um meio de atenuar os riscos de incerteza e insegurança consequentes à declaração de inconstitucionalidade, muito embora não devesse ser tanto na perspectiva da «segurança do direito em si mesmo», mas antes da «segurança através do direito» que haveria de se interpretar o art.º 282.º, n.º 4, pelo que não bastaria para justificar a limitação de efeitos que a declaração de inconstitucionalidade envolvesse uma certa incerteza para o mundo do direito e para a vida social dele dependente, sendo necessário, pelo contrário, que existisse uma investida de grau elevado contra a segurança jurídica.

Assinale-se que sempre que a restrição de efeitos se funda em interesse público de excepcional relevo — o que pressupõe, necessariamente, a formulação de um juízo político e já não estritamente jurídico — tem o Tribunal de fundamentar essa sua decisão.

Problemática é a questão de saber — como tem sido sustentado em várias declarações de voto — se a restrição de efeitos tem natureza manifestamente excepcional e, por isso, as razões que a justificam não são susceptíveis de qualquer interpretação extensiva; e se, pelos mesmos motivos, não é admissível a restrição dos efeitos quando a inconstitucionalidade seja *flagrante*.

5. Os poderes dos órgãos da justiça constitucional na determinação do conteúdo e efeitos das suas decisões

5.1. Pré-determinação constitucional ou legal e autonomia do Tribunal

Apesar dos desenvolvimentos naturalmente introduzidos pela jurisprudência do Tribunal, a verdade é que a Constituição e a lei regulam a matéria respeitante ao conteúdo e efeitos das decisões do Tribunal Constitucional, de forma assaz mais minuciosa do que o que acontece noutros ordenamentos jurídicos.

Com efeito, e como vimos, não foi necessário qualquer criação jurisprudencial para, designadamente, se concluir no sentido de que o objecto de fiscalização da constitucionalidade são as normas jurídicas e não os diplomas que as contêm; se admitir a existência de decisões interpretativas na fiscalização concreta; se reconhecer a eficácia *erga omnes* das declarações de inconstitucionalidade proferidas em fiscalização abstracta sucessiva; se atribuir, em princípio, eficácia *extunc* e respristinatória a essas declarações de inconstitucionalidade; se distinguir a inconstitucionalidade originária de inconstitucionalidade superveniente; e, finalmente, se conceder ao Tribunal Constitucional a faculdade de, em certos casos, modelar a eficácia temporal das suas decisões.

Mas pelo contrário, já foi através de desenvolvimento jurisprudencial, muitas vezes baseado na experiência de Tribunais Constitucionais estrangeiros, que, por exemplo, se desenhou o tipo de inconstitucionalidade parcial e, dentro desta, se destacaram os sub-tipos da inconstitucionalidade parcial horizontal e da inconstitucionalidade parcial vertical; se declarou a inconstitucionalidade parcial *ratione temporis* de certas normas, se alargou a figura da decisão interpretativa à fiscalização abstracta; se fez uso de decisões integrativas; se procedeu, nalguns casos, à limitação da eficácia respristinatória; e, por último, se concretizaram os contornos dos pressupostos da limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

5.2. *O âmbito, os limites e o significado dos poderes do Tribunal Constitucional*

a) Face ao poder legislativo

Relativamente ao poder legislativo, cumpre reafirmar, em primeiro lugar, que todos os tribunais podem e devem recusar a aplicação das normas que julguem inconstitucionais.

Todavia, o Tribunal Constitucional dispõe, em particular, de amplísimos poderes relativamente ao poder legislativo, poderes que são especialmente significativos no que se refere à fiscalização preventiva e à fiscalização abstracta sucessiva.

Assim, recorde-se que o Tribunal pode impedir a promulgação ou assinatura de qualquer diploma legislativo, desde que se pronuncie pela inconstitucionalidade de qualquer das suas normas, e que o próprio Parlamento, conquanto lhe seja legítimo confirmar o diploma por maioria qualificada de dois terços, não pode, em tal caso, impor ao Presidente da República a sua promulgação. Mais, ainda que essa promulgação se verifique, tal não preclui a possibilidade de o Tribunal vir *a posteriori* a declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de qualquer norma constante do diploma em causa.

Assinale-se, ainda, que a fiscalização preventiva envolve, muitas vezes, uma particular delicadeza no que se refere às relações entre o Tribunal e o poder legislativo, porquanto se efectua num momento em que se encontra ainda muito presente o debate político sobre a matéria a que respeitam as normas sujeitas à apreciação do Tribunal.

Mas os poderes do Tribunal são ainda mais vastos em sede de fiscalização abstracta sucessiva, não só porque pode declarar a inconstitucionalidade de qualquer norma com força obrigatória geral, mas também porque dispõe, como se viu, de amplísimos poderes no que se refere à fixação dos efeitos das respectivas decisões.

No entanto, ao Tribunal só compete apreciar a questão da inconstitucionalidade, estando-lhe vedado dar indicações ao legislador sobre o sentido e a forma como deve legislar ou o momento em que lhe cabe fazê-lo; e tão-pouco lhe compete pronunciar-se sobre a forma de preenchimento das lacunas que eventualmente resultem do seu juízo de inconstitucionalidade. Aliás, mesmo quando haja verificado a existência de inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal não dispõe de poderes para desencadear ou ordenar o desencadeamento do processo legislativo ou para sugerir ao legislador o conteúdo das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

b) Face aos tribunais em geral

As decisões do Tribunal Constitucional prevalecem sobre as de todos os outros tribunais, pelo que há-de ser considerado o órgão de topo da hierarquia dos tribunais.

Aliás, cabe-lhe em exclusivo determinar quais as concretas matérias da sua competência — ou seja, delimitar em cada caso concreto a sua competência face à dos restantes tribunais, os quais, também aí, têm de acatar as decisões do Tribunal Constitucional. (64)

A expressão mais evidente da prevalência das decisões do Tribunal Constitucional encontra-se na fiscalização concreta, não só na medida em que se lhe confere a faculdade de confirmar ou revogar as decisões proferidas por qualquer outro tribunal, mas também enquanto se lhe atribui o poder de fixar a interpretação com que certa norma há-de ser aplicada no processo em causa.

E também não se deve deixar de assinalar que as decisões dos restantes tribunais em matéria de inconstitucionalidade são sempre susceptíveis de recurso para o Tribunal Constitucional, recurso que, em muitos casos, é obrigatório para o Ministério Público.

Mas igualmente significativo é o poder — aliás, já exercido — de declarar a inconstitucionalidade de Assentos, isto é, de decisões do Supremo Tribunal de Justiça em que, com força obrigatória geral, se uniformiza a jurisprudência, fixando-se a interpretação autêntica de determinada norma.

Finalmente, não se pode ignorar que, apesar de uma certa desconfiança com que foi recebido por uma parte da magistratura judicial, a verdade é que a jurisprudência do Tribunal tem tendência a impor-se na prática, por via de precedente, ainda quando as suas decisões não dispõem de força obrigatória geral. Isto, todavia, não invalida que, designadamente as decisões de não inconstitucionalidade proferidas em fiscalização abstracta sucessiva não vinculem os restantes tribunais, os quais continuam a julgar com inteira liberdade as questões de inconstitucionalidade nelas tratadas.

c) Face aos tribunais internacionais ou supranacionais

Não existe, até ao momento, qualquer experiência relativamente às relações entre o Tribunal Constitucional e os tribunais internacionais ou supranacionais, designadamente no que se refere a eventuais conflitos de competência ou colisão de jurisprudência.

(64) Cfr. Acórdão n.º 316/85.

Todavia, no caso de o Tribunal se vir a considerar competente para conhecer da desconformidade das normas internas com tratados internacionais em matéria de Direitos do Homem, não é de excluir que se possa verificar uma eventual divergência entre a jurisprudência do Tribunal Constitucional e a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A questão, porém, ainda se não colocou e caso venha a ser colocada, não é claro qual o meio de a superar.

Também não se verificou até ao momento qualquer caso em que o Tribunal tivesse de pronunciar-se sobre a questão de saber se lhe compete apreciar da conformidade das normas internas com os tratados constitutivos das Comunidades Europeias ou com as normas emanadas dos respectivos órgãos competentes que devam vigorar directamente na ordem jurídica portuguesa, bem como da conformidade destas últimas normas com a Constituição (65).

(65) Cfr. *supra*, 1.1.4..

COUR CONSTITUTIONNELLE
DU
PORTUGAL

**LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
DANS LE CADRE DES FONCTIONS
DE L'ETAT**

*Elaboré par le
Conseiller*
LUÍS NUNES DE ALMEIDA

1. Introduction

1.1 Organes de la justice constitutionnelle

a) Les tribunaux en général

Le système portugais de contrôle de la constitutionnalité réunit des caractéristiques propres aux systèmes de *judicial review* et aux systèmes de contrôle concentré, dans une combinaison dont la spécificité se révèle dès lors dans le fait que tous les tribunaux constituent de vrais organes de la justice constitutionnelle en dépit de l'existence d'une Cour constitutionnelle.

En effet, conformément à l'article 207 de la Constitution «dans les affaires soumises à jugement, les tribunaux ne pourront pas appliquer de normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou violent des principes qui y sont consacrés», pour ce qu'il est permis à tous les tribunaux de refuser l'application de normes juridiques au motif de leur inconstitutionnalité, ce qu'ils doivent, d'ailleurs, obligatoirement faire toutes les fois qu'ils formulent un tel jugement sur ces normes.

C'est-à-dire que dans le système portugais il appartient aux tribunaux de tout ordre (judiciaires, administratifs, militaires, etc.) de vérifier la conformité constitutionnelle des règles de droit applicables au cas concret et, s'ils les jugent non conformes, de les désappliquer en vertu de leur incompatibilité avec la Loi fondamentale.

Ainsi, peut-on sûrement affirmer qu'au Portugal tous les tribunaux sans exception sont des organes de la justice constitutionnelle.

Toutefois, cette circonstance n'invalide pas qu'il existe un tribunal spécialement qualifié pour apprécier et juger les questions d'inconstitutionnalité, non

seulement en fonctionnant comme tribunal de recours, lorsque ces questions aient été soulevées dans les procès se déroulant devant les autres tribunaux (contrôle concret), mais aussi en procédant au contrôle abstrait de la constitutionnalité: la Cour constitutionnelle, (*Tribunal Constitucional*).

b) La Cour Constitutionnelle

La Cour constitutionnelle est composée de treize juges, désignés pour une durée de six ans renouvelable, dont dix sont élus à la majorité qualifiée des deux tiers par l'Assemblée de la République et les trois autres cooptés par les premiers.

Trois des juges élus par l'Assemblée et les trois juges cooptés sont obligatoirement choisis parmi les juges des autres tribunaux, les autres parmi les juristes (1).

Les compétences conférées à la Cour constitutionnelle par la Constitution et par la loi ne se bornent pas au contrôle de la constitutionnalité dans ses diverses modalités.

Outre qu'elle est également compétente pour contrôler la compatibilité de toute norme avec les statuts des régions autonomes, ainsi que la compatibilité des normes émanées des organes propres à ces régions avec les lois générales de la République (2), il appartient aussi à la Cour d'importantes fonctions comme suprême tribunal en matière électorale (3) et comme organe de contrôle de la constitutionnalité et de la légalité des référendums locaux (4). Et c'est toujours la Cour constitutionnelle qui vérifie également, par exemple, la perte de la charge et qui déclare l'incapacité physique permanente du Président de la République (5).

(1) Constitution de la République Portugaise (CRP), art. 284.

(2) CRP, arts. 277 et suiv..

(3) Loi 28/82, du 15 Novembre, portant sur «Organisation, fonctionnement et processus de la Cour Constitutionnelle» (LTC) arts. 92 et suivu.

(4) CRP, art. 213, n.º 2, d).

(5) CRP, art. 213, n.º 2, a) et b).

Pour son indépendance, pour la systématique de son insertion constitutionnelle — chapitre concernant l'organisation des tribunaux — et pour le statut de ses juges, on peut conclure que la Cour constitutionnelle est indiscutablement un tribunal au même titre qu'un autre. Mais, on peut aussi affirmer qu'elle constitue un organe constitutionnel présentant d'importantes spécificités relativement aux autres tribunaux, notamment en raison des compétences qu'elle a, de l'attention spéciale que la Constitution lui voue, de la forme de désignation de ses membres.

En tous cas, on doit signaler qu'outre toutes les autres importantes fonctions qui lui sont attribuées, le cerne de l'activité et de la propre raison d'être de la Cour constitutionnelle est lié au contrôle de la constitutionnalité par les diverses voies prévues par la Loi fondamentale.

1.2. Modalités et voies procédurales du contrôle de la constitutionnalité

a) Contrôle préventif

Le contrôle préventif de la constitutionnalité s'exerce dans une phase antérieure à celle de la conclusion du processus de formation de l'acte normatif concerné et il ne peut être demandé que par le Président de la République ou par les Ministres de la République pour les Régions autonomes, selon les cas, et seulement en relation avec des normes contenues dans des textes de la plus élevée hiérarchie formelle.

Ainsi, le Président de la République peut demander à la Cour constitutionnelle l'appréciation préventive de la constitutionnalité des normes contenues dans des conventions internationales dont l'approbation soit soumise à sa ratification ou à sa signature, aussi bien que de celles qui soient contenues dans des textes ayant force de loi soumis à sa promulgation (lois de l'Assemblée de la République et décrets-lois du Gouvernement) (6).

De leur côté, les Ministres de la République peuvent demander l'appréciation préventive de la constitutionnalité des normes contenues non seulement dans les décrets législatif régionaux, mais aussi dans certains décrets réglementaires

(6) CRP, art. 278, n.º 1.

régionaux — précisément ceux qui visent réglementer les lois générales de la République et qui, pour cela, tel que les décrets législatifs régionaux, sont de l'exclusive compétence des assemblées régionales (7).

Le contrôle préventif doit être demandé dans un délai très court — cinq jours — et décidé par la Cour dans un délai également court — vingt jours — lequel, en cas d'urgence, peut être encore abrégé (8).

b) Contrôle abstrait successif

Le contrôle abstrait successif de la constitutionnalité est exercé par la Cour constitutionnelle à la requête de certaines entités, indépendamment du jugement d'un cas concret auquel la norme soit éventuellement applicable.

Ce type de contrôle exercé à titre principal (action d'inconstitutionnalité), qui peut aboutir à la déclaration d'inconstitutionnalité de toute norme avec force obligatoire générale, ne se vérifie qu'à la requête du Président de la République, du Président de l'Assemblée de la République, du Premier Ministre, du «Provedor de Justiça» (*Ombudsman*), du Procureur-Général de la République, d'un dixième des Députés à l'Assemblée de République, ainsi que des assemblées régionales ou des présidents des gouvernements régionaux des Régions autonomes, mais, dans ces cas, seulement lorsqu'invocée la violation des droits de ces régions (9).

On doit souligner, d'une part, que la Loi fondamentale a exclu la possibilité d'une action populaire d'inconstitutionnalité, intentée par un citoyen ou par un groupe de citoyens, en confiant, peut-être, qu'il suffirait de conférer l'initiative de la procédure au «Provedor de Justiça» en tant qu'entité spécialement qualifiée pour veiller aux droits fondamentaux de ces mêmes citoyens. Et, d'autre part, qu'elle a voulu sauvegarder les droits des minorités politiques, en permettant que la procédure puisse être ouverte à la requête d'un nombre relativement réduit de Députés.

(7) CRP, art. 278, n.º 2; Sur les attributions des Ministres de la République: CRP, art. 232.

(8) CRP, art. 278, n.ºs 3 et 4.

(9) CRP, art. 281.

c) *Contrôle concret*

Au contraire de ce qui arrive avec les autres modalités de contrôle de la constitutionnalité, il n'existe pas, au Portugal, un système de contrôle concentré dans le cadre du contrôle concret.

En effet, dans le cadre du contrôle concret, il nous apparaît un système de contrôle juridictionnel diffus, exercé par tous les tribunaux et non seulement par la Cour constitutionnelle.

Ce type de contrôle, qui survient à titre incident à propos du jugement d'une affaire déterminée, peut être mis en branle par quelqu'une des parties dans le procès ou, d'office; par le tribunal de la cause.

Toutefois, si les tribunaux en général sont compétents pour apprécier et décider les questions d'inconstitutionnalité soulevées à propos de l'application d'une certaine norme au cas concret qui est soumis à leur jugement, il est vrai que l'on peut toujours saisir la Cour constitutionnelle de ces décisions.

Ainsi, peut-on saisir la Cour constitutionnelle des décisions des tribunaux qui refusent l'application d'une norme en raison de son inconstitutionnalité, appliquent une norme dont l'inconstitutionnalité ait été soulevée au cours du procès ou, encore, appliquent une norme antérieurement jugée inconstitutionnelle par la propre Cour constitutionnelle (10).

Dans les cas de refus d'application des normes contenues dans une convention internationale, dans un acte législatif ou dans un décret réglementaire, ainsi que dans les cas d'application d'une norme antérieurement jugée inconstitutionnelle, le recours est obligatoire pour le Ministère Public (11).

Mais, vu que le recours est, dans tous les cas, restreint à la question d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle le défère, se limite à révoquer la décision appelée et à ordonner au tribunal *a quo* de la réformer en la remplaçant par une autre où l'on décide en conformité avec le jugement ayant été proféré par la Cour constitutionnelle sur la question d'inconstitutionnalité.

(10) CRP, art. 280, n.ºs 1 et 5. Cf aussi LTC, art. 70, n.º 1, g), selon lequel on peut encore saisir la Cour constitutionnelle des décisions qui appliquent une norme déjà antérieurement jugée inconstitutionnelle par la Commission Constitutionnelle (organe qui, en quelque manière, a précédé la Cour constitutionnelle).

(11) CRP, art. 280, n.º 2 et 5.

Enfin, on doit signaler que tandis que dans les autres types de contrôle de la constitutionnalité la compétence pour décider est toujours déferée à la séance plénière de la Cour, dans le cadre du contrôle concret, les recours sont jugés en section (12). À cet effet, il existe deux chambres non spécialisées, chacune étant composée du Président de la Cour, qui siège et préside à toutes les deux, et de six autres juges (13).

d) Contrôle de l'inconstitutionnalité par omission

Le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission est, parmi les modalités de contrôle qui existent au Portugal, la plus rare en termes de Droit comparé.

Il n'appartient qu'à la Cour constitutionnelle de vérifier l'existence de ce type d'inconstitutionnalité lorsque la Constitution n'est pas observée par omission des mesures législatives nécessaires pour rendre exécutoires les normes constitutionnelles (14), précisément celles qui exigent la médiation du législateur ordinaire.

L'initiative de la procédure du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission n'appartient qu'au Président de la République et au «Provedor de Justiça» ou, lorsqu'invoquée la violation des droits des régions autonomes, aux présidents des assemblées régionales.

1.3. Domaine et objet du contrôle de la constitutionnalité

a) Lois et autres préceptes juridiques

Dans le système portugais, en principe, seules les normes juridiques sont l'objet du contrôle de la constitutionnalité. Il importe cependant de déterminer si toutes les normes ou seulement celles qui sont contenues dans certains actes normatifs, notamment les lois, peuvent en être l'objet.

(12) LTC, art. 70.

(13) LTC, art. 41.

(14) CRP, art. 283.

Or, au Portugal, la réponse à cette question dépend du type de contrôle.

Ainsi, dans le contrôle préventif concernant, d'ailleurs les normes qui n'intègrent pas encore l'ordre juridique au moment où elles sont appréciées, la règle est que seules les normes contenues dans des actes ayant force de loi (conventions internationales, lois de l'Assemblée de la République, décrets-lois du Gouvernement; décrets législatifs régionaux des assemblées des Régions autonomes) sont soumises au contrôle préventif de la constitutionnalité. Toutefois, comme l'on a déjà dit, cette règle comporte une exception: en effet les décrets régionaux réglementaires des lois générales de la République sont soumis au contrôle préventif de la constitutionnalité, bien qu'ils n'aient pas la nature d'actes législatifs.

Par contre, dans le contrôle successif, soit-il abstrait, soit-il concret, toutes les normes sont soumises au contrôle de la constitutionnalité, quelle que soit la nature de l'acte normatif les contenant.

Ainsi, outre les normes susceptibles d'être soumises au contrôle préventif, les normes contenues dans les décrets réglementaires du Gouvernement ou des organes des Régions autonomes, aussi bien que tout autre règlement d'hierarchie formelle inférieure émané du Gouvernement ou d'un autre organe ou entité ayant pouvoir réglementaire (organe des pouvoirs locaux, etc) sont l'objet du contrôle successif. Mais, comme la Cour a déjà estimé en plusieurs arrêts (15), les «Assentos», c'est-à-dire les décisions interprétatives des tribunaux suprêmes auxquelles la loi confère force obligatoire générale, sont aussi soumis au contrôle successif de la constitutionnalité; et bien qu'il n'existe pas encore de jurisprudence en cette matière, les normes émanées des organisations internationales, dès qu'elles doivent s'appliquer directement dans l'ordre interne, ainsi que les normes contenues dans des conventions collectives de travail, le devront être aussi.

Plus controversée, peut-être, est la question de savoir si les propres lois de révision constitutionnelle sont soumises au contrôle de la constitutionnalité et, en cas affirmatif, en quels termes et sur quels fondements.

(15) Cf. Arrêts n.ºs 40/84, 202/86 et 265/86.

b) Précepte et norme

Le contrôle de la constitutionnalité portant sur des normes, il devient nécessaire de connaître le concept de norme que l'on doit adopter à cet effet.

Étant unanimement convenu que soit les dénommés «actes de gouvernement», soit les actes administratifs, soit les décisions juridictionnelles échappent au contrôle de la constitutionnalité, on ne peut pas quand même considérer comme réglés tous les problèmes.

Ainsi, la Cour a déjà été appelée à se prononcer sur la question de savoir si des préceptes législatifs contenant des actes matériellement administratifs sont soumis au contrôle de la constitutionnalité.

Et, soit dans l'Arrêt n.° 26/85, rendu dans le cadre du contrôle preventif, soit dans l'Arrêt n.° 80/86, rendu dans le cadre du contrôle abstrait successif, la Cour a répondu par l'affirmative à cette question, tout en soulignant que, à l'effet du contrôle de la constitutionnalité, on ne peut partir d'une notion matérielle, doctrinaire et aprioristiquement établie de norme, fondée sur la nécessité de vérification des conditions classiques de la «généralité» et de «l'abstraction».

En rappelant que la pratique constitutionnelle de nos jours dénonce la prolifération du phénomène des «lois-mesure» ou «lois-Providence», la Cour signale qu'il serait manifestement aberrant que telles lois, où il est évident un risque accru de manque de respect envers les règles constitutionnelles, fussent écartées du contrôle de la constitutionnalité. Et elle en part pour la nécessité de s'adopter un concept de norme fonctionnellement ajusté au contrôle de la constitutionnalité, devant embrasser les règles de conduite pour les particuliers et pour l'Administration et les critères de décision pour celle-ci ou pour le juge, tel qu'il en est des préceptes légaux de contenu individuel et concret, lesquels ne peuvent d'ailleurs avoir comme paramètre de validité immédiate que la Constitution elle-même.

Mais, dans le cadre, du contrôle concret, la Cour est allée encore plus loin à la suite de sa propre jurisprudence: ainsi, dans l'Arrêt n.° 150/86, elle en est venue à considérer comme susceptibles de constituer l'objet de contrôle de la constitutionnalité les règles de procédure établies par un tribunal arbitral afin d'être appliquées dans un procès déterminé. Cela, parce qu'elle estime que l'on avait établi des règles de conduite pour les parties et pour le propre Tribunal arbitral et des critères de décision pour ce dernier, étant certain qu'il fallait assurer que le dernier mot sur l'éventuelle inconstitutionnalité des dites règles appartiendrait à la Cour constitutionnelle.

En somme, bien que le contrôle ne porte que sur des *normes*, il est vrai que la Cour élabore ce concept en fonction de ce qu'elle estime être les finalités propres au système de contrôle de la constitutionnalité.

c) Omissions législatives

Il n'existe pas encore de la jurisprudence de la Cour en matière de contrôle de l'inconstitutionnalité par omission.

Toutefois, aux termes constitutionnels, on ne peut prendre en considération que l'omission de mesures législatives, ce qui exclut le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission de tout acte non législatif, notamment de tout acte politique.

Par ailleurs, dans le cadre du contrôle abstrait successif, la Cour a déjà jugé inconstitutionnelle toute norme légale révocatoire qui crée une omission législative rendant inexécutables certaines normes constitutionnelles (16).

1.4 Etalons de contrôle

D'après la propre Loi fondamentale, «sont inconstitutionnelles les normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou les principes qui y sont consacrés».

Il importe cependant de déterminer si seule la violation directe des normes de la Constitution et des principes qui y sont expressément ou implicitement consacrés peut engendrer l'inconstitutionnalité.

Or, sur ce point, il en résulte relativement clair que l'on doit dès lors estimer que la violation de toute norme ou principe matériellement reçus par la Constitution est comparable à la violation de la Constitution elle-même.

Ainsi, outre les lois constitutionnelles antérieures sauvegardées par la propre Constitution (17), on peut demander si l'on ne doit pas également considérer comme étalons de contrôle de la constitutionnalité les normes et les princi-

(16) Cf. Arrêt n.° 39/84.

(17) CRP, arts 216 et 298.

pes de droit international général ou commun, car on ne peut estimer que ces normes et ces principes sont intégrés dans l'ordre juridique ayant valeur constitutionnel⁽¹⁸⁾.

La question de savoir si la violation des dénommées normes interposées entraîne aussi le vice d'inconstitutionnalité se présente comme plus complexe.

En ce qui concerne la violation des dispositions des statuts politico-administratifs des régions autonomes par toute norme, aussi bien que la violation des lois générales de la République par des normes émanées des organes de gouvernement propres à ces régions, le problème trouve une solution expresse dans le texte constitutionnel.

Effectivement, la Loi fondamentale se réfère *ex professo* à ce type «d'inconstitutionnalité indirecte», en la qualifiant d'illegalité, mais en établissant à son égard un système de contrôle identique en tout au système de contrôle de la constitutionnalité, sauf en ce qui concerne le contrôle préventif lequel, dans ce cas, n'existe pas — et les entités qui peuvent déclencher la procédure de contrôle abstrait successif.

Pour ce qui est de l'éventuelle violation de conventions internationales, et vu que l'on estime généralement que celles-ci ont valeur supra-législative, quoique infra-constitutionnelle face au n.º 2 de l'article 8 de la Constitution, la jurisprudence des deux chambres de la Cour est contradictoire.

Ainsi, tandis que la 1^{ère} Section, en successifs et innombrables arrêts⁽¹⁹⁾, a estimé que la violation de toute convention internationale par la loi interne implique l'inconstitutionnalité des normes violatrices et la soumission de celles-ci au contrôle de la constitutionnalité défini dans la Loi fondamentale, la 2^{ème} Section a estimé, sous une forme constante et uniforme aussi⁽²⁰⁾, que le vice qui y éventuellement existe — quoique qualifiable «d'inconstitutionnalité indirecte» — ne peut être connu que par les tribunaux communs, pour ce qu'il n'est pas sujet à la procédure spéciale de contrôle de la constitutionnalité et qu'il échappe, en outre, à la compétence d'appréciation de la Cour constitutionnelle.

Il se peut que cette question se pose dans l'avenir, en cas de violation par la loi portugaise de normes de droit communautaire qui doivent s'appliquer direc-

(18) CRP, art. 8, n.º 1.

(19) Cf. v.g. Arrêts n.ºs 27/84, 62/84, 24/85 et 240/86.

(20) Cf. Arrêts n.ºs 47/84, 88/87 et 252/86.

tement dans l'ordre interne en vertu du n.° 3 de l'article 8 de la Constitution et des traités instituant les Communautés Européennes. Telles qu'elle se pose, d'ailleurs, toutes les fois que la violation d'une norme par une autre implique la violation des normes constitutionnelles qui définissent les relations d'hierarchie entre des actes normatifs, mais ne viole pas autonomement autre disposition constitutionnelle; en fait, lorsque cette violation autonome existe (comme dans les cas où l'on viole non seulement les règles constitutionnelles portant sur l'hierarchie, mais aussi, par exemple, la réserve de compétence législative exclusive de l'Assemblée de la République), la Cour, estime, ici unanimement, qu'il lui appartient de faire fonctionner intégralement le système de contrôle de la constitutionnalité (21).

Il semble être de difficile solution aussi, dans ce champ, l'hypothèse de violation des dispositions réglementaires parlementaires concernant la procédure de formation des actes législatifs, mais sans qu'aucun cas concret n'ait été porté devant la Cour jusqu'au présent.

En tout cas, soit directement, soit indirectement, l'étalon de contrôle de la constitutionnalité est toujours, en dernière analyse, la Constitution, dans la mesure où l'on ne peut admettre d'autres étalons de contrôle que par référence à elle.

2. Contenu des décisions

2.1. *Les types simples ou extrêmes: décisions d'inconstitutionnalité et de non inconstitutionnalité*

La Constitution ne se réfère expressément qu'au contenu et qu'aux effets des décisions qui concluent par l'existence d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire des

(21) Il en va de même lorsqu'un décret-loi edicté à l'abri d'une loi d'autorisation législative ou un décret-loi d'application d'une loi-cadre viole la loi d'autorisation ou la loi-cadre, leur matière étant de l'exclusive compétence parlementaire.

dénommées décisions d'inconstitutionnalité ou décisions positives d'inconstitutionnalité. Et, en prévoyant ces décisions, la Loi fondamentale utilise une terminologie diversifiée, selon le type de procédure de contrôle de l'inconstitutionnalité où elles aient été rendues.

En effet, suivant la terminologie utilisée dans la Constitution, la Cour:

- a) Dans le contrôle préventif, *prononce* l'inconstitutionnalité de la norme; (22).
- b) Dans le contrôle abstrait successif, *déclare* l'inconstitutionnalité de la norme; (23).
- c) Dans le contrôle concret, *juge* inconstitutionnelle la norme; (24).
- d) Dans le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission en *vérifie* l'existence (25).

Cependant, la Constitution ne s'occupe pas spécifiquement des décisions où l'on ne conclue pas par l'inconstitutionnalité, ce qui résulte directement de la nature du système portugais de contrôle de la constitutionnalité. Effectivement, dans ces cas, il ne peut jamais se produire une décision d'inconstitutionnalité, mais seulement une décision de non inconstitutionnalité (ou décision négative de l'inconstitutionnalité), où la Cour seulement:

- a) *Ne prononce pas* l'inconstitutionnalité de la norme, dans le contrôle préventif;
- b) *Ne déclare pas* l'inconstitutionnalité de la norme, dans le contrôle abstrait successif;
- c) *Ne juge pas* inconstitutionnelle la norme, dans le contrôle concret;
- d) *Ne vérifie pas* l'existence de l'inconstitutionnalité par omission, dans ce type de contrôle de l'inconstitutionnalité.

(22) CRP, art. 279, n.ºs 1 et 4.

(23) CRP, art. 280, n.º 5 et 281, n.º 1.

(24) CRP, arts. 280, n.º 5 et 281, n.º 2.

(25) CRP, art. 283, n.º 2.

Toutes les décisions de la Cour revêtent la forme d'Arrêt et, exceptées celles qui sont de nature simplement interlocutoire, sont publiées dans le Journal officiel, *Diário da República*. Toutefois, seules les décisions d'inconstitutionnalité rendues dans les procédures de contrôle préventif ou de contrôle abstrait successif sont publiées dans la 1^{ère} série de ce journal-la plus importante; toutes les autres décisions rendues dans des procédures de contrôle de la constitutionnalité, notamment les décisions de non inconstitutionnalité, sont publiées dans la 2^{ème} série du journal officiel (26).

2.2. *Les types intermédiaires*

a) Décisions interprétatives

Au Portugal, les décisions interprétatives ont leur origine et leur fondement non seulement dans l'application jurisprudentielle du principe de l'interprétation conforme à la Constitution, mais aussi dans une disposition légale expresse (27) quoique restreinte au contrôle concret de la constitutionnalité.

En vérité, aux termes de cette disposition légale, toutes les fois que la Cour ne juge pas inconstitutionnelle une norme, en se fondant sur l'interprétation qu'elle lui donne, cette même norme doit être appliquée avec telle interprétation par les autres tribunaux intervenant dans le procès en cause.

Le nombre de décisions interprétatives rendues par la Cour est relativement faible et bien qu'elles se présentent comme des décisions intermédiaires entre celles d'inconstitutionnalité et celles de non inconstitutionnalité, il est vrai qu'elles revêtent toujours l'une de ces formes.

Dans le cadre du contrôle concret, la Cour a rendu des décisions interprétatives tant sous forme de décisions d'inconstitutionnalité que sous forme de décisions de non inconstitutionnalité. Et elle a également affirmé que, pour faire de l'interprétation conforme à la Constitution, il lui appartient de déterminer les interprétations qu'invalident la norme et celles qui en assurent la stabilité valide

(26) LTC, art. 3.

(27) LTC, art. 80, n.º 3.

dans l'ordre juridique, en jugeant, expressément ou implicitement, que quelques interprétations sont inconstitutionnelles et que d'autres ne le sont pas (28).

Ainsi, dans quelques cas, la Cour n'a pas jugé inconstitutionnelle la norme arguée comme telle devant le tribunal *a quo*, bien qu'elle ne se dispense pas d'être elle-même qui en établit le sens (29). Dans d'autres cas, elle a jugé non inconstitutionnelle la norme appliquée par le tribunal saisi, telle que celle-ci avait été interprété et appliquée par ce dernier, parce qu'elle a estimé que la norme, quoique avec telle interprétation, ne violait pas la Loi fondamentale (30).

Mais la Cour a déjà jugé non inconstitutionnelle une norme, parce qu'elle l'interprète autrement que le tribunal *a quo*, en ordonnant à celui-ci de réformer sa décision, tout en appliquant cette norme avec cet autre sens (31). Et elle a aussi jugé, dans d'autres cas, inconstitutionnelle la norme soumise à son appréciation avec l'interprétation que a été donnée à cette norme par le tribunal saisi (32).

D'ailleurs, dès l'Arrêt n.° 2/84, la Cour a affirmé qu'elle ne peut pas, en tant que dernière instance de recours en matière d'inconstitutionnalité, «être limitée dans ses pouvoirs cognitifs par une décision antérieure non définitive rendue dans le procès concerné par le recours». De fait, — on justifiait dans le dit Arrêt — «cela équivaldrait à lui nier la finalité de garant de la Constitution dans le cadre du contrôle concret», car «pour décider de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité, la Cour devra nécessairement procéder à l'interprétation de la norme dont on prétend attribuer ou écarter l'inconstitutionnalité».

Enfin, il faut signaler que la Cour a déjà également estimé qu'elle peut être saisie des décisions rendues par les autres tribunaux où, à l'abri d'une interprétation conforme à la Constitution, la norme ait été jugée, après tout, inapplicable au cas concret. Cela, parce qu'elle estime que ces situations sont pratique-

(28) Cf. Arrêts n.° 128/84 et 39/86.

(29) Cf. Arrêt n.° 89/84.

(30) Cf. Arrêt n.° 55/85.

(31) Cf. Arrêt n.° 63/85.

(32) Cf. Arrêt n.° 70/85.

ment comparables à celles où l'on a simplement refusé l'application de la norme en raison de son inconstitutionnalité ⁽³³⁾.

Dans les procès de contrôle abstrait, la Cour n'est pas confrontée avec une interprétation de la norme réalisée précédemment par un autre tribunal. C'est pourquoi il est souvent difficile de déterminer exactement quand on est face à une décision interprétative proprement dite, dans la mesure où la Cour procède toujours nécessairement à une interprétation préalable de la norme, afin d'en établir le sens et la portée, avant qu'elle en vérifie la conformité avec la Constitution.

Toutefois, il est évident que la Cour, en plusieurs cas, a hésité entre les deux possibilités qui lui sont offertes, celle de rendre une décision interprétative ou celle de déclarer une inconstitutionnalité partielle, en s'inclinant normalement pour ce dernier type de décisions. Cette option préférentielle est peut-être dictée plutôt par des raisons d'ordre pragmatique que par une quelconque motivation théorique: en effet, seules les déclarations d'inconstitutionnalité ont force obligatoire générale.

Cependant, dans l'Arrêt n.º 244/85, la Cour n'a pas déclaré l'inconstitutionnalité de la norme soumise à son appréciation, en procédant plutôt à l'interprétation conforme à la Constitution, ce qui correspond, d'ailleurs, à une altération significative du sens littéral de la même norme.

Mais on doit signaler que, dans ce cas, la norme qui a été l'objet de cette interprétation établissait les inéligibilités pour les élections locales et que la Cour, bien qu'elle n'ait pas rendu une déclaration d'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale, pouvait garantir — tant que tribunal suprême en matière électorale — que l'interprétation réalisée par elle serait respectée dans les affaires qui fussent dans l'avenir soumis à jugement.

b) Décisions d'inconstitutionnalité partielle

Comme, face à la Constitution portugaise, ce sont les normes ce qui constitue l'objet du contrôle de la constitutionnalité et non l'acte normatif *in toto*, la plupart des décisions de la Cour ne porte que sur quelque ou quelques nor-

⁽³³⁾ Cf. Arrêt n.º 137/85. D'une manière contraire, Arrêt n.º 170/85.

mes d'un acte normatif, en correspondant, par là, aux déclarations d'inconstitutionnalité partielle existant dans d'autres ordres juridiques. Par conséquent, le jugement d'inconstitutionnalité totale ou d'inconstitutionnalité partielle en est venu à porter sur la norme et non sur l'acte normatif de manière que l'on est devant l'un ou l'autre cas selon que la décision d'inconstitutionnalité concerne la totalité ou seulement une partie de la norme.

D'ailleurs, — en estimant que le jugement d'inconstitutionnalité se réfère aux normes comme des réalités juridiques et non aux préceptes comme des énoncés linguistiques — la Cour non seulement a déjà admis que la partie inconstitutionnelle de la norme peut correspondre à un segment ou section idéale du précepte (34), mais elle a aussi admis qu'il est possible de distinguer entre l'inconstitutionnalité partielle *horizontale* ou *quantitative* et l'inconstitutionnalité partielle *verticale* ou *qualitative* (35).

Selon la Cour, il ne faut pas que la divisibilité de la norme soit expresse, en suffisant qu'elle résulte clairement de l'acte où cette norme s'insère, pour ce qu'il est possible de distinguer entre les cas de normes ayant des parties nettement différenciées, traduites dans l'énoncé linguistique du précepte les contenant (inconstitutionnalité partielle horizontale) et le cas de normes dont l'inconstitutionnalité réside dans la partie — tout de même seulement idéale — où l'on prévoit leur applicabilité à certaines situations ou catégories (inconstitutionnalité partielle verticale).

En conformité, ce sont nombreux les Arrêts de la Cour où l'on décide déclarer ou juger l'inconstitutionnalité de la norme contenue dans une *certaine partie* (première partie, deuxième partie, partie finale, etc.) d'un certain précepte, où où l'on décide déclarer ou juger l'inconstitutionnalité d'une norme *dans la partie* où l'on établit ce qu'elle prévoit ou statue, ou, encore, où l'on décide de déclarer ou juger l'inconstitutionnalité d'une norme *en tant qu'applicable* ou *dans la mesure où elle est applicable* à certaines situations ou catégorie (36). Cette diversité justifie que l'exacte compréhension de l'étendue de l'inconstitutionnalité partielle impose souvent la connaissance de la motivation de l'Arrêt respectif.

(34) Cf. Arrêt n.° 143/85.

(35) Cf. Arrêt n.° 12/84.

(36) Cf. Arrêts n.° 75/85, 24/83 et 336/86.

Récemment, dans deux Arrêts successifs, le Tribunal a décidé de déclarer l'inconstitutionnalité partielle *ratione temporis* de certaines normes. Dans l'un et l'autre cas, il s'agissait de normes attaqués par le Premier Ministre, parce qu'elles correspondaient à des initiatives législatives des députés et impliquaient l'augmentation des dépenses prévues dans le Budget de l'État. En estimant que la Loi fondamentale n'interdit aux députés que les initiatives législatives entraînant l'augmentation des dépenses dans l'année économique en cours et non dans les années économiques suivantes, le Tribunal a déclaré l'inconstitutionnalité des normes en cause, mais seulement dans la mesure où elles étaient applicables dans cette année économique (37).

c) Décisions de simple «reconnaissance» de inconstitutionnalité

Eu égard, pour le moins, du régime constitutionnel des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, il ne semble pas possible d'admettre, au Portugal, l'existence dans les procédures de contrôle de l'inconstitutionnalité par action, de décisions de simple reconnaissance de l'inconstitutionnalité, c'est-à-dire de décisions où la Cour se limite à vérifier l'occurrence de l'inconstitutionnalité, sans qu'elle en retire la conséquence logique de l'expurgation de la norme de l'ordre juridique.

Quant au contrôle abstrait successif, l'article 282 de la Constitution permet que la Cour limite, à titre exceptionnel, une fois vérifiés certains présupposés, les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale; mais il ne prévoit pas que la Cour puisse, purement et simplement, priver cette déclaration de tout effet.

Quant au contrôle concret, on ne prévoit pas même qu'il soit possible de limiter les effets du jugement d'inconstitutionnalité, pour ce qui la non application au cas concret de la norme jugée inconstitutionnelle est unanimement considérée comme une conséquence automatique et directe de la formulation de tel jugement. Pour cela, dans le contrôle concret, la Cour finit toujours par confirmer ou révoquer (en ordonnant de réformer) la décision appelée, bien qu'il puisse arriver, dans certains cas, que, la décision de la Cour étant restreinte à la ques-

(37) Cf. Arrêts n.º 297/86 et 317/86.

tion d'inconstitutionnalité, cette décision, quoique contraire à celle qui a été prise par le tribunal *a quo*, ne vienne à voir aucun réflet pratique dans la décision de la question principale (38).

Mais quant à l'admissibilité des décisions de simple reconnaissance dans le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, la question se pose sous une forme tout à fait différente.

En effet, il semble que la règle y est exactement qu'il ne peut exister que des décisions de ce type, car, aux termes de la Loi fondamentale, la Cour seulement «apprécie et vérifie le non-respect de la Constitution par omission de mesures législatives nécessaires pour rendre exécutoires les normes constitutionnelles», en ne lui appartenant, lorsqu'elle vérifie l'existence d'inconstitutionnalité, qu'en donner «connaissance aux organes législatifs compétents» (39).

Dans ces termes, la décision d'inconstitutionnalité par omission est simplement *déclarative* ou *vérificative*, car la Cour ne peut créer les normes en défaut, ni même se prononcer sur la manière dont on peut ou l'on doit surmonter l'omission.

Cela étant, il semble qu'on doit qualifier ce type de décisions, quant à leur contenu, de décisions de simple reconnaissance, bien qu'elles surviennent dans un contexte manifestement différent de celui où ce concept est habituellement utilisé dans d'autres systèmes.

Il paraît plus problématique la question de savoir si la Cour pourrait, dans ce domaine, adopter une décision intermédiaire comme par exemple: «ne vérifier pas l'existence actuelle de l'inconstitutionnalité par omission, bien qu'elle soit en voie d'exister», ce qui présupposerait que la Cour avait de la compétence pour apprécier la question du temps ou de l'opportunité des mesures législatives nécessaires pour rendre exécutoires les normes constitutionnelles.

(37) Cf. Arrêts n.° 297/86 et 317/86.

(38) C'est pourquoi la Cour, la question d'inconstitutionnalité ayant été jugée dans un sens divers de celui qui a été donné par le tribunal *a quo*, fait parfois réformer la décision appelée, «le cas échéant» (Cf. Arrêt n.° 20/86); il faut savoir s'il ne devrait pas y avoir toujours une réforme, pour le moins au niveau de la motivation.

(39) Cf. art. 283, n.° 1 et 2.

d) Décisions appelatives ou de délégation

Dans le système portugais, il ne semble pas que les dénommées décisions *appelatives* ou de *délégation* soient admissibles. Cela, tant en ce qui concerne celles où, sous la forme d'une décision de non inconstitutionnalité, la Cour diagnostique ou pronostique l'existence d'une inconstitutionnalité en renvoyant cependant le texte au législateur pour que celui-ci procède, dans un certain délai, à l'abrogation ou à la modification des normes douteuses, que celles où le Tribunal, sous forme d'une décision d'inconstitutionnalité, énonce aussi une série de principes qu'une nouvelle loi avec le même objet doit contenir pour être conforme à la Constitution et, encore, que celles où la Cour elle-même se permet d'émettre une norme provisoire afin de substituer celle qui a été déclarée inconstitutionnelle.

Bien que la nécessité ou la raison d'être de telles décisions dans l'ordre juridique portugais puisse être identique à celle que se vérifie, par exemple dans les ordres allemand et italien, il est vrai que non seulement la Cour n'a jamais rendu une décision de ce type, mais aussi elle a déjà affirmé, à propos de l'éventualité de la restriction d'effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité ayant force obligatoire générale, que: «en tous cas si la déclaration d'inconstitutionnalité venait, par hasard, à impliquer la nécessité d'une mesure normative, il appartiendrait naturellement au législateur (et non à la Cour) de l'adopter» (40).

Cette position jurisprudentielle compte sur l'appui de la grande majorité de la doctrine portugaise, laquelle estime que la Cour, puisqu'elle exerce une fonction de contrôle de caractère essentiellement négatif, doit se limiter à expurger de l'ordre juridique les normes qu'elle déclare inconstitutionnelles, ne pouvant pas se substituer au législateur dans l'émission des normes qui doivent combler les lacunes qui en résultent, sous peine d'usurpation de pouvoir et de violation de la règle de séparation des fonctions constitutionnelles.

2.3. Décisions intégratives et substitutives

Bien qu'elle n'ait jamais accepté de se substituer au législateur, la Cour a déjà rendu, tout au moins dans deux cas, des décisions qui ont, sous un certain point

(40) Cf. Arrêt 154/86.

de vue, un certain contenu normatif, quoiqu'elles se présentent apparemment comme des simples décisions d'inconstitutionnalité partielle.

Dans le premier cas, dans le cadre du contrôle abstrait successif, on avait demandé la déclaration d'inconstitutionnalité ayant force obligatoire générale de la norme du statut de l'Ordre des avocats qui déterminait l'incompatibilité de l'exercice de la profession d'avocat avec l'activité comme fonctionnaire ou agent de tout service public, à l'exception des enseignants de disciplines de Droit, mais seulement en ce qui concerne cette dernière partie.

Après avoir délimité le domaine de la demande et interprété, quant à sa structure et à sa portée, la norme en cause, la Cour finirait par déclarer l'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale de la même norme «dans la partie où elle considère comme incompatible avec l'exercice de la profession d'avocat la fonction d'enseignant de tout autre discipline que non de Droit», pour violation du principe d'égalité (41). Or, quoique la décision revête la forme d'une déclaration d'inconstitutionnalité, il est vrai que son effet pratique consiste en élargir l'exception contenue dans la partie finale de la norme (la seule partie dont on avait d'ailleurs demandé la déclaration d'inconstitutionnalité), laquelle finit par embraser tous les enseignants, enseignant-ils ou non disciplines de Droit.

Dans le deuxième cas, dans le cadre du contrôle concret, la Cour devait apprécier l'éventuelle inconstitutionnalité de la norme déterminant que certaines pensions, en vertu d'accident de travail ou de maladie professionnelle, fussent actualisées à l'abri de différentes dispositions légales selon qu'elles eussent été établies avant ou après une certaine date, d'où il résultait que l'actualisation des premières fût quantitativement inférieure.

La Cour finirait par juger que la norme en cause était inconstitutionnelle dans la partie où elle fait appliquer la disposition moins favorable aux bénéficiaires de pensions établies avant la date-limite, pour violation du principe d'égalité (42). Telle décision correspond pratiquement à élargir le champ d'application du régime plus favorable aux pensionnés qui bénéficiaient du régime moins favorable, étant certain que, tout au moins implicitement, on a reconnu que la solution adoptée était la seule qui permettait d'éviter de grandes iniquités, tout en sauvegardant le respect pour le principe d'égalité.

(41) Cf. Arrêt n.° 143/85.

(42) Cf. Arrêt n.° 203/86

Dans les deux cas que l'on vient de rapporter, la cour a rendu de vraies décisions *intégratives* (ou si l'on veut, *cumulatives* ou *additives*), dans la mesure où l'effet respectif consiste dans «l'émission d'une norme» étendant l'application d'une certaine réglementation explicitement résultante d'une disposition déterminée à des hypothèses non prévues par elle.

On sait que l'admissibilité de ces types de décisions, aussi bien que des dites décisions *substitutives* — c'est-à-dire, celles où la Cour indique quelle est la norme qui doit remplacer celle qui est contenue dans le texte légal, afin que le principe constitutionnel vienne à être respecté — est très discutée par la doctrine. Au Portugal, on ne peut pas, malgré tout, considérer la jurisprudence comme très significative, car on ne connaît que ces deux décisions intégratives, et toutes les deux fondées sur le respect du principe d'égalité.

3. Caractère obligatoire des décisions

3.1. Aspects généraux

Semblablement aux décisions des autres tribunaux, toutes les décisions de la Cour constitutionnelle, soit les décisions d'inconstitutionnalité, soit les décisions de non inconstitutionnalité, ont l'autorité de *chose jugée formelle*, c'est-à-dire que la question réglée par elles ne peut pas être reposée sous aucune forme dans le même procès.

En outre, non seulement les décisions de la Cour constitutionnelle sont obligatoires pour toutes les entités publiques et privées et prévalent sur celles de tout autre autorité ⁽⁴²⁾, mais encore elles prévalent sur les décisions des autres tribunaux ⁽⁴³⁾.

Pourtant, la détermination concrète de quelle est l'étendue de la force obligatoire des décisions de la Cour, ainsi que de leurs destinataires, varie en fonction de chaque type de contrôle de la constitutionnalité, comme l'on verra mieux.

⁽⁴²⁾ Comme, d'ailleurs, les décisions de tous les autres tribunaux (CRP, art. 210).

⁽⁴³⁾ LTC, art. 2.

3.2. Caractère obligatoire des décisions dans le cadre du contrôle préventif

Dans le contrôle préventif, les décisions d'inconstitutionnalité obligent le Président de la République ou le Ministre de la République, selon les cas, à opposer leur veto au texte, tout en renvoyant celui-ci à l'organe qui l'approuvé (44).

Cet organe peut — sauf dans le cas des traités internationaux où, il est évident, l'hypothèse n'a pas d'application—expurger les normes jugées inconstitutionnelles, rendant possible, par là, la promulgation ou la signature (45).

Toutefois, la Constitution prévoit que la promulgation et la signature puissent encore avoir lieu au cas où le texte est confirmé «à la majorité des deux tiers des députés présents» (46). Même s'il est clair que le Gouvernement ne dispose pas de ce pouvoir de confirmation, on n'en suscite pas moins de doutes quant à la question de savoir si ce pouvoir appartient exclusivement à l'Assemblée de la République ou si, par contre, les Assemblée des Régions autonomes en jouissent également.

La Cour n'a pas encore eu à envisager cette question dont la résolution ne paraît pas nette. En effet, si la teneur littérale et l'histoire du précepte peuvent inculquer une réponse positive à cette question, il est vrai qu'il n'en serait pas moins étrange que le Ministre de la République, en signant le texte, pût arbitrer en faveur de l'assemblée régionale un conflit entre celle-ci, qui n'est pas un organe de souveraineté, et la Cour constitutionnelle, laquelle non seulement est un organe de souveraineté, mais est encore l'organe de souveraineté compétent pour procéder au contrôle de la constitutionnalité.

On doit aussi souligner que, même si le texte est confirmé aux termes constitutionnel, le Président de la République (ou de Ministre de la République, si l'on entend comme ça) n'est pas tenu de promulguer ou signer le texte. En vérité, dans tels cas, la promulgation ou la signature constituent une pure faculté et non un acte lié.

Quant aux décisions de non inconstitutionnalité rendues dans le cadre du contrôle préventif, ou signalera, en premier lieu, qu'elles empêchent le Président de la République ou le Ministre de la République d'exercer leur droit de veto pour

(44) CRP, art. 279, n.° 1.

(45) CRP, art. 279, n.° 2.

(46) CRP, art. 279, n.° 2 *in fine*.

inconstitutionnalité, en les constituant dans l'obligation de, dans les délais constitutionnellement établis, promulguer ou signer le texte ou d'exercer leur droit de veto politique, dont les conséquences sont, d'ailleurs, différents de celles qui concernent le veto pour inconstitutionnalité (47).

Telles décisions ne rendent pas cependant impossible une nouvelle appréciation juridictionnelle de la constitutionnalité de la norme, dans le cadre du contrôle successif, comme la Cour a déjà eu occasion d'affirmer (48).

3.3. *Caractère obligatoire des décisions dans le cadre du contrôle abstrait successif*

Aux termes de l'article 281 de la Constitution, les déclarations d'inconstitutionnalité, proférées dans le cadre du contrôle abstrait successif, jouissent de *force obligatoire générale*.

Cette force obligatoire générale ne peut manquer de signifier que l'expurgation de la norme de l'ordre juridique, telle qu'elle a été décidée par la Cour, lie directement et automatiquement toutes les entités publiques et privées, y compris les autres tribunaux, sans qu'il soit nécessaire un autre acte juridique médiateur, notamment de nature législative.

Dans ces termes, au cas où une norme est déclarée inconstitutionnelle, avec force obligatoire générale et sans aucune restriction d'effets, tous les procès et recours d'inconstitutionnalité pendants doivent être décidés en conformité avec la déclaration d'inconstitutionnalité, tel que l'on a estimé, par exemple, dans les Arrêts n.° 27/86 et 28/86.

Bien au contraire, les décisions de non inconstitutionnalité ne constituent que *chose jugée formelle*, puisqu'elles n'ont pas même l'autorité de *chose jugée matérielle*, dans la mesure où elles n'empêchent pas que le même réquérant vienne de nouveau à demander au Tribunal l'appréciation de la constitutionnalité de la norme qui antérieurement a été déclarée non inconstitutionnelle.

En effet, la Cour a affirmé, sans équivoque, que : «Les seules décisions capables de rendre impossible une nouvelle appréciation juridictionnelle de la cons-

(47) CRP, art. 139.

(48) Cf. Arrêts n.° 66/84 et 85/85.

titutionnalité d'une norme sont celles qui, ayant été rendues dans le cadre du contrôle abstrait successif, en déclarent l'inconstitutionnalité» (49) et que «en cas d'arrêtés qui ne prononcent pas l'inconstitutionnalité, la Cour n'est pas empêchée de se prononcer de nouveau sur la même matière, soit que l'Arrêt ait été rendu dans le contrôle préventif, soit qu'il l'ait été aussi dans le contrôle successif» (50).

Telles affirmations reposent sur la conviction que cela «découle directement de la nature du contrôle de la constitutionnalité, qui consiste en apprécier et déclarer (ou non) l'*inconstitutionnalité*, et non en déclarer la *constitutionnalité*» et que, par là les seules décisions de la Cour «en matière de contrôle de la constitutionnalité qui empêchent que la question soit appréciée de nouveau sont celles qui, dans le contrôle abstrait successif, déclarent l'inconstitutionnalité; mais, là, pour la simple raison que les normes laissent d'être en vigueur, en disparaissant donc la possibilité d'être contrôlées de nouveau».

Il nous paraît plus douteuse la question de savoir si, en face d'une décision de non inconstitutionnalité dans le contrôle abstrait successif, les autorités publiques, à l'exception des tribunaux, ne seront pas, tout au moins, tenues d'appliquer la norme — ceci, même si l'on estime que, dans certains cas, il leur est permis de désappliquer des normes au motif de leur inconstitutionnalité.

3.4. *Caractère obligatoire des décisions dans le cadre du contrôle concret*

Dans le cadre du contrôle concret, la décision de la Cour constitutionnelle a l'autorité de chose jugée dans le procès quant à la question d'inconstitutionnalité soulevée (51).

Ainsi, si la décision est une décision d'inconstitutionnalité, la norme ne peut pas être appliquée dans le procès en cause, soit par le tribunal *a quo*, soit par tout autre tribunal qui vienne encore à l'apprécier. Si, au contraire, la décision est une décision de non inconstitutionnalité, la norme n'en est pas moins appliquée dans le procès au motif de son inconstitutionnalité.

(49) Cf. Arrêt n.° 66/84.

(50) Cf. Arrêt n.° 85/85.

(51) LTC, art. 80, n.° 1.

Cependant, en tout cas, le caractère obligatoire de la décision est restreint au procès où elle a été rendue. Hors ce procès, et pour cause, elle ne constitue pas même chose jugée *inter partes*; et, beaucoup moins, elle ne lie pas la Cour en ce qui concerne les décisions qu'elle vienne à rendre, dans l'avenir, sur des questions semblables, soit dans de contrôle concret, soit dans le contrôle abstrait.

Effectivement, d'une part, la décision d'inconstitutionnalité d'une norme constitue le Ministère Public dans l'obligation d'introduire un recours devant la Cour constitutionnelle toutes les fois qu'elle soit appliquée en tout autre procès (52). Et, d'autre, toutes les fois qu'une norme ait été jugée inconstitutionnelle par la Cour dans trois cas concrets, quelqu'un de ses juges, ou le Ministère Public, peut proposer l'appréciation de cette norme dans le cadre du contrôle abstrait successif, à l'effet de déclaration de l'inconstitutionnalité ayant force obligatoire générale (53).

3.5. *Caractère obligatoire des décisions dans le cadre du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission*

Dans le cadre du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, les décisions de la Cour sont purement *vérificatives*, comme l'on a déjà noté.

Ainsi, même les décisions d'inconstitutionnalité sont dépourvues de tout effet obligatoire. Il est bien vrai que, dans tels cas, on peut dire que le législateur est *obligé* à légiférer; mais, de fait, telle obligation résulte directement de l'imposition constitutionnelle à cet effet, et non de la décision de la Cour, laquelle ne déclenche *ipso facto* aucun processus législatif.

4. Efficacité temporelle des décisions

4.1 Domaine de la question

La question de l'efficacité temporelle des décisions du Tribunal ne relève que dans les décisions d'inconstitutionnalité rendues dans le contrôle abstrait successif.

(52) CRP, art. 280, n.° 5.

(53) CRP, art. 281, n.° 2; LTC, art. 82.

C'est que, par définition, on ne soulève pas le problème, ni dans le cadre du contrôle preventif, ni dans le cadre du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission. Quant au contrôle concret, le jugement d'inconstitutionnalité ne se répercute que dans l'espèce et, aux termes de la Constitution et de la loi, la Cour n'a pas de la compétence pour restreindre les effets de sa décision; en vérité, c'est un principe général que, dans les faits soumis à jugement, aucun tribunal ne peut appliquer des normes inconstitutionnelles, pour ce qui on comprend que, une fois jugée inconstitutionnelle la norme, la non application de cette norme au cas concret constitue une conséquence automatique et directe de ce jugement-là.

L'efficacité temporelle des déclarations d'inconstitutionnalité ayant force obligatoire générale - c'est-à-dire des décisions d'inconstitutionnalité rendues dans le cadre du contrôle abstrait successif - est expressément prévue, en termes quelque peu complexes, dans l'article 282 de la Constitution. Il résulte de cet article qu'il faudra tout d'abord distinguer entre les effets généraux normaux et l'élargissement ou la restriction d'effets que le Tribunal peut effectuer.

Jusqu'au moment, la Cour a rendu trente-cinq arrêts de déclaration d'inconstitutionnalité ayant force obligatoire générale, l'un en 1983, huit en 1984, sept en 1985 et dix-neuf en 1986. De ce total de trente-cinq arrêts, la Cour a procédé à la restriction d'effets en neuf - l'un en 1983, deux en 1984, trois en 1985 et trois en 1986; néanmoins, vu qu'elle a déclaré, dans deux autres, des inconstitutionnalités partielles *ratione temporis* (54), on peut conclure que près d'un tiers des déclarations d'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale finirent par avoir des effets restreints.

4.2. Effets généraux normaux

a) Efficacité *ex-tunc* et *restitution*

La déclaration d'inconstitutionnalité a un caractère déclaratif et prend effet *ex tunc*, c'est-à-dire dès l'origine de l'inconstitutionnalité.

S'il s'agit d'inconstitutionnalité originaire, la déclaration d'inconstitutionnalité «prend effet dès l'entrée en vigueur de la norme déclarée inconstitutionnelle et entraîne la rentrée en vigueur des normes que celle-ci aurait révoquées» (55).

(54) Cf. *supra*, 2.2.b).

(55) CRP, art. 282, n.° 1.

S'il s'agit d'inconstitutionnalité *survenante*, la déclaration ne prend effet qu'à partir de l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle violée (56) et, pour cela, elle n'implique jamais la «repristination».

La caractère rétroactif - ou mieux *ex tunc* - de la déclaration d'inconstitutionnalité détermine qu'il y ait en nombreux cas un intérêt juridique important dans l'appréciation et la déclaration d'inconstitutionnalité de normes qui entre-temps aient déjà été révoquées. Vraiment, on a déjà estimé que cet intérêt pouvait résider dans la rentrée en vigueur des normes qui de leur côté ont été révoquées par les normes inconstitutionnelles et, de toute façon, en cas qu'il n'existe pas la déclaration d'inconstitutionnalité, les normes inconstitutionnelles pourraient toujours être applicables aux situations juridiques antérieures à leur révocation (57).

La «repristination» n'a pas lieu que lorsque l'inconstitutionnalité est originaire et évidemment seulement dans la mesure où la norme qui a été déclarée inconstitutionnelle ait révoqué une norme antérieure. Mais il s'agit d'un effet de production automatique, pour ce qui la Cour n'est pas tenue de le décider expressément, ni, si peu, de déclarer quelles sont les normes remises en vigueur.

La Cour s'est déjà prononcée inequivocement dans le sens qu'elle peut restreindre les effets de la «repristination» et elle l'a fait, en matière pénale, pour éviter l'application des normes remises en vigueur pendant la période où les normes déclarées inconstitutionnelles étaient en vigueur (58). Toutefois, elle ne s'est pas encore prononcée spécifiquement sur la question de savoir si elle peut connaître de l'éventuelle inconstitutionnalité des normes remises en vigueur, soit à l'effet de déclarer cette inconstitutionnalité, soit seulement afin de restreindre les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité de sorte que l'on puisse, dans ces cas, empêcher la repristination.

b) Exception des choses jugées et situations juridiques consolidées

La Constitution consacre expressément l'exception des choses jugées (59) en tant qu'exception à l'efficacité *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité,

(56) CRP, art. 282, n.° 2.

(57) Arrêts n.°s 56/84, 91/85 et 177/86.

(58) Cf. Arrêt n.° 56/84.

(59) CRP, art. 282, n.° 3.

cette exception opérant autonomement et automatiquement sans qu'il soit nécessaire que la Cour la déclare explicitement cas à cas.

La règle de l'efficacité *ex tunc* est donc délimitée négativement par le principe de l'intangibilité de la chose jugée, de manière que les décisions juridictionnelles définitives, qui aient appliqué la norme qui a été déclarée inconstitutionnelle, ne font pas l'objet de révision en conséquence de cette déclaration.

Le concept de chose jugée ne se trouve pas constitutionnellement défini, pour ce qui, dès lors, on suscite de doutes sur la question de savoir s'il embrasse non seulement la chose jugée juridictionnelle, mais aussi la dénommée chose jugée administrative, c'est-à-dire les décisions administratives que se sont définitivement consolidées, parce qu'elles ne sont plus juridiquement susceptibles de recours contentieux. Encore plus problématique est la question de la possibilité d'étendre l'exception à d'autres situations juridiques consolidées, v.g., par prescription, caducité ou accomplissement de l'obligation.

Si la doctrine nationale n'est pas uniforme quant à la réponse donnée à ces diverses questions, il est vrai que la jurisprudence de la Cour n'est pas non plus très claire.

En effet, en cette matière, la position de la Cour a été essentiellement d'assumer une jurisprudence prudente, faite en fonction de la possibilité de restreindre les effets *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité. Et si, dans certains cas, compte tenu des effets limités, le Tribunal paraît avoir estimé que l'exception des choses jugées n'embrassait pas, pour le moins, toutes les situations juridiques consolidées, il est vrai que ces cas ne sont pas déterminants pour définir une jurisprudence claire et uniforme.

Ainsi, par exemple, dans l'Arrêt n.º 142/85, quand elle devait, à un certain moment, se prononcer sur les conséquences qui devaient être tirées d'une déclaration d'inconstitutionnalité rendue encore par le Conseil de la Révolution, ce n'est pas sans avoir des doutes que la Cour partit du principe selon lequel, en droit portugais, l'efficacité *ex tunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme se traduit dans l'inefficacité, aussi rétroactive, des actes pratiqués à son abri, c'est-à-dire dans l'invalidité successive respective.

Toutefois, la Cour a reconnu que ce résultat était dans la logique de la déclaration de l'invalidité de la norme, c'est-à-dire de la reconnaissance de l'inconstitutionnalité de celle-ci avec des effets *ex tunc*, car, pour telle invalidation, ces actes laissaient d'avoir une base légale dès le moment où elle opérait. Mais elle a ajouté tout de suite que «l'invalidation d'actes administratifs, en conséquence

de la déclaration d'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale de la norme sur laquelle ils se fondaient, pouvant survenir à tout le temps, il est donc extrêmement douteux» que l'on doive y transposer les aspects du régime d'invalidation que l'on doit faire fonctionner dans un délai limité, comme c'est le cas du recours contentieux d'annulation; c'est pourquoi elle n'a pas considéré comme atteintes par la dite déclaration d'inconstitutionnalité certaines situations insusceptibles d'être attaquées contentieusement.

Cependant, dans l' Arrêt n.° 80/86 on a estimé, sous une forme plus affirmative, que «la norme étant nulle dès l'origine, en vertu d'inconstitutionnalité, non seulement les effets directement produits par elle deviennent également invalides (d'où la rentrée en vigueur de normes qu'elle aurait révoquées) mais les actes juridiques pratiqués, à son abri (actes administratifs, affaires juridiques, etc.) le deviennent aussi». Toutefois, quand on a restreint les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité — en l'espèce, pour sauvegarder les rémunérations qui avaient été entre-temps perçues par des fonctionnaires - ou a souligné que l'on pouvait soutenir que «même en l'absence de cette restriction, ces droits seraient toujours sauvegardés».

Pourtant, de l'analyse des arrêts où elle s'est prononcée sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, il résulte que, bien qu'elle penche clairement dans le sens que la déclaration d'inconstitutionnalité affecte, en règle générale, la validité des actes pratiqués à l'abri de la norme inconstitutionnelle, la Cour n'en extrait pas si facilement une conclusion pareille en ce qui concerne, par exemple, les actes administratifs constitutifs de droits qui sont déjà insusceptibles de recours contentieux.

Le même soit dit des décisions où l'on a procédé à la restriction d'effets, car ce que l'on peut en conclure a *contrario sensu*, et au-delà de ladite règle générale de l'invalidation successive des actes ayant été entre-temps pratiqués, c'est que la Cour ne considère pas, tout au moins, comme automatiquement sauvegardées les situations qui découlent de l'accomplissement volontaire de l'obligation.

De fait, dans la grande majorité des cas, ou la Cour a sauvegardé tous les effets produits, ne procédant à aucune restriction, ou elle s'est limitée à restreindre l'efficacité de la déclaration de manière à sauvegarder ces situations; au contraire, elle n'a restreint que très exceptionnellement l'efficacité de la déclaration de manière à sauvegarder d'autres situations juridiques peut-être déjà consolidées.

4.3. *Élargissement et restriction des effets de l'inconstitutionnalité*

La Constitution prévoit que la Cour puisse, dans certains cas et dans certaines limites, écarter la règle de l'exception des choses jugées «lorsqu'il s'agit de matière pénale ou disciplinaire, ou encore d'infractions de droit pénale administratif et lorsque le contenu de la norme est moins favorable à l'accusé» (60). Donc dans ces hypothèses, il est laissé à la discrétion de la Cour de décider si la déclaration d'inconstitutionnalité de la norme implique la révision des sentences ou décisions *condamnatoires* qui en aient fait application, en rendant hommage au principe du traitement plus favorable à l'accusé; mais cette conséquence doit être expressément déterminée par la Cour — ce qui n'est pas encore arrivé — lors de la décision d'inconstitutionnalité, car elle n'opère pas *ipso jure*.

Par ailleurs, la Cour peut restreindre les effets généraux normaux de la déclaration d'inconstitutionnalité «quand la sécurité juridique, des raisons d'équité ou d'intérêt public d'exceptionnelle importance, dûment motivé, l'exigent» (61).

La Cour estime que cette faculté de restriction d'effets lui permet d'ajourner le commencement de la production de tous ou d'une part des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, aussi bien que d'écarter entièrement ou partiellement la «restitution», quoique *ratione temporis*.

Quant à l'ajournement du commencement de la production d'effets, la doctrine majoritaire s'incline dans le sens que la Cour peut différer ce commencement, jusqu'au point de déterminer l'efficacité *ex nunc* de la déclaration d'inconstitutionnalité, mais non dans le sens qu'elle puisse, en contrepartie, déterminer que la norme déclarée inconstitutionnelle soit provisoirement maintenue en vigueur, tout en fixant un délai pour qu'elle cesse d'être en vigueur. Et la Cour, en vérité, n'a osé jamais aller si loin, bien qu'elle ait déjà, plus qu'une fois, déclaré «l'inconstitutionnalité avec des effets *ex nunc* ou, plus précisément, avec des effets à partir de la publication» de l'arrêt (62).

Dans l'arrêt n.° 272/86, en synthétisant la jurisprudence antérieure de la Cour, on a reconnu que «la restriction des effets est susceptible de comporter une simple référence temporelle (pendant la période de temps sauvegardée, on main-

(60) CRP, art. 282, n.° 3, *in fine*.

(61) CRP, art 282, n.° 4.

(62) Cf. Arrêt n.° 92/85.

tient l'influx de la norme inconstitutionnalisée sur *toutes* les situations juridiques en rapport avec elle) ou encore d'impliquer une indication de catégorie (la cristallisation de l'influx de la norme n'embrassera, dans telle période, que *quelques-unes* de ces situations)».

Dans plusieurs décisions, la Cour a limité matériellement la restriction de l'efficacité temporelle de la décision de manière à ne sauvegarder que certaines situations qui s'étaient entre-temps constituées (6). Dans la plupart des cas, il s'agit seulement d'éviter que la déclaration d'inconstitutionnalité, ayant efficacité *ex tunc*, puisse mettre en cause des obligations déjà accomplies, par l'application du principe général de la *répétition de l'indu*.

Dans l'Arrêt n.° 56/84 le Tribunal a restreint les effets repristinatoires de la déclaration d'inconstitutionnalité de certaines normes qui qualifiaient et punissaient certains actes illicites de la manière la plus favorable aux accusés, de manière à éviter que ceux qui avaient pratiqué ces actes entre la date de l'entrée en vigueur de la législation la plus favorable et la date où celle-ci a cessé d'être en vigueur pussent être punis par la législation moins favorable. Il y a eu, ainsi, une simple restriction partielle *ratione temporis* de l'efficacité «repristinatoire» de la déclaration d'inconstitutionnalité, conformément au principe du traitement le plus favorable à l'accusé.

Quant aux raisons ou présupposés de la restriction, six arrêts, où l'on a opéré cette restriction, se fondent sur la sécurité juridique, tandis que deux invoquent des raisons d'intérêt public d'importance exceptionnelle et l'un seulement fait appel à des raisons d'équité.

À propos de la restriction d'effets, fondée sur des raisons de sécurité juridique, l'Arrêt n.° 272/86 souligne que: «En déclarant l'inconstitutionnalité d'une norme avec force obligatoire générale, la Cour constitutionnelle contribue pour le rééquilibre du système juridique. Mais, à la fois, et presque paradoxalement, on le reconnaît, l'exercice de cette même compétence constitue un facteur d'incertitude et d'insécurité du droit», pour les réflexes qu'il provoque sur les relations juridiques qui sont nées, se sont développées ou se sont éteintes à l'ombre de la norme déclarée inconstitutionnelle. Dans le même ordre d'idées, la limitation d'effets apparaîtrait comme un moyen d'atténuer les risques d'incertitude et d'insécurité qui résultent de la déclaration d'inconstitutionnalité, bien que l'on devait interpréter l'article 282, non tant dans la perspective de la «sécurité du

(63) Cf. Vg. Arrêt n.° 92/84, 92/85 et 92/86.

droit en soi même», mais de la «sécurité de par le droit», pour ce qu'il ne suffirait pas, pour justifier la limitation d'effets, que la déclaration d'inconstitutionnalité impliquât une certaine incertitude pour le monde du droit et pour la vie sociale qui en dépend, étant nécessaire, par contre, qu'il existe un assaut de degré élevé contre la sécurité juridique.

On doit signaler que toutes les fois que la restriction d'effets est fondée sur l'intérêt public d'importance exceptionnelle — ce qui présuppose nécessairement, la formulation d'un jugement politique et non strictement juridique — la Cour doit motiver sa décision.

Problématique est la question de savoir — comme l'on a soutenu en plusieurs déclarations de vote — si la restriction d'effets est de nature manifestement exceptionnelle et, par là, si les raisons que la justifient ne sont pas susceptibles d'une interprétation extensive; et, pour les mêmes motifs, s'il est permis de restreindre les effets lorsque l'inconstitutionnalité est *flagrante*.

5. Les pouvoirs des organes de la justice constitutionnelle dans la détermination du contenu et des effets de leurs décisions

5.1 Pré-détermination constitutionnelle ou légale et autonomie de la Cour

Nonobstant les développements naturellement introduits par la jurisprudence de la Cour, il est vrai que la Constitution et la loi règlent la matière concernant le contenu et les effets des décisions de la Cour constitutionnelle de manière beaucoup plus minutieuse que d'autres droits.

En effet, comme l'on a déjà noté, on n'a pas eu besoin d'une quelconque création jurisprudentielle pour, notamment: conclure dans le sens que l'objet de contrôle de la constitutionnalité est constitué par les normes juridiques et non par les textes les contenant; admettre l'existence de décisions interprétatives dans le cadre du contrôle concret; reconnaître l'efficacité *erga omnes* des déclarations d'inconstitutionnalité rendues dans le cadre du contrôle abstrait successif; attri-

buer, en principe, de l'efficacité *ex tunc* et «repristinatoire» à ces déclarations d'inconstitutionnalité originaire; distinguer entre l'inconstitutionnalité originaire et l'inconstitutionnalité survenante; conférer, enfin, à la Cour la faculté de modeler, dans certains cas, l'efficacité temporelle de ses décisions.

Au contraire, c'est par le moyen du développement jurisprudentiel, fondé souvent sur l'expérience des Cours constitutionnelles étrangères, que l'on a, par exemple: dressé le type d'inconstitutionnalité partielle et, dans celle-ci, dégagé les sous-types de l'inconstitutionnalité partielle horizontale et de l'inconstitutionnalité partielle verticale; déclaré l'inconstitutionnalité partielle *ratione temporis* de certaines normes; étendu la figure de la décision interprétative au contrôle abstrait; fait usage de décisions intégratives; procédé, dans quelques cas, à la limitation de l'efficacité «repristinatoire»; et concretisé, finalement, les contours des pré-supposés de la limitation d'effets de la déclaration d'inconstitutionnalité.

5.2 *Le domaine, les limites et le sens des pouvoirs de la Cour constitutionnelle*

a) Face au pouvoir législatif

À l'égard du pouvoir législatif, il faut que l'on réaffirme, en premier lieu, que tous les tribunaux peuvent et doivent refuser l'application des normes qu'ils jugent inconstitutionnelles.

Toutefois, la Cour constitutionnelle dispose, en particulier, de pouvoirs très considérables relativement au pouvoir législatif, lesquels sont spécialement significatifs en ce qui concerne le contrôle préventif et le contrôle abstrait successif.

Ainsi, il faut rappeler que la Cour peut empêcher la promulgation ou la signature de tout texte législatif, dès qu'elle prononce l'inconstitutionnalité de quelqu'une de ses normes, et que le propre Parlement, bien qu'il lui soit permis de confirmer le texte à la majorité qualifiée des deux tiers, ne peut pas, dans ce cas, en imposer au Président de la République la promulgation. Mais, même si cette promulgation se vérifie, cela n'empêche pas que la Cour vienne *a posteriori* à déclarer l'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale de toute norme contenue dans le texte en cause.

On signalera aussi que le contrôle préventif comporte, souvent, une particulière délicatesse en ce qui concerne les relations entre la Cour et le pouvoir législatif, car il est effectué dans un moment où le débat politique sur la matière concernée par les normes soumises à l'appréciation de la Cour est encore très présent.

Mais les pouvoirs de la Cour sont encore plus vastes dans le cadre du contrôle abstrait successif, non seulement parce qu'elle peut déclarer l'inconstitutionnalité de toute norme avec force obligatoire générale, mais aussi parce qu'elle dispose, comme l'on a déjà remarqué, de pouvoirs très considérables en ce qui concerne la fixation des effets des décisions respectives.

Cependant, il n'appartient à la Cour qu'apprécier la question de l'inconstitutionnalité, en lui étant défendu de donner des indications au législateur sur le sens et la forme comme celui-ci doit légiférer ou sur le moment où ce dernier le doit faire; et il ne lui appartient non plus de se prononcer sur la forme de comblement des lacunes qui éventuellement résultent de son jugement d'inconstitutionnalité. D'ailleurs, même quand elle a vérifié l'existence d'inconstitutionnalité par omission, la Cour ne dispose pas des pouvoirs pour déclencher ou ordonner le déclenchement de la procédure législative, ni pour suggérer au législateur le contenu des mesures législatives nécessaires pour rendre exécutoires les normes constitutionnelles.

b) Face aux tribunaux en général

Les décisions de la Cour constitutionnelle prévalent sur celles de tous les autres tribunaux, pour ce qu'elle doit être considérée comme l'organe du sommet de l'hierarchie des tribunaux.

D'ailleurs, elle est seule compétente pour déterminer quelles sont les matières concrètes de sa compétence — c'est-à-dire pour délimiter, dans chaque cas concret, sa compétence face à la compétence des autres tribunaux, lesquels, là aussi, doivent respecter les décisions de la Cour constitutionnelle (64).

L'expression la plus évidente de la suprématie des décisions de la Cour constitutionnelle se trouve dans le contrôle concret, non seulement dans la mesure où lui a été conférée la faculté de confirmer ou révoquer les décisions rendues par

tout autre tribunal, mais aussi dans la mesure où lui a été attribué le pouvoir de fixer le sens avec lequel certaine norme doit s'appliquer dans le procès en cause.

Et on signalera aussi que les décisions des autres tribunaux en matière d'inconstitutionnalité sont toujours susceptibles de recours — lequel est souvent obligatoire pour le Ministère Public — devant la Cour constitutionnelle.

Mais également significatif est le pouvoir — d'ailleurs, déjà exercé — de déclarer l'inconstitutionnalité des *Assentos*, c'est-à-dire des décisions de la Cour Suprême de Justice dans lesquelles on uniformise la jurisprudence en s'établissant l'interprétation authentique de certaine norme.

Enfin, on ne peut ignorer, malgré la méfiance avec laquelle une partie de la magistrature judiciaire l'a accepté, qu'il est vrai que la jurisprudence de la Cour a tendance à s'imposer dans la pratique, par la voie du précédent, même quand ses décisions n'ont pas force obligatoire générale. Toutefois, cela n'invalide pas que, notamment, les décisions de non inconstitutionnalité rendues en contrôle abstrait successif ne lient pas les autres tribunaux, lesquels continuent à juger en toute liberté les questions d'inconstitutionnalité qui y sont soulevées.

c) Face aux tribunaux internationaux ou supranationaux

Il n'existe, jusqu'au moment, aucune expérience à l'égard des relations entre la Cour constitutionnelle et les tribunaux internationaux ou supranationaux, notamment en ce qui concerne les conflits éventuels de compétence ou la collision de jurisprudence.

Toutefois, en cas que la Cour vienne à se considérer comme compétente pour connaître de la non conformité des normes internes avec des traités internationaux en matière de Droits de l'Homme, il n'est pas exclu que l'on puisse vérifier une éventuelle divergence entre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme. La question ne s'est pas encore posée et en cas qu'elle vienne à se poser, il n'est pas clair quel doive être le moyen de la dépasser.

(64) Arrêt n.° 316/85.

De même, jusqu'au présent, aucun cas ne s'est vérifié où la Cour ait eu à se prononcer sur la question de savoir si elle est compétente pour apprécier la conformité des normes internes avec les traités instituant les Communautés européennes ou avec les normes émanées des organes compétents de ces Communautés qui doivent s'appliquer directement dans l'ordre juridique portugaise, ainsi que la conformité de ces dernières avec la Constitution (65).

(65) Cf. *supra*, 1.1.4.

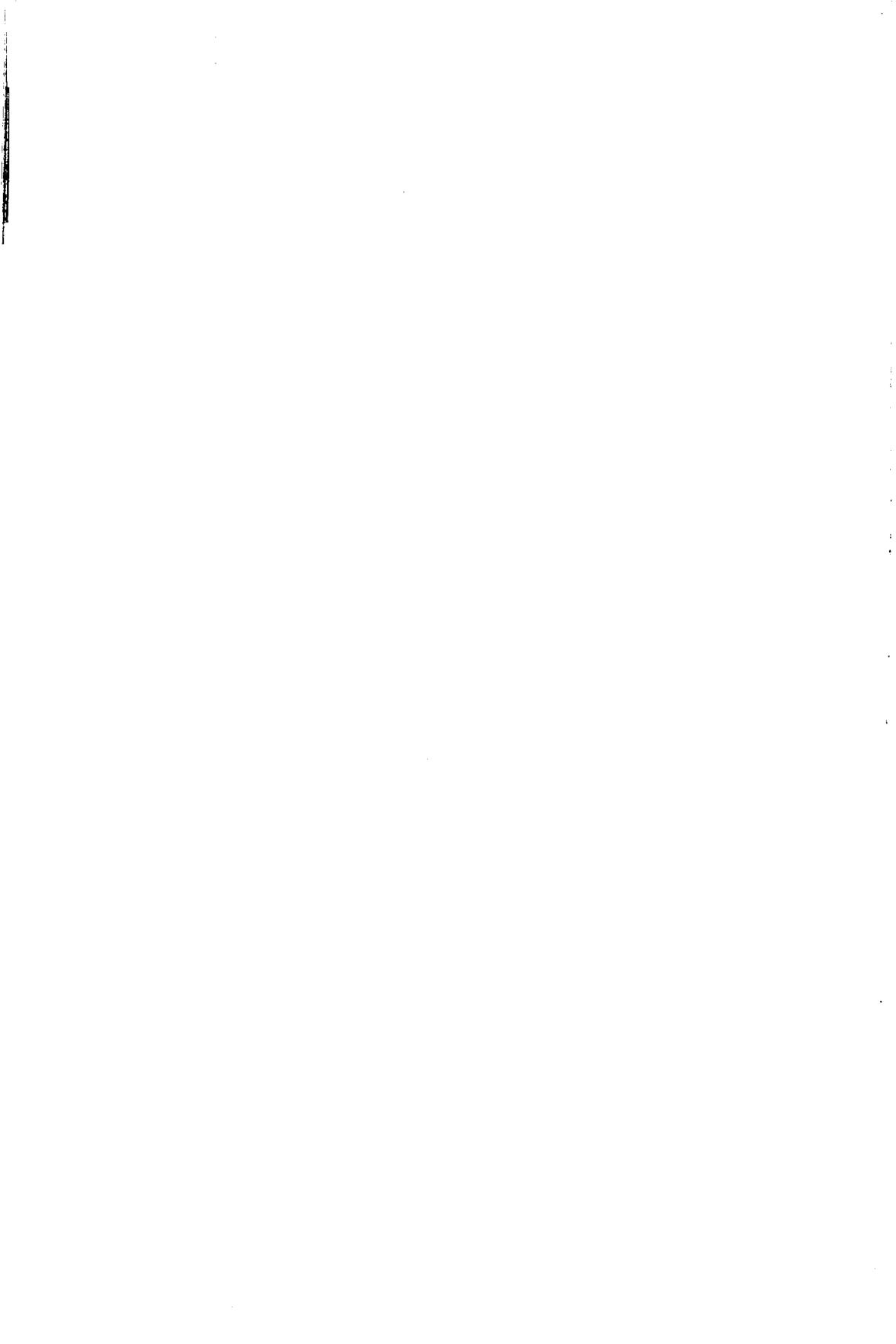
BUNDESGERICHT
SCHWEIZ

**DIE VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG
IM RAHMEN DER
STAATLICHEN FUNKTIONEN**

**IN BEZUG AUF ARTEN,
INHALT UND WIRKUNGEN DER
ENTSCHEIDUNGEN ÜBER
DIE VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT
VON RECHTSNORMEN**

Erstattet von
Dr. PETER ALEXANDER MÜLER,
Richter am Schweizerischen Bundesgericht

(Stand August 1986)



INHALTSÜBERSICHT

(Der Länderbericht folgt in seinem Aufbau weitgehend dem vom portugiesischen Verfassungsgerichtshof ausgearbeiteten Fragebogen)

I ORGANE __ RECHTSWEGE __ ZUSTAENDIGKEITEN

1. Organe der Verfassungsrechtsprechung
 - 1.1 Die parlamentarische Verfassungskontrolle
 - 1.2 Die bundesgerichtliche Verfassungsrechtsprechung
2. Formen der Verfassungsmässigkeitsprüfung und Rechtswege
 - 2.1 Im Bund
 - 2.2. In den Kantonen
3. Umfang und Gegenstand der Verfassungsmässigkeitsprüfung
 - 3.1 Die Ueberprüfungsbefugnis bei Erlassen des Bundes
 - 3.2 Die Ueberprüfungsbefugnis bei Erlassen der Kantone
 - 3.3 Die Ueberprüfungsbefugnis hinsichtlich der verfassungsmässigen Rechtsanwendung
 - 3.4 Kompetenzkonfliktschlichtung
4. Prüfungsmaassstäbe

II INHALT __ VERBINDLICHKEIT __ WIRKUNGEN

5. Inhalt der Entscheidungen
6. Verbindlichkeit der Entscheidungen
7. Wirkungen der Entscheidungen

III FAZIT

Anmerkungen
Literaturübersicht

ABKÜRZUNGEN

- BGE** Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
- BV** Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
- E.** Erwägung
- EMRK** Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
- OG** Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
- ZSR** Zeitschrift für Schweizerisches Recht

I

ORGANE — RECHTSWEGE — ZUSTAENDIGKEITEN

1. Organe der verfassungsrechtsprechung

Wie bereits im Länderbericht für die VI. Konferenz ausführlich dargelegt worden ist ⁽¹⁾, kennt das schweizerische Recht auf der Ebene des Bundes zwei nach ihrem Träger, nach der Verfahrensstruktur und nach dem Mass der Justizförmigkeit sowie der Bedeutung der ausgeübten Verfassungskontrolle unterschiedliche Grundformen der höchstinstanzlichen Verfassungsgerichtsbarkeit, nämlich

- die parlamentarische Verfassungskontrolle
- die bundesgerichtliche Verfassungsrechtsprechung

1.1 Die parlamentarische Verfassungskontrolle

Die Verfassung von 1848 ging davon aus, die neu geschaffene Bundesversammlung, d.h. das Bundesparlament, solle zugleich oberster Hüter der Verfassung sein. Die eigentliche verfassungsgerichtlichen Funktionen des Parlaments sind aber im Laufe der Zeit immer stärker zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Bundesgericht eingeschränkt worden und erstrecken sich heute im Verhältnis Bund/Kantone praktisch nur noch auf die *Gewährleistung der*

⁽¹⁾ Tribunales Constitucionales europeos y autonomias territoriales, Informes Nacionales, Madrid 1985, S. 290 ff.

kantonalen Verfassungen ⁽²⁾ sowie die Beurteilung vereinzelter Verfassungs- und Staatsvertragsbeschwerden gegen Entscheide des Bundesrates (Bundesregierung) ⁽³⁾.

1.2. Die bundesgerichtliche Verfassungsrechtsprechung

Die eigentlichen Rechtsprechungsfunktionen des Bundes und insbesondere die Verfassungsgerichtsbarkeit werden durch das Bundesgericht ausgeübt. Dieses ist der umfassende Träger der Rechtsprechungsbefugnisse des Bundes im Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts, des Zivil- und Strafrechts ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Das kann als eine Art präventiver Verfassungsmässigkeits Kontrolle verstanden werden, weil jede neue kantonale Verfassungsbestimmung vom Parlament u.a. daraufhin überprüft werden muss, ob sie bundesverfassungskonform ist (Art. 6 BV). Dieser Gewährleistungsentscheid ist für alle rechtsanwendenden Behörden verbindlich, namentlich ist auch das Bundesgericht nicht befugt, die Frage zu überprüfen, ob eine vom Parlament gewährleistete Bestimmung einer Kantonsverfassung mit der Bundesverfassung, inklusive der von der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleisteten Rechte mit verfassungsrechtlichem Inhalt, vereinbar sei (vgl. BGE 104 Ia 215).

In einem jüngsten Entscheid (BGE 111 Ia 239) hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass die akzessorische Ueberprüfung kantonaler Verfassungsbestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit den von der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleisteten Rechten verfassungsmässigen Inhalts und mit dem übrigen Bundesrecht jedenfalls dann mit staatsrechtlicher Beschwerde verlangt werden könne, wenn das übergeordnete Recht im Zeitpunkt der Gewährleistung der Norm durch die Bundesversammlung noch nicht in Kraft getreten und deshalb bei der parlamentarischen Verfassungskontrolle nicht zu berücksichtigen war. In der Sache ging es um die Frage, ob Art. 43 Abs. 1 der Kantonsverfassung von Appenzell I.Rh., der in der Landsgemeinde vom 24. April 1949 angenommen und mit Beschluss der Bundesversammlung vom 29. September 1949 gewährleistet wurde, und der vorsieht, dass die Parteiverhandlungen vor den Gerichten generell nicht öffentlich sind, mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, die am 4. November 1950 abgeschlossen wurde und für die Schweiz erst mit der Ratifikation am 28. November 1974 in Kraft trat, vereinbar sei.

⁽³⁾ Es geht um solche, welche der Bundesrat auf Beschwerde gegen Hoheitsakete der Kantone hin wegen Verletzung von Art. 18 Abs. 3 BV (unentgeltliche Ausrüstung der Wehrmänner), Art. 27 Abs. 2 und 3 BV (Unentgeltlichkeit und konfessionelle Neutralität des kantonalen Schulwesens) und Art. 53 Abs. 2 BV (Garantie einer schicklichen Bestattung) sowie wegen Verletzung von Bestimmungen über Handels- und Zollverhältnisse, Patentgebühren, Freizügigkeit und Niederlassung in Staatsverträgen mit dem Ausland entschieden hat. Die Fälle sind äusserst selten und es tritt denn auch die parlamentarische Verfassungskontrolle gegenüber der bundesgerichtlichen Verfassungsrechtsprechung völlig in den Hintergrund.

⁽⁴⁾ Unter Vorbehalt der befugnisse der Bundesversammlung in Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bundesbehörden (Art. 85 Ziff. 13 BV) entscheidet das Bundesgericht in allen bei ihm anhängig gemachten Streitsachen selbst und von Amtes wegen über seine Zuständigkeit und ist innerhalb seiner richterlichen Tätigkeit nur dem Gesetz unterworfen. Seine Entscheidungen können nur von ihm selbst nach Massgabe der gesetzlichen Bestimmungen aufgehoben oder abgeändert werden (Art. 21 Abs. 3 OG). In seiner Verwaltung ist das Gericht selbständig, untersteht aber der Oberaufsicht des Parlaments (Art. 21 Abs. 1 und 2 OG).

Das Bundesgericht übt seine Verfassungsgerichtsbarkeit grundsätzlich im *staatsrechtlichen Klage – und Beschwerdeverfahren* aus ⁽⁵⁾. Sie hat in der Regel *repressiven* Charakter. Nur (kantonale) Hoheitsakte (Verfügungen und Erlasse) können Gegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde sein. Das selbe gilt grundsätzlich auch für die staatsrechtliche Klage, doch kann diesem Rechtsmittel, namentlich bei kompetenzkonflikten, präventive Bedeutung zukommen ⁽⁶⁾.

2. Formen der Verfassungsmässigkeitsprüfung und Rechtswege

2.1. Im Bund

Die beiden Rechtsmittel, mit denen das verfassungsgerichtliche Verfahren beim Schweizerischen Bundesgericht in Gang gesetzt werden kann, sind — wie gesagt — die staatsrechtliche Klage (Art. 83 OG) und die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 ff. OG).

Die staatsrechtliche Klage: Im Klageverfahren übt das Bundesgericht *ursprüngliche* Verfassungsgerichtsbarkeit aus, weil es in erster und einziger Instanz einen Rechtsstreit zwischen Bundes – und kantonalen Behörden bzw. zwischen kantonen unter sich verbindlich beurteilt und entscheidet.

Es findet ein sog. Parteiverfahren statt, wobei die Parteien durch die nach der Organisation der Gebietskörperschaften zuständigen Behörden vertreten werden. Bei staatsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kantonen sieht Art. 83 lit. b OG ausdrücklich vor, dass der Streit durch die Regierung eines Kantons anhängig gemacht werden muss.

⁽⁵⁾ Gerichtsintern sind die verfassungsgerichtlichen Funktionen auf alle fünf Hauptabteilungen des Gerichts aufgeteilt. Das erwies sich deshalb als notwendig, weil die staatsrechtlichen Geschäfte sich in den letzten zehn Jahren mehr als verdoppelt haben. Soleisten denn nicht nur die beiden öffentlichrechtlichen Abteilungen, sondern auch die beiden Zivilabteilungen und der Kassationshof in Strafsachen heute einen grossen Beitrag an die bundesgerichtliche Verfassungsrechtsprechung.

⁽⁶⁾ Vgl. BGE 65 I 106 (Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und einem Kanton über die Befugnis des Kantons zum Erlass von Rechtssätzen, die Gegenstand einer kantonalen Volksinitiative bilden); BGE 78 I 24 (Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Kanton betreffend die Zuständigkeit zur Erteilung einer Wassernutzungskonzession); BGE 103 Ia 329 betreffend Standortbewilligung für ein Atomkraftwerk.

Das bundesgerichtliche Urteil kann feststellender, kassatorischer oder gestaltender Natur sein (7).

Die staatsrechtliche Beschwerde: Das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren dient — wie dargelegt — dazu, einen kantonalen Hoheitsakt auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen.

Die Verfassungsbeschwerde ist, von Ausnahmen abgesehen, nur gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig, bzw. erst zulässig, nachdem von den kantonalen Rechtsmitteln Gebrauch gemacht worden ist (Art. 86 OG). Auch ist sie ein subsidiäres Rechtsmittel, da sie nur erhoben werden kann, wenn die behauptete Rechtsverletzung nicht sonstwie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer andern Bundesbehörde gerügt werden kann (Art. 83 Abs. 2 OG) (8).

Das Recht zur Beschwerdeführung steht Bürgern (Privaten) und Korporationen bezüglich solcher Rechtsverletzungen zu, die sie durch allgemein verbindliche oder sie persönlich treffende Erlasse oder Verfügungen erlitten haben (Art. 88 OG). Das zeigt, dass das Rechtsmittel in erster Linie dem Individualrechtsschutz dient.

Das Rechtsschutzinteresse muss ein aktuelles sein. Nur ausnahmweise verzichtet das Bundesgericht auf dieses Erfordernis (9).

(7) Vgl. BGE 108 Ib 392; 106 Ib 154.

(8) Vgl. BGE 110 Ib 65 E. I; 257 E. I.

(9) Der Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen Interesses erscheint nach der Rechtsprechung des Gerichts dann gerechtfertigt, wenn der gerügte Eingriff (beispielsweise das Verbot einer Demonstration auf öffentlichem Grund) sich jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige verfassungsrechtliche Ueberprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre, m.a.w., wenn das Erfordernis des aktuellen Interesses eine Kontrolle der Verfassungsmässigkeit faktisch verhindern würde (vgl. BGE 110 Ia 143 E. 2b). An der Beantwortung der umstrittenen Rechtsfrage muss wegen der grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse bestehen (BGE 111 Ib 59 E. 2b). Das Gericht könnte sich auch eines obiter dictums bedienen, um ein aktuelles verfassungsrechtliches Problem zu klären, das aber für die unmittelbar Betroffenen an der als Zulassungsvoraussetzung notwendigen Aktualität (aktuelles Berührtsein) verloren hat; ähnlich etwa, wie es dies vereinzelt tut, wenn es auf eine Beschwerde aus formellen Gründen nicht eintritt, jedoch trotzdem darlegt, aus welchen materiellen Gründen die Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg hätte haben können, selbst wenn es darauf eingetreten wäre (vgl. als Beispiel BGE 106 Ia 299, insbesondere E. 2 S. 302). Ein solches Vorgehen ist allerdings fragwürdig, namentlich, weil das obiter dictum nicht mehr als eine bloss unverbindliche Meinungsäusserung sein kann und das oberste Gericht verbindliche Entscheide zu fällen und keine unverbindlichen Stellungnahmen zu Rechtsfragen abzugeben hat.

Die Anfechtung von kantonalen Hoheitsakten mit der Verfassungsbeschwerde hindert grundsätzlich deren Vollzug nicht (keine Suspensivwirkung) ⁽¹⁰⁾. Das Urteil wirkt im Prinzip rein kassatorisch ⁽¹¹⁾ und wird mit seiner Ausfällung rechtskräftig (Art. 38 OG). Innerstaatlich kann es nicht angefochten werden; gegebenenfalls steht den Parteien der Weg der Revision offen (Art. 136 ff OG). Da dem verfassungsgerichtlichen Verfahren kein Devolutiveffekt zukommt, tritt auch das eine Beschwerde gutheissende Urteil nicht an die Stelle des aufgehobenen Entscheids, sondern gibt gegebenenfalls Anlass zu einem neuen und erneut anfechtbaren kantonalen Entscheid ⁽¹²⁾.

2.2 In den Kantonen

Eine eigentliche institutionelle Verfassungsgerichtsbarkeit kennen die Kantone, von vereinzelt Ausnahmen abgesehen, nicht. Dagegen kommt der vorgeordneten Verfassungskontrolle, der sog. akzessorischen Normenkontrolle, in der Rechtsprechung der Kantone grosse Bedeutung zu. Die rechtsanwendenden Behörden der Kantone, namentlich die kantonalen Verwaltungsgerichte, überprüfen, wenn sie ihre Rechtsanwendungsfunktion voll wahrnehmen, eine Rechtsnorm auf ihre Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht. Dazu gehört auch die Kontrolle der Norm auf ihre Bundesrechtskonformität.

Nun gibt es allerdings Kantonale Gesetzgeber, die — ähnlich wie der Bundesverfassungsgeber für das Bundesgericht in Art. 113 Abs. 3 BV — die rechtsanwendenden Behörden der Kantone an die kantonalen Gesetzeserlasse binden, d.h. dass beispielsweise ein kantonales Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht

⁽¹⁰⁾ Der zuständige Abteilungspräsident des Bundesgerichts kann allerdings auf Ansuchen einer Partei diejenigen vorsorglichen Verfügungen treffen, die erforderlich sind, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 94 OG). Er gewährt in der Regel auf Gesuch der Partei hin die aufschiebende Wirkung, wenn sich die beschwerdebeklagte kantonale Behörde deren Erteilung nicht widersetzt; im letzteren Fall muss der Präsident eine Interessenabwägung vornehmen (vgl. BGE 107 Ia 269 im allgemeinen und spezifisch bei staatsrechtlichen Beschwerden betreffend die Verfassungsmässigkeit von Steuerforderungen).

⁽¹¹⁾ Vgl. BGE 111 Ia 46E. 1c mit Hinweisen. Feststellende oder gestaltende Anordnungen verbindet das Bundesgericht nur ausnahmsweise mit seinem Entscheid, d.h. nur dann und soweit dies zur Wiederherstellung der verfassungsmässigen Ordnung notwendig erscheint (BGE 107 Ia 257 E. I; vgl. auch hinten Anmerkung 47).

⁽¹²⁾ Vgl. BGE 104 Ia 63.

eine bundesverfassungswidrige kantonale Gesetzesbestimmung anwenden müsste. Einer solchen kantonalrechtlichen Beschränkung der Normkontrollbefugnis sind allerdings bundesrechtliche Schranken gesetzt. Zwar steht es dem kantonalen Gesetzgeber frei, zu bestimmen, dass für seine Gerichte kantonale Gesetze und Verordnungen in jedem Fall verbindlich seien. Diese Bestimmung hat aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ⁽¹³⁾ dann keinen Bestand, wenn fraglich ist, ob kantonales Recht im Konflikt zum Bundesrecht steht. Die kantonalen Behörden sind nämlich kraft Bundesverfassung verpflichtet, das kantonale Recht auf seine Übereinstimmung mit dem Bundesrecht zu prüfen. Dies ergibt sich aus der Natur des Bundesstaates und dem Vorrang des Bundesrechts vor kantonalem Recht ⁽¹⁴⁾.

Im Folgenden wird nur von der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes die Rede sein.

3. Umfang und Gegenstand der Verfassungsmässigkeitsprüfung (Zuständigkeit)

Die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Verfassungsgerichtsbarkeit im weiteren Sinne wird von der Bundesverfassung in Art. 113 umschrieben. Danach urteilt das Bundesgericht:

- «1. über Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden einerseits und Kantonalbehörden anderseits;
 2. über Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen;
 3. über Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger sowie über solche von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen». (Abs. 1)
- «In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend.» (Abs. 3)

⁽¹³⁾ Vgl. BGE 92 I 482 mit Hinweisen.

⁽¹⁴⁾ Vgl. BGE 104 Ia 82 E. 2a mit Hinweisen.

Das ist der Ausgangspunkt. Von hier aus lässt sich deutlich erkennen, dass dem Schutz der verfassungsmässigen Rechte im Sinne eines Individualrechtsschutzes ein grosser Stellenwert eingeräumt wird, weil die Verfassung jedem Bürger, der sich in seinen verfassungsmässigen Rechten verletzt fühlt, den Weg an das Bundesgericht öffnet, dass aber andererseits die Verfassungsgerichtsbarkeit ganz wesentlich eingeschränkt ist, weil es dem Bundesgericht verwehrt ist, die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen zu überprüfen.

3.1 Die Ueberprüfungsbefugnis bei Erlassen des Bundes

Wie bereits ausgeführt, ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht auch als Verfassungsgericht an die Bundesgesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse sowie die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge gebunden ist, d. h. dass es diese weder im abstrakten Normenkontrollverfahren noch im verfassungs- oder verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren überprüfen kann (Art. 113 Abs. 3 sowie 114bis Abs. 3 BV) (15).

Das Bundesgericht selbst hat seit Mitte der sechziger Jahre seiner Verfassungsrechtsprechung ein neues Verständnis dieser Bindung an die Bundesgesetze zugrunde gelegt, indem es im Einzelfall eine verfassungskonforme Auslegung und Anwendung der Bundesgesetze fordert. Mit der Begründung, es sei zu vermuten, dass der Bundesgesetzgeber keine verfassungswidrigen Anordnungen treffen wolle, hält es bereits in BGE 95 I 330 fest, die Bestimmungen der Bundesgesetze seien verfassungskonform auszulegen, sofern dem nicht der klare Wortlaut oder Sinn des Gesetzes entgegenstehe. An dieser Rechtsprechung ist seither nicht gerüttelt worden (16).

(15) Das Bundesgericht soll nach dem Willen der Verfassung den Inhalt dieser Bundeserlasse schlicht als verfassungsmässig ansehen (BGE 107 Ib 74). Diese Auffassung ist schon wiederholt auf Kritik in Politik und Wissenschaft gestossen, namentlich aus Gründen des Föderalismus. In der Tat ist schwer einzusehen, weshalb für die Bundesgesetzgebung a priori eine höhere Vermutung der Verfassungskonformität sprechen soll. Auch vermag das immer wieder angeführte Argument, die Ueberprüfung der vom Volk in einer Abstimmung oder durch Verzicht auf ein Referendum angenommenen Gesetze durch das Bundesgericht würde sich schlecht mit den demokratischen Grundlagen der Schweiz vertragen, nicht voll zu überzeugen, zumal dieses auch gegen die verfassungsgerichtliche Ueberprüfung der Gesetzeserlasse der Kantone ins Feld geführt werden könnte.

(16) Zur verfassungskonformen Auslegung von Bundesgesetzen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention vgl. BGE 106 Ia 33.

Für das Bundesgericht nicht verbindlich und daher einer Ueberprüfung auf ihre Rechtmässigkeit (Verfassungs – und Gesetzmässigkeit) zugänglich sind die sog. untergesetzlichen Erlasse des Bundes (Verordnungen der Bundesregierung und einfache Bundesbeschlüsse). Dieses Ueberprüfungsrecht hat das Bundesgericht seit jeher als selbstverständlich betrachtet ⁽¹⁷⁾, seine Rechtsprechung aber nicht zuletzt, seitdem die Frage der Verfassung – und Gesetzmässigkeit von Verordnungen des Bundesrates in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren häufig aufgeworfen wurde, stets verfeinert ⁽¹⁸⁾. Ausgeschlossen ist diese Ueberprüfung allerdings in einem abstrakten Normenkontrollverfahren, weil es an einem entsprechenden Rechtsmittel fehlt. Darum kommt es in der Regel nur im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens und gelegentlich im Strafverfahren ⁽¹⁹⁾ zu einer bundesgerichtlichen Ueberprüfung untergesetzlicher Erlasse des Bundes.

3.2 Die Ueberprüfungsbefugnis bei Erlassen der Kantone

Nach Art. 84 OG kann gegen kantonale Erlasse oder Verfügungen (Entscheide) beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde (Verfassungsbeschwerde) geführt werden:

- «a. wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger;
- b. wegen Verletzung von Konkordaten;
- c. wegen Verletzung von Staatsverträgen mit dem Ausland, ausgenommen bei Verletzung zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Bestimmungen von Staatsverträgen durch kantonale Verfügungen (Entscheide);
- d. wegen Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften über die Abgrerzung der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit der Behörden.» (Abs. 1).

⁽¹⁷⁾ Vgl. das bereits im Jahr 1887 ergangene Urteil BGE 13 98.

⁽¹⁸⁾ Vgl. für viele BGE 110 II 72 E. 2; 109 V 218 E. 5a; 107 Ib 246 E. 4 mit weiteren Hinweisen.

⁽¹⁹⁾ Vgl. BGE 108 IV 71.

«In allen diesen Fällen ist jedoch die Beschwerde nur zulässig, wenn die behauptete Rechtsverletzung nicht sonstwie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer andern Bundesbehörde gerügt werden kann.»
(Abs. 2)

Das bedeutet, dass grundsätzlich jeder kantonale Hoheitsakt, der gegen Verfassungs —, Konkordats — oder Staatsvertragsrecht verstösst, beim Bundesgericht mit der Verfassungsbeschwerde angefochten werden kann, und zwar gleichgültig, ob es sich dabei um einen Erlass oder um einen Akt der Rechtsanwendung (Verfügungen und Entscheide) handelt, sofern — und daraus ergibt sich der subsidiäre Charakter der Verfassungsbeschwerde — die Rüge nicht sonstwie durch Klage oder Rechtsmittel vor einer Behörde des Zentralstaates (Bund) erhoben werden kann. Erlasse im Sinne dieser Bestimmung sind generelle und abstrakte Anordnungen⁽²⁰⁾, d.h. alle kantonalen Gesetze und untergesetzlichen Erlasse⁽²¹⁾, gegebenenfalls auch Verwaltungsverordnungen⁽²²⁾, Gemeindeerlasse⁽²³⁾ und Verbandsbeschlüsse⁽²⁴⁾.

Die Beschwerde gegen Erlasse ist aber — trotz des weiten Fächers, der mit ihr aufgespannt wird, keine Popularbeschwerde. Sie setzt nämlich voraus, dass der (oder die) Beschwerdeführer in seinen (ihren) persönlichen Rechten verletzt sei (Art.

⁽²⁰⁾ Vgl. BGE 106 Ia 308 E. Ia mit Hinweisen.

⁽²¹⁾ Als Beispiel der Anfechtung einer kantonalen Gefängnisordnung BGE 106 Ia 355. Dabei ist nicht von Belang, ob der kantonale Erlass von der Bundesregierung genehmigt wurde (BGE 104 Ia 484 E. 3b), denn der diesbezügliche Entscheid der Bundesregierung bindet das Bundesgericht nur, wenn er negativ ausfiel, d.h. die Genehmigung verweigert wurde. BGE 84 I 63 folgert konsequenterweise aus der verweigerten Genehmigung, dass kein anfechtbarer kantonaler Hoheitsakt vorliegt.

⁽²²⁾ Hier stellt sich aber jeweils die Frage, ob der rechtsuchende Bürger durch einen solchen Erlass in seiner persönlichen Rechtsstellung überhaupt verletzt sein kann, da dies Zulassungsvoraussetzung für die Verfassungsbeschwerde ist.

⁽²³⁾ Vgl. BGE 98 Ia 399 E. I. Voraussetzung ist, dass diese «Erlasse» die Merkmale eines Rechtssatzes erfüllen.

⁽²⁴⁾ Vgl. BGE 89 I 30 E. I. Diese sind nur anfechtbar, wenn sie mit Genehmigung einer kantonalen Behörde zu einem allgemeinverbindlichen Erlass geworden sind, wobei nicht der Verbandsbeschluss als solcher, sondern nur die Allgemeinverbindlicherklärung der kantonalen Behörde Anfechtungsobjekt der Verfassungsbeschwerde sein kann.

88 OG). Dass der Kreis der durch den Erlass eines Gesetzes virtuell Verletzten unter Umständen recht gross sein kann, versteht sich von selbst (25). Wird von der Möglichkeit der unmittelbaren Anfechtung eines Erlasses im Anschluss an dessen Publikation nicht Gebrauch gemacht, hindert das nicht daran, dass im Rahmen der konkreten Anwendung des Rechtssatzes die Verfassungswidrigkeit gerügt wird, doch ist in diesem Zeitpunkt nur noch der effektiv und persönlich Betroffene hierzu legitimiert. Umgekehrt schliesst die Tatsache, dass das Bundesgericht einen kantonalen Erlass auf Verfassungsrüge hin bereits im abstrakten Normenkontrollverfahren überprüft hat, nicht aus, dass es in einem späteren Zeitpunkt, wenn die als verfassungskonform erklärte Norm bei ihrer Anwendung auf den Einzelfall erneut angefochten wird, nochmals und neu überprüft (26).

3.3 Die Ueberprüfungsbefugnis hinsichtlich der verfassungsmässigen Rechtsanwendung

Der Ueberprüfung der verfassungsmässigen Rechtsanwendung kommt in der Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts Vorrangstellung zu, wobei der Anwendungsbereich der bundesgerichtlichen Verfassungsrechtsprechung — wie bereits gesagt — begrenzt ist: Einerseits sind die Grenzen recht weit gezogen, weil jeder Bürger die ihn betreffende Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts mit der staatsrechtlichen Beschwerde rügen kann, andererseits ist sie stark eingeschränkt, weil die Rüge nur gegenüber *kantonalen* Hoheitsakten vorgebracht werden kann (27). Immerhin darf festgestellt werden, dass das Bundes-

(25) In der jüngsten Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts schimmert indes durch, dass ein Rückbesinnen auf einen engeren Kreis von aus virtuellem Betroffensein Legitimierten notwendig ist. Das Bundesgericht ging denn auch recht weit, als es einem 31 jährigen, verheirateten Rechtsanwalt die Legitimation zur Verfassungsbeschwerde gegen einen kantonalen Erlass über den numerus clausus für den Zugang zu einer Lehrerbildungsschule die Berechtigung zur Verfassungsbeschwerde deshalb anerkannte, wiewohl es zwar wenig wahrscheinlich sei, dass er als praktizierender Anwalt sich selbst je noch um die Zulassung zu dieser Schule bewerben werde, doch weil nicht auszuschliessen sei, dass dies einmal sein jetziges oder allenfalls ein späteres Kind tun werde (BGE 104 Ia 307).

(26) Vgl. 68 I 29.

(27) Allerdings kommt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde seit der Einführung der Generalklausel im Jahre 1969 (Art. 97 ff. OG) in dieser Beziehung eine grosse Bedeutung zu, weil mit diesem Rechtsmittel bei Hoheitsakten des Bundes auch die verfassungskonforme Auslegung und Anwendung des Bundesrechts durch die Bundesbehörden gefordert werden kann (vgl. BGE 103 Ib 97 zur Auslegung des bundesrechtlichen Enteignungsrechts im Lichte der verfassungsmässig verankerten Eigentumsgarantie und BGE 105 Ib 49 zur verfassungsmässigen Auslegung des Begriffs der Mutter, die «von Abstammung Schweizer Bürgerin» ist).

gericht in seiner diesbezüglichen Verfassungsrechtsprechung einen weiten Fächer von Grundsätzen des staatlichen Handelns gespannt hat, was für ein Gericht, das recht unterschiedliche Normen aus 26 kantonalen (souveränen) Rechtsordnungen auf ihre verfassungskonforme Anwendung hin überprüfen muss, kein leichtes Unterfangen ist, zumal neben dem Gesetzestext immer auch das geographische, historische, politische und soziale Umfeld zu berücksichtigen ist, in dem diese kantonalen Rechtsnormen entstanden sind. Dabei übt die Verfassungsrechtsprechung den grössten Einfluss zum Schutz der individuellen Freiheitsrechte und namentlich der Gewährleistung der Rechtsgleichheit und der verfassungsmässig garantierten Verfahrensrechte aus (Gewährung des rechtlichen Gehörs; Verbot der formellen und materiellen Rechtsverweigerung) sowie zur Vermeidung von Willkür als der Charakterisierung grober Rechtsverletzung sowie überspitzten Formalismus im Verfahren (28).

Eine wichtige Funktion übt die Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts in diesem Bereiche aufgrund der Befugnis aus, die Gewährleistung einer verfassungskonformen Ausübung der Volksrechte in den Kantonen zu überprüfen (29).

3.4. Die kompetenzkonflikte

Die Lösung von Konflikten im Verhältnis Bund und Kantone sowie zwischen den Kantonen tritt als Aufgabe des Bundesgerichts rein quantitativ gegenüber der Verfassungsrechtsprechung im engeren Sinn in den Hintergrund. Sie ist aber doch insofern von Bedeutung, weil sie im Konfliktfall zum Gleichgewicht und dem harmonischen Auskommen der Gewalten in der föderativen Struktur des Bundesstaates beitragen kann.

Vom Kompetenzkonfliktsverfahren soll aber hier nicht weiter die Rede sein.

(28) Vgl. BGE Ia 13 E. 2; 108 Ia 105 und 209: Zur rechtsvereinheitlichenden Wirkung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Grundprinzipien der kantonalen Verwaltungsverfahren; im übrigen auch BGE 106 Ib 346.

(29) Stimm- und Wahlrecht (vgl. BGE 105 Ia 237); Mitwirkung am Volkswillen bei Referenden und Initiativen (vgl. BGE III Ia 201; 110 Ia 176).

4. Prüfungsmaßstäbe

Prüfungsmaßstab ist für das Bundesgericht im staatsrechtlichen Verfahren die Verfassungsmässigkeit des angefochtenen Hoheitsakts, wobei es einerseits um die formelle, anderseits um die materielle Verfassungsmässigkeit gehen kann.

Im Bereich der *formellen Verfassungsmässigkeitsprüfung* ist die kompetenz des Bundesgerichts durch Art. 113 Abs. 3 (bzw. 114bis Abs. 3 im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, in dem als Einheitsverfahren nicht nur die Gesetzmässigkeit, sondern gegebenenfalls auch die Verfassungsmässigkeit der Rechtsanwendung überprüft wird) eingeschränkt: Ist der Bundeserlass als Gesetz, als allgemeinverbindlicher Beschluss sowie als von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag bezeichnet, schliesst dies jegliche Prüfung der Erlassform aus. Der Ausschluss der Ueberprüfung der von der gesetzgebenden Behörde (Bundesversammlung) gewählten Erlassform ist die Konsequenz aus der verfassungsmässig gewollten Bindung des Bundesgerichts, weshalb diese nicht dadurch umgangen werden kann, dass der Verfassungsrichter, gleichsam durch die Hintertür, nämlich über die Kontrolle der Wahl der richtigen Erlassform, sich ihrer entledigt, indem er die Form als unzutreffend bezeichnet. Denn selbst wenn der Erlass nach Auffassung des Bundesgerichts in der ihm richtig erscheinenden Form die vom Bundesgesetzgeber festgelegte Erlasshöhe nicht erreicht, ist es zu dieser Feststellung, mit der Wirkung dass die Bindung dahinfallen würde, nicht zuständig (30).

Ganz generell stellt sich das Problem der Ueberprüfung der Erlassform jedoch bei wegen Verfassungsverletzung (in concreto oft Verletzung politischer Rechte) angefochtenen *kantonalen* Hoheitsakten. Der Beurteilung, ob für den angefochtenen kantonalen Erlass nach Massgabe des Prinzips der Hierarchie der Rechtssatzformen und der einschlägigen kantonalen Kompetenzordnung die richtige Form gewählt worden ist, sind keine, dem für Normen des Bundesrechts entsprechende Grenzen gesetzt (31).

(30) Das Problem ist eher theoretischer Art; jedenfalls hat sich das Bundesgericht, soweit ersichtlich, stets streng an die von der Verfassung ihm auferlegte Bindung gehalten und in der Erlassform keinen Ansatzpunkt für eine Prüfung erblickt.

(31) Vgl. für viele BGE 108 Ia 184 und 241; auch 105 Ib 81; 103 Ia 378; 94 I 36 E. 3.

In der *materiellen Verfassungsmässigkeitsprüfung* beurteilt das Bundesgericht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, nach Massgabe der erhobenen und ausreichend begründeten Rügen, Hoheitsakte auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung, d.h. mit Geboten und Verboten bzw. allgemeinen Grundsätzen der Verfassung, doch nur mit solchen, welche Individualrechte schützen (32). So allgemein formuliert, versteht sich diese Aussage von selbst. Frage ist nur, was darunter im Einzelfall zu verstehen ist.

Hierzu gehören in erster Linie die verfassungsmässigen Individualrechte der *Bundesverfassung*, namentlich die klassischen Freiheitsrechte sowie die daraus abgeleiteten allgemeinen Grundsätze und Rechtsprinzipien (33). Als verfassungsmässige Rechte gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch jene der *Kantonsverfassungen*, soweit ihnen gegenüber den in der Bundesverfassung ausdrücklich oder ungeschrieben verankerten Rechten bzw. den völkerrechtlich geltenden Regelungen selbständige Bedeutung zukommt (34).

(32) Das ergibt sich aus Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV, wo die Verfassungsbeschwerde auf Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger beschränkt wird.

(33) Zu den klassischen Freiheitsrechten der Bundesverfassung gehören namentlich die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 45 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49), die Kultusfreiheit (Art. 50), die Pressfreiheit (Art. 55), die Vereins- und Versammlungsfreiheit (Art. 56), die Petitionsfreiheit (Art. 57); hinzukommen die ungeschriebenen Grundrechte der persönlichen Freiheit, der Meinungsäusserungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit und der Sprachenfreiheit sowie die sog. institutionellen Garantien, namentlich die Ehefreiheit (Art. 54 BV), das Recht auf den verfassungsmässigen Richter und das Verbot von Ausnahmegerichten sowie das Verbot des schuldverhaftets (Art. 58 und 59 BV), das Verbot körperlicher Strafen (Art. 65) und die Eigentumsgarantie (Art. 22ter BV). Von grosser Bedeutung sind ferner die politischen Rechte oder auch Volksrechte. Im Einzelfall kann sich der Rechtsuchende auch auf das Legalitätsprinzip, auf das Prinzip der Gewaltenteilung und auf das Verbot der Doppelbesteuerung (Art. 46 BV) berufen oder auch rügen, der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts werde verletzt (Art. 2 der Uebergangsbestimmungen BV). Die am meisten angerufene Verfassungsbestimmung ist aber Art. 4 BV, das Rechtsgleichheitsgebot, aus dem das Gericht eine reichhaltige Praxis nicht nur zum eigentlichen Gleichheitsprinzip, sondern auch zum sog. Willkürverbot entwickelt und zahlreiche bundesrechtliche Verfahrensgarantien abgeleitet hat. Daneben hat das Bundesgericht für die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit eine Zahl von Prüfungsmastäben herangezogen, die es als verfassungsrechtlicher Natur betrachtet, aber nicht selbständig, sondern nur im Zusammenhang mit der behaupteten Verletzung eines Individualrechts versendet. Es sind dies in erster Linie das Prinzip der Verhältnismässigkeit und der Grundsatz von Treu und Glauben.

(34) Vgl. für viele BGE 103 Ia 177.

Prüfungsmassstab bilden schliesslich in der jüngeren Rechtsprechung auch die Garantien der EMRK, die das Bundesgericht verfahrensmässig gleich behandelt wie Verfassungsrechte und deren Inhalt es in Verbindung mit den entsprechenden Individualrechten des geschriebenen und ungeschriebenen Bundesverfassungsrechts bestimmt (35).

II

INHALT — VERBINDLICHKEIT — WIRKUNGEN

Nachdem Organisation, Rechtswege und Zuständigkeiten in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts umrissen und kurz erläutert worden sind, lassen sich die Fragen nach dem Inhalt, der Verbindlichkeit und den Wirkungen der bundesgerichtlichen Entscheidungen im Gebiet seiner Verfassungsrechtsprechung — soweit sich die Antworten nicht bereits aus dem Gesagten ergeben haben — beantworten.

(35) Vgl. für viele BGE 111 Ia 239 mit zahlreichen Hinweisen. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist nicht von einer formellen Bindung des Gerichts an die Präjudizien, die von den Menschenrechtsbehörden geschaffen wurden, auszugehen. Eine solche Bindung wäre auch dem innerstaatlichen Konzept vom Verhältnis zwischen dem Bundesgericht als Verfassungsgericht und den kantonalen Behörden fremd. Dagegen kann von einer massgeblichen Beeinflussung der innerstaatlichen und damit auch der höchstgerichtlichen Rechtsfindung durch die EMRK-Rechtsprechung gesprochen werden. Die Formulierung genereller Normen über die Auslegung der EMRK in den Urteilen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte übt vor allem darn auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung einen grossen Einfluss aus, ja ist im Einzelfall nicht nur wegleitend sondern entscheidend (so beispielsweise in den am 4. Juni 1986 ergangenen, zur Publikation in BGE 112 Ia bestimmten Urteilen zu Fragen der Verfassungs- und EMRK-Konformität kantonaler Normen der Strafprozessordnung im Blick auf den Anspruch auf ein unparteiisches Gericht; Art. 58 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK), wenn sie der Ueberzeugung des Gerichts hinsichtlich der rechtlich relevanten Kriterien unmittelbaren Ausdruck verleiht. Denn auch im internationalen Verhältnis dürfte gelten, was im innerstaatlichen zur Regel geworden ist: Klare Formulierung und überzeugende Begründung erleichtern das Verständnis der generellen Tragweite von Präjudizien und tragen viel zu einer grösseren Bindungswirkung bei. Vgl. im übrigen hinten Ziffer 6 und Anmerkung 43.

5. Inhalt der Entscheidungen

Ausgangspunkt und bestimmend ist, dass bei der staatsrechtlichen Beschwerde der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zwar vom Gesetzgeber in einen generellen Rahmen gestellt, doch im Einzelfall vom Beschwerdeführer selbst festgelegt wird. Das Bundesgericht überprüft im verfassungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren den angefochtenen Hoheitsakt nicht generell auf seine Verfassungskonformität hin, sondern nur nach Massgabe der vom Beschwerdeführer erhobenen und ausreichend begründeten (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG) Verfassungsrügen; es bringt mit andern Worten nicht von Amtes wegen das objektive Verfassungsrecht zur Anwendung⁽³⁶⁾. Nach diesem Umfang der Prüfung richtet sich auch der Inhalt der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts. Abgesehen von den sog. Entscheiden über das Rechtsmittel (Zulässigkeit des Rechtsmittels nach Massgabe der formellen und materiellen Voraussetzungen, wie Rechtzeitigkeit der Beschwerde, ausreichende Begründung, Legitimation des oder der Beschwerdeführer, Vorliegen eines anfechtbaren Hoheitsakts, gegebenenfalls Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges), hat der verfassungsgerichtliche Entscheid stets und nur die Frage der Verletzung verfassungsmässiger Rechte durch den angefochtenen Hoheitsakt (Erlass oder Verfügung) zum Gegenstand und lautet auf Abweisung oder Gutheissung der Beschwerde (eventuell auf teilweise Abweisung oder teilweise Gutheissung).

Mit der Abweisung der Beschwerde stellt das Bundesgericht fest, dass der angefochtene Hoheitsakt nicht an der vom Beschwerdeführer in substantiiertem Form gerügten Verfassungswidrigkeit leidet. Diese Feststellung ist nicht — wie beispielsweise im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren nach den Art. 97 ff. OG — mit einer Bestätigung des angefochtenen Hoheitsaktes gleichzusetzen. Sie hat einen rein «negativen» Charakter, der sich aus der kassatorischen Funktion des Rechtsmittels ergibt.

⁽³⁶⁾ Vgl. BGE 110 Ia 3 E. 2 und 69 E. 3b sowie 104 Ia 237 E. 1d. Diese Beschränkung auf die zulässigen ausdrücklich erhobenen und begründeten Rügen hat zur Folge, dass offensichtliche, aber nicht gerügte Verfassungswidrigkeiten nicht von Amtes wegen behoben werden; es werden nur gerügte Mängel kassiert.

Im Gegensatz zur Abweisung hat die Gutheissung der staatsrechtlichen Beschwerde eine sog. «positive» Wirkung. Mit ihr bejaht das Gericht die Begründetheit der gerügten Verfassungsverletzung und damit die Verfassungswidrigkeit im konkreten Einzelfall. Die angefochtene Anordnung wird aufgehoben (bzw. teilweise aufgehoben bei teilweiser Gutheissung). Auch hier wirkt das Urteil im Prinzip kassatorisch.

Es gibt allerdings Fälle, wo eine Kassation nicht möglich ist, beispielsweise weil der überprüfte und als verfassungswidrig befundene Hoheitsakt bereits vollstreckt worden oder hinfällig geworden ist, aber das aktuelle Interesse an einem verfassungsgerichtlichen Entscheid nach wie vor besteht.

Unter derartigen Umständen hat die Gutheissung den Sinn einer verbindlichen Feststellung der Verfassungswidrigkeit des gerügten Staatsakts und einer eigentlichen Wegleitung an die beschwerdebetroffene Behörde hinsichtlich ihres künftigen Verhaltens (37).

Die Verfassungswidrigkeit eines kantonalen Erlasses, namentlich eines kantonalen Gesetzes, wird vom Bundesgericht nicht leichthin angenommen. Bei der verfassungsgerichtlichen Ueberprüfung ist für das Bundesgericht massgebend, ob der gerügten Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit dem angerufenen verfassungsmässigen Recht vereinbar erscheinen lässt. Das Bundesgericht hebt die angefochtene kantonale Vorschrift nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist (38). Sodann berücksichtigt es, dass gerade im abstrakten Normenkontrollverfahren die möglichen Auswirkungen der Norm nie völlig übersehbar sind. Erscheint daher eine generell abstrakte Regelung bezogen auf normale Verhältnisse, wie sie vom Gesetzgeber der Norm zugrunde gelegt werden durften, als verfassungsrechtlich (noch) haltbar, so vermag die ungewisse Möglichkeit, dass sie sich in besonders gelagerten Einzelfällen als verfassungswidrig

(37) Vgl. vorne Anmerkung 9 und hinten Anmerkung 57.

(38) Aus der jüngsten Rechtsprechung vgl. Urteil vom 10. Juli 1986 betreffend die Gleichstellung von Mädchen und Knaben im Primarschulunterricht (zur Publikation in BGE 112 Ia bestimmt).

auswirken könnte, nach Ansicht des Bundesgerichts ein Eingreifen des Verfassungsrichters noch nicht zu rechtfertigen; und dies vor allem dann nicht, wenn im fraglichen Sachbereich die Möglichkeit der späteren konkreten Normenkontrolle dem Betroffenen hinreichenden Schutz bietet (39).

6. Verbindlichkeit der Entscheidungen

«Die Entscheidungen des Bundesgerichts werden mit ihrer Ausfällung rechtskräftig» (Art. 38 OG). Diese Regel aus dem Abschnitt «Gemeinsame Verfahrensvorschriften» gilt für alle Verfahren, d.h. auch für das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren. Damit ist zugleich viel und wenig gesagt. Nach der Botschaft zum OG von 1943 kann damit nur die formelle Rechtskraft gemeint sein (40), d.h. dass der bundesgerichtliche Entscheid unter Vorbehalt der Revision und der (41) durch kein (innerstaatliches) Rechtsmittel angefochten werden kann. In diesem Sinne ist auch jede Fortsetzung eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens ausgeschlossen. Selbst das jedermann zustehende Recht, sich beim Parlament über das Bundesgericht zu beschweren, kann nicht zu einer Ueberprüfung der materiellen Entscheidung führen, sondern gegebenenfalls zu Weisungen des Parlaments, das solche kraft seiner Oberaufsicht über die Gerichtsverwaltung im administrativen Bereich, ohne dass damit ein Eingriff in die Rechtspflege ver-

(39) Vgl. für viele BGE 111 Ia 24 E mit zahlreichen Hinweisen.

(40) Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft 95. Jahrgang, 1943, S. 97 ff., insbesondere S. 114, wo wörtlich ausgeführt wird: «Es dürfte sich von selbst verstehen, dass mit dieser Vorschrift (gemeint ist Art. 38, der die damals geltenden Art. 101 und 195 ersetzen sollte) in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege nicht in gleicher Weise wie in der Zivilrechtspflege die materielle, sondern nur die formelle Rechtskraft gemeint sein kann.»

(41) Für die Revision und die Erläuterung der staatsrechtlichen Beschwerdeentscheide sind die Art. 136 bis 144 (Revision) und Art. 145 (Erläuterung) OG massgebend. Dass im Augenblick der Ausfällung des bundesgerichtlichen Urteils für die Parteien noch kein schriftlich begründetes Urteil vorliegt, sondern nur das sog. Dispositiv, ist bei Entscheiden von grundsätzlicher Bedeutung, d.h. an einer Sitzung mit in der Regel öffentlicher Beratung und Abstimmung (Art. 17 OG) kein nenenswerter Nachteil, da ja die Parteien, sofern sie sich die Mühe genommen haben, der Beratung beizuwohnen, die Entscheidungsgründe «an der Quelle» zur Kenntnis nehmen können oder doch spätestens aus der Zeitung am Nachtag der Sitzung erfahren, welches der Grundtenor der in der Urteilsberatung unter den mitwirkenden Richtern gewalteten Diskussion war.

bunden sein darf, erlassen kann (Art. 21 OG in Verbindung mit. Art 85 Ziff. 13 BV) ⁽⁴²⁾ Auch eine Beschwerde an die Menschenrechtsbehörden des Europarates gemäss Art. 25 EMRK stellt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit eines bundesgerichtlichen Entscheids nicht in Frage. Die Gutheissung einer EMRK-Individualbeschwerde wegen Verletzung der konvention bildet nach geltendem Recht keinen Revisionsgrund ⁽⁴³⁾.

Bestehen hinsichtlich der formellen Rechtskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen des Bundesgerichts praktisch keine Divergenzen in Lehre und Rechtsprechung, so bereitet die theoretisch einwandfreie Beantwortung der Frage nach der materiellen Rechtskraft doch etwas mehr Mühe; diesbezügliche Präjudizien sind relativ selten. Die Frage muss je nach Anfechtungsobjekt und Art der Entscheidung unterschiedlich beantwortet werden.

⁽⁴²⁾ Auf die Oberaufsicht des Parlaments ist bereits vorne (vgl. Note 4) hingewiesen worden. Nun hat sich aber in den letzten Jahren eine Tendenz spürbar gemacht, die nicht unbedenklich ist. Nach der Praxis der Geschäftsprüfungskommissionen des Parlaments, soll sich die die Aufsicht der Bundesversammlung über das Bundesgericht auf die Administration des Gerichts und die Geschäftsbewältigung unter Einschluss von Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung oder Verletzung fundamentaler Verfahrensgrundsätze beziehen. Die Geschäftsprüfungskommissionen wollen insbesondere darüber wachen, dass jeder Bürger in gleicher Weise Zugang zum obersten Gericht finde und dass dieser Zugang weder ungebührlich erschwert werde noch über das Armenrecht zu Lasten des Steuerzahlers missbräuchlich in Anspruch genommen werde. Allfällige Kritik an der Geschäftsführung des Bundesgerichts wird aber — um die richterliche Unabhängigkeit zu wahren — im Blick auf die Zukunft angebracht. Sollte sich daraus eine Meinungsverschiedenheit über die Rechtsprechung ergeben, so wäre es Sache der Bundesversammlung als Gesetzgeber das Verfahrensrecht entsprechend zu präzisieren, damit sich daraus die als erwünscht betrachtete Gerichtspraxis ergibt. Wenn nun die Geschäftsprüfungskommissionen mit dieser Begründung auf Aufsichtseingaben eintreten, in denen gerügt wird, das Bundesgericht habe in seinem Urteil fundamentale Verfahrensbestimmungen verletzt und in ihren Antworten, ohne direkt das Urteil des Gerichts zwar unmittelbar wie eine Rechtsmittelinstanz zu würdigen, aber doch unter ausführlicher Begründung darlegen, weshalb das Urteil des Gerichts im Lichte der analysierten fundamentalen Rechtsgrundsätze «richtig» erscheint und daher der Aufsichtseingabe kein Erfolg beschieden sein könne, so läuft das im Ergebnis auf einen Eingriff in die Rechtsprechung hinaus. Zu einem Konflikt der Gewalten kam es bisher nicht, da keiner Aufsichtseingabe in diesem Sinne Folge gegeben wurde. Es stellt sich aber doch ernsthaft die Frage, wie einer Aufsichtsbeschwerde wegen Verletzung fundamentaler Verfahrensbestimmungen vom Parlament Folge gegeben werden könnte, ohne Uebergriff in den Bereich der Rechtsprechung?

⁽⁴³⁾ In der zurzeit hängigen OG-Revision (Botschaft und Entwurf betreffend die Aenderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 29. Mai 1985 finden sich im Bundesblatt 1985 II S. 737 ff.) ist allerdings diesbezüglich eine Erweiterung der Revisionsgründe vorgesehen. Nach Art. 139a OG-Revisionsentwurf vom 29. Mai 1985 ist die Revision eines Entscheids des Bundesgerichts oder einer Vorinstanz zulässig, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte oder das Ministerkomitee des Europarates eine Individualbeschwerde wegen Verletzung der EMRK und deren Protokolle gutgeheissen hat und eine Wiedergutmachung nur durch eine Revision möglich ist.

Soweit die Verfassungsbeschwerde sich gegen letztinstanzliche Zivil — oder Strafurteile richtet, kommt dem Urteil materielle Rechtskraft zu, denn hier stehen Interessen der Rechtssicherheit im Vordergrund. Geht es aber um die Anfechtung eines Erlasses, steht eine frühere verfassungsrechtliche Entscheidung, in der die direkte Anfechtung des Erlasses nach Massgabe der substantiiert vorgetragenen Rügen abgewiesen wurde, einer erneuten Aufwerfung und Prüfung der im früheren Entscheid beurteilten Fragen nicht im Weg. Der Entscheid ist weder gegenüber der Partei, die im früheren Verfahren beteiligt war, noch gegenüber einem Dritten, der gegen den Erlass die selben Einwendungen erhebt, unabänderlich (44). Die Abweisung der Beschwerde gegen einen Erlass kann den Beschwerdeführer (und auch Dritte) nicht hindern, gegen Hoheitsakte, die sich auf den seinerzeit angefochtenen Erlass stützen, erneut Beschwerde zu führen, und — nunmehr aber im Verfahren der Konkreten Rechtsanwendungsprüfung — die früher schon vergeblichen Rügen erneut oder neue Verfassungsrügen zu erheben (45).

(44) Vgl. BGE 102 Ia 282 E. 2; als leading case in dieser Frage gilt immer noch BGE 68 I 29 E. 3, in dem sich das Bundesgericht wie folgt geäussert hat:
«3. — Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 20. März 1936 verschiedene Einwendungen verfassungsrechtlichen Charakters gegen das Wasserwerksteuergesetz geprüft und ist dabei zur Abweisung der gegen das Gesetz erhobenen Beschwerde gekommen. Die Rechtskraft dieses Urteils steht der erneuten Aufwerfung und Prüfung der damals beurteilten Fragen nicht im Wege. Wenn schon die Anfechtung eines Gesetzes ein allgemeines Ziel verfolgt und die Aufhebung des Gesetzes durch das Bundesgericht auch allgemein wirkt, so könnte doch die Rechtskraft eines abweisenden Urteils sich nur beziehen auf die Rekursparten; denn nur ihre persönliche Beschwerde gegen das Gesetz ist abgewiesen worden. Einem Dritten, der der Anwendung des Gesetzes gegenüber dieselben Einwendungen erhebt, könnte das frühere Urteil nicht entgegengehalten werden (vgl. dazu BGE 48 I S. 19, Erw. 3, wo die Frage offen gelassen wurde). Kommt aber das Bundesgericht bei einer neuen Beschwerde eines Dritten dazu, zufolge neuer Prüfung bereits früher behandelter Einwendungen die Verfassungswidrigkeit zu bejahen, so muss der frühere Rekurrent berechtigt sein zu verlangen, dass das Gesetz auch ihm gegenüber nicht mehr angewendet werde. Denn er hat offenbar Anspruch auf gleiche Behandlung, und könnte sie, wenn sie ihn verweigert würde, selbständig auf den Wege des staatsrechtlichen Rekurses durchsetzen. Das frühere Urteil stände seinem Begehren schon deshalb nicht im Wege, weil der Anspruch auf gleichmässige, der jeweiligen Erkenntnis der Rechtslage folgende Anwendung des öffentlichen Rechts dem formellen Gesichtspunkte vorgehen muss, auf dem der Grundsatz der Rechtskraft beruht. Das Urteil über eine staatsrechtliche Beschwerde gegen einen allgemein verbindlichen Erlass ist daher nicht unabänderlich, auch nicht gegenüber der Partei, die am früheren Verfahren beteiligt war. Dann muss aber die indirekte Anfechtung des Gesetzes, die trotz des früher ergangenen Urteils noch möglich ist, auch dem früheren Rekurrenten noch zustehen. Es ist sachlich richtig, dass von einer Beschwerde, die grundsätzlich jedermann erheben kann, der frühere Rekurrent nicht ausgeschlossen wird. Bei einem allgemein verbindlichen Erlass müssen alle Personen in dieser Beziehung gleichgestellt werden. Ein Urteil, mit dem eine direkte Anfechtung des Gesetzes abgewiesen wird, hat demnach keine materielle Rechtskraftwirkung.»

(45) Vgl. vorne Ziffer 5 am Schluss und Note 39.

Die Gutheissung der Beschwerde gegen einen Erlass andererseits bewirkt die Aufhebung des angefochtenen Erlasses und wirkt in diesem Sinne gegenüber jedermann, der durch die aufgehobene Norm betroffen wird oder werden könnte. Die für den Erlass zuständigen Behörden haben alsdann zu entscheiden, ob sie es dabei bewenden lassen wollen (und können) bzw. welche neuen, nunmehr verfassungskonformen Normen sie erlassen wollen (und gegebenenfalls müssen). Unter Umständen kann sich aber auch inzwischen die Sachlage (und gegebenenfalls auch die Rechtslage, namentlich hinsichtlich der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung) geändert haben; eine neue Norm wird daher unter bestimmten Voraussetzungen gleich ausfallen wie die frühere, im verfassungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren aufgehobene. Wie immer aber auch die neue Norm ausgestaltet wird, sie kann erneut im abstrakten Normenkontrollverfahren bzw. bei Anlass ihrer konkreten Anwendung mit staatsrechtlicher Beschwerde der bundesgerichtlichen Prüfung auf Verfassungsmässigkeit unterbreitet werden ⁽⁴⁶⁾. In solchen Fällen wird das frühere staatsrechtliche Urteil in der Sache den neu zu fällenden Entscheid beeinflussen, da das Gericht dieses Präjudiz nicht übersehen kann; einer neuen Entscheidung steht der alte Entscheid aber nicht entgegen.

Damit lassen sich auch die zur Diskussion gestellten Fragen beantworten: Die Verbindlichkeit abweisender Entscheidungen (und ebenso von Nichteintretensentscheiden) ist auf den Entscheidungsfall und die Parteien beschränkt; das Gericht ist einzig auf deren Beschwerde nicht eingetreten bzw. hat einzig deren Beschwerde abgewiesen. Sie entfalten dann keine materielle Rechtskraft. Ebenso ist die (formelle) Verbindlichkeit auf den Entscheidungsfall beschränkt bei Gutheissung einer Beschwerde gegen einen Akt der Rechtsanwendung: Was das Bundesgericht als verfassungskonform bzw. verfassungswidrig erkannt hat, bezieht sich nur auf den konkret bei ihm angefochtenen Hoheitsakt und die dagegen substantiiert vorgetragenen Rügen unter den Verhältnissen, die zur Zeit der Hängigkeit des Verfahrens bestanden. Nicht zu übersehen ist dabei allerdings die sog. präjudizielle Wirkung des bundesgeri-

⁽⁴⁶⁾ Vgl. BGE 102 Ia 282 E. 2, wo es um die Verfassungsmässigkeit einer Gefängnisverordnung ging.

chtlichen Entscheids, die über die Verbindlichkeit der Streiterledigung unter den Parteien hinausgeht und die künftige Auslegung und Anwendung der Norm beeinflusst bzw. zur Einhaltung der Regeln eines verfassungsmässigen Anforderungen genügenden Verfahrens anspornt. Diese Wirkung besteht, wie- wohl die bundesgerichtlichen Urteile von Verfassungs oder Gesetzes wegen weder eine eigentliche Präzedenzbindung noch Gesetzeskraft haben (47).

(47) Weder der kantonale Gesetzgeber, noch der kantonale Richter oder die kantonalen Regierungs- und Verwaltungsbehörden sind von Verfassung oder Gesetzes wegen durch die der Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichts zugrundegelegten Anschauungen gebunden, wenn sie eine gleichgelagerte Rechtsfrage als Rechtssetzer oder Rechtsanwender neu oder neuerdings zu beurteilen haben, weil in diesem Sinne die Entscheidungen des Bundesgerichts nicht eigentliche Rechtsquellen sind, sondern nur informell nach Massgabe ihrer aus der Ueberzeugungskraft der Argumentation fliessenden Autorität als solche wirken können. Nach der bundesstaatlichen Gewaltenteilung sollte ja denn das Bundesgericht auch nicht über den Weg der Verfassungsrechtsprechung ein sog. Super-Gesetzgeber für die Kantone werden, sondern nur dort im Einzelfall einschreiten, wo der kantonale Rechtssatz oder der kantonale Hoheitsakt an sich und in klarer Weise gegen die Verfassung verstösst oder die Auslegung des kantonalen Rechts gemessen an den verfassungsrechtlichen Anschauungen des Höchstgerichts offensichtlich unhalbar ist. Diese Ordnung, die sicher ab und zu der Ursprung einer latenten Rechtsunsicherheit sein mag, dürfte sich doch angesichts der besondern Stellung des Bundesgerichts als Verfassungsrichter in Fragen der kantonalen Rechtssetzung und Rechtsanwendung seit ihrer Einführung vor mehr als hundert Jahren bewährt haben.

Ein ganz anderes Problem ist jenes, dass das Bundesgericht quasi stellvertretend auch als «Bundesgesetzgeber» im Gebiete des Doppelbesteuerungsrechts amten muss. Art. 46 Abs. 2 BV sieht zwar vor, dass der Bundesgesetzgeber die gegen die Doppelbesteuerung erforderlichen Bestimmungen treffen werde. Solche Bestimmungen sind aber bisher noch nicht erlassen worden. Das Bundesgericht muss daher bei der Beurteilung von staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung des Verbots der Doppelbesteuerung im konkreten Einzelfall durch Erarbeitung von Kollisionsnormen stellvertretend für den Bundesgesetzgeber dem verfassungsrechtlichen Verbot der Doppelbesteuerung zum Durchbruch verhelfen d.h. konkret verhindern, dass ein Steuerpflichtiger infolge seiner steuerrechtlichen Zugehörigkeit zu zwei oder mehreren Kantonen unbegründeterweise stärker belastet wird, als wenn er ausschliesslich von einem einzigen Kanton zu besteuern wäre. Dass in diesen doppelbesteuerungsrechtlichen Kollisionsnormen, die das Bundesgericht im Laufe von mehr als hundert Jahren aufgestellt und weiterentwickelt hat, eine ganze Folge, rechtspolitischer Entscheidungen steckt, versteht sich von selbst (vgl. ausführlich zu diesem Problem: HUBER H., Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht als Richterrecht, in Festschrift Irene Blumenstein, Bern 1966, S. 43 ff.). Bei diesen sog. Doppelbesteuerungsbeschwerden macht denn das Bundesgericht auch eine Ausnahme bezüglich der kassatorischen Natur des Rechtsmittels, weil die verfassungsmässige Ordnung unter Umständen nicht schon mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids wiederhergestellt werden kann. Wenn sich das Bundesgericht nicht auf die Aufhebung einer oder mehrerer kantonalen Steuerveranlagungen beschränken kann, erteilt es den betroffenen Kantonen verbindliche Weisungen hinsichtlich der verfassungskonformen Steuerauscheidung im konkreten Einzelfall (vgl. für viele BGE III Ia 46 E. 1c). Soweit es sich bei diesen Weisungen um eigentliche Grundsätze über die Zuweisung der Steuerhoheit handelt, die aus rechtspolitischer Entscheidung des Bundesgerichts hervorgingen, sind sie bestimmt, in die allgemeine Übung der Kantone einzugehen und binden die Kantone entsprechend auch stärker als einfache Präjudizien: Die Kantone sind an dieses Richterrecht gebunden, wie wenn der Bundesgesetzgeber selbst die Kollisionsregeln erlassen hätte.

Die Gutheissung einer Normenkontrollbeschwerde im abstrakten Verfahren wirkt dagegen — wie bereits hervorgehoben — erga omnes, d.h. gegenüber jedem, der durch die angefochtene und aufgehobene Norm tatsächlich oder virtuell betroffen wird. Wenn die Entscheidung auch keine materielle Rechtskraft entfalten kann, geht ihre informelle Wirkung als Präjudiz sogar über den Hoheitsbereich der Behörde hinaus, deren Erlass angefochten war. Urteile zur Verfassungsmässigkeit angefochtener kantonaler Normen aus einem Kanton leuchten oftmals für die gesetzgebende Behörde anderer Kantone als Fanale auf; sie veranlassen auch Bürger anderer Kantone, die eigene Rechtsordnung mit Argumenten vor dem Bundesgericht in Frage zu stellen, die gegenüber einem andern kantonalen Erlass mit Erfolg vor Bundesgericht verfochten worden waren (48).

Die Frage nach der Bindung des Bundesgerichts an seine eigene Rechtsprechung schliesslich wird ausdrücklich weder durch eine Vorschrift der Verfassung noch durch eine solche des Organisationsgesetzes beantwortet. Das Bundesgericht hat es sich aus Gründen der Rechtssicherheit seit je her zur Regel gemacht, nicht leichthin über seine eigenen Präjudizien hinwegzugehen, ja es erachtete sich in jenen Fällen, wo es um die nämliche Sache geht, an sein früheres Urteil gebunden (49). Das soll aber nicht zur Versteinerung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führen. Stellt nämlich das Gericht nach erneuter Prüfung fest, dass an einer früheren Praxis nicht oder — namentlich wenn die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse seit dem letzten Entscheid geändert haben — nicht mehr festgehalten werden kann, entscheidet es neu und anders (50). Derartige Urteile werden nicht nur publiziert, sondern es wird bei Veröffentlichung des Urteils die Aenderung der Rechtsprechung besonders hervorgehoben (51). Das Bundesgericht präzisiert nötigenfalls seine Rechtsprechung

(48) Als Beispiel kann auf die Fanalwirkung des bundesgerichtlichen Urteils zur allgemeinen Bedeutung des Rechtsgleichheitsgebots im Steuerrecht und zur rechtsgleichen Besteuerung von Ehegatten und Konkubinatspartnern BGE 110 Ia 7 hingewiesen werden.

(49) Vgl. BGE 92 I 508.

(50) Derartigen Praxisänderungen steht namentlich nicht das Gebot rechtsgleicher Behandlung (Art. 4 BV) entgegen (vgl. BGE 106 Ia 92 E. 2 mit zahlreichen Hinweisen). Das Bundesgericht hat in der Tat immer wieder entschieden, dass Art. 4 BV es einer Behörde nicht verwehrt, ihre bisherige Praxis zu überprüfen und sie gegebenenfalls, neuerer und besserer Erkenntnis folgend, zu ändern. Was für die Verfassungsmässigkeit einer Praxisänderung durch die Behörden gilt, deren Entscheide vor dem Bundesgericht angefochten werden, trifft auch auf das Gericht selbst zu; allerdings dürfte die grössere Präzedenzwirkung der bundesgerichtlichen Entscheidungen (selbst wenn diese nur eine informelle ist), zu grösserer Vorsicht und Zurückhaltung bei der Praxisänderung verhalten.

(51) Vgl. als Beispiel BGE 111 Ib 81.

(52) Vgl. als Beispiel BGE 111 Ia 239.

und hebt diese sog. Präzierung bei der Urteilsveröffentlichung hervor ⁽⁵²⁾; je nach dem «Grad der Präzisierung» kann diese allerdings praktisch auf eine Aenderung der Rechtsprechung hinauslaufen. Auch Bestätigungen seiner früheren Praxis ⁽⁵³⁾ und besondere Auseinandersetzungen mit der Kritik an seiner bisherigen Praxis ⁽⁵⁴⁾ verdeutlicht es bei der Veröffentlichung.

Problematisch sind die sog. «unbewussten» Aenderungen der Rechtsprechung. Seit dem das Gericht die Verfassungsrechtsprechung auf alle seine 5 Hauptabteilungen aufgeteilt hat, wird es für die einzelne Abteilung immer schwieriger, die Verfassungsrechtsprechung namentlich in Fragen des Verfahrens und der Auslegung und Anwendung der allgemeinen Verfassungsgrundsätze zu überblicken und entsprechend zu koordinieren. Wohl sieht Art. 16 OG ein Verfahren vor, das bei abweichender Rechtsprechung eingehalten werden muss ⁽⁵⁵⁾, doch muss die urteilende Abteilung sich erst bewusst sein, dass sie mit ihrem Urteil auf eine Linie einschwenkt, die der bisherigen Rechtsprechung einer andern Abteilung zuwiderläuft, damit dieses Verfahren überhaupt eingeleitet werden kann.

⁽⁵³⁾ Vgl. als Beispiel BGE 110 Ib 187.

⁽⁵⁴⁾ Vgl. als Beispiel BGE 110 Ib 160.

⁽⁵⁵⁾ Art. 16 Abs. 1 und 2 OG sieht folgendes Verfahren vor:

«1. Wenn eine Gerichtsabteilung eine Rechtsfrage abweichend von einem frühern Entscheid einer andern Abteilung oder mehrerer vereinigter Abteilungen oder des Gesamtgerichtes entscheiden will, so darf es nur mit Zustimmung der andern Abteilungen oder auf Beschluss der Vereinigung der beteiligten Abteilungen oder des Gesamtgerichtes geschehen. Dieser Beschluss wird ohne Parteiverhandlung und in geheimer Beratung gefasst; er bindet die Abteilung bei der Beurteilung des Streitfalles.

2. Die Vereinigung mehrerer Abteilungen umfasst sämtliche ihnen zugeteilten Richter unter dem Vorsitz des amtsältesten Abteilungspräsidenten.»

Daraus erhellt, dass Bindung an den Entscheid einer Abteilung nur hinsichtlich Rechtsfragen bestehen kann, die streitig waren, dagegen nicht, wenn an sich nicht streitige Fragen in der Urteilsbegründung aufgeworfen und gegebenenfalls als obiter dicta beantwortet werden; das Bundesgericht geht sogar so weit, dass es die Bindung nur dann bejaht, wenn die Erwägung, d.h. die entscheidende Begründung für den Entscheid massgebend war (BGE 96 I 428 E. Ib). Ein Anwendungsfall, wo die Vereinigung der beiden Zivilabteilungen und der staatsrechtlichen Kammer den Vorzug der Rechtsauffassung der II. Zivilabteilung gab, findet sich im veröffentlichten Urteil BGE 96 I 197 E. 3; als weitere Fällen können angeführt werden: BGE 102 II 228 E. 2; 103 II 44 E. 1c; 104 II 52 E. 4d; 110 Ia 139 E. 4. Dass dieses Verfahren offensichtlich stärker in der Rechtsprechung der Zivilabteilungen zum Zuge kommt, lässt sich wohl damit erklären, dass diese weit mehr gefestigt ist als jene im Bereich des Staats- und Verwaltungsrechts. Klare Abweichungen sind daher als solche schon leichter erkennbar bzw. offensichtlich.

7. Wirkungen der Entscheidungen

Das Wesentliche über die Verbindlichkeit und die Wirkungen der im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren ergehenden Entscheidung des Bundesgerichts ist im Vorhergehenden bereits — wenn auch kurz skizziert — umschrieben worden. Hier geht es — der Disposition des Fragebogens entsprechend — nur noch um die sog. zeitlichen Entscheidungswirkungen.

Die Problematik der zeitlichen Entscheidungswirkungen hat das Bundesgericht bisher wenig beschäftigt. Soweit es im verfassungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren um die Ueberprüfung der Normanwendung geht, stellen sich kaum Fragen und überhaupt keine bei einem sog. Nichteintretensentscheid, weil Sachurteilsvoraussetzungen nicht gegeben sind. Bei der Abweisung der Beschwerde, mit der der angefochtene Hoheitsakt nicht bestätigt, sondern lediglich festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer — soweit er substantiiert begründete Verfassungsrügen vorgetragen hat — nicht durchdringt, entsteht kein Problem: Die Rechtslage bleibt hinsichtlich des angefochtenen Hoheitsakts — und im übrigen auch bezüglich des angefochtenen Erlasses, wenn es um die abstrakte Normenkontrolle geht — unverändert auf dem Stand vor der Einleitung des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens.

Die Gutheissung der gegen einen individuell konkreten Hoheitsakt gerichteten Verfassungsbeschwerde hat — wie bereits hervorgehoben — die vollumfängliche oder teilweise Kassation des angefochtenen Entscheids zur Folge⁽⁵⁶⁾. Sie wirkt *ex tunc*, d.h. es wird damit rückwirkend die Lage wiederhergestellt, wie sie vor dem Erlass des angefochtenen Akts bestand. Ausnahmsweise, wenn die von der Verfassung geforderte Lage nicht allein mit der Kassation, d.h. mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids hergestellt werden kann, verbindet das Gericht seinen Entscheid mit einer Feststellung bzw. mit einer positiven Anordnung, die *pro futuro* wirkt⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ Von der kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde, die vom Bundesgericht immer wieder hervorgehoben werden muss (vgl. BGE. 110 Ia 13 E. Ie), war bereits unter Ziffer 5 die Rede.

⁽⁵⁷⁾ Als Beispiel für viele kann hier der Fall angeführt werden, wo das Bundesgericht auf die Verfassungswidrigkeit der Verweigerung einer Polizeibewilligung erkennt und die kantonalen Bewilligungsbehörden anweist, die Bewilligung zu erteilen, weil nach Massgabe der Akten klarerweise alle Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt werden, bzw. feststellt, dass die Ausübung der von den

Rein kassatorisch wirken die eine Verfassungsbeschwerde gegen einen generell abstrakten Erlass gutheissenden Urteile. Die Aufhebung des ganzen Erlasses oder einzelner Normen desselben wegen Verfassungswidrigkeit bedeutet zugleich die Wiederherstellung des verfassungsmässigen Zustandes (58). Der kantonalen Behörde werden allerdings keine verbindlichen Anweisungen gegeben, wie sie konkret — sofern das für Ben bestand ihrer Rechtsordnung notwendig erscheint — den neuen Erlass bzw. die neue Norm auszugestalten hat. Aus den Erwägungen des Gerichts zu den Gründen, weshalb es auf Verfassungswidrigkeit erkannte, lassen sich aber nicht nur Erkenntnisse darüber gewinnen, wie eine Ordnung verfassungsrechtlich nicht ausgestaltet werden darf, sondern zuweilen auch Hinweise, wie in diesem Rechtsbereich eine verfassungsmässige Lösung gefunden werden könnte bzw. in welcher Richtung eine solche zu suchen wäre.

kantonalen Behörden als bewilligungspflichtig verfügten Tätigkeit gar keiner polizeilichen Bewilligung bedarf (vgl. dazu BGE 100 Ia 169 E. 2 mit Hinweisen). Wo dagegen eine Kassation des angefochtenen Hoheitsaktes nachträglich nicht mehr möglich ist, weil der Hoheitsakt inzwischen widerrufen wurde bzw. vollstreckt oder hinfällig geworden ist (als Beispiele das Verbot einer Demonstration auf öffentlichen Grund oder das Verbot des Gottesdienstbesuches aus seuchenpolizeilichen Gründen), kommt der Gutheissung der Beschwerde — wie bereits unter Ziffer 5 hervorgehoben wurde — die Bedeutung einer autoritativen Feststellung der verfassungswidrigkeit des Eingriffes und der Verbindlichen Weisung an die beschwerdebetroffene Behörde für ihr künftiges Verhalten zu (vgl. BGE 108 Ia 42 E. 1).

(58) Wie problematisch diese «Selbstverständlichkeit» im Einzelfall sein kann, erhellen die vom Bundesgericht in BGE 110 Ia 7 Erw. 6 angestellten Erwägungen. Die Beschwerde richtete sich gegen verschiedene Bestimmungen des revidierten kantonalzürcherischen Steuergesetzes, gegenüber denen die Beschwerdeführer den Vorwurf des Verstosses gegen die Rechtsgleichheit erhoben, weil sie ohne haltbaren Grund in höheren Einkommensbereichen Ehepaare gegenüber Konkubinatspartnern benachteiligten. In Erwägung 4 bestätigte das Bundesgericht diesen von den Beschwerdeführern erhobenen Vorwurf und es stellte in Erwägung 5 fest, dass der ebenfalls erhobene Vorwurf der Verletzung des Rechts auf Ehe (Art. 54 BV) die Begründung des Entscheids, wie sie sich schon aus Art. 4 Abs. 1 BV (Rechtsgleichheit) ergebe, nur noch bestärke. Trotzdem gab es aber dem Antrag auf Aufhebung (Kassation) der als verfassungswidrig gerügten Normen nicht statt, mit folgender Begründung:

«Es fragt sich, ob das Bundesgericht angesichts des kassatorischen Charakters der staatsrechtlichen Beschwerde diesem Begehren entsprechen könnte. Es kann die angefochtenen, zu einer verfassungswidrigen Besteuerung führenden Bestimmungen entweder ganz oder teilweise streichen. Dies hätte indessen zur Folge, dass die noch unbefriedigendere frühere Regelung zumindest teilweise wieder Geltung erlangte. Die Gutheissung der Beschwerde im Sinne des Antrags würde ausserdem dazu führen, dass in höhern Einkommensbereichen eine Individualbesteuerung bei Zweiverdiener-Ehepaaren einträte und Ungleichheit zwischen Ein- und Zweiverdiener-

Bei solchen Hinweisen auferlegt sich das Gericht Zurückhaltung, weil rechtspolitische Gestaltung nicht seine Aufgabe ist (59).

Entsprechend dieser rein kassatorischen Natur des Rechtsmittels kommt den im abstrakten Normenkontrollverfahren ergehenden Urteilen zeitlich eine bloss ex nunc Wirkung zu (60), wobei das geltende Recht die Möglichkeit einer Keit Fristansetzung für das Ausserkrafttreten eines Erlasses oder einer Norm nicht vor-

Ehepaaren geschaffen würde. Das von den Beschwerdeführern anvisierte Ziel einer gerechteren Besteuerung lässt sich hier nicht durch die Aufhebung von Bestimmungen im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle erreichen, sondern nur durch Gesetzesänderung.

Diese Ueberlegungen allein könnten allerdings nicht unter allen Umständen zur Abweisung von Beschwerden führen. Wenn nach einer kantonalen Regelung Ehepaare in bedeutendem Ausmass steuerlich schlechter gestellt würden als Konkubinatspaare, hätte ein Beschwerdeführer wohl Anspruch auf direktes Eingreifen des Bundesgerichts. Im vorliegenden Fall ist aber von der Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen auch deswegen abzusehen, weil der Zürcher Gesetzgeber namentlich durch die Verwendung eines echten Doppeltarifs eine fortschrittliche Lösung wählte (vgl. R. Lanz, Die Besteuerung der Ehegatten in der Schweiz, eine Uebersicht, StR 38 (1983), S. 345 ff.) und die Konkubinatsvorteile auf höhere Einkommensstufen sowie mässige Beträge beschränkt sind.

Das Bundesgericht kann sich unter diesen Umständen im vorliegenden Fall mit der Feststellung begnügen, dass die geltende Regelung des Kantons Zürich der Verfassung noch nicht voll entspricht. Diese Zurückhaltung ist um so angebrachter, als der Kantonsrat und die Stimmbürger des Kantons Zürich sich in absehbarer Zeit mit den zwei erwähnten Initiativen «für die getrennte Besteuerung der Ehegatten» und «für eine gerechte Besteuerung von Familien und Alleinstehenden» und damit mit der Frage einer verfassungskonformen Ehepaarbesteuerung werden zu befassen und die angezeigten Schritte zu erwägen haben. Die vorliegende Beschwerde ist daher im Sinne der Erwägungen abzuweisen.»

Dass das Urteil in der Sache selbst — Feststellung, dass die geltende Regelung der Verfassung noch nicht voll entspricht — und die Art der Erledigung — Abweisung der Beschwerde im Sinne der Erwägungen — Erstaunen und Verunsicherung im einen, Freude und Genugtuung im andern Lager auslöste, versteht sich wohl von selbst (vgl. hierzu Zuppinger F., Die Besteuerung der Ehegatten in der Schweiz, in Festschrift Hegnauer, Bern 1986, S. 657 ff.; Locher P., Ehegattenbesteuerung im Umbruch?, in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht, Band 53/1984-1985, S. 305 ff.; Yersin D., Réflexions sur l'arrêt Hegetschweiler et l'imposition du couple, in revue de droit administratif et fiscal 1985, S. 425 ff.). Es war denn auch — soweit ersichtlich — erstmalig, dass das Bundesgericht einerseits auf Verfassungswidrigkeit einer angefochtenen Norm erkennt, diese Norm aber nicht kassiert; und das Vorgehen erweckt (nach Auffassung von Haefliger, S. 254 f.) Bedenken, da nach allgemeiner Regel der angefochtene Hoheitsakt aufzuheben ist, wenn sich die Rüge der Verfassungsverletzung als begründet erweist.

(59) Das gilt in gleichem Sinne für die Hinweise, die das Gericht gegebenenfalls dann in seinen Erwägungen erteilt, wenn es auf die Verfassungswidrigkeit einer Norm bei ihrer Ueberprüfung im Rahmen der konkreten Anwendung erkennt; dies insbesondere wenn eine rechtsungleiche oder eine unrechtsgleiche Behandlung gerügt bzw. verlangt wird und das Gericht in seinen Erwägungen darlegt, dass und weshalb der Beschwerdeführer gleich behandelt werden muss wie andere Rechtssunterworfenen (vgl. BGE 100 Ia 60 E. 4, wo es um die Verfassungsmässigkeit einer Kurtaxe ging).

(60) Diese Frage ist allerdings in der Literatur umstritten. Sie sollte aber auch nicht überbewertet werden, da Erlasse in der Regel — weil sie ja innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung angefochten werden müssen (Art. 89 Abs. 1 OG) — nur in den seltensten Fällen im Augenblick ihrer Anfechtung bereits in Kraft stehen. Auch die Annahme einer Wirkung ex tunc, m.a.w. einer rückwirkenden Kraft der Kassation des angefochtenen Erlasses bzw. einer einzelnen Norm desselben, würde daher der Rechtssicherheit kaum abträglich sein.

sieht und damit die Behörde, deren Erlass aufgehoben wurde, gegebenenfalls vor das Problem des rechtsleeren Raumes stellt ⁽⁶¹⁾.

III

FAZIT

Seit 1875 hat sich das Bundesgericht bis heute mit rund 65'000 staatsrechtlichen Beschwerden befasst, wobei der «Löwenanteil» die staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV (Rechtsgleichheit — Willkürverbot) ausmachen. Es hat damit nicht nur quantitativ, sondern vor allem qualitativ einen grossen Beitrag an die Durchsetzung vorrangigen Bundesrechts in kantonalen Hoheitsakten und an die Durchdringung der 26 kantonalen Gesetzgebungen mit den Grundprinzipien des Bundesverfassungsrechts erbracht. Giacometti, der Altmeister der schweizerischen Staatsrechtslehre qualifizierte die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts vor rund vierzig Jahren ⁽⁶²⁾ als den «Grundpfeiler des Rechtsstaates in der Schweiz». Diese Aussage ist — soweit ersichtlich — auch seither grundsätzlich nicht in Zweifel gezogen worden. Als solcher erfüllt die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts sicher in erster Linie eine besondere und wichtige

⁽⁶¹⁾ In dieser Hinsicht gab das (allerdings im strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde-Verfahren ergangene) Urteil des Bundesgerichts zum Gurtenobligatorium (BGE 103 IV 192) in der breiten Öffentlichkeit Anlass zur Diskussion und wurden namentlich aus jene Kreisen, die das Obligatorium befürworteten, Stimmen laut, die sich für den Erlass von sog. interimistischen Lösungen — beispielsweise gesetzliche Regelung von sog. Uebergangsfristen zur Herstellung eines verfassungsmässigen Zustandes — aussprachen. In der Sache ging es darum, dass das mit einer Verordnung eingeführte Obligatorium zum Tragen von Sicherheitsgurten wegen mangelnder Delegation des Gesetzgebers als formell kompetenzwidrig und damit verfassungswidrig erklärt wurde, ohne dass damit etwa die materielle Rechtfertigung der Massnahme in Frage gestellt worden wäre. Auch im Fall der kantonalen Kurtaxe (vgl. Anmerkung 59) stand der Kanton nach dem Entscheid des Bundesgerichts buchstäblich vor dem Nichts, d.h., es war ihm solange verwehrt, diese Steuer zu erheben, bis er im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren einen neuen Erlass in Kraft gesetzt hatte, wofür, angesichts der kantonalen Regelung (zwei Lesungen im Parlament sowie obligatorisches Referendum vor dem Volk) zwei Jahre verstrichen.

⁽⁶²⁾ Fleiner/Giacometti, S. 898.

Aufgabe gegenüber den Behörden (Gesetzgeber, Regierung, Verwaltung, Gerichte) der Kantone. Doch auch im Leben des Bundes, namentlich über den Weg der verfassungs- und menschenrechtskonformen Auslegung des Bundesrechts im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, erfüllt das Bundesgericht eine weitreichende verfassungsrechtliche Lenkungsfunktion, wiewohl die Hoheitsakte des Bundes grundsätzlich der Verfassungsbeschwerde nicht unterliegen. Ohne dass der Vorwurf des sog. «Gouvernement des Juges» angebracht werden könnte — wie ein solcher ab und zu zu hören ist, wenn kantonale Behörden im Augenblick der Verkündung eines ihnen nicht behagenden Urteils ungehalten sind und ihren Unmut unter Hinweis auf die Autonomie der Kantone «Luft zu machen» versuchen — übt das Bundesgericht als Verfassungsgericht bei der Beurteilung zahlreicher Verfassungsbeschwerden in einem gewissen Sinne politische Lenkungen aus, weil es durch seine an den Grundrechten und an den Grundsätzen der Verfassung orientierten Rechtsprechung teils mittelbar, teils unmittelbar auf die rechtsstaatliche Ordnung der Kantone in wichtigen Teilbereichen einwirkt und dies selbst dann, wenn es sich grundsätzlich auf seine normgebundene Entscheidungsbefugnis beschränkt. Das Dilemma Rechtsprechungsfunktion und Lenkungswirkung der Verfassungsrechtsprechung wird mit zunehmendem Gestaltungs- und Lenkungswillen des Gesetzgebers im Reflex immer grösser. Die vom Bundesgericht stets geübte Zurückhaltung in politischen Gestaltungsfragen hat es aber nicht daran gehindert, die durch die Umstände und Forderungen der Zeit notwendigen Entwicklungen des Bundesverfassungsrechts — sowohl im Verfahren als auch in den einzelnen Sachbereichen — zu fördern und grundlegende Gebote des Rechtsstaates auf die Ebene des Verfassungsrechts zu heben. Dass dabei der verfassungsgerichtlichen Rechtsfindung von der ihr durch die Verfassung selbst zugeordneten Aufgabe her Grenzen gesetzt sind, wurde bereits hervorgehoben. Auf ein Problem sei abschliessend noch hingewiesen. Der Gewährung eines vollwertigen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes drohen heute Gefahren, die in der Ueberlastung des Gerichts ihre Ursachen haben. Das Bundesgericht ist mit seiner bestehenden Organisation nicht mehr in der Lage, den stets zunehmenden Anfall von staatsrechtlichen Beschwerden ⁽⁶³⁾ zu bewältigen. Dies beeinträchtigt notwendigerweise den Einfluss, den eine nicht nur wohl abgewogene, sondern auch in vernünftiger Frist ergehende Verfassungsrechtsprechung auf den Gesetzgeber und die rechtsanwen-

denden Behörden haben könnte und haben sollte. In diesem Sinne stört das Phänomen der Ueberlastung das von der Verfassung gewollte Zusammenwirken der staatlichen Organe. Dem abzuhelfen, ist Ziel der zurzeit vor dem eidgenössischen Parlament hängigen Gesetzesrevision.

⁽⁶³⁾ Bis 1972 betrug die Zahl der jährlich neu eingehenden staatsrechtlichen Beschwerden rund 600. Inzwischen ist diese Zahl für das Geschäftsjahr 1985 auf 1857 angestiegen, und es bestehen keinerlei Anzeichen für einen Rückgang.

Literaturübersicht

- AUBERT J.F., Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967
De quelques limites au principe de la primauté des lois,
in Festschrift Hans Nef, 1981, S. 1 ff.
- AUER A., La juridiction constitutionnelle en Suisse, Basel/Frankfurt a.M. 1983
«... le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale...»: réflexions sur l'art. 113 al. 3 Cst., in ZSR 99 I/1980, S. 107 ff.
- BIRCHMEIER W., Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950
- BURCKHARDT W., Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931
Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen, in Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 68/1932, S. 305 ff.
- DUBS H., Die Zuständigkeit kantonaler Behörden zur akzessorischen Normenkontrolle, in Festschrift Kurt Eichenberger, 1982 S. 615 ff.
- FLEINER F./GIA-COMMETTI Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
- FLEINER-GERSTER Th., Rechtsvergleichende Ueberlegungen zur Funktion der Rechtsprechung im Verwaltungs- und Verfassungsrecht, in Rechtsprechungslehre, Internationales Symposium, Münster 1984 (herausgegeben von Norbert Achterberg), S. 653

- FORNI R./MUELLER P.A.**, Die Beziehungen zwischen zentraler Gewalt und territorialen Gewalten der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte, Länderbericht Schweiz zur VI. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, Madrid 1984 (herausgegeben Centro de estudios constitucionales/Tribunal Constitucional, Madrid 1985), S. 283 ff.
- FRIESENHAHN E.**, Wesen und Grezen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in ZSR 73/1954, S. 129 ff.
- GERMANN O.A.**, Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen, Zürich 1976
Richterrecht, in Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Auflage, Bern 1967, S. 227 ff.

Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts, in ZSR 168/1949, S. 297 ff. und 423 ff.
- GIACOMETTI Z.**, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts (Die staatsrechtliche Beschwerde), Zürich 1933.
- GRISEL A.**, Juridiction constitutionnelle de demain, in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 72/1971, S. 209 ff.
- HAEFELIN U.**, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in Festschrift Hans Huber, 1981, S. 241, ff.
- HAEFELIN U./HALLER W.**, Schweizerisches Bundesstaatsrecht: Ein Grundriss, Zürich 1984.
- HAEFLIGER A.**, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985.

- HALLER W., Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in DöV 1980, S. 465 ff.
Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, in ZSR 97 I/1978, S 501 ff.
- HANGARTNER Y., Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band 1, Zürich 1980, Band 2, Zürich 1982.
- HOEHN E., Verfassungsrechtsprechung durch kantonale Verwaltungsgerichte, in Festschrift Hans Huber, 1981, S. 273 ff.
- HUBER H., Die Verfassungsbeschwerde — Vergleichende und kritische Betrachtungen, Karlsruhe 1954
- IMBODEN M., Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung, 1962, S. 506 ff.

RELATÓRIO DO TRIBUNAL FEDERAL DA SUÍÇA

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

**EM ESPECIAL TIPOS, CONTEÚDO
E EFEITOS DAS DECISÕES
SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE
DAS NORMAS JURÍDICAS**

Elaborado pelo Juíz
Doutor PETER ALEXANDER MÜLLER

(Situação até Agosto de 1986)

ÍNDICE

(Este relatório nacional segue na sua estrutura em geral o questionário elaborado pelo Tribunal Constitucional Português)

ABREVIATURAS

I ÓRGÃOS — MEIOS PROCESSUAIS — COMPETÊNCIAS

1. Órgãos de justiça constitucional

1.1 O controlo parlamentar da Constituição

1.2 A jurisprudência constitucional do Tribunal Federal

2. Formas e meios processuais de fiscalização da constitucionalidade

2.1 Na Federação

2.2 Nos Cantões

3. Âmbito e objecto de fiscalização da constitucionalidade

3.1 A competência para o controlo no caso de diplomas da Federação

3.2 A competência para a fiscalização dos diplomas dos Cantões

3.3 A competência para a fiscalização da constitucionalidade relativamente à aplicação do direito

3.4 Resolução dos conflitos de competência

4. Padrões de fiscalização

II CONTEÚDO — OBRIGATORIEDADE — EFEITOS

5. **Conteúdo das decisões**
6. **Obrigatoriedade das decisões**
7. **Efeitos das decisões**

III CONCLUSÃO

NOTAS

BIBLIOGRAFIA

ABREVIATURAS

- BGE** Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
(Colectânea Oficial das Decisões do tribunal Federal Suíço)
- BV** Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
(Constituição da Confederação Helvética, de 29 de Maio de 1874)
- E** Erwägung
(Considerando)
- EMRK** Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
(Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950)
- OG** Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
(Lei Federal sobre a Organização judiciária Federal, de 16 de Dezembro de 1943)
- ZSR** Zeitschrift für Schweizerisches Recht
(Revista do Direito Suíço)



I. ÓRGÃOS — MEIOS PROCESSUAIS — COMPETÊNCIAS

1. Órgãos da justiça constitucional

Tal como já foi pormenorizadamente explicitado no Relatório Nacional para a VI Conferência (1), o direito suiço conhece, a nível da Federação, duas formas diferentes de justiça constitucional de última instância, no que respeita aos seus titulares, à estrutura do processo, à forma e à importância do controlo constitucional efectuado, nomeadamente:

- Controlo parlamentar da Constituição
- Jurisprudência constitucional do Tribunal Federal.

1.1. *O controlo parlamentar da Constituição*

A Constituição de 1848 partiu da ideia de que a então criada Assembleia Federal, isto é, o Parlamento Federal, haveria de ser igualmente o supremo garante da Constituição. Todavia, as funções de jurisdição constitucional propriamente dita do Parlamento foram sendo, com o decurso do tempo, cada vez mais limitadas a favor da jurisdição constitucional do Tribunal Federal e hoje em dia limitam-se praticamente apenas à relação Federação/cantões,

(1) Triunales Constitucionales europeos y autonomias territoriales, Informes Nacionales, Madrid 1985, pág. 290 ss.

em ordem à *garantia das Constituições cantonais* (2) e à apreciação de alguns recursos, por infracções da constituição ou de tratados internacionais, contra decisões do Conselho Federal (Governo Federal) (3).

1.2. *A jurisdição constitucional do Tribunal Federal*

As funções judiciais propriamente ditas da Confederação e, em particular, a jurisdição constitucional são exercidas pelo Tribunal federal. Este é o titular universal das competências judiciais da Federação no domínio do direito público (Staatsrecht) e administrativo, do direito civil e do direito penal (4).

(2) Isso pode ser entendido como uma espécie de fiscalização preventiva da constitucionalidade, uma vez que qualquer nova disposição constitucional de um cantão tem de ser apreciada pelo Parlamento, além do mais, relativamente à questão de saber se está ou não conforme à Constituição Federal (art.º 6 da B.V.). Esta decisão de garantia é vinculativa para todos os órgãos de aplicação do direito, e normalmente o Tribunal Federal não tem competência para verificar se uma disposição de uma Constituição Cantonal aprovada pelo Parlamento está de acordo com a Constituição Federal ou com o direitos de conteúdo constitucional garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (vide, BGE 104 I a 215).

Numa decisão mais recente (BGE 111 I a 239) o Tribunal Federal clarificou esta jurisprudência no sentido de que pode ser feito o «controlo acessório» de preceitos constitucionais cantonais quanto à sua compatibilidade com os direitos de conteúdo constitucional garantidos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e com o restante direito federal, por meio de um recurso, quando, no momento da ratificação da norma pelo Parlamento Federal, ainda não estivesse em vigor o direito superior e, por consequência, este não tivesse sido levado em conta na fiscalização parlamentar da constitucionalidade. Nessa decisão tratava-se de saber se o art.º 43 al. 1 da Constituição cantonal de Appenzell I.Rh., adoptada na «Landsgemeinde» de 24 de Abril de 1949, confirmada mediante resolução do Parlamento Federal em 29 de Setembro de 1949 e que prevê que as conferências das partes nos tribunais em princípio não são públicas, é conciliável com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada em 4 de Novembro de 1950, e que se torna vinculativa para a Suíça apenas com a ratificação de 28 de Novembro de 1974.

(3) Trata-se de decisões tomadas pelo Conselho Federal sobre recursos contra actos cantonais violadores do art. 18 al. 3 BV (equipamento gratuito das milícias), art. 27 als. 2 e 3 BV (gratuidade do ensino cantonal e sua neutralidade confessional), e o art.º 53 al. 2 BV (garantia de funeral condigno), tal como contra violações de preceitos em matéria comercial e alfandegária, taxas de patentes e liberdade de sair ou de fixar residência no País, no âmbito de tratados internacionais. Estes casos são extremamente raros, surgindo a fiscalização constitucional parlamentar claramente em segundo plano perante a justiça constitucional do Tribunal Federal.

(4) Com ressalva da competência da Assembleia Federal em matéria de conflitos de competência entre órgãos da Federação (art. 85 n.º 13 BV), o próprio Tribunal Federal decide ex officio sobre a sua competência, estando apenas sujeito à lei na sua actividade jurisdiccional. Só ele pode revogar ou alterar as suas decisões, nos termos previstos na lei (art. 21 al. 3 da O.G.). Quanto à sua administração, o Tribunal é autónomo, estando contudo sujeito à fiscalização do Parlamento (art. 21 als. 1 e 2 da O.G.).

O Tribunal Federal exerce a sua jurisdição constitucional principalmente em processos de *acções* e de *queixas* ou *recursos de natureza jurídico-pública* (5). Em regra têm carácter *repressivo*. Apenas actos de autoridade (cantonais) — diplomas ou decisões — podem ser objecto de recurso de direito público (*staatsrechtliche Beschwerde*). O mesmo vale em princípio para as acções de direito público (*staatsrechtliche Klage*), mas este meio jurídico pode ter carácter preventivo (6) nomeadamente em conflitos de competência.

2. Formas e meios processuais de fiscalização da constitucionalidade

2.1. Na Federação

Os dois meios jurídicos de instaurar um processo de jurisdição constitucional no Tribunal Federal Suíço são, como já foi dito, a acção de direito público (art.º 83 da O.G.) e a recurso de direito público (art.º 84 e ss. da O.G.).

A acção de direito público: neste processo o Tribunal federal exerce uma jurisdição constitucional *originária*, porque aprecia e decide de forma vinculativa, em primeira e única instância, um litígio entre a administração federal e a cantonal ou entre cantões entre si. Trata-se de um chamado processo de partes, no qual estas são representadas pelos órgãos competentes de acordo com a organização territorial. Em litígios jurídico-públicos entre cantões o art.º 83 al. b) da O.G. estipula expressamente que o processo tem de ser desencadeado pelo governo de um cantão.

(5) As funções de jurisdição constitucional estão repartidas internamente por todas as cinco secções do Tribunal. É uma necessidade decorrente da circunstância de as questões de direito público terem mais do que duplicado nos últimos dez anos. Assim, não só as duas secções de direito público, mas também as duas secções civis e o Tribunal de cassação em matéria penal contribuem amplamente hoje em dia para a jurisprudência constitucional do Tribunal Federal.

(6) Cfr. BGE 65 I 106 (conflito de competência entre a Federação e um Cantão sobre a competência cantonal para definir regras jurídicas que constituem objecto de uma iniciativa popular cantonal); BGE 78 I 24 (conflito de competência entre a Federação e um Cantão relativo ao poder de concessão de um aproveitamento hidráulico); BGE 103 I a 329 (relativo à concessão de terreno para uma central nuclear).

A sentença do Tribunal Federal pode ter natureza declaratória, cassatória ou constitutiva (7).

O recurso de direito público: este processo serve, como já foi dito, para verificar se um acto de autoridade cantonal está conforme à Constituição.

Com algumas excepções, o «recurso de constitucionalidade» (Verfassungsbeschwerde) é admitido apenas contra decisões da última instância a nível cantonal, ou seja, somente após o esgotamento dos meios jurídicos cantonais, (art. 86 da O.G.). Trata-se, igualmente, de uma via processual subsidiária, que apenas pode ser posta em prática quando a lesão invocada não puder ser resolvida por outra via jurídica junto do Tribunal Federal ou de outro órgão Federal (art. 83 al. 2 da O.G.) (8).

Têm direito ao recurso os cidadãos (pessoas privadas) e as corporações em caso de terem sido vítimas de lesões devido a decisões ou diplomas que os afectem pessoalmente (art. 88 da O.G.). Por aqui se vê que este meio serve em primeira linha para protecção jurídica do indivíduo.

O interesse na protecção jurídica tem de ser actual. Só excepcionalmente o Tribunal Federal prescinde deste requisito (9).

A impugnação de actos de autoridade cantonais por meio do recurso de constitucionalidade, em princípio, não evita a respectiva aplicação (não tem efeito suspensivo) (10). Em geral, a sentença tem meros efeitos de cassação (11)

(7) Cfr. BGE 108 I b 392; 106 I b 154

(8) Cfr. BGE 110 I b 65 E. 1; 257 E. 1.

(9) Segundo a jurisprudência do Tribunal, a dispensa da exigência do interesse actual parece justificar-se quando a medida impugnada (por exemplo, a proibição de uma manifestação em lugar público) se pode repetir a qualquer momento, não sendo possível uma fiscalização jurídico-constitucional atempada no caso concreto, ou seja, quando a exigência do interesse actual impediria de facto o controlo da constitucionalidade (vide BGE 110 I a 143 E. 2 b). Tem de haver interesse público suficiente em dar resposta à questão jurídica em causa (BGE 111 I b 59 E. b). O Tribunal pode também recorrer a um *obiter dictum* para esclarecer um problema jurídico-constitucional actual, mas que, em relação aos directamente interessados, perdeu a actualidade necessária, pressuposto de admissão (o interesse actual); isto é semelhante à forma que por vezes utiliza quando, por razões formais, não admite um recurso, explicando todavia quais as razões materiais que impediriam o seu provimento ainda que tivesse sido admitido (cfr. como exemplo BGE 106 I a 299, especialmente E. 2 pág. 302). De qualquer modo, é questionável tal procedimento, nomeadamente porque o «obiter dictum» não pode ser mais do que uma mera opinião sem efeitos vinculativos, e não meros pareceres.

(10) O presidente da secção competente do Tribunal Federal pode, no entanto, a pedido de uma das partes, tomar as medidas preventivas necessárias para manter a situação existente ou proteger imediatamente interesses jurídicos ameaçados (art. 94 da O.G.). Em regra, concede efeito suspensivo a pedido de uma das partes desde que o órgão cantonal recorrido não se oponha; em último caso, o presidente tem de proceder a uma ponderação de interesses (vide BGE 107 I a 269, em geral, e em particular em recursos relativos à constitucionalidade de imposições fiscais).

e produz efeitos com a sua prolação (art. 38 da O.G.). Não pode ser impugnada a nível da jurisdição interna, mas as partes têm a possibilidade eventual de uma revisão (art. 136 e ss. da O.G.). Dado que o processo de jurisdição constitucional não tem efeito devolutivo, a sentença que dá provimento a um recurso não substitui a decisão revogada, dando sim lugar eventualmente a uma nova decisão cantonal, que é por sua vez impugnável (12).

2.2. *Nos Cantões*

Os cantões não possuem uma jurisdição constitucional institucional propriamente dita, salvo algumas exceções. Em contrapartida, o controlo constitucional preliminar das normas, o chamado controlo acessório, assume uma grande importância na jurisdição cantonal. Os órgãos cantonais de aplicação do direito, designadamente os tribunais administrativos cantonais, quando levam a cabo a sua função de aplicação do direito, verificam a conformidade das normas jurídicas aplicáveis com o direito superior. Incumbe-lhes também o controlo da conformidade da norma com o direito federal.

É certo que há legisladores cantonais que — analogamente ao legislador constitucional federal em relação ao Tribunal Federal, conforme previsto no art.º 113 al. 3 da BV — vinculam os órgãos cantonais de aplicação do direito aos diplomas legislativos cantonais, em termos que, por exemplo, um tribunal administrativo de um cantão terá de aplicar uma disposição legal cantonal ainda que seja contrária à Constituição Federal. Mas tal restrição cantonal da competência para o controlo das normas está por sua vez sujeita a limites federais. É certo que compete ao legislador cantonal definir livremente a vinculação dos tribunais do respectivo cantão às leis e regulamentos cantonais. Mas, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Federal, (13), uma tal determinação deixa de valer quando esteja em causa um conflito entre o direito

(11) Cfr. BGE 111 I a 46 E. 1 c com referências. O Tribunal Federal só excepcionalmente junta à decisão ordens declarativas ou constitutivas, ou seja apenas quando e na medida em que tal se mostre necessário para a reposição da ordem constitucional (BGE 107 I a e 257 E. 1; vide também a nota 47).

(12) Cfr. BGE 104 I a 63

(13) Cfr. BGE 92 I 482 com referências.

cantonal e o direito federal. Os órgãos cantonais são obrigados pela Constituição Federal a verificar se o direito cantonal é conforme ao direitofederal. Tal resulta da natureza do Estado Federado e da prevalência do direito federal sobre o direito cantonal (14).

A partir daqui falar-se-á apenas da jurisdição constitucional federal.

3. Âmbito e objecto da fiscalização da constitucionalidade (competências)

1. Os conflitos de competência entre órgãos federais e órgãos cantonais;
2. Os litígios de natureza jurídico-pública entre os cantões;
3. Os recursos relativos à violação de direitos constitucionais dos cidadãos, bem como dos que versem a violação privada de acordo intercantonais (Konkordate) e tratados internacionais» (n.º 1).
«Em todos estes casos são todavia vinculantes para o Tribunal Federal as leis e as resoluções de eficácia geral, emitidas pela Assembleia Federal bem como os tratados por ela aprovados» (n.º 3).

É este o ponto de partida. Daqui decorre claramente que é dada uma grande importância à protecção dos direitos constitucionais, no sentido de uma protecção jurídica do indivíduo, uma vez que a Constituição confere a cada cidadão que se sinta lesado nos seus direitos constitucionais a possibilidade de se dirigir ao Tribunal Federal; todavia, por outro lado, a jurisdição constitucional é consideravelmente restrita, já que é vetado ao Tribunal Federal verificar a constitucionalidade das leis federais.

3.1. A competência para o controlo dos diplomas federais

Como já foi mencionado, tem de se partir do princípio de que o Tribunal Federal, mesmo na sua função de tribunal constitucional, está vinculado às

(14) Cfr. BGE 104 I a 82 E. 2 a com referências.

leis federais, às resoluções federais de eficácia geral, bem como aos tratados aprovados pelo Parlamento, isto é, não pode fiscalizar a respectiva constitucionalidade, nem por meio de controlo abstracto das normas, nem por meio do recurso constitucional ou administrativo (art.º 113 al. 3 e art. 114 bis al .3 da BV) (15).

O próprio Tribunal Federal, a partir da segunda metade da década de 60, estabeleceu como base da sua jurisprudência constitucional um novo entendimento desta vinculação às leis federais, na media em que procede em cada caso concreto à interpretação e aplicação das leis federais conforme à Constituição. Com o fundamento de que é de presumir que o legislador federal não quer tomar medidas inconstitucionais, sustentou-se já no BGEI, 330, que as disposições das leis federais devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, desde que a isso não se oponha nem a letra nem o sentido da lei. Esta jurisprudência não foi posta em causa até agora (16).

Para o Tribunal Federal não são vinculativos e estão portanto sujeitos a controlo da validade (constitucionalidade e legalidade) os chamados diplomas infralegislativos da Federação (regulamentos do Governo Federal e simples resoluções federais). Este poder de fiscalização foi sempre considerado óbvio pelo Tribunal Federal (17), mas tem vindo a ser cada vez mais elaborado, uma vez que a questão da constitucionalidade e da legalidade de regulamentos do Conselho Federal é frequentemente suscitada no contencioso administrativo (18). Em todo o caso, tal fiscalização está excluída em processo de controlo abstracto das normas, porque falta a necessária via processual.

(15) Segundo a vontade da Constituição, o Tribunal Federal deve pura e simplesmente considerar conforme à Constituição o conteúdo destes diplomas federais (BGE 107 I b 74). Este entendimento tem deparado com frequentes críticas, sob o ponto de vista político e científico, baseadas em razões de federalismo. Na verdade, é difícil compreender por que razão relativamente à legislação federal se deve aceitar a priori uma presunção superior de conformidade com a Constituição. Também não consegue convencer o argumento, sempre repetido, de que a fiscalização pelo Tribunal Federal de uma lei aprovada pelo povo, por votação directa ou por renúncia a qualquer referendo, seja dificilmente conciliável com os fundamentos democráticos da Suíça, desde logo porque esse argumento também poderia ser dirigido contra fiscalização judicial da constitucionalidade dos diplomas legislativos dos cantões.

(16) Sobre a interpretação conforme à Constituição das leis federais com referência ao preceitos da Convenção dos Direitos do Homem, vide BGE 106 I a 33.

(17) Cfr. a sentença proferida já em 1887, BGE 13 98.

(18) Cfr. por todos BGE 110 II 72 E. 2; 109 V 218 E. 5 a; 107 I b 246 E. com mais indicações.

Por isso, em regra, o controlo de diplomas infra-legislativos da Federação pelo Tribunal Federal apenas ocorre no âmbito de processos de contencioso administrativo e ocasionalmente em processos penais (19).

3.2. *A competência para a fiscalização dos diplomas dos cantões*

De acordo com o art.º 84 da O.G. pode ser interposto «recurso de constitucionalidade» (Verfassungsbeschwerde) junto do Tribunal Federal contra diplomas ou decisões cantonais:

- a. Em caso de violação de direitos constitucionais dos cidadãos;
- b. Em caso de violação de acordos intercantonais (Konkordate);
- c. Em caso de violação de tratados internacionais, exceptuadas as violações de disposições civis ou penais de tratados por decisões cantonais
- d. Em caso de violação de disposições federais sobre a delimitação da competência, em razão da matéria ou do território, dos órgãos da administração» (n.º 1).

«Em todos estes casos, contudo, apenas é admissível recurso quando a alegada violação não puder ser levada por outra via jurídica à apreciação do Tribunal Federal ou de outro órgão da Federação» (al. 2).

Isto significa que, em princípio, qualquer acto de autoridade cantonal que viole a Constituição, um acordo entre cantões ou um tratado internacional, pode ser impugnado por meio do «recurso de constitucionalidade» junto do Tribunal Federal, independentemente de se tratar de um diploma ou de um acto de aplicação do direito (decisões administrativas e sentenças), desde que — e daqui resulta o carácter subsidiário do «recurso de constitucionalidade» — essa impugnação não possa ser apresentada perante um órgão do Estado Central (Federação) por meio de uma acção ou outra via jurídica. Diplomas, no sentido deste preceito, são normas gerais e abstractas (20), isto é, todos

(19) Cfr. BGE 108 IV 71

(20) Cfr. BGE 106 I a 308 E. 1 a com referências.

os diplomas legislativos e infra-legislativos cantonais (21) e eventualmente também os regulamentos administrativos (22), diplomas municipais (23) e resoluções das associações de direito público (24).

O recurso contra diplomas, apesar da amplitude que apresenta, não é uma «acção popular». Ele exige que o(s) recorrente(s) tenha(m) sido efectivamente lesado(s) no seus direitos pessoais (art. 88 da O.G.). É evidente que o círculo dos virtualmente prejudicados pela emissão de uma lei pode ser muito amplo (25). Quando não se faz uso da possibilidade de impugnação de um diploma imediatamente a seguir à respectiva publicação, isso não impede que se possa suscitar a inconstitucionalidade da norma jurídica aquando da sua aplicação concreta, mas neste momento é apenas o interessado, pessoal e efectivamente, que tem legitimidade para tal. Por outro lado, a circunstância de o Tribunal Federal ter apreciado a constitucionalidade de um diploma cantonal num processo de controlo abstracto das normas não exclui que num momento posterior a norma anteriormente declarada conforme à Constituição possa vir de novo a ser sujeita a apreciação quando for impugnada na sua aplicação concreta (26).

(21) Como exemplo de uma impugnação de um regulamento prisional cantonal: BGE 106 I a 355. Aqui não importa se o diploma cantonal foi confirmado pelo Governo Federal (BGE 104 I a 484 E. 3 b), porque a decisão do Governo Federal só vincula o Tribunal Federal quando é negativa, ou seja quando a confirmação foi recusada. Consequentemente a BGE 84 I 63 deduz da autorização recusada que não subsiste nenhum acto susceptível de recurso.

(22) Aqui surge, porém sempre a questão de saber se o cidadão pode ser pessoalmente lesado na sua posição jurídica pelo diploma, uma vez que tal é um pressuposto da admissibilidade do recurso de constitucionalidade.

(23) Cfr. BGE 98 I a 399 E. 1. Pressuposto é que estes «diplomas» preencham as características de uma norma jurídica.

(24) Cfr. BGE 89 I 30 E. 1. Estas decisões só são impugnáveis quando, na sequência da aprovação por um órgão cantonal eles adquiram eficácia geral; portanto, nunca podem ser objecto de «recurso de constitucionalidade» as decisões da associação como tais mas somente a declaração de eficácia geral proferida pelos órgãos cantonais.

(25) Na jurisprudência constitucional mais recente do Tribunal Federal nota-se uma tendência para uma maior exigência quanto à definição dos titulares com legitimidade para o recurso com base em lesões virtuais. O Tribunal Federal foi demasiado longe quando reconheceu a um advogado de 31 anos, casado, legitimidade para recorrer constitucionalmente contra um diploma cantonal que estabelecia um «*numerus clausus*» para o acesso a uma escola de formação de professores com o fundamento de que embora fosse pouco provável que aquele, sendo advogado em exercício, pudesse concorrer a tal escola, não seria no entanto de excluir que um filho seu, nascido ou nascituro o pudesse vir a fazer (BGE 104 I a 307).

(26) Cfr. BGE 68 I 29.

3.3. *A competência para a fiscalização da constitucionalidade relativamente à aplicação do direito*

Na jurisdição constitucional do Tribunal Federal Suíço tem primazia a fiscalização da constitucionalidade relativamente à aplicação do direito, mas o âmbito desta competência — como já se disse — é limitado: se, por um lado, existe uma grande abertura, porque todo o cidadão tem o direito de recorrer contra a violação de um direito constitucional, por outro lado, as restrições são fortes, porque apenas podem ser objecto de impugnação os actos de autoridade cantonais (27). De qualquer modo, pode afirmar-se que no âmbito desta sua jurisdição constitucional, o Tribunal Federal desenvolveu um leque muito amplo de princípios de actuação estatal, o que não é tarefa fácil para um Tribunal que tem de fiscalizar a constitucionalidade de normas deveras heterogéneas provenientes de 26 ordens jurídicas cantonais (soberanas), tanto mais que juntamente com o texto da lei têm de considerar-se sempre os aspectos geográficos, históricos, políticos e sociais em cujo contexto foram criadas as respectivas normas cantonais. A este propósito, a justiça constitucional desempenha um enorme papel na protecção das liberdades individuais, designadamente na garantia da igualdade perante a lei e dos direitos processuais constitucionalmente garantidos (direito de ser ouvido; proibição de denegação formal ou material da justiça), e ainda no impedimento do arbítrio como forma grosseira de violação de direitos, ou do formalismo exagerado no processo (28).

Neste âmbito, a jurisprudência constitucional do Tribunal Federal exerce uma importante função, traduzida na competência para fiscalizar a garantia do exercício conforme à Constituição dos direitos do povo (Volksrechte) nos cantões (29).

(27) De qualquer modo, quanto a este ponto, o recurso contencioso administrativo tem tido uma grande importância desde o ano de 1969 com a introdução da cláusula geral (art.º 97 e ss. da O.G.) porque, por esta via processual, em casos de actos de soberania da Federação, também pode requerer-se uma interpretação e aplicação conforme à Constituição do direito federal pelos órgãos da Federação (vide BGE 103 I b 97, sobre a interpretação do direito federal da expropriação à luz da garantia da propriedade constitucionalmente consagrada, e BGE 105 I b 49, sobre a interpretação conforme à Constituição do conceito de mãe, «cidadã suíça de nascimento»).

(28) Cfr. BGE 110 I a 13 E. 2; 108 I a 105 a 209; acerca do efeito unificador do direito pela jurisprudência do Tribunal Federal ao nível dos princípios fundamentais do procedimento administrativo cantonal; de resto, vide também BGE 106 I b 346.

(29) Direito de voto e de eleição (cfr. BGE 105 I a 237), participação da vontade popular em referendos e iniciativas de lei (cfr. BGE 111 I a 201; 110 I a 176).

3.4. *Conflitos de competência*

Como tarefa do Tribunal Federal, a solução de conflitos entre a Federação e os cantões, bem como dos cantões entre si, surge, sob o ponto de vista puramente quantitativo, em segundo plano, face à jurisdição constitucional em sentido restrito. No entanto, reveste-se de tanto mais importância quanto, em caso de conflito, contribui para o equilíbrio e o exercício harmonioso dos poderes na estrutura federativa do Estado.

Entretanto, não vai ser aqui aprofundada a questão do processo sobre os conflitos de competência.

4. **Padrões de controlo**

O critério da fiscalização do Tribunal Federal é a constitucionalidade do acto de autoridade impugnado, podendo tratar-se, por um lado, de constitucionalidade formal e, por outro, de constitucionalidade material.

No que respeita à *fiscalização da constitucionalidade formal*, a competência do Tribunal Federal está limitada pelo art.º 113 al. 3 (e também pelo art.º 114 bis al. 3, para os recursos de natureza administrativa, nos quais é controlada não apenas a legalidade, mas também eventualmente a constitucionalidade da aplicação do direito): quando o diploma federal tem forma de lei, de resolução de eficácia geral, ou quando se trate de um tratado aprovado no Parlamento, está excluída qualquer apreciação da forma. A exclusão da apreciação da forma escolhida pelo órgão legislativo (Assembleia Federal), é consequência do vínculo constitucionalmente fixado ao Tribunal Federal, o qual não pode ser rodeado inviesadamente pelo Juíz Constitucional, designadamente controlando a escolha da forma correcta dos diplomas. Mesmo que, na opinião do Tribunal Federal, o diploma emitido pelo legislador federal não revista a forma que deveria revestir, aquele não tem competência para fiscalização desse ponto ⁽³⁰⁾

⁽³⁰⁾ O problema é, antes de mais, de natureza teórica; de qualquer modo o Tribunal Federal tem-se conformado sempre com a obrigação pela Constituição, recusando-se, sob qualquer pretexto, a controlar a forma dos diplomas.

Em geral, o problema do controlo da forma surge na sequência de violações da Constituição (em concreto, muitas vezes violações de direitos políticos) por parte de actos *cantonais* impugnados. Não há para o direito cantonal limites semelhantes aos do direito federal quanto a apreciar se os diplomas cantonais impugnados revestem a forma adequada, do ponto de vista da hierarquia das formas e da ordem das competências específicas dos cantões (31).

Na *fiscalização da constitucionalidade material*, o Tribunal Federal, na sequência e no quadro de objecções suficientemente fundamentadas, aprecia a constitucionalidade dos actos de autoridade, isto é, a sua conformidade com normas perceptivas ou proibitivas, e inclusive, com princípios gerais da Constituição, mas somente com aqueles que protegem direitos individuais (32). Formulada nestes termos genéricos, esta afirmação fala por si. A questão reside apenas em saber o que é que isso significa em concreto.

São de considerar aqui, em primeira linha, os direitos individuais garantidos pela Constituição Federal, nomeadamente os clássicos direitos da liberdade e os princípios jurídicos gerais que deles decorrem (33). De acordo

(31) Cfr. por todos BGE 108 I 1 184 e 241; também 105 I b 81; 103 I a 378; 94 I 36 E. 3

(32) Isto resulta do art. 113 al. 1 n.º 3 da BV onde o recurso da constitucionalidade é limitado à violação dos direitos constitucionais dos cidadãos.

(33) Aos clássicos direitos da liberdade da Constituição Federal pertencem nomeadamente a liberdade de comércio e de indústria (art.º 31 BV), a liberdade de fixar residência (art.º 45 BV), a liberdade de religião e consciência (art.º 49), a liberdade de culto (art.º 50), a liberdade de imprensa (art.º 55), a liberdade de reunião e de associação (art.º 56), a liberdade de petição (art.º 57); acrescentando os direitos fundamentais não escritos da liberdade pessoal, da liberdade de expressão, da liberdade de reunião e da liberdade de língua e também as chamadas garantias institucionais, designadamente a liberdade de contrair matrimónio (art. 54 BV), o direito a um juiz constitucional e a proibição de tribunais excepcionais, bem como a proibição da prisão por dívidas (arts. 58 e 59 BV), a proibição de penas corporais (art.º 65) e a garantia da propriedade (art.º 22 n.º 3 BV). De grande significado são ainda os direitos políticos e também os direitos do povo. No caso concreto, o interessado pode também invocar o princípio da legalidade, o princípio da divisão de poderes e a proibição da dupla tributação (art.º 46 BV), ou pode ainda alegar a violação do princípio da força derogatória do direito federal (art.º 2 das disposições transitórias da BV). A disposição constitucional mais invocada é todavia o art.º 4, princípio da igualdade, na base do qual o Tribunal desenvolveu uma prática rica, não apenas quanto ao próprio princípio da igualdade, mas também quanto à chamada proibição do arbítrio e do qual tem deduzido inúmeras garantias processuais no plano do direito federal. Ao mesmo tempo, o Tribunal Federal, para a fiscalização da constitucionalidade, desenvolveu um certo número de critérios, que considera de natureza constitucional, não os aplicando, porém, autonomamente mas e apenas em conjugação com violações de um direito individual. Trata-se aqui em primeira linha dos princípios da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), e de boa fé (*Treu und Glaube*).

com a jurisprudência do Tribunal Federal também são considerados direitos constitucionais os que têm assento nas *Constituições cantonais*, na medida em que eles assumam um significado autónomo perante os direitos expressa ou tacitamente garantidos na Constituição Federal e nas regulamentações vigentes no plano do direito internacional (34).

Finalmente, na jurisprudência recente também as garantias da EMRK constituem um padrão de fiscalização, as quais são tratadas, em termos de processo, pelo Tribunal Federal, de forma igual aos direitos constitucionais, e cujo conteúdo ele define em conexão com os correspondentes direitos individuais, escritos ou não escritos, reconhecidos no direito constitucional federal (35).

(34) Cfr. entre muitos BGE 103 I a 177

(35) Cfr. entre muitos BGE 111 I a 239 com numerosas referências. Segundo a jurisprudência, não há uma vinculação formal do Tribunal aos precedentes criados pelos Organismos Internacionais dos Direitos do Homem. Uma tal vinculação seria alheia ao conceito intra-estatal da relação entre o Tribunal Federal como tribunal constitucional e os órgãos cantonais. No entanto, pode falar-se de uma influência decisiva da jurisprudência da EMRK na jurisprudência intra-estatal, e por essa via na jurisprudência do tribunal supremo. A formulação de normas gerais sobre interpretação da EMRK nas sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem exerce grande influência na justiça do Tribunal Federal e tem, no caso concreto, não apenas funções orientadoras mas também determinantes (assim, por exemplo, na de 4 de Junho de 1986, a publicar no BGE 112 I a, sobre a conformidade das normas cantonais do processo penal com a Constituição e com a EMRK à luz da pretensão a um tribunal imparcial, art.º 58.º BV e art.º 6 n.º 1 EMRK), quando exprime directamente a convicção do Tribunal relativamente a critérios juridicamente relevantes. Também nas relações internacionais deve valer aquilo que dentro do Estado se tornou regra: uma formulação clara e uma fundamentação convincente facilitam a compreensão do alcance geral dos precedentes e contribuem muito para uma maior eficácia vinculativa. Cfr. também o n.º 6 e a nota 43.

II. CONTEÚDO — OBRIGATORIEDADE — EFEITOS

Após ter sido esboçada a organização, as vias processuais e as competências do Tribunal Federal Suíço em matéria de jurisdição constitucional, pode responder-se às questões sobre o conteúdo, a obrigatoriedade e os efeitos das decisões do Tribunal Federal no âmbito da sua jurisdição constitucional (na medida em que as respostas não decorem do que já foi dito).

5. Conteúdo das decisões

Ponto de partida decisivo é o de que, nos recursos de natureza jurídico-pública, o âmbito do controlo da constitucionalidade é definido em termos gerais pelo legislador, mas que no caso concreto ele é determinado pelo próprio recorrente. O Tribunal Federal não fiscaliza a constitucionalidade do acto de soberania impugnado em termos gerais, mas apenas de acordo com a queixa de constitucionalidade suscitada e delimitada pelo recorrente (art.º 90, § 3.º, al. b, da O.G.); por outras palavras, o Tribunal aplica (*ex officio*) o direito constitucional objectivo (36). Este âmbito da fiscalização orienta também o conteúdo das decisões de constitucionalidade do Tribunal Federal. À parte as chamadas decisões processuais (admissibilidade do recurso, de acordo com os pressupostos formais e materiais, como tempestividade do recurso, fundamentação suficiente, legitimidade do outro dos recorrentes, existência de um acto de autoridade recorrível e eventualmente o esgotamento das instâncias cantonais), a decisão de constitucionalidade tem como objecto sempre e só a questão da violação de direitos constitucionais pelo acto impugnado (diploma ou decisão) e só admite o provimento ou não provimento do recurso, (eventualmente provimento ou não provimento parcial).

Com o não provimento do recurso o Tribunal Federal declara que o acto impugnado não enferma substancialmente da inconstitucionalidade alegada pelo recorrente. Esta constatação não é equiparável à confirmação do acto impugnado — como ocorre por exemplo no contencioso administrativo, de

(36) Cfr. 110 I a 3 E. 2 e 69 E. 3 b, assim como 104 I a 237 E. 1 d. O facto de o Tribunal conhecer apenas das objecções expressamente suscitadas e fundamentadas tem como consequências que inconstitucionalidades que são óbvias mas que não foram suscitadas não são abordadas *ex officio*. Apenas são conhecidas as inconstitucionalidades de que há queixa.

acordo com os art.ºs 97 e ss da O.G.. Tem carácter puramente «negativo», de acordo com a função cassatória do recurso.

Contrariamente ao não provimento, o provimento de recurso tem o chamado efeito «positivo». O Tribunal declara a existência da violação constitucional suscitada, e, portanto, a inconstitucionalidade no caso concreto em apreço. A disposição impugnada é revogada (ou parcialmente revogada no caso de provimento parcial). Também aqui a sentença tem em princípio efeitos de cassação.

Existem, porém, casos onde a cassação não é possível, porque o acto de soberania apreciado e julgado inconstitucional já foi executado ou já caducou, mas continua a existir um interesse actual numa decisão sobre a constitucionalidade. Em tais circunstâncias, o provimento tem o sentido de uma declaração vinculativa da inconstitucionalidade do acto impugnado, constituindo, relativamente ao órgão visado, uma verdadeira orientação para a sua conduta no futuro (37).

O Tribunal Federal não declara facilmente a inconstitucionalidade de um diploma cantonal e nomeadamente de uma lei cantonal. Na fiscalização da constitucionalidade o critério decisivo para o Tribunal Federal consiste em saber se pode ou não ser atribuído à norma em causa, de acordo com as regras reconhecidas de interpretação, um sentido que a torne conciliável com o direito constitucional invocado. O Tribunal Federal somente revoga a medida cantonal impugnada, quando esta não seja passível de qualquer interpretação conforme à Constituição, e nunca quando seja ainda defensável uma tal interpretação (38). Considera ainda que, precisamente no processo de controlo abstracto das normas, nunca são totalmente previsíveis os possíveis efeitos normativos. Por isso, quando (ainda) se afigura sustentável, em termos de constitucionalidade, uma regulamentação geral e abstracta, considerada à luz das situações normais que serviram de base ao legislador, a mera possibilidade de ela vir a produzir efeitos inconstitucionais em certos casos especiais não basta para justificar, na opinião do Tribunal Federal, a intervenção do juiz constitucional; e isto é assim sobretudo quando, relativamente à matéria em causa, existe a possibilidade de um posterior controlo concreto das normas que ofereça ao interessado protecção suficiente (39).

(37) Cfr. *supra* nota 9 e *infra* nota 57.

(38) Entre a jurisprudência mais recente cfr. a sentença de 10 de Julho de 1986 sobre a igualdade de sexos no ensino básico (a ser publicada no BGE 112 I a).

(39) Cfr. entre muitos BGE 111 I a 24 E. 2 com numerosas referências.

6. Obrigatoriedade das decisões

«As decisões do Tribunal Federal produzem efeitos com a sua prolação» (art.º 38 da O.G.). Esta regra do capítulo «Disposições processuais comuns» vale para todos os tipos de processos, ou seja, também para os recursos de natureza jurídico-pública. Isto diz simultaneamente muito e pouco. De acordo com o relatório sobre a O.G. de 1943, isso só pode referir-se à força jurídica formal ⁽⁴⁰⁾, isto é, significa que a decisão do Tribunal Federal, ressalvadas a revisão e a aclaração ⁽⁴¹⁾, não pode ser impugnada por nenhum meio (intra-estatal). Neste sentido, fica também excluída toda a continuação de um processo de constitucionalidade. Até mesmo o direito que qualquer pessoa tem de apresentar ao Parlamento uma queixa contra o Tribunal Federal não conduz a nenhuma revisão da decisão em termos materiais, mas apenas, eventualmente, a instruções do Parlamento, que este pode emitir com fundamento na sua competência para o controlo supremo dos tribunais, quanto à sua administração, sem que tal possa significar uma intervenção na actividade jurisdicional (art.º 21 da O.G. conjugado com o art.º 85 n.º 13 da BV) ⁽⁴²⁾. O pró-

⁽⁴⁰⁾ *Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 95.º Ano, 1943, pág. 97 e ss., em especial pág. 114, onde se diz expressamente: «É evidente que com esta disposição (referimo-nos ao art.º 38 que na altura devia ter substituído os arts. 101 e 195) só se pode querer referir, no contencioso constitucional e administrativo, não a eficácia material — como sucede no processo civil — mas apenas a eficácia formal».

⁽⁴¹⁾ Para a revisão e a aclaração das decisões decorrentes de recursos de direito público são básicos os arts. 136 e 144 (revisão) e o art.º 145 (aclaração) da O.G. O facto de no momento da tomada de decisão pelo Tribunal Federal ainda não estar à disposição das partes nenhuma fundamentação por escrito, mas apenas a decisão (o chamado «Dispositiv»), não constitui para as partes inconveniente grave em decisão de importância fundamental, ou seja tomadas em sessão, com conferência, e votação em regra públicos (art.º 17 da O.G.), na medida em que aquelas podem assistir à conferência para tomar conhecimento das fundamentações da decisão na própria fonte, ou delas se inteirar no jornal, o mais tardar no dia seguinte à reunião, para saber qual o teor principal na discussão da sentença entre os juízes intervenientes.

⁽⁴²⁾ Já foi mencionada supra a supervisão exercida pelo Parlamento (cfr. nota 4). Mas nos últimos anos tem-se verificado uma tendência que não deixa de suscitar objecções. Segundo a prática da Comissão Parlamentar de fiscalização, o controlo parlamentar sobre o Tribunal Federal deve incidir sobre a administração e gestão do Tribunal, incluindo a denegação e o atraso da justiça bem como sobre a violação de princípios processuais fundamentais. Esta comissão procura em especial garantir que todos os cidadãos tenham acesso ao Supremo Tribunal em condições de igualdade e que o acesso não seja indevidamente dificultado nem que o direito à assistência judiciária seja abusivamente reclamado à custa do contribuinte. Qualquer censura à gestão do Tribunal Federal é feita — para salvaguardar a independência dos juízes — apenas com vista ao futuro. Caso resulte daqui a um divergência sobre a ju-

prio recurso junto dos órgãos dos Direitos dos Homens do Conselho da Europa, de acordo com o art.º 25 do EMRK, não põe em causa a força jurídica e a exequibilidade de uma decisão do Tribunal Federal. A procedência de uma queixa individual baseada no EMRK e com fundamento numa violação da Convenção não constitui motivo de revisão, de acordo com o direito em vigor (43).

Se quanto à força jurídica formal das decisões de constitucionalidade do Tribunal Federal não existem praticamente divergências na doutrina ou na jurisprudência, já a resposta à questão da força jurídica material coloca alguns problemas; são raras as referências judiciais sobre o assunto. O problema requer resposta separada, consoante o objecto impugnado e o tipo de decisão.

A sentença tem força jurídica material quando o «recurso de constitucionalidade» tem por objecto decisões de última instância, de âmbito penal ou civil, uma vez que neste caso se colocam em primeiro plano os interesses da segurança jurídica. Mas, se se trata de impugnação de um diploma, a circunstância de já ter havido uma decisão de constitucionalidade que tenha recusado provimento a impugnação directa do mesmo não obsta a que se suscite e se aprecie de novo a questão julgada na decisão anterior. A decisão não é inalterável nem relativamente às partes que intervieram no processo anterior, nem relativamente a um terceiro que venha impugnar o diploma nos

risprudência será então tarefa do Parlamento, enquanto legislador, precisar o respectivo direito processual a fim de conseguir a prática que se considera desejável. Mas quando as Comissões com este fundamento, se ocupam de pedidos de fiscalização nos quais é alegado que o Tribunal Federal, com a sua decisão, violou disposições fundamentais do processo, e quando, embora sem apreciar directamente a sentença do Tribunal, se preocupam em demonstrar, fundamentado expressamente os seus motivos que a sentença do Tribunal surge como «correcta» à luz dos princípios jurídicos fundamentais analisados e que, portanto, o pedido de fiscalização não pode ser atendido, então não deixa de verificar-se uma interferência na jurisprudência do Tribunal. Até agora não chegou a haver um conflito de poderes porque não foi atendido nenhum pedido de controlo desses. Mesmo assim, põe-se seriamente a questão de saber como podia ser atendido um pedido de fiscalização do Tribunal pelo Parlamento com fundamento em alegada violação de disposições processuais fundamentais sem ingerência no domínio jurisdicional.

(43) Entretanto, na revisão da O.G. actualmente pendente (o relatório e o projecto relativos à alteração da lei federal sobre a organização judiciária federal de 29 de Maio de 1985 encontram-se no *Bundesblatt* de 1985 II, pág. 737 e ss.) está prevista a ampliação dos motivos de revisão. De acordo com o art.º 139 a) do projecto de revisão da O.G. de 29 de Maio de 1985, é admissível a revisão de uma decisão do Tribunal Federal ou de uma instância inferior, quando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou o Comité dos Ministros do Conselho da Europa tenham dado provimento a uma queixa individual por violação da EMRK e dos respectivos protocolos, e apenas seja possível a reparação através de uma revisão.

mesmos termos (44). O não provimento de recurso contra um diploma não pode impedir o recorrente (nem terceiros) de recorrer de novo contra actos que se fundem no diploma a seu tempo impugnado; pode repetir as objecções anteriores, ou levantar novas questões de constitucionalidade, no entanto, desta vez, num processo diferente, que é a fiscalização concreta da aplicação do direito (45).

Por sua vez, o provimento do recurso contra o diploma provoca a revogação deste, e neste sentido tem efeitos em relação a qualquer pessoa que tenha sido ou possa ter sido afectada pela norma revogada. Os órgãos do Estado autores do diploma, seguidamente, têm de decidir se querem (e se podem) deixar as coisas assim, ou se querem emitir (ou eventualmente têm de emitir) novas normas, agora conformes à Constituição. Sob determinadas circunstâncias pode entretanto ter-se alterado a situação de facto (e também eventualmente a situação jurídica, nomeadamente em relação à distribuição federal das competências); uma nova norma terá por isso, sob determinados

(44) Cfr. BGE 102 I a 282 E. 2; como «leading case» nesta questão continua a valer o BGE 68 I, 29 E. 3, no qual o Tribunal Federal diz o seguinte:

«3.º — O Tribunal Federal, na sua decisão de 20 de Março de 1936, analisou várias objecções de natureza jurídico-constitucional a respeito da lei do imposto sobre obras hidráulicas, acabando por negar o provimento aos recursos contra essa lei. A força jurídica dessa sentença não se opõe a que se suscite e se aprecie de novo a questão apreciada anteriormente. Se a impugnação de uma lei prossegue um objectivo comum, e a sua revogação pelo Tribunal Federal tem efeitos gerais, já a força jurídica de uma sentença negativa apenas pode dizer respeito às partes, pois somente o seu recurso pessoal é que não obteve provimento. A um terceiro que suscite as mesmas objecções à aplicação da lei não se pode opor a sentença anterior (cfr. BGE 48 I pág. 19, considerando 3, onde a questão se deixou em aberto). Mas se o Tribunal Federal, no julgamento do recurso de um terceiro apreciando de novo as objecções já anteriormente consideradas acabou por declarar a inconstitucionalidade então a recorrente anterior tem o direito de pedir que a lei não continue a ser aplicada contra ele. Ele tem obviamente direito a tratamento igual e caso este lhe seja recusado tem direito a recorrer. A decisão anterior não se poderia opor ao seu pedido, desde logo porque a exigência da igualdade na aplicação do direito público, atendendo ao conhecimento da situação jurídica concreta, tem de prevalecer sobre o ponto de vista formal em que se baseia o princípio da força jurídica da sentença. A sentença sobre um recurso contra um diploma de eficácia geral não é portanto inalterável, mesmo em relação à parte que tenha intervindo no processo anterior. Mas então, a impugnação indirecta da lei, ainda possível apesar da sentença anteriormente emitida tem de ser reconhecida também ao primeiro recorrente. Realmente, justifica-se que o recorrente primitivo não fique excluído da possibilidade de interpor um recurso em que em princípio é acessível a todos. No caso de diploma de eficácia geral todas as pessoas devem estar em pé de igualdade a esse respeito. Uma sentença que nega provimento a uma impugnação directa da lei, não tem portanto qualquer eficácia jurídica material.

(45) Cfr. *supra* n.º 5 *in fine* e nota 39.

(46) Cfr. BGE 102 I a 282 E. 2, onde se tratou da constitucionalidade de um regulamento prisional.

pressupostos, os mesmos efeitos que a anteriormente revogada no recurso de constitucionalidade. Mas tenha a forma que tiver, a nova norma sempre poderá ser sujeita novamente ao controlo de constitucionalidade do Tribunal Federal, quer em processo de controlo abstracto, quer em recurso de constitucionalidade, contra a sua aplicação concreta (46). Nestes casos, a sentença anterior influenciará essencialmente a nova decisão, a tomar, dado que o Tribunal não pode ignorar este precedente, mas sem que a antiga decisão impeça que haja uma nova.

Posto isto, podem agora ser respondidas as questões postas à discussão: a obrigatoriedade de decisões negativas (e também de decisões de não admissão) limita-se à matéria da decisão e às partes envolvidas; o Tribunal, pura e simplesmente, ou não admite ou não dá provimento ao recurso. Assim, tais decisões não possuem nenhuma força jurídica material. A obrigatoriedade (formal) também se restringe à matéria da decisão no caso de provimento de um recurso contra um acto de aplicação do direito. O que o Tribunal Federal declara como sendo constitucional ou inconstitucional apenas diz respeito concretamente ao acto impugnado e às objecções substancialmente apresentadas, atendendo à situação no momento do processo. Todavia, não se pode esquecer aqui o chamado efeito de precedente da decisão do Tribunal Federal, que vai além da obrigatoriedade da decisão do litígio entre as partes, influenciando a futura interpretação e aplicação da norma e estimulando a observância das regras de um processo que se conforme com as exigências constitucionais. Tal efeito ocorre, malgrado as sentenças do Tribunal Federal não terem (nem constitucional nem legalmente) força de precedente em sentido próprio ou força de lei (47).

(47) Nem o legislador cantonal, nem o juiz cantonal ou os órgãos cantonais do Governo ou da Administração estão vinculados pela Constituição ou pela lei às concepções em que se baseia a jurisprudência constitucional do Tribunal Federal, quanto tiverem de apreciar de novo uma questão jurídica idêntica na qualidade de legisladores ou de aplicadores do direito, porque as decisões do Tribunal Federal não são fontes de direito propriamente ditas, podendo apenas funcionar como tal informalmente na medida da autoridade que decorra da força convincente da sua argumentação de acordo com a separação dos poderes no Estado Federado, o Tribunal Federal também não deve transformar-se, através da jurisprudência constitucional, numa espécie de supra-legislador para os cantões, devendo apenas interferir nos casos concretos em que uma norma cantonal ou um acto de autoridade do cantão viole em si mesmo claramente a Constituição ou quando a interpretação do direito cantonal seja nitidamente insustentável, quando comparado com as concepções jurídico-constitucionais do Supremo Tribunal. Este sistema, que poderia original uma insegurança jurídica latente, desde a sua introdução há mais de cem anos que tem tido êxito, face à posição especial do Tribunal Federal com juiz constitucional, em questões cantonais de legislação e aplicação do direito. Problema totalmente diferente é que no âmbito do direito da dupla tributação, o Tribunal Federal funciona também, quase a título substitutivo, com «legislador federal». Com efeito,

Pelo contrário, o provimento de um recurso em sede de controlo abstracto das normas tem, como já foi realçado, efeitos *erga omnes*, isto é, em relação a qualquer pessoa virtual ou efectivamente afectada pela norma impugnada e revogada. Mesmo quando a decisão não possa ter qualquer força jurídica material, ela produz um efeito informal de precedente bem para além do âmbito da autoridade do órgão cujo diploma foi impugnado. Sentenças sobre a constitucionalidade de normas cantonais impugnadas têm muitas vezes uma função orientadora para os órgãos legislativos de outros cantões; incentivam também os cidadãos de outros cantões a pôr em causa a sua própria ordem jurídica, com os argumentos que serviram para impugnar com êxito um diploma de outro cantão, perante o Tribunal Federal (48).

Finalmente, a questão da vinculação do Tribunal Federal à sua própria jurisprudência não está expressamente resolvida, nem num preceito constitucional, nem na lei orgânica do Tribunal. O Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica, tem seguido a regra de não alterar facilmente os seus próprios precedentes, e até se sente vinculado à decisão anterior nos casos

O art.º 42 al. 2 da BV prevê que o legislador federal tomará as medidas necessárias contra a dupla tributação. Mas tais medidas nunca foram emitidas até agora. Nos recursos contra a violação de proibição de dupla tributação, o Tribunal Federal tem de funcionar em substituição do legislador federal, elaborando normas de conflitos, e contribuindo assim para a obediência à proibição constitucional da dupla tributação, ou seja, impedindo concretamente que um contribuinte, por causa da sua ligação fiscal a dois ou mais cantões seja por isso, infundamente, colectado de forma mais gravosa do que aquela que apenas pertence a um cantão. É evidente que estas normas de conflito de dupla tributação que o Tribunal Federal tem estabelecido e desenvolvido há mais de cem anos, encerram uma série de decisões políticas jurídicas (cfr. sobre o problema, extensivamente: HUBER H., «Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht als Richterrecht», em *Festschrift Irene Blumenstein*, Berna, 1966, pág. 43 e ss.). Nestes recursos de dupla tributação, o Tribunal Federal abre portanto uma excepção relativamente à natureza cassatória desse meio jurídico, porque, em certas circunstâncias, a ordem constitucional não pode ser reconstituída simplesmente por meio da anulação da decisão impugnada. Quando o Tribunal Federal não pode limitar-se à revogação de um ou de vários actos cantonais de liquidação de impostos, dá aos órgãos cantonais em causa directivas vinculativas quanto à decisão do caso, de modo conforme à Constituição (cfr. por todos BGE 111 I a 46 E. 1 c). Na medida em que se trata de verdadeiras regras fundamentais sobre o exercício da autoridade fiscal, que resultam de uma decisão político-jurídica do Tribunal, elas destinam-se a entrar na prática geral dos cantões sendo para estes mais vinculativas do que simples precedente: os cantões ficam vinculados a este direito judicial, tal como se tivesse sido o próprio legislador federal a emitir as normas de conflitos.

(48) Pode apontar-se como exemplo a influência da sentença do Tribunal Federal sobre o significado geral do princípio da igualdade no direito fiscal e da tributação igual de cônjuges e casais em união de facto, BGE 110 I a 7.

em que a mesma em que a mesma questão se repita (49). Mas isso não deve conduzir à petrificação de jurisprudência do Tribunal Federal. Quando, após nova análise, o Tribunal conclui que não pode manter a prática anterior — nomeadamente quando as situações de facto e de direito se alteram desde a sua última decisão —, julga de novo e de forma diferente (50). Tais setenças não só são publicitadas, como também se chama a atenção simultaneamente para a alteração da jurisprudência (51). Caso julgue necessário, o Tribunal Federal clarifica a sua jurisprudência, salientando na publicação da setença este «afinamento» (52). Conforme o «grau de afinamento», assim este pode vir a significar na prática uma alteração de jurisprudência. Na publicação das sentenças o Tribunal explicita igualmente a confirmação da praxe anterior (53), bem como a constatação das críticas à sua actuação precedente (54).

Problemáticas são as chamadas alterações «inconscientes» da jurisprudência. Desde que o Tribunal repartiu a justiça constitucional pelas suas 5 secções principais, torna-se cada vez mais difícil para cada secção manter uma visão conjunta e coordenar a jurisprudência constitucional, designadamente em questões de processo e de interpretação e aplicação dos princípios gerais de Constituição. Embora o art.º 16.º da O.G. preveja a obrigatoriedade de um determinado processo em caso de jurisprudência divergente (55), a verdade é que para tal procedimento possa ser desencadeado, a secção tem primeiro aperceber-se de que com a sua decisão está a seguir uma via divergente da jurisprudência de uma outra secção.

(49) Cfr. BGE 92 I 508.

(50) De facto o imperativo da igualdade de tratamento jurídico (art.º 4 da BV) não se opõe a estas alterações da prática (cfr. BGE 106 I a 92 E. 2 com numerosas referências). Na verdade, o Tribunal Federal tem repetidamente decidido que o art.º 4 da BV não impede que um órgão administrativo reveja e altere eventualmente a sua prática para seguir uma nova orientação em consequência de novos e melhores esclarecimentos. Os critérios para aferir a constitucionalidade de uma alteração da prática pelos órgãos da administração, cujas decisões são impugnadas perante o Tribunal Federal, valem também para o próprio tribunal; contudo, quanto mais vincado por o efeito de precedente das decisões do Tribunal Federal (mesmo quando apenas informal), tanto maior deve ser o cuidado e a reserva no que respeita à alteração da prática.

(51) Cfr. com o exemplo BGE 111 I b 81.

(52) Vide, como exemplo BGE 111 I a 239.

(53) Vide, como exemplo BGE 110 I b 187.

(54) Vide, como exemplo o BGE 110 I b 160.

(55) O art.º 16 als. 1 e 2 da O.G. prevê o seguinte processo:

«1. — Quando uma secção do Tribunal quiser decidir uma questão jurídica de forma diferente de uma decisão anterior de uma outra secção ou de várias secções ou do pleno

7. Efeitos das decisões

Embora de forma sucinta, já se deixou descrito atrás o essencial sobre a obrigatoriedade e os efeitos das decisões proferidas pelo Tribunal Federal. Agora vai-se tratar apenas — satisfazendo a ordem do questionário — dos efeitos das decisões no tempo.

A problemática dos efeitos das decisões no tempo tem preocupado muito pouco o Tribunal Federal até agora. Quase não se suscitam questões quando se trata da fiscalização da aplicação das normas, não existindo mesmo dúvidas nenhuma na chamada decisão de não admissão, por não estarem reunidos os pressupostos para um juízo material. Também não surge nenhum problema no caso de não provimento do recurso, não sendo confirmado o acto impugnado, estabelecendo-se apenas que o recorrente — na medida em que tenha levantado objecções substancialmente fundamentadas — não obtém ganho de causa: mantém-se inalterada a situação jurídica anterior ao recurso no que respeita ao acto impugnado — e de resto, também quanto ao diploma impugnado, quando se trate do controlo abstracto das normas.

O provimento de um «recurso de constitucionalidade» contra um acto individual e concreto tem como consequência, como já foi sublinhado, a cassação total ou parcial da decisão impugnada (56). Tem efeitos *ex tunc*,

do Tribunal (Gesamtgericht), somente o poderá fazer com o acordo da outra secção, ou por decisão conjunta das secções envolvidas ou do pleno do Tribunal. Esta decisão é tomada sem intervenção das partes e em conferência secreta, vinculando a secção na apreciação do litígio.

2. — A reunião das várias secções abrange todos os juizes que as integram, sob a presidência do juiz presidente mais antigo.»

Por aqui se vê que a vinculação à decisão de uma secção só pode existir relativamente a questões jurídicas que nela estavam em discussão, mas não quanto a questões que em si não estiverem em discussão, tendo sido abordadas na fundamentação da sentença e que eventualmente foram respondidas como *obiter dicta*; o Tribunal Federal vai tão longe que apenas sustenta existir vinculação quando o argumento, isto é, a respectiva fundamentação foi decisiva para a sentença (BGE 96 I 428 E. 1 b). Na sentença publicada no BGE 96 I 197 E. 3, encontra-se um caso prático em que a reunião das duas secções civis e da secção do direito público deu prevalência à opinião jurídica da II secção civil; podem citar-se como outros exemplos: BGE 102 II 228 E. 2; 103 II 44 E. 1 c; 104 II 52 E. 4 d; 110 I a 139 E. 4. O facto de este procedimento se manifestar com maior força na jurisprudência das secções cíveis explica-se por aquela estar muito mais consolidada, do que a jurisprudência no âmbito do direito público e administrativo. Divergências nítidas tornam-se por isso mais reconhecíveis ou óbvias.

(56) Já se falou no n.º 5 da natureza cassatória do recurso de direito público, que é sempre realçada pelo Tribunal Federal (cfr. BGE 110 I a 13 E. 1 e).

reconstituindo-se retroactivamente a situação que existia antes do acto impugnado. Excepcionalmente, quando não consegue reconstituir a situação exigida pela Constituição, através da cassação, ou seja, com a revogação da decisão impugnada, o Tribunal acrescenta ao seu juízo uma ordem declarativa ou constitutiva, com efeitos para o futuro (57). As sentenças que dão provimento a um recurso de constitucionalidade contra um diploma geral e abstracto têm efeito meramente cassatório. A revogação total do diploma ou de algumas disposições do mesmo por inconstitucionalidade implica simultaneamente a reconstituição da situação conforme à Constituição (58). O Tribunal não

(57) Como exemplo dos inúmeros casos pode aqui citar-se aquele em que o Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade da recusa de uma autorização de polícia, ordenando aos órgãos cantonais que concedam essa autorização porque, de acordo com os autos estão claramente preenchidos todos os requisitos, e onde afirma que o exercício da actividade declarada pelos órgãos cantonais como sujeita a autorização não precisa de nenhuma autorização de política (cfr. BGE 100 I a 169 E. 2 com indicações). Onde já não é possível *a posteriori* uma cassação do acto impugnado, porque este entretanto foi revogado, executado ou caducou (por exemplo, a proibição de uma manifestação em terreno público a proibição de assistir a um acto religioso com base em razões de política sanitária), o provimento do recurso tem — como já foi realçado no n.º 5 — o significado de uma verificação qualificada da inconstitucionalidade da intervenção e constitui uma orientação vinculativa para o órgão visado no recurso relativamente ao seu comportamento futuro (vide BGE 108 I a 42 E. 1).

(58) Que a «evidência» dessa conclusão pode tornar-se no concreto bem problemática, é o que esclarecem as considerações do Tribunal Federal no BGE 110 I a 7 E. 6. O recurso dirigia-se contra várias disposições da revisão da lei fiscal do cantão de Zurique contra a qual os recorrentes tinham invocado a violação do princípio da igualdade visto que, sem fundamento relevante, os níveis de rendimento mais elevados, desfavoreciam os cônjuges relativamente aos casais em situação da união de facto. No seu considerando n.º 4 o Tribunal Federal acolheu esta violação invocada pelos recorrentes afirmando no n.º 5 que a violação, igualmente alegada do direito ao matrimónio (art. 54 da BV) apenas reforçada a fundamentação da decisão, como já resultava do art.º 4 n.º 1 da BV (princípio da igualdade). Mesmo assim, não deferiu o pedido de revogação (cassação) da norma criticada como inconstitucional, nomeadamente com o seguinte fundamento:

«Questiona-se se o Tribunal Federal, perante o carácter cassatório do recurso do direito público, podia corresponder, a este pedido. Ele pode cancelar total ou parcialmente prescrições que levam a uma tributação inconstitucional. Mas isso, no entanto, teria como consequência que a regulamentação anterior, que ainda é mais insatisfatória, adquiriria de novo vigência. O provimento do recurso no sentido do pedido levaria, além disso, nos níveis de rendimentos mais elevados, à aplicação de um tributação individual no caso de casais com dois vencimentos, o que criaria uma desigualdade entre casais com um só vencimento e casais com dois vencimentos. O objectivo dos recorrentes isto é, uma tributação mais justa, não se pode aqui conseguir por meio da revogação de preceitos através do controlo abstracto das normas, mas apenas por meio da alteração da lei.

Todavia estas reflexões só por si não poderiam levar ao não provimento dos recursos em quaisquer das circunstâncias. Se se tratasse de cônjuges que devido à regulamentação cantonal estivessem numa situação consideravelmente desvantajosa relativamente a casais em

dirige aos órgãos cantonais nenhuma indicação vinculativa sobre como configurar em concreto um novo diploma ou novas normas — suposto que tal seja necessário para a subsistência da respectiva ordem jurídica. Todavia, das considerações do Tribunal sobre as razões da declaração de inconstitucionalidade, não só decorrem indicações acerca de como não deve ser configurada uma regulamentação que queira ser conforme à Constituição, mas, por vezes, também sugestões de como encontrar nesse domínio jurídico uma solução conforme à Constituição ou, ao menos, em que direcção se deve procurá-la. O Tribunal é muito cauteloso no que concerne a este tipo de indicações, uma vez que a configuração político-jurídica não faz parte das suas tarefas (59).

situação de união de facto, o recorrente teria muito justamente direito a uma intervenção directa do Tribunal Federal. Mas no caso vertente não deve encarar-se a revogação das disposições impugnadas, além do mais porque o legislador de Zurique escolheu uma solução progressista que se traduz na utilização de uma dupla tarifa (cfr. R. Lanz, *Die Besteuerung der Ehegatten in der Schweiz, eine Uebersicht*, StR 38 (1983) págs. 345 e ss.) e, além disso, as vantagens das situações de união de facto limitam-se aos níveis superiores de rendimentos e são de montante moderado.

Nesta circunstância o Tribunal Federal pode bastar-se, no caso concreto, com a declaração de que a regulamentação no cantão de Zurique ainda não corresponde inteiramente à Constituição. Este retraimento é tanto mais oportuno quanto o conselho do cantão e os eleitores terão de vir em breve a ocupar-se das duas iniciativas mencionadas, «para uma tributação dos cônjuges em separado» e «para uma tributação justa de famílias e singulares», e assim, no sentido indicado, terão de ponderar a questão de uma fiscalidade conforme à Constituição relativamente aos casais. De acordo com esta fundamentação, tem por conseguinte de ser recusado o presente recurso.

É óbvio que sentença quer quanto à matéria — declaração de que a regulamentação em vigor ainda não corresponde inteiramente à Constituição — quer tanto à forma — recusa do recurso de acordo com a fundamentação — provocou alegria e satisfação nuns, e espanto e insegurança noutros (sobre isto cfr. Zuppinger F., *Die Besteuerung der Ehegatten in der Schweiz*, em *Festschrift Hegnauer*, Berna 1986, págs. 657 e ss.; Locher P., *Ehegattenbesteuerung im Umbruch?*, em *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht*, vol. 53/1984-1985, págs. 305 e ss.; Yersin D., *Réflexions sur l'arrêt Hegetschweiler et l'Imposition du Couple*, em *Revue de Droit Administratif et Fiscal* 1985, págs. 425 e ss.). A verdade é que foi a primeira vez que o Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade de uma norma impugnada deixa todavia de a anular; um tal procedimento suscita (na opinião de Haefliger, págs. 254 e ss.) reparos, porque, em regra, os actos impugnados são revogados quando a arguição da inconstitucionalidade mostra ter fundamento.

(59) Isto vale também para as indicações que o Tribunal eventualmente dê nas suas fundamentações quando admite a inconstitucionalidade de uma norma na altura da respectiva fiscalização no âmbito da aplicação concreta; é especialmente o caso de se criticar um tratamento desigual juridicamente estabelecido, ou de se reclamar uma igualdade de tratamento não prevista juridicamente, e o Tribunal, na sua fundamentação, considerar que recorrente tem de

De acordo com esta sua natureza meramente cassatória, as sentenças resultantes do controlo abstracto de normas têm apenas efeito *ex nunc* (60). O direito em vigor não prevê qualquer possibilidade de fixar um prazo para a cessação de vigência de um diploma ou de uma norma; deste modo, o órgão cujo diploma foi revogado fica eventualmente colocado perante o problema de uma área judicialmente vazia (61).

ser tratado de forma igual a outros sujeitos de direito, e mostrar porquê (cfr. BGE 100 I a 60 E. 4 onde se trata da constitucionalidade de uma taxa de serviços de saúde).

(60) Todavia, esta questão é discutida na literatura. Mas também não deve ser sobrestimada porque em regra os diplomas, no momento da sua impugnação só em casos muito raros é que já estão em vigor, pela circunstância de terem de ser impugnados num prazo de 30 dias a partir da sua emissão (art.º 89 al. 1 da O.G.). Por isso mesmo a aceitação do efeito *ex tunc*, ou seja da força retroactiva da cassação do diploma impugnado ou de uma norma isolada, também dificilmente poria em causa a segurança jurídica.

(61) Neste sentido deu aso a uma ampla discussão pública a sentença sobre a obrigatoriedade de cinto de segurança nos automóveis (proferia num processo de recurso de nulidade jurídico-penal — BGE 103 IV 192), designadamente tendo-se feito ouvir vozes dos grupos que apoiavam a obrigatoriedade dos cintos, pronunciando-se a favor das emissões das chamadas soluções interinas, por exemplo a regulamentação legal dos períodos de transição até ao estabelecimento de uma situação constitucional. No caso, ocorreu que a obrigatoriedade de pôr cintos introduzida por regulamento foi declarada a inconstitucional, por incompetência, devido a uma falta de delegação de poderes do legislador, sem que se tivesse posto em causa a justificação jurídico-material de tal medida. Também nos casos das taxas de saúde cantonais (vide nota 59), o cantão, em rigor, deparou com um vazio jurídico após a decisão do Tribunal Federal, ou seja, ficou-lhe vedado cobrar a taxa até à emissão de novo diploma num processo legislativo regular, para o que precisou de dois anos, segundo as regras cantonais (duas leituras no Parlamento e referendo obrigatório).

III. CONCLUSÃO

Desde 1875 o Tribunal Federal já se ocupou de 65.000 recursos de natureza jurídico-pública, cabendo a parte de leão aos recursos com fundamento e em violação do art.º 4 da BV (igualdade de direitos — proibição do arbítrio). Deste modo, ele tem contribuído não apenas em termos quantitativos, mas sobretudo qualitativos, para a observância da prevalência do direito federal relativamente a actos de soberania cantonal, e para a impregnação das 26 legislações cantonais pelos princípios básicos da Constituição Federal.

Giacometti, o grande mestre da teoria do direito público suíço, qualificou, há 40 anos, a jurisprudência constitucional do Tribunal Federal (62) como o « pilar do Estado de Direito na Suíça ». Desde aí, nunca esta afirmação foi seriamente posta em dúvida. Como tal, a jurisprudência constitucional do Tribunal Federal desempenha em primeira linha uma tarefa importante e especial perante os órgãos dos cantões (Legislador, Governo, Administração e Tribunais). Mas também a nível da Federação, e embora os actos de soberania federais não estejam em princípio sujeitos a controlo de constitucionalidade, a jurisprudência do Tribunal Federal desempenha uma importante função de orientação jurídico-constitucional, nomeadamente pela via da interpretação do direito federal de maneira conforme à Constituição e aos direitos do homem, nos recursos do contencioso administrativo.

Sem incorrer na censura do chamado « gouvernement des juges » — que por vezes lhe é dirigida pelos órgãos cantonais, aquando de sentenças que lhes desagradam, invocando a autonomia dos cantões —, o Tribunal Federal, como tribunal constitucional, no julgamento de numerosos recursos de constitucionalidade, exerce, em certo sentido, uma função de orientação política, na medida em que, pela sua jurisprudência, guiada pelos direitos fundamentais e pelos princípios gerais da Constituição, exerce uma importante influência, em parte directa e em parte indirecta, sobre a ordem jurídica dos cantões, e isto quando ele se limita essencialmente a exercer a sua competência de decisão nos termos da lei.

O dilema da função jurisdicional e da acção orientadora da jurisprudência constitucional agrava-se com a crescente vontade orientadora e configuradora do legislador. A contenção sempre mantida pelo Tribunal Federal em

(62) Fleiner/Giacometti, pág. 898.

questões de cariz político não o tem impedido de elevar ao nível de direito constitucional os princípios fundamentais do Estado de Direito e de fomentar os desenvolvimentos necessários do direito constitucional federal, tanto processualmente como materialmente. Já foi, no entanto, salientado que a própria Constituição coloca fronteiras à tarefa que atribui à jurisdição constitucional.

Para terminar, refira-se ainda mais um problema: a garantia de uma protecção jurídico-constitucional plena está hoje em dia ameaçada por perigos, cuja origem se encontra na sobrecarga do Tribunal. Com a organização existente, o Tribunal Federal não tem capacidade para dar vazão ao número crescente de recursos (63). Isso prejudica necessariamente a influência que uma jurisprudência constitucional não somente bem ponderada mas também produzida em prazos razoáveis podia e devia ter sobre o legislador e sobre os órgãos de aplicação do direito. Neste sentido, o fenómeno de sobrecarga perturba a colaboração dos órgãos estatais entre si requerida pela Constituição. Alterar um tal estado de coisas é tarefa da revisão da lei, actualmente pendente no Parlamento Federal.

(63) Até 1972 o número de recursos de direito-público foi cerca de 600 por ano. Entretanto, no ano judicial de 1985, este número subiu para 1857, não se verificando qualquer tendência para baixar.

BIBLIOGRAFIA

- AUBERT J. F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967
De quelques limites au principe de al primauté des lois, em *Festschrift Hans Nef*, 1981, pag. 1 ss.
- AUER A., *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Basel/Frankfurt a.M. 1983
«... le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale...»: réflexions sur l'art. 113 al. 3 Cst., em *ZSR* 99 I/1980, p. 107 ss.
- BIRCHMEIER W., *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege*, Zürich 1950
- BURCKHARDT W., *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Auflage, Bern 1931
Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen, em *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 68/1932, p. 305 ss.
- DUBS H., *Die Zuständigkeit kantonaler Behörden zur akzessorischen Normenkontrolle*, em *Festschrift Kurt Eichenberg*, 1982 p. 615 ss.
- FLEINER F./GIACOMETTI Z., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949
- FLEINER-GERSTER Th., *Rechtsvergleichende Ueberlegungen zur Funktion der Rechtssprechung im Verwaltungs — und Verfassungsrecht*, in *Rechtssprechungslehre, Internationales Symposium, Münster 1984* (editado por Norbert Acheterberg), p. 653
- FORNI R./MUELLER P.A., *Die Beziehungen zwischen zentraler Gewalt und territorialen Gewalten in der Rechtssprechung der Verfassungsgerichte*, *Länderbericht Schweiz zur VI. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, Madrid 1984 (editado pelo Centro de estudios constitucionales/Tribunal Constitucional, Madrid 1985), p. 283 ss.
- FRIESENHAHN E., *Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtbarkeit*, em *ZSR* 73/1954, p. 129 ss.

- GERMANN O.A., Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen, Zürich 1976
Richterrecht, em Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Auflage, Bern 1967, p. 227 ss.
Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts, em ZSR 168/1949, p. 297 ss. e 432 ss.
- GIACOMETTI Z., Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schwizerischen Bundesgerichts (Die staatsrechtliche Beschwerde), Zürich 1933
- GRISEL A., Jurisdiction constitutionnelle de demain, em Schweizerisches Zentralblatt für Staats — und Gemeindeverwaltung 72/1971, p. 209 ss.
- HAEFELIN U., Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, em Festschrift Hans Huber, 1981, p. 241 ss.
- HAEFELIN U./HALLER W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht: Ein Grundriss, Zürich 1984
- HAEFLIGER A., Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985
- HALLER W., Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, em Döv 1980, p. 465 ss. Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, em ZSR 97 I/1978, p. 501 ss.
- HANGARTNER Y., Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band, Zürich 1980, Band 2 Zürich 1982
- HOEHN E., Verfassungsrechtssprechung durch kantonale Verwaltungsgerichte, em Festschrift Han Huber, 1981, p. 273 ss.
- HUBER H., Die Verfassungsbeschwerde — Vergleichende und kritische Betrachtungen, Karlsruhe 1954
- IMBODEN M., Verfassungsgerichtsbarkeit in der Shweiz, em Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung, 1962, p. 506 ss.
- KAELIN W., Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984
- KAUFMANN O.K., Verfassungsgerichtsbarkeit 1875 — 1974 — 19. .?, em ZSR 93 I/1974, S. 339 ss.
Etoilauto S.A. c. Confédération — Henri Zwahlen vor der Bindung des Art. 113 Abs. 3 BV, em Mélanges Henri Zwahlen, 1977, p. 139 ss.
Die beiden Brillen des Bundesgerichts, em St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, p. 165 ss.

- KNAPP B., Le recours de droit public — Facteur d'unification des droits cantonaux et d'émiettement du droit fédéral, em ZSR 94 I/1975, p. 207 ss.
- MARTI H., Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Auflage, Basel 1979
- MEIER-HAYOZ A., Der Richter als. Gesetzgeber, em Festschrift Max Guldener, Zürich 1973, p. 189 ss.
- MUELLER J.P., Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 1981, p. 53 ss.
- MELLER J.P./MUELLER ST., Grundrechte: Besonderer Teil; Bern 1985
- SCHINDLER D., Richterliches Prüfungsrecht und politischer Mehrheitswille — Erfahrungen der Vereinigten Staaten — Folgerungen für die Schweiz, em ZSR 74/1955, p. 289 ss.
- STEHLE B., Rechtswirkunge verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen, Zürich 1980
- ZELLWEGER E., Le Tribunal fédéral suisse en tant que tribunal constitutionnel, em Revue de la Commission internationale de juristes 7/1966, p. 103 ss.

DIREITO COMUNITÁRIO

Dr. A. MATTERA

*Chefe da divisão «medidas de protecção; eliminação
dos obstáculos não-pautais
(artigos 30.º e seguintes do Tratado CEE)» na Comissão
das Comunidades Europeias.*

Professor no Colégio da Europa (Bruges)

**VIAS DE RECURSO
DAS EMPRESAS COMUNITÁRIAS:
O PROCESSO POR INCUMPRIMENTO
PREVISTO
NO ARTIGO 169 DO TRATADO CEE
E A SUA APLICAÇÃO
PELA COMISSÃO**

I. INTRODUÇÃO

Nos termos do artigo 155.º do Tratado CEE, a Comissão tem por missão essencial velar pela aplicação das disposições do Tratado CEE bem como das medidas tomadas pelas instituições por força deste ⁽¹⁾.

O processo previsto no artigo 169.º/CEE constitui o instrumento fundamental que permite à Comissão cumprir a sua missão de «guardiã do Tratado», quando haja incumprimento pelos Estados-membros das obrigações a que estão adestrados por força do direito comunitário.

O artigo 169.º/CEE preceitua que: «Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações.

Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça».

⁽¹⁾ V. acórdãos do Tribunal nos Processos seguintes:

P.º 167/73 — acórdão de 4.4.1974, Colect. 1974 p. 359.

P.º 97/81 — acórdão de 25.5.1982, Colect. 1982 p. 1819.

II. VERIFICAÇÃO, MATÉRIA, NATUREZA DO «INCUMPRIMENTO» NA ACEPÇÃO DO ARTIGO 169º/CEE.

O início do processo previsto no artigo 169º/CEE pressupõe que, previamente, a Comissão haja considerado que um Estado-membro não cumpriu qualquer dos deveres que lhe incumbem por força do direito comunitário. O artigo 169º/CEE apenas visa o incumprimento pelos Estados-membros dos deveres que lhes incumbem por força do Tratado CEE.

Com a doutrina e uma jurisprudência constante do Tribunal o confirmam, a expressão «presente Tratado» deve ser interpretada extensivamente. Essa expressão engloba os deveres decorrentes para os Estados-membros directamente das normas do Tratado CEE (direito primário), assim como das previstas pelos actos — regulamentos, decisões e directivas dirigidas aos Estados-membros — adoptados pelas instituições por força do Tratado CEE (direito derivado). O direito primário e o direito derivado constituem o que se chama «o direito comunitário».

Quanto à expressão «Estados-membros», a mesma abrange a totalidade dos órgãos que constituem os poderes executivo (ou administrativo), legislativo e judicial, bem como essa multiplicidade de entidades, denominadas organismos públicos, que, tendo embora existência jurídica própria, estão ligadas ao Estado por laços tão estreitos que devem ser considerados como fazendo parte da organização estatal.

O incumprimento dos Estados-membros pode resultar tanto de um seu comportamento positivo como de uma omissão (total ou parcial).

No âmbito da livre circulação das mercadorias e, mais especialmente, no que respeita à aplicação dos artigos 30º e seguintes do Tratado CEE — há comportamento positivo quando um Estado-membro adopta um acto ou um comportamento contrário às referidas normas. Diversamente, haverá incumprimento por «omissão» em caso de inacção dos poderes públicos na utilização dos meios de que dispõem para evitarem que a livre circulação das mercadorias seja entravada. Com efeito, os Estado-membros podem faltar aos deveres a que estão adstritos tanto quando intervêm por um acto positivo, como quando se abstêm de agir. Em ambos os casos, são idênticos os efeitos sobre a livre circulação das mercadorias, pelo que uma distinção entre as duas formas de intervenção carece de qualquer fundamento jurídico.

A perseguição pela Comissão, através do processo do artigo 169º/CEE, de certos «actos de vandalismo» confirma que essa instituição considera, igual-

mente, como falta aos deveres do direito comunitário a abstenção dos Estados-membros de tomarem medidas adequadas para atenuarem os efeitos de comportamentos, mesmo da autoria de agrupamentos ou associações privadas, que perturbam ou impedem o acesso ou a venda no mercado nacional de produtos importados.

III. MEIOS UTILIZADOS PELA COMISSÃO PARA VERIFICAR UM INCUMPRIMENTO

A Comissão pode tomar conhecimento de um incumprimento presumido ou verificado, imputado a um Estado-membro, por duas vias: oficiosamente ou por apresentação de denúncia.

1. Casos detectados oficiosamente (CDO)

O artigo 155.º impõe à Comissão, enquanto guardiã do direito comunitário, o dever de velar pelo respeito deste por todos os meios de que dispõe. A Comissão pode, pois, oficiosamente averiguar um caso, instruí-lo e, sendo caso disso, iniciar o processo previsto no artigo 169.º/CEE, independentemente da iniciativa nesse sentido de um Estado-membro, de uma associação ou de um particular.

Na prática, os serviços da Comissão averiguum um caso com base em questões parlamentares, discussões no âmbito do Conselho de Ministros da CEE ou das instâncias nacionais, em estudos decorrentes das informações dadas pela imprensa, pelos órgãos de radiodifusão, pelos jornais oficiais, etc..

Detectado, deste modo, um incumprimento presumido, os serviços da Comissão devem elaborar uma ficha; a este caso detectado oficiosamente (designado «CDO» na gíria comunitária) será atribuído um número, e será inscrito em livro de registo ad hoc, denominado «Registo central das denúncias e dos CDO».

2. Apresentação de uma denúncia

a) *Noção, conteúdo e requisitos de admissibilidade de uma denúncia*

O meio mais usual para assinalar à Comissão a existência de uma violação do direito comunitário é, todavia, a denúncia.

A denúncia é a declaração feita à Comissão por uma pessoa colectiva ou singular da existência de um acto ou de um comportamento dos poderes públicos que se presume contrário ao direito comunitário.

Os requisitos de admissibilidade de uma denúncia são bastante flexíveis. Qualquer pessoa colectiva ou singular (um particular, uma empresa, uma associação, um Estado-membro, etc.) pode apresentar denúncia à Comissão, seja ou não parte lesada, directa ou indirectamente, com base num incumprimento. Mesmo uma pessoa estranha ao facto pode apresentar denúncia e pedir a intervenção da Comissão.

São três os requisitos mínimos exigidos para a admissibilidade de uma denúncia:

- * deve ser feita *por escrito* (a denúncia feita por via telefónica ou oralmente não pode ser aceite, sob pena de se retirar ao processo do artigo 169º/CEE o carácter de seriedade que lhe compete);
- * deve conter a declaração de existência do incumprimento por um Estado-membro de uma norma de direito comunitário;
- * o denunciante deve *requerer* à Comissão que *intervenha* para assegurar a observância do direito comunitário. Sucede, com efeito, que alguns particulares se dirigem à Comissão pedindo parecer sobre uma questão atinente ao direito comunitário. Esses pedidos, como é obvio, não podem ser considerados como denúncias.

Do exposto resulta não ser, de modo algum, indispensável demonstrar ou provar o incumprimento em causa, nem, tão-pouco, desenvolver argumentação jurídica profunda em apoio da tese invocada. Caberá aos serviços da Comissão examinar a procedência da denúncia e, se for caso disso, após as necessárias investigações concluir pela verificação do incumprimento.

Deve, porém, o denunciante prestar colaboração e assistência para facilitar à Comissão o cumprimento da sua missão. Deve, nomeadamente, expor pormenorizadamente os factos litigiosos, os textos ou os comportamentos infractores censurados às autoridades públicas em causa, os prejuízos sofridos, etc.

b) Forma e registo de uma denúncia

Não é exigida qualquer forma especial para a apresentação de uma denúncia. Não obstante, a Comissão tem à disposição dos eventuais denunciante «formulários de denúncia». Os interessados podem obter exemplares dos mesmos nos secretariados de imprensa e informação da Comissão nos Estados-membros. Estes formulários de «denúncia à Comissão das Comunidades Europeias por inobservância do direito comunitário» contem de forma sistemática os elementos da denúncia, bem como as informações que podem auxiliar a Comissão na instrução célere do caso: facto imputado e eventual prejuízo sofrido, diligências administrativas ou jurisdicionais realizadas junto das autoridades nacionais e comunitárias, documentos comprovativos e elementos de prova que podem sustentar a denúncia, etc...

A denúncia será entregue na Comissão. Pode ser dirigida ao Secretariado-Geral da Comissão, ao Comissário responsável e aos serviços envolvidos, caso estes sejam do conhecimento dos denunciante. Na prática, o envio de uma cópia aos três referidos destinatários permitirá às instâncias responsáveis da Comissão tomar imediatamente conhecimento da questão e iniciar, rapidamente, as diligências adequadas de instrução da mesma.

As denúncias apresentadas são registadas sob determinado número e inscritas no «Registo central das denúncias» cuja manutenção e conservação são asseguradas pelo Secretariado-Geral da Comissão. Estas denúncias são objecto de difusão no âmbito da Comissão e são transmitidas, para atribuição e informação, aos serviços encarregados da instrução do processo.

Por razões de confidencialidade ligadas ao segredo das relações comerciais e ao risco de medidas de represálias por parte dos poderes públicos arguidos, a Comissão pode, a pedido do interessado, omitir a indicação de qualquer referência ao denunciante nas diligências que efectua junto das autoridades competentes do Estado-membro em causa. Do mesmo modo, a empresa ou o operador económico podem pedir a um advogado para, por sua conta e omitindo os nomes, apresentar uma denúncia à Comissão.

c) Garantias e deveres do denunciante

Estão previstas as seguintes garantias processuais a favor do denunciante (salvo caso de anonimato da denúncia):

- registada a denúncia, é enviado ao denunciante um aviso de recepção;
- o denunciante é informado do andamento dado ao caso e das diligências efectuadas junto das autoridades nacionais;
- o denunciante é informado do início eventual do processo por incumprimento e das fases ulteriores (envio do parecer fundamentado, recurso ao Tribunal, etc.);
- o denunciante pode, em qualquer momento, consultar os serviços da Comissão e tomar conhecimento do estado de adiantamento do processo;
- o processo é gratuito para o denunciante.

O denunciante não se encontra vinculado a qualquer dever especial para além da colaboração activa que deve prestar aos serviços da Comissão para facilitar a instrução do caso, designadamente quando se trata de responder às observações feitas pelo Estado-membro em causa.

No âmbito do Tratado da CEE, não existe possibilidade de interposição de recurso de anulação ou por omissão, por um particular, no caso de, tendo apresentado denúncia à Comissão, esta instituição se abster de agir ou considerar que não há incumprimento. Com efeito, nenhum dos actos da Comissão no âmbito do artigo 169º/CEE é vinculativo. Ora, «constitui princípio o apenas poder, uma decisão de indeferimento, ser objecto de recurso se o acto positivo cuja adopção é recusada puder ser ele próprio atacado» (vd. a este propósito R. JOLIET in «Le droit institutionnel des Communautés Européennes. Le contentieux — Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège).

IV. FASES DO PROCESSO POR INCUMPRIMENTO

O processo por incumprimento comporta três fases:

- * A instrutória
- * A pré-contenciosa
- * A contenciosa

1. Instrução do processo

a) Exame do processo (consulta do denunciante, pedido de parecer técnico, etc.).

Previamente a qualquer diligência junto do Estado-membro em causa, os serviços da Comissão procedem ao exame atento das acusações formuladas pelo denunciante ou dos elementos de informação relativos a um caso detectado oficialmente.

Convém, desde já, observar que quando a denúncia ou o CDO contem elementos de apreciação claros e preciosos, a instrução realiza-se rapidamente. É o que sucede, por exemplo, quando os factos imputados decorrem claramente de textos legislativos ou regulamentares, de avisos aos importadores, de ofícios ou circulares da Administração, de autores de notícia aduaneiros, de práticas administrativas assentes, etc.

Contrariamente, quando a denúncia é imprecisa quanto ao conteúdo e às acusações, tornam-se necessárias informações complementares e enviar-se-á ao denunciante um pedido nesse sentido. Não estando este em condições de prestar informações que permitam fundamentar uma diligência junto do Estado-membro em causa, a instrução «marca passo» e os serviços da Comissão encontram-se, por vezes, impossibilitados de prosseguir-la.

Em certos casos, as denúncias formuladas pelo denunciante são claras e confirmadas por textos legislativos ou regulamentares; todavia, a tecnicidade e a complexidade dos problemas suscitados são tais que se impõe um exame particularmente aprofundado.

Em outros casos, enfim, os aspectos do problema são especialmente litigiosos e controversos. É o que se verifica, por exemplo, quando se põem questões complexas relativas à segurança de certos aparelhos técnicos ou ao risco de nocividade de determinados géneros alimentícios. Em semelhantes casos, a

Comissão recolhe o parecer de peritos na matéria, no âmbito dos comités consultivos existentes a nível comunitário (como, por exemplo, o Comité Científico e Consultivo para o exame de toxicidade e da ecotoxicidade de certos produtos químicos) e de peritos independentes particularmente qualificados na matéria. Em certos casos, enfim, a Comissão apoia-se em trabalhos efectuados no quadro de organizações internacionais, competentes na matéria (como, por exemplo, o CODEX — ALIMENTARIUS FAO — OMS) ou em estudos já efectuados por estas (por exemplo os estudos realizados pelo Comité misto FAO-OMS sobre a utilização de certos aditivos).

b) Diligências junto do Estado-membro em causa

Tendo a Comissão reunido o mínimo de informações e de elementos de apreciação que permitam fundamentar uma diligência junto do Governo de um Estado-membro, é enviada a este uma primeira *carta de pedido de informações*, para que dê informações pormenorizadas sobre os factos em apreço.

Parecendo claramente estabelecidos os factos e as acusações, aquela diligência toma a forma de uma *carta de pedido de explicações* (na gíria comunitária designa-se por «carta pré-169»); trata-se de uma diligência que tem o mesmo conteúdo de uma carta de interpelação, mas à qual faltam o carácter oficial e formal desta (é dirigida pelos serviços da Comissão ao Representante Permanente dos Estados-membros em causa junto das Comunidades Europeias). Em casos particularmente graves ou urgentes, esta carta é expedida via telex.

Seja qual for a respectiva forma, estas diligências fixam ao Estado-membro um *prazo para a resposta*.

Abstendo-se o Estado-membro em causa de responder, ou não respondendo no prazo fixado, os serviços da Comissão *dirigem-lhe um convite formal para responder com base no artigo 5.º/CEE*, que impõe aos Estados-membros o dever de facilitar à Comissão o cumprimento da sua missão de guardião do Tratado e, portanto, de facultar as informações necessárias para que essa instituição prossiga a instrução do processo. No acórdão de 25.5.82 (Proc.º 97/81 — Comissão c/Países Baixos), o Tribunal precisou, deste modo, os deveres que incumbem aos Estados-membros:

«Deve-se, todavia, sublinhar igualmente que os Estados-membros devem por força do artigo 5º do Tratado CEE, facilitar à Comissão o cumprimento da sua missão, que consiste, nomeadamente, de harmonia com o

artigo 155.º do Tratado CEE, em velar pela aplicação das normas do Tratado bem como das medidas tomadas pelas instituições por força deste.»

«As informações que os Estados-membros devem, assim prestar à Comissão devem ser claras e precisas. Devem, ainda, indicar inequivocamente quais as medidas legislativas, regulamentares e administrativas mediante as quais o Estado-membro considera ter cumprido os diferentes deveres. O incumprimento por um Estado-membro desse dever, seja por ausência total de informação seja por informação insuficientemente clara e precisa, pode justificar, por si só, o início do processo do artigo 169.º do Tratado CEE para verificação desse incumprimento» (fundamento 8).

Caso o Estado-membro, não obstante esta advertência fundada no artigo 5.º/CEE, se abstenha, ainda, de responder, a Comissão pode dar início a *um processo por incumprimento por violação do artigo 5.º/CEE*. Na hipótese de dispor, todavia, de índices ou de presunções que permitam concluir pela existência de uma violação, quanto ao fundo, por parte do Estado-membro, a Comissão inicia um processo de verificação do incumprimento com base nas normas combinadas do artigo 5.º e da pertinente norma do Tratado (por exemplo, o artigo 30.º/CEE).

As diligências junto do Estado-membro tomam amiúde a forma de *contactos bilaterais*. As discussões desta sorte encetadas permitem, com frequência, alcançar uma solução amigável susceptível de pôr termo ao litígio. Neste caso, o denunciante é imediatamente informado dos resultados obtidos e convidado a dar a conhecer a sua posição e, se for caso disso, a confirmar se efectivamente a solução obtida se mostrou satisfatória.

No âmbito das novas formas de actuação da Comissão, esses contactos com os Estados-membros tomam a forma de «reuniões-pacote»: trata-se de reuniões no decurso das quais vários casos em instrução são discutidos com as administrações competentes do Estado-membro em causa, com vista à recolha dos elementos de apreciação necessários, à busca de uma solução para o litígio ou ao reconhecimento de que as profundas divergências existentes entre as duas partes não propiciam a conciliação e que impõem, portanto, que se inicie ou prossiga o processo por incumprimento.

Enfim, caso o processo examinado permita aos serviços concluir pela existência de uma infracção manifesta e grave, ou quando o Estado-membro em

causa é reincidente, os serviços responsáveis podem propor à Comissão que, de imediato dê início ao processo por incumprimento.

O Tribunal precisou, deste modo, os deveres que incumbem à Comissão, em caso de verificação de um incumprimento:

«...Por força do artigo 169.º a Comissão está obrigada a desencadear o processo a partir do momento em que as correspondentes condições de facto estão reunidas,... e a proceder em conformidade com o artigo 169.º; caso se abstinhasse de agir, a Comissão cometeria uma violação do Tratado, como decorre dos preceitos combinados do artigo 155.º e 169.º...» (Processo 48/65 — acórdão de 1.3.66).

c) Regras processuais relativas à instrução das denúncias e à perseguição das infracções

O número importante e incessantemente crescente dos casos de denúncia, CDO, infracções presumidas, infracções verificadas e de recursos para o Tribunal, assim como dos casos de execução dos acórdãos do Tribunal, etc., actualmente pendentes na Comissão, conduziram esta instituição a adoptar uma tramitação flexível e eficaz para permitir a instrução rápida dos processos.

Para exame dos processos estão previstas *reuniões periódicas*, praticamente mensais, dos Chefes de Gabinete da Comissão. Para cada um destes processos é feita uma *ficha*, elaborada pelos serviços da Direcção-Geral competente, que contém sinteticamente o essencial dos dados do problema (Estado-membro arguido, factos constitutivos do litígio, correspondência trocada e diligências realizadas com os interessados, etc.) e apresenta uma proposta quanto ao seguimento a dar ao processo: início ou pressecução do processo ao abrigo do artigo 169.º, adiamento, arquivamento, etc.

Estas fichas são inscritas em dois registos: o primeiro contendo as denúncias, os CDO e as infracções presumidas; o segundo, as infracções verificadas, os recursos para o Tribunal e os casos de execução dos acórdãos do Tribunal.

No decurso destas reuniões, os Chefes de Gabinete examinam estas fichas, eventualmente completadas por informações prestadas verbalmente pelos serviços interessados e adoptam a proposta a apresentar à Comissão.

Não sendo formulada nenhuma reserva, as sugestões dos Chefes de Gabinete são normalmente aprovadas pela Comissão sem discussão prévia. Pelo

contrário, caso haja reservas quanto a um processo em especial, a Comissão discute-as e decide do seguimento a dar à questão.

As decisões da Comissão devem ser executadas nos prazos fixados.

2. Fase-précontenciosa

A fase pré-contenciosa prevista no artigo 169.º/CEE compreende duas fases: a «notificação para cumprir» e o envio do «parecer fundamentado».

a) Notificação para cumprir: definição, forma e conteúdo (²).

A notificação para cumprir consiste num *pedido formal da Comissão dirigido ao Estado-membro em causa no sentido de recolher as observações deste sobre o incumprimento presumido*. A notificação para cumprir constitui uma formalidade essencial da regularidade processual e uma garantia fundamental querida pelo Tratado (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 7.2.1970 no Proc.º 31/69). A notificação para cumprir oferece ao Estado-membro em causa a possibilidade de justificar a sua posição e, eventualmente, a de demonstrar a legitimidade, face ao direito comunitário, dos actos e comportamentos imputados.

Se é certo que a notificação para cumprir reveste habitualmente a forma de uma «carta de notificação para cumprir», no sentido em que a Comissão convida o Estado-membro a apresentar as suas observações no âmbito do processo do artigo 169.º mediante carta oficial, não é menos certo que o Tratado não impõe à Comissão a observância desta forma especial.

Note-se, aliás, que o artigo 169.º/CEE não menciona o vocábulo «notificação para cumprir» nem, tão-pouco, a expressão «carta de notificação para cumprir».

As regras processuais fixadas pela Comissão prevêm, em todos os casos em que esta instituição impõe ao Estado-membro prazos inferiores aos prazos

(²) V. nomeadamente os acórdãos seguintes:

Proc.º 31/69 — Comissão c/Itália, Acórdão de 7.2.70, Colect. 1970, p. 25.

Proc.º 124/81 — Comissão c/Reino Unido, Acórdão de 8.2.83, Colect. 1983, p. 203.

Proc.º 211/81 — Comissão c/Dinamarca, Acórdão de 15.12.82, Colect. 1982, p. 4547.

Proc.º 325/82 — Comissão c/Alemanha Federal. Acórdão de 14.2.84, Colect. 1984, p. 777.

Proc.º 51/83 — Comissão c/Itália, Acórdão de 11.7.84, Colect. 1984, p. 2793.

normais, a possibilidade de uma «consulta oral» que vale como «notificação para cumprir». Esta consulta tem, nomeadamente, por escopo obter o mais rapidamente possível as observações do Estado-membro necessárias para a emissão do parecer fundamentado. Os serviços da Comissão elaboram um relatório da consulta que transmitem no prazo de 24 horas às autoridades nacionais em causa para efeitos de apresentação, nos 3 dias subsequentes à recepção do mesmo, de eventuais observações; caso não haja resposta até ao termo deste prazo, o relatório considerar-se-à aprovado pelo Estado-membro em causa.

Recorda-se ainda que o próprio Tribunal de Justiça reconheceu a existência de *outras formas possíveis* para apresentação das observações dos Estados-membros.

Assim, no processo Comissão/Dinamarca de 15 de Dezembro de 1982, o Governo dinamarquês arguiu a inadmissibilidade de um recurso por incumprimento com fundamento em que, infringindo o artigo 169.º do Tratado, a Comissão emitira um parecer fundamentado sem, previamente, ter dado a esse Governo a oportunidade de apresentar as suas observações face a uma obrigação claramente definida. O Tribunal de Justiça declarou que se a Comissão, com efeito, se havia absterido de precisar na sua notificação para cumprir os deveres, que, segundo ela, incumbiam à Dinamarca e que teriam sido ignorados, esta circunstância não tinha por efeito privar o Governo dinamarquês da possibilidade de apresentar utilmente as suas observações. Na verdade, a Comissão enviara ao Governo dinamarquês uma carta expondo as razões precisas que a conduziam à convicção de que o Reino da Dinamarca não cumprira um dos seus deveres. E foi, referindo-se à posição expressa pela Comissão nesta carta, que o Governo dinamarquês havia apresentado as suas observações.

Seja qual for a forma, a notificação deve:

- identificar o incumprimento censurado ao Estado-membro;
- pedir a este que apresente as suas observações em determinado prazo.

Concretamente, o conteúdo de uma notificação para cumprir organiza-se em torno dos pontos seguintes:

- * descrição pormenorizada dos factos constitutivos do litígio;
- * apreciação destes factos face ao direito comunitário;
- * conclusão da existência da violação de uma regra de direito comunitário;

- * convite ao Estado-membro para apresentar as suas observações num prazo determinado. Na prática, este prazo varia de um máximo de 2 meses (quando se trata de casos particularmente complexos ou quando o prazo fixado coincide com períodos de férias), a 5 ou 10 dias para os processos de urgência ou acelerados. Todavia, o prazo normal fixado ao Estado-membro para apresentar as suas observações é de 30 dias.

Os processos de urgência ou acelerados são previstos para casos de infracções graves ou que impliquem consequências económicas particularmente prejudiciais para o operador lesado. Em tais casos, os serviços apresentam imediatamente à Comissão, com base numa comunicação explicativa, uma proposta para iniciar, sem demora, o processo por incumprimento.

Convem sublinhar que a notificação para cumprir deve precisar, de forma definitiva, as acusações deduzidas contra um Estado-membro não se conforme à notificação para cumprir, a ampliação daquelas acusações no parecer fundamentado não é admissível, sob pena de nulidade de um recurso que ulteriormente fosse interposto para o Tribunal.

No acórdão «gelatina» de 11.7.1984 no Processo 51/83, o Tribunal confirmou que:

- «a notificação para cumprir tem por fim circunscrever o objecto do litígio e indicar, ao Estado-membro que é convidado a apresentar as suas observações os elementos necessários à preparação da sua defesa»;
- «a possibilidade do Estado-membro em causa apresentar observações constitui uma garantia essencial querida pelo Tratado»;
- «o respeito desta garantia é uma condição da regularidade do processo de verificação do incumprimento imputado a um Estado-membro».

Por isso, o Tribunal concluiu que o recurso interposto pela Comissão era inadmissível quanto à parte abrangida pela notificação para cumprir.

Nesta notificação, a Comissão considerara como violação do artigo 30º/CEE a limitação da utilização da gelatina alimentar para o fabrico e comercialização dos produtos de confeitaria. No parecer fundamentado, todavia, a Comissão tinha ampliado as acusações formuladas contra a República Italiana, aditando-lhe a limitação da utilização da gelatina alimentar para o fabrico e a comercialização das carnes em conserva e dos gelados.

O Tribunal rejeitou o recurso da Comissão quanto à parte relativa às carnes em conserva e aos gelados, não obstante o facto de o Governo italiano ter respondido ao parecer fundamentado também quanto aos dois produtos em questão e, além disso, não ter contestado a admissibilidade do recurso.

Tal como o Tribunal afirmou por várias vezes, o parecer fundamentado e, seguidamente, o recurso devem basear-se nos mesmos fundamentos e argumentos invocados na notificação para cumprir (Proc.º 45/64). Esta identidade existe quando a alegada infracção e as razões por que a Comissão considera que o Estado-membro faltou aos seus deveres são expressas em termos semelhantes e suficientemente precisos. É certo que a Comissão pode introduzir indicações e precisões suplementares em relação às que constam da notificação para cumprir; sem embargo, estes novos elementos não devem afectar os fundamentos e os argumentos iniciais nem, tão-pouco, ser-lhes estranhos.

b) Parecer fundamentado

Findo o prazo fixado pela Comissão na sua notificação para cumprir ou por ocasião da consulta oral, podem apresentar-se as hipóteses seguintes:

- * O Estado reconhece ter tomado uma medida contrária às normas do Tratado e põe em marcha os necessários procedimentos nacionais para lhe pôr termo. Na sua resposta informa a Comissão desse facto. O processo por infracção é, então, suspenso e, quando a medida contestada for efectivamente suprimida, a Comissão arquiva o processo.
- * O Estado-membro presta esclarecimentos e informações que determinam a Comissão a alterar o parecer. Também neste caso o processo é arquivado a pós as verificações necessárias.
- * Na sua resposta, o Estado-membro contesta o parecer da Comissão sem, todavia, invocar argumentos ou fornecer provas susceptíveis de levarem a Comissão a modificar a sua posição.
- * O Estado não responde no prazo fixado.

Nos dois últimos casos, a Comissão dirige ao Estado-membro em questão um «parecer fundamentado» nos termos do artigo 169.º/CEE e convida esse Estado a pôr termo à infracção em causa.

Definição e conteúdo do parecer fundamentado

O envio do parecer fundamentado constitui a segunda etapa do processo pré-contencioso. *O parecer fundamentado é um acto pelo qual a Comissão:*

- identifica o incumprimento cometido,
- expõe as razões de direito e de facto pelas quais a Comissão considera que o Estado-membro faltou aos seus deveres;
- ordena ao Estado-membro que ponha termo à infracção.

O parecer fundamentado verifica o incumprimento cometido nestes termos precisos: «Ao manter as normas arguidas o Governo... faltou aos deveres que lhe incumbem por força do Tratado CEE». Nestas condições, nos termos do artigo 169º, a Comissão convida o Governo... a tomar as medidas necessárias para se conformar com o parecer fundamentado no prazo de...»

O artigo 169º prevê que o parecer da Comissão deve ser fundamentado. A fundamentação é um elemento essencial do parecer. O Tribunal de Justiça afirmou, por várias vezes, que o parecer deve ser «suficientemente» fundamentado e indicou a natureza desta fundamentação: «...o parecer referido no artigo 169º deve ser considerado suficientemente fundamentado de direito quando contém uma exposição coerente das razões que conduziram a Comissão à convicção de que o Estado em causa faltou a um dos deveres que lhe incumbem por força do Tratado». (Proc.º 7/61, Proc.º 385/82, Proc.º 301/81).

A Comissão não indica no parecer fundamentado por que meios o Estado-membro pode pôr termo ao incumprimento. Com efeito, o objecto do processo do artigo 169º é o de verificar a infracção, a fim de permitir aos Estados-membros repararem a situação. O Estado-membro é livre de escolher esses meios (por exemplo, a supressão ou a adaptação de um texto contrário ao direito comunitário, a extensão de um regime nacional aos produtos dos outros Estados-membros, etc.).

A Comissão pode, não obstante, formular sugestões ou soluções alternativas susceptíveis de restabelecerem uma situação conforme ao direito comunitário.

Quanto à «natureza» do parecer fundamentado, convem citar, nomeadamente, o acórdão do tribunal nos Processos 142-143/80:

«A Comissão não tem o poder de determinar de forma definitiva, mediante os pareceres formulados por força do artigo 169.º ou por outras tomadas de posição no quadro deste processo, os direitos e deveres de um Estado-membro, ou de lhe dar garantias quanto à compatibilidade, com o Tratado, de um determinado comportamento. Segundo o sistema dos artigos 169.º a 171.º do Tratado, a determinação dos direitos e deveres dos Estados-membros, e a apreciação do respectivo comportamento apenas podem resultar de um acórdão do Tribunal.» (fundamento 16).

Por maioria de razão, a Comissão não poderia, nas tomadas de posição e nos pareceres que emite por força do artigo 169.º, dispensar um Estado-membro da observância dos deveres que lhe incumbem por força do Tratado. Em especial, tais garantias não podem ter por efeito impedir os particulares de fazerem valer, em juízo, os direitos que o Tratado lhes confere contra actos legislativos ou administrativos de um Estado-membro eventualmente incompatíveis com o direito comunitário» (fundamento 17).

«Há, pois, que responder ao primeiro conjunto das questões postas que os pareceres emitidos pela Comissão por força do artigo 169.º apenas têm efeito jurídico em relação ao recurso para o Tribunal, no âmbito dos recursos por incumprimento de Estado, e que a Comissão não poderia, por tomadas de posição no quadro deste processo, desonerar um Estado-membro dos respectivos deveres ou afectar os direitos que para os particulares, decorrem do Tratado» (fundamento 18).

* *«Decisão fundamentada» prevista no artigo 88.º do Tratado CECA*

A natureza do segundo acto da fase pré-contenciosa difere consoante nos encontremos no âmbito do tratado CECA ou no do Tratado CEE.

Para os produtos CECA, a segunda fase do processo por incumprimento consiste no envio de uma decisão fundamentada.

Com efeito, preceitua o artigo 88.º do Tratado CECA:

Se a Alta autoridade considerar que um Estado não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força do presente Tratado, declarará verificado o referido incumprimento por meio de decisão fundamentada, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. A Alta Autoridade fixará ao Estado em causa um prazo para o cumprimento da sua obrigação.

Esse Estado pode interpor recurso de plena jurisdição para o Tribunal, no prazo de dois meses a contar da notificação da decisão.

Se o Estado não cumprir a sua obrigação no prazo fixado pela Alta Autoridade ou, em caso de recurso, se a este for negado provimento, a Alta Autoridade pode, após parecer favorável do Conselho deliberado por maioria de dois terços:

- a) Suspender o pagamento das quantias que deve efectuar ao Estado em causa, por força do presente Tratado;
- b) Tomar, ou autorizar os outros Estados-membros a tomar, medidas derogatórias do disposto no artigo 4.º, com o fim de corrigir os efeitos do incumprimento verificado.

Pode ser interposto recurso de plena jurisdição das decisões tomadas nos termos das alíneas a) e b), no prazo de dois meses a contar da sua notificação.

Se as medidas acima previstas se revelarem ineficazes, a Alta Autoridade submeterá o assunto à apreciação do Conselho.»

A *decisão fundamentada* é um acto que produz efeitos directos e imediatos; na verdade, de harmonia com o artigo 14.º/CEE «as decisões são obrigatórias em todos os seus elementos». A decisão é redigida sob forma de «considerandos» seguida de uma parte dispositiva, articulada.

Contra esta decisão, o Estado-membro pode interpor recurso de plena jurisdição para o Tribunal de Justiça no prazo de dois meses a contar da sua notificação.

Pelo contrário, o «parecer fundamentado» previsto relativamente aos produtos CEE não é um dos actos coercivos previstos no artigo 189.º/CEE (decisões, regulamentos, directivas). Trata-se de um acto sem força vinculada. Nos termos do artigo 189.º/CEE, os pareceres não são vinculativos.

No acórdão proferido pelo Tribunal no Processo 48/65, este princípio é claramente afirmado:

«...a parte do processo que precede o recurso para o Tribunal constitui uma fase pré-contenciosa destinada a convidar o Estado-membro a conformar-se com o Tratado, sendo certo que a Comissão apenas emite opinião por meio de parecer, após ter dado a esse Estado-membro a oportunidade de apresentar as suas observações; (...) esta fase não comporta qualquer acto da Comissão dotado de força obrigatória; (...) consequen-

temente, é inadmissível um recurso de anulação do acto através do qual a Comissão decidiu quanto ao pedido».

Em idêntico sentido, v. Proc.º 6/69, Comissão c/República Francesa, acórdão de 10.12.1969, Colect. 1969, p. 542.

Não obstante, a eficácia do parecer fundamentado não é menor. Com efeito, este acto formal pelo qual a Comissão, dirigindo-se ao Governo de um Estado-membro, concretiza e fundamenta a existência de um incumprimento e o convida a pôr-lhe termo, é considerado, na prática, como uma «injunção» séria e solene (determinadas autoridades nacionais qualificam-no de «papel timbrado») com o qual convem conformar-se. Por estas razões, a quase totalidade das questões resolve-se neste estádio ou antes.

3. Recurso ao Tribunal

a) Controvérsia sobre a existência de um poder discricionário da Comissão de recorrer ao Tribunal.

O artigo 169.º preceitua que, se o Estado-membro não proceder em conformidade com o parecer da Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça.

Este poder da Comissão tem sido interpretado de diversas maneiras.

Segundo alguns, o termo «pode» significaria que a Comissão não é obrigada a recorrer ao Tribunal. A Comissão disporia de um poder discricionário quanto à decisão de iniciar o processo.

Para outros, aquele termo significaria que o artigo 169.º tem simplesmente por objecto subordinar a faculdade de recorrer ao Tribunal à emissão prévia do parecer fundamentado.

Para outros, enfim, o *poder discricionário* de que gozaria a Comissão apenas se referiria à escolha do momento em que apresenta o requerimento de interposição do recurso.

Na prática, a Comissão considerou sempre que se o Estado-membro não se conforma com o parecer fundamentado, e não põe termo à infracção cometida, ela tem o dever de recorrer ao Tribunal. A decisão é tomada segundo as mesmas regras que conduzem à emissão do parecer fundamentado.

Petição e processo

A petição, ao mesmo tempo que traça o historial do processo (cujos documentos comprovativos se juntam em anexo) precisa e confirma o incumprimento cometido.

O Serviço Jurídico, em ligação com a Direcção Geral em causa, redige a petição de recurso, sob a autoridade do membro competente da Comissão, e apresenta-a no prazo de 30 dias a contar da decisão da Comissão.

A língua do processo é, obrigatoriamente, a língua oficial do Estado-membro que é posto em causa; todos os documentos do processo devem ser ou redigidos nesta língua ou acompanhados dum tradução nesta língua.

Certos processos, e nomeadamente os pedidos com carácter prejudicial introduzidos ao abrigo do artigo 177.º do Tratado CEE, são examinados pelas secções do Tribunal. Os processos instaurados pela Comissão ao abrigo do artigo 169.º são, pelo contrário, examinados pelo Tribunal pleno. O Presidente designa, no início do processo, um juiz-relator que desempenha um papel especialmente importante no decurso de todo o processo.

Só os Estados-membros e as outras instituições da Comunidade, com exclusão, pois, de qualquer outra pessoa, podem intervir num processo da competência do Tribunal instaurado ao abrigo do artigo 169.º do Tratado CEE.

A parte interveniente deve limitar-se a apoiar o ponto de vista dum das partes principais (ela deve, pois, «escolher o seu campo»): a Comissão ou o Estado-membro arguido).

O pedido de intervenção deve ser apresentado no prazo de três meses a contar da publicação, no jornal Oficial, da comunicação relativa à instauração do processo.

c) Fase escrita e relatório de audiência.

A fase escrita inicia-se mediante a apresentação do pedido que é comunicado ao Estado-membro arguido e às partes intervenientes.

O Estado-membro dispõe de um mês para transmitir ao Tribunal a sua resposta. No entanto, este prazo pode ser alargado.

A resposta é comunicada ao requerente (a Comissão, no processo previsto no artigo 169.º do Tratado CEE), ao qual é fixado um prazo para a réplica, se o desejar.

Se o requerente replicar, o arguido tem a possibilidade de proceder de igual modo (tréplica).

No termo da fase escrita, não é raro que o Tribunal ponha questões, por escrito, às partes ou a uma delas, caso em que, para tal, um prazo é fixado, ou oralmente, aquando das alegações.

O relatório de audiência, fixado pelo juiz-relator, encerra a fase escrita. Esse relatório tem por objecto expôr os factos, o processo observado até ao início da fase oral, as conclusões e os argumentos das partes e as respostas fornecidas às questões postas pelo Tribunal.

O relatório de audiência é comunicado às partes alguns dias antes da audiência, tendo estas, assim, a possibilidade de formular observações a seu respeito aquando das alegações. O relatório de audiência torna-se, posteriormente, a parte «de facto» do acórdão.

d) Fase oral, conclusões do advogado-geral e acórdão.

A fase oral é constituída, essencialmente, pela audição das partes numa data fixada pelo Presidente e pela audição das conclusões do advogado-geral. O agente da Comissão pode estar acompanhado, na audiência, por peritos (por exemplo: funcionários da Direcção-Geral em causa) e solicitar que estes sejam ouvidos pelo Tribunal ou que respondam às questões que lhe sejam postas por um membro do Tribunal ou pelo advogado-geral. O agente do Estado-membro arguido dispõem da mesma faculdade.

As conclusões do advogado-geral destinam-se ao Tribunal, e não às partes que já não dispõem portanto, da possibilidade de fazer as suas observações sobre essas conclusões.

As conclusões do advogado-geral são lidas aquando de uma audiência pública do Tribunal à qual o requerente o requerido são convidados, mas não obrigados, a assistir. Estas conclusões não vinculam, bem entendido, o Tribunal.

O acórdão do Tribunal, elaborado pelo juiz-relator, é objecto de deliberação.

O acórdão precisa se o Estado-membro faltou ou não aos seus deveres.

Caso acolha a tese da Comissão, o acórdão sanciona a incompatibilidade da medida arguida com o direito comunitário.

A parte decisória é proferida em audiência pública. Não há votos de vencido. O texto autêntico do acórdão é o da língua do processo..

e) *Execução do acórdão*

Quanto ao dever do Estado-membro de suprimir as medidas arguidas ou modificá-las de forma a torná-las conformes com o direito comunitário, certos autores deduziram do artigo 171.º/CEE (que preceitua que «se o Tribunal de Justiça declarar verificado que um Estado-membro não cumpriu qualquer dos deveres que lhe incumbem por força do presente Tratado, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça») que o acórdão proferido por força do artigo 169.º/CEE teria *natureza declarativa*.

O Estado-membro continuaria a ser soberano quanto à decisão relativa às medidas a tomar para execução do acórdão.

O Tribunal de Justiça rejeitou, porém, semelhante concepção. Com efeito, o acórdão proferido em recurso por incumprimento dá uma interpretação do direito comunitário como um acórdão proferido ao abrigo do artigo 177.º/CEE. O Tribunal de Justiça sublinhou igualmente, de forma geral, que o Estado deve pôr termo à infracção cometida e reparar os efeitos ilícitos que esta pôde produzir (acórdão Humbert de 16.12.1960, Proc.º 6/60 Colect. p. 1145).

Em caso de inexecução do acórdão por um Estado-membro, a situação é diferente consoante se esteja no âmbito da CECA ou no da CEE. O artigo 88.º/CECA organiza uma espécie de «execução forçada» no caso de o Estado-membro se não conformar com a decisão fundamentada da Alta Autoridade ou, em caso de recurso, se este foi rejeitado pelo Tribunal.

O artigo 88.º permite, com efeito, à Alta Autoridade, após parecer favorável do Conselho, deliberando por maioria de dois terços «suspender o pagamento das quantias que deve efectuar ao Estado em causa... b) tomar ou autorizar os outros Estados-membros a tomar medidas derogatórias» das regras gerais do Tratado com vista a corrigir os efeitos do incumprimento verificado.

Este mecanismo não foi transposto para o Tratado CEE. Em caso de inexecução de um acórdão, a Comissão interpõe recurso para o Tribunal de Justiça com base no artigo 171.º/CEE.

As regras de funcionamento internas da Comissão prevêm que, em caso de acórdão que sanciona a incompatibilidade de uma medida nacional com o direito comunitário, os serviços responsáveis intervirão imediatamente junto do Estado-membro em causa para se assegurarem de que este Estado adoptará, no mais curto prazo, as disposições de execução do acórdão. A Comissão deve,

além do mais, em nossa opinião, velar igualmente por que o direito nacional ofereça ao particular, lesado pelo incumprimento cometido, meios legais que permitam intentar uma acção para ser indemnizado das perdas sofridas. Extraímos esta conclusão da jurisprudência do Tribunal segundo a qual o efeito directo das regras comunitárias obsta à eficácia jurídica de qualquer acto legislativo ou regulamentar nacional contrário à regra comunitária em causa.

Finalmente, a Comissão apenas arquivará o processo quando a situação estiver inteiramente regularizada face ao direito comunitário no sentido que se expôs.

V. O PROCESSO PREVISTO NO ARTIGO 169.º/CEE E O PROCESSO DE URGÊNCIA

A Comissão não tem o poder de tomar medidas provisórias contra um Estado-membro que falte a um dos seus deveres decorrentes do direito comunitário.

O artigo 186.º do Tratado CEE confere esse poder ao Tribunal de Justiça. Esse poder tem como objectivo obter, mediante um processo sumário e expedito, uma solução provisória do litígio a fim de garantir, na pendência do processo os direitos e os interesses das partes em causa.

No âmbito do processo previsto no artigo 186.º/CEE, o Tribunal deve ponderar o conjunto dos interesses em causa. Assim, na decisão de 25.10.85 (Proc.º 293/85-R) pela qual o Tribunal ordenou ao Reino da Bélgica «que tomasse todas as medidas para garantir o acesso dos estudantes nacionais dos outros Estados-membros aos estudos integrados na formação profissional das instituições universitárias belgas nas mesmas condições que os estudantes nacionais», o Tribunal considerou que se atingiria tal equilíbrio entre os interesses em causa se «no momento da inscrição, os estudantes comunitários se comprometerem pessoalmente, por escrito, a pagar a propina se houver improcedência do recurso quanto ao fundo». (fundamento 24).

A finalidade deste processo é a de evitar as consequências prejudiciais que podem decorrer dos prazos necessários para instruir e julgar a causa quanto ao mérito.

Tratando-se de um processo «acessório», a Comissão apenas pode pedir ao Tribunal medidas provisórias após ter interposto recurso quanto ao fundo por força do artigo 169.º.

De harmonia com o n.º 2 do artigo 83.º do Regulamento processual, a decisão que ordena uma medida provisória está subordinada à existência de circunstâncias indicativas das razões da urgência e dos fundamentos de facto e de direito que justificam tal medida.

O pedido de medidas provisórias deve, pois, satisfazer três requisitos essenciais:

- as medidas requeridas deve ter um carácter de urgência e de necessidade;
- devem ter por objecto evitar o risco de prejuízo sério e irreparável;
- o pedido no processo principal não deve ser manifestamente desprovido de fundamento («*fumus boni juris*»).

Compete à parte requerente demonstrar que estes requisitos se encontram reunidos (v. nomeadamente as decisões do Tribunal nos Proc.º 24 e 97/80 — R Comissão c/França (carne de ovino); 42/82 Comissão c/França (controlo sistemático do vinho); 154/85 — R Comissão c/Itália (restrições às importações de veículos automóveis); 293/85 — R.

FORMULÁRIO DE DENÚNCIA

a enviar à COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,
por desrespeito do direito comunitário

Nome do denunciante: (*)

Nacionalidade:

Endereço ou sede social:

Domínio de actividade:

Estado-membro, organismo ou empresa que não respeitou o direito
comunitário:

Facto incriminado e eventual prejuízo sofrido:

Diligências efectuadas junto das autoridades nacionais
ou comunitárias:

— diligências administrativas:

— eventuais recursos jurisdicionais:

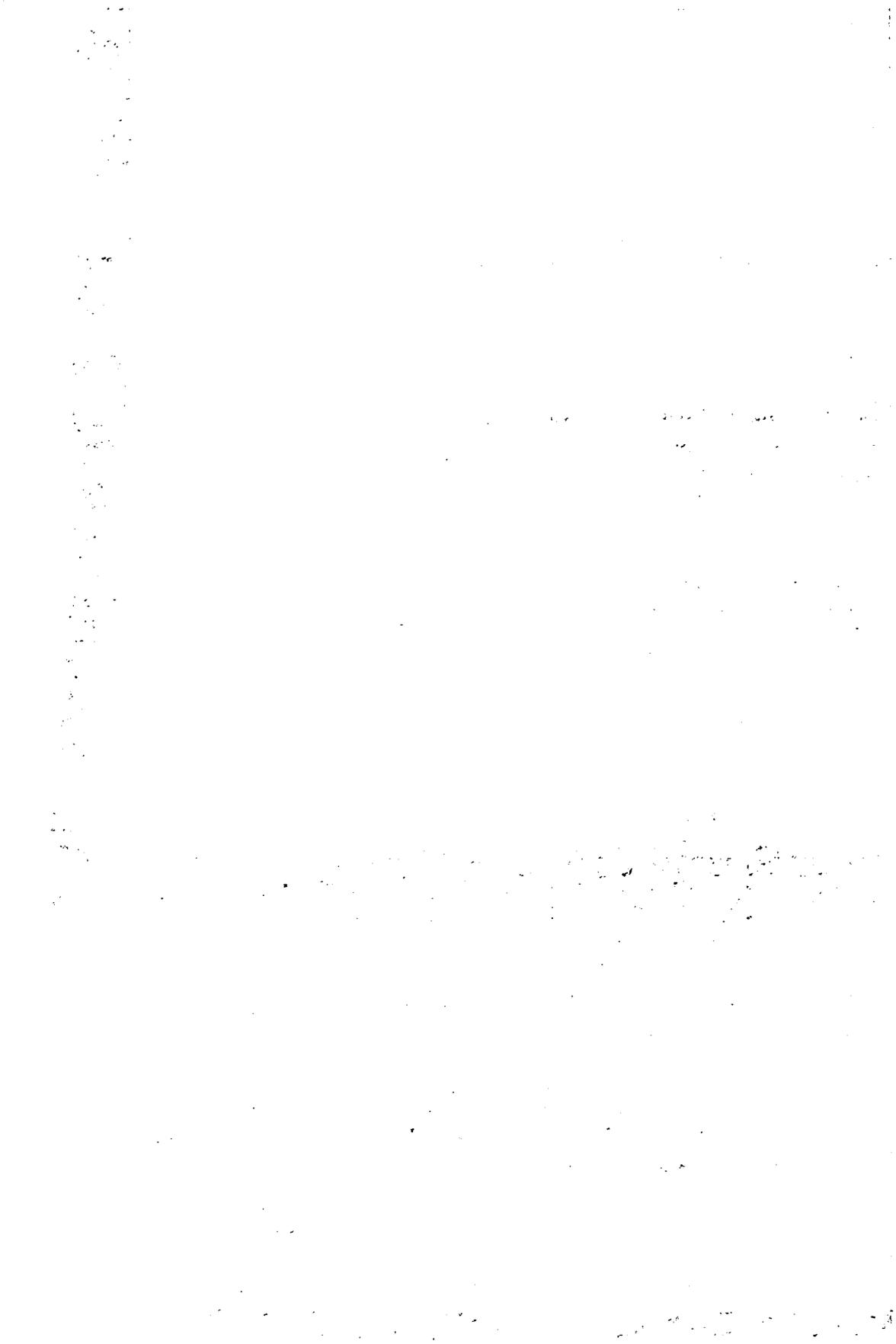
Documentos comprovativos e elementos de prova que podem
fundamentar a denúncia:

(*) Se o denunciante não quiser revelar a sua identidade, tal é-lhe sempre permitido.

AURELIO PAPPALARDO

*Conseiller juridique,
Professeur a. i. dans l'Université de Liège*

**LES PARTICIPATIONS DE L'ÉTAT
DANS LE CAPITAL D'ENTREPRISES
CONSTITUENT-ELLES
DES AIDES AU SENS
DE L'ART. 92 DU TRAITE CEE ?**



1. Concurrence non faussée et aides d'État dans le Traité CEE

L'ordre économique qui est à la base du Traité instituant la CEE est fondé, pour l'essentiel, sur l'économie de marché, ce qui suppose que la concurrence joue le rôle principal de «moteur» du système. Ce choix résulte clairement de l'art. 2 du Traité, qui indique dans l'instauration d'un marché commun le premier moyen pour la réalisation des buts de la Communauté, l'autre moyen étant le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres. L'instauration d'un marché commun comporte l'élimination de nombreux obstacles traditionnels à l'intégration des marchés et, par là-même, la réalisation — au sein de ce marché qui tend vers l'unification — de quatre fondamentales libertés, concernant la circulation des produits, des services, des personnes et des capitaux. Or, l'abattement de ces barrières — et, en premier lieu, de celle qui affecte la circulation des produits — crée, tout naturellement, les conditions pour une augmentation de la concurrence: la recherche de nouveaux débouchés est en effet au coeur de la logique de toute entreprise saine, qui, afin d'arracher une part de marché aux entreprises déjà installées, devra cependant s'avérer plus compétitive, que ce soit par des baisses de prix, par des améliorations des produits, par des innovations technologiques, par des perfectionnements des méthodes de distribution, ou par d'autres voies encore. La tâche du *newcomer* sera facilitée dans la mesure où l'accès à de nouveaux marchés lui permettra de réaliser des économies d'échelle. Ce renforcement de la concurrence produira d'autre part, en règle générale, des avantages correspondants pour les utilisateurs. Tels sont, schématiquement, et malgré les imperfections bien connues des automatismes du marché, les avantages que l'on peut normalement espérer d'un système de concurrence non faussée, tel que le prévoit, explicitement, l'art. 3 lit. f.) du Traité CEE. La Commission des C. E. a fait sienne cette conception dès ses premières prises de positions générales sur la politique

de concurrence: «La concurrence et le meilleur stimulant de l'activité économique, en garantissant à ses participants la liberté d'action la plus large possible. Une politique active de concurrence, menée conformément aux dispositions des Traités instituant les Communautés, facilite l'adaptation constante des structures de la demande et de l'offre à l'évolution des techniques; par le jeu des mécanismes décentralisés de décision, elle permet d'obtenir des entreprises une efficacité sans cette améliorée, qui est la condition de base pour l'amélioration constante des niveaux de vie et des possibilités d'emploi dans les Pays de la Communauté... La politique de concurrence tend à assurer la meilleure utilisation possible des facteurs de production pour le plus grand profit de l'économie dans son ensemble, et en particulier dans l'intérêt des consommateurs». (1) La Cour de Justice, de son côté, a établi un lien direct entre concurrence et intégration des marchés, en affirmant que la notion de concurrence non faussée — visée par l'art. 3 lit. f.) et par les art. 85 suiv. suppose l'existence sur le marché d'une «concurrence efficace (*workable competition*)», c. à. d. la «dose de concurrence nécessaire» pour assurer la réalisation des finalités du Traité et en particulier la création d'un marché unique, qui présente des caractéristiques analogues à celles d'un marché intérieur. (2)

Plusieurs dispositions du Traité — qui visent à assurer le fonctionnement sans entraves du mécanisme «marché commun-concurrence» — confirment la priorité de ce moyen de réalisation des buts de la Communauté par rapport au deuxième moyen mentionné par l'art. 2. La mise en oeuvre du rapprochement progressif des politiques économiques nationales s'effectue, dans la plupart des cas, (3) par des mesures de coordination, le rôle de la Communauté étant relativement limité; l'instauration du marché commun repose, en revanche, sur des dispositions qui ont, pour les Etats membres, une portée beaucoup plus contraignante, et qui est ultérieurement renforcée par le fait que les tribunaux des Etats membres peuvent être appelés à se prononcer sur les manquements éventuels, de la part de ces mêmes États, dans leur application. Parmi

(1) Premier rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles-Luxembourg 1973, p. 1.

(2) Arrêt du 25/10/1977, dans l'affaire 26/76, *Recueil*, 1977, p. 1904.

(3) Les trois principales exceptions sont constituées par les politiques communes agricole, commerciale et des transports. Voy., à ce sujet, Kapteyn et VerLoren van Themmat, *Introduction to the law of the European Communities*, Londra-Devanter-Alphen aan den Rijn, 1973, p. 46 suiv.

ces dispositions qui, d'une façon générale, visent à éviter que de nouveaux obstacles risquent de remettre en question l'unité du marché, certaines poursuivent un objectif plus spécifiquement lié à la protection du mécanisme concurrentiel: il s'agit des règles de concurrence applicables aux entreprises (art. 85 à 90) et des règles relatives aux aides octroyées par les États aux entreprises (art. 92 à 94). Les obstacles à l'intégration des marchés, que visent les dispositions sur la suppression des droits de douane, sur les restrictions quantitatives, etc., peuvent renaître — sous une forme différente mais avec des effets analogues — grâce, par ex., à une entente en vertu de laquelle deux ou plusieurs entreprises, dans différents Etats membres, se répartissent les marchés, où à acuse d'une aide étatique qui, en soutenant artificiellement une entreprise défaillante dans la compétition avec une entreprise étrangère plus efficiente les chances de cette dernière de pénétrer dans le marché de l'entreprise aidée. Les pratiques restrictives d'entreprises sont en dehors de nos préoccupations dans le cadre du présent article: il s'agit un phénomène d'une très portée — tant pratique que théorique — qui mérite une étude partiulière. ⁽⁴⁾ Quant aux aides d'Etat, dont l'importance — en théorie comme en pratique — est au moins aussi grande, nous n'examinerons qu'un aspect — celui des participations publiques dans le capital d'entreprises — que revêt actuellement un intérêt particulier, souligné par plusieurs cas, ayant été récemment l'objet de décisions de la Commission et d'arrêts de la Cour. Avant d'aborder cet examen, il convient cependant de rappeler brièvement les principaux aspects de la réglementation prévue par le Traité CEE dans le domaine des aides. ⁽⁵⁾

⁽⁴⁾ La littérature juridique est, à cet égard, très vaste. Voy., parmi les contributions les plus récentes, les chapitres relatifs aux articles 85 et 86, ainsi qu'aux dispositions d'application, *in* Grabitz, *kommentar zum EWG—Vertrag*, Munich 1986.

⁽⁵⁾ Le présent article ne traitera pas des questions qui se posent, en matière d'aides et de participations au capital, sous l'angle du Traité CECA. Limitons-nous à rappeler que la réglementation CECA est à la fois plus simple et plus rigide que la réglementation CEE: l'art: 4 lit. c) du Traité de Paris, en effet, interdit purement et simplement les subvention publiques. Des assouplissements ont néanmoins été prévus, pour tenir compte des très graves difficultés structurelles que la sidérurgie communautaire connaît depuis longtemps. On trouvera une description détaillée des décisions communautaires relatives à ce secteur dans les rapports annuels sur la politique que de concurrence. La question des participations publiques dans la capital d'entreprises, et notamment de leur qualification comme aides, s'est posée également dans le cadre du Traité CECA. Voy., à ce sujet, la décision de la Commission du 7/8/1981, JOCE, L 228, du 13.8.1981 (deuxième considérant, dernier alinéa).

Il découle des principes, évoqués précédemment, relatifs à la création d'un ordre concurrentiel et à l'instauration d'un marché commun dans la Communauté, que sont incompatibles avec ce même marché toutes les aides, sous quelque forme que ce soit, octroyées par les Etats ou en utilisant des ressources d'État, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence, en favorisant certaines entreprises ou productions, pour autant qu'elles affectent le commerce entre Etats membres. Telles sont les règles de base, édictées par l'art. 92 par. 1 du Traité CEE, qui ont été précisées par un grand nombre de décisions de la Commission et d'arrêts de la Cour, ainsi que par plusieurs autres actes des institutions (notamment des directives du Conseil et des communications de la Commission elle-même. ⁽⁶⁾)

Mais les aides d'État ne sauraient être, purement et simplement, interdites. Dans les systèmes d'économie mixte, qui constituent aujourd'hui la règle dans le monde occidental, et qui voient les pouvoirs publics étroitement associés au secteur privé dans toutes les principales phases de la vie économique, les aides d'État aux entreprises jouent depuis longtemps un rôle fondamental, tant pour la stimulation ou la réorientation des investissements, que pour éviter, ou du moins limiter, les repercussions indésirables (surtout sociales) des crises, conjoncturelles ou structurelles, que l'économie traverse périodiquement. Bien que conçu à une époque d'expansion économique, où les aides avaient une importance moindre qu'aujourd'hui, le Traité a été rédigé de façon à tenir compte des exigences de l'interventionnisme public en économie: les possibilités de dérogation à la règles de l'incompatibilité — prévues par l'art. 92 par. 3 — interprétées par la Commission avec réalisme, ont permis de développer, au fil des années, des règles applicables, notamment, aux aides régionales et sectorielles, qui permettent de concilier la poursuite, par les États membres, d'objectifs économiques et sociaux d'importance primordiale avec le maintien, au niveau communautaire, d'un régime de concurrence suffisamment efficace pour que ne soit pas mise en danger la réalisation du marché unique. L'approche pragmatique de la Commission — indispensable dans un domaine où l'action communautaire risque à tout moment de soulever de délicates questions politiques — ne signifie nullement laxisme. Sur plusieurs points — l'obligation de notifica-

⁽⁶⁾ Les rapports annuels sur la politique de concurrence, déjà cités, font état des décisions de la Commission. Tous les autres actes sont reproduits dans un recueil que vient de publier la Commission (Règles de concurrence applicables aux aides d'État dans les Traités CEE et CECA, Commission, Office des Publications, Luxembourg 1987).

tion préalable des nouvelles aides, l'interdiction des aides à l'exportation vers d'autres États membres, l'interdiction des aides ayant seulement une finalité conservatoire (les «aides au fonctionnement») — la Commission s'est constamment et vigoureusement opposée aux interventions effectuées par les États. Face à la multiplication des violations des dispositions sur les aides au cours des dernières années, la Commission a durci ses positions, ainsi que l'indique le nombre de plus en plus élevé de décisions d'interdiction et d'arrêts de la Cour, qui étaient dans le passé l'exception (en contraste frappant avec le développement que connaissait, en même temps, la jurisprudence relative aux dispositions applicables aux ententes et aux abus de position dominante). L'aide sous forme de participation au capital d'entreprises octroyée dans certaines conditions (qui font l'objet de l'analyse qui va suivre), est un des points sur lesquels les opinions de la Commission et de certains États membres se sont opposées dans les toutes dernières années, dans un débat dont la portée — au delà de l'interprétation de l'art. 92 — touche aux instruments de la politique économique nationale.

2. Participations publiques et Traité CEE. Première appréciation par la Commission des CE.

La participation publique (de l'État ou des autorités régionales ou locales) dans le capital d'une entreprise ayant la forme juridique d'une société commerciale, n'est guère un phénomène nouveau, mais une manifestation courante de l'interventionnisme public en économie, même si son importance est différente d'un Pays à l'autre. Dans la Communauté, qui — dans sa structure originelle, à Six — présentait déjà une gamme variée de situations, ces différences se sont ultérieurement accentuées après l'adhésion de Pays à forte tradition interventionniste. Si des entreprises à participation publique opèrent dans tous les États membres, leur importance économique et leur différent, de façon considérable, d'un Pays à l'autre, tandis que l'étendue du phénomène peut varier en fonction des modifications de l'orientation politique du Pays considéré. ⁽⁷⁾

Par l'association du capital public au capital privé au sein d'une même entreprise, les pouvoirs publics peuvent poursuivre différents objectifs. L'État

⁽⁷⁾ Voy. *Public Enterprise in the EEC (a Metra-Oxford Study)*, 1977.

peut s'assurer le contrôle d'une entreprise pour en orienter les décisions stratégiques, surtout en ce qui concerne les investissements, dans une direction conforme aux objectifs de la politique économique, par ex. en vue de réduire les déséquilibres régionaux. L'expérience italienne des entreprises à participation d'Etat constitue, à cet égard, un exemple instructif. Dans une direction entièrement différente, les pouvoirs publics peuvent confier à des organismes financiers spécialisés la tâche d'effectuer des opérations spéculatives, analogues à celles que pourrait mener un investisseur privé. La participation, réalisée avec des moyens financiers publics, se présentera alors, en règle générale, comme une opération à bref ou à moyen terme: les actions, achetées dans une entreprise privée qui apparaît susceptible de se développer avec succès, seront revendues, avec profit, dès que les conditions du marché le permettent. ⁽⁸⁾ D'autres finalités sont cependant concevables, qui se rapprochent ou s'identifient à celles propres aux aides d'Etat. Il en va ainsi notamment lorsque la prise de participation est subordonnée à la mise en oeuvre par l'entreprise (qui rencontre des difficultés financières, suite, par ex. à une situation de surcapacité ou à des insuffisances au niveau de la gestion) d'un plan de restructuration. La réalisation d'un tel plan, grâce à l'apport de moyens financiers frais et mot à la modification des organes de direction de l'entreprise, peut contribuer de façon décisive à la solution des problèmes structurels qui provoqueraient sans doute la disparition de l'entreprise. Plusieurs cas concrets, ayant fait l'objet d'examen par la Commission des CE, illustrent ce type d'intervention. ⁽⁹⁾ La finalité d'aide apparaît enfin encore plus clairement dans les cas, fréquents surtout en période de recession, où, en l'absence d'un plan de restructuration, la prise de participation dans le capital d'entreprises en difficulté a pour seul but de combler leurs déficits. ⁽¹⁰⁾

L'appréciation de ces interventions sous l'angle des règles du Traité soulève des questions difficiles. D'une part, en effet, l'art. 222 stipule que le Traité «ne préjuge en rien le régime de propriété dans les États membres». Selon l'interprétation généralement acceptée de cette disposition — à laquelle la Commis-

⁽⁸⁾ Voy. Pappalardo, *Tendances actuelles de l'initiative industrielle publiques en France, au Royaume Uni en Italie, Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 5, 1978, p. 317 suiv.

⁽⁹⁾ De telles opérations étaient menées, par ex., par les organismes dont l'activité est examinée dans l'article cité dans la note précédente.

⁽¹⁰⁾ L'affaire *Inter Mills*, qui est analysée plus loin, offre un exemple de ce type de situation.

sion s'est toujours ralliée ⁽¹¹⁾ — les Etats membres sont libres de créer de nouvelles entreprises et de nationaliser des secteurs entiers de l'économie: à plus forte raison il peuvent acquérir des participations, minoritaires ou majoritaires, dans des entreprises (privées) existantes. Mais il n'est, d'autre part, nullement évident que la liberté, ainsi reconnue, de modifier le régime de propriété, comporte une dérogation implicite aux autres règles du Traité. On peut, au contraire, faire valoir, que, dans l'exercice de cette liberté, les Etats doivent respecter les autres interdictions découlant du Traité et en particulier, dans le domaine qui nous intéresse ici spécifiquement, l'interdiction d'octroyer des aides, édictée par l'art. 92. On arrive ainsi à se poser la question centrale, qui est celle de savoir si les prises de participation publiques dans le capital d'entreprises sont des aides au sens de cette disposition. Disons tout de suite qu'une réponse générale à cette question est impossible: ainsi que le montrent les différents exemples évoqués ci-dessus, les modalités, les finalités et les effets de ces interventions peuvent différer profondément, ce qui exclut qu'elles puissent être incluses, sans distinction, dans le champ d'application de l'art. 92. Tout ce que l'on peut affirmer est que les prises de participation considérées *peuvent* constituer des aides: à ce stade de la réflexion il reste à déterminer dans quels cas ou, si l'on préfère, à quelles conditions, elles doivent être soumises aux contraintes qui découlent de l'art. 92 (notification préalable, suspension pendant un certain délai et, éventuellement, interdiction).

Dès 1972, la Commission a affronté ces questions et a proposé des solutions: l'occasion lui en fut donnée par l'examen d'une loi italienne portant intervention «en faveur de la restructuration et de la reconversion de certaines entreprises industrielles», ⁽¹²⁾ qui, afin de soutenir l'effort de restructuration de certaines entreprises, prévoyait, en même temps que des mesures d'aides traditionnelles (crédits préférentiels), des prises de participation temporaires dans les capital, par des organismes financiers publics. La Commission autorisa les premières, mais manifesta des réserves à l'égard des dernières: «La neutralité affirmée par le Traité (art. 222) à l'égard du régime de la propriété dans les États membres ne donne pas latitude à ces derniers, par la faculté qu'ils ont d'intervenir dans la propriété des moyens de production, de développer des

⁽¹¹⁾ Voy, par ex., les réponses du Conseil et de la Commission à une série de questions parlementaires sur les nationalisations décidées par le gouvernement français en 1981, in JOCE, C 62, du 15.3.1982, p. 3 suiv.

⁽¹²⁾ Voy. deuxième rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles-Luxembourg, 1973, p. 125.

actions qui, poursuivies par d'autres techniques d'intervention, seraient incompatibles avec les art. 92 et suivants». ⁽¹³⁾ Il fallait donc élaborer des critères pour distinguer les interventions compatibles avec le Traité de celles qui tomberaient sous le coup de l'art. 92. Il n'y a pas lieu, observait à cet égard la Commission «de se préoccuper de toutes les manifestations de ce qu'il est convenu d'appeler le capitalisme d'État. En effet, dans certains cas (création par l'État d'entreprises nouvelles, acquisition de participations non précaires dans les entreprises existantes ou à créer en association aux intérêts privés), l'État assure normalement le rôle d'entrepreneur ou d'investisseur de capitaux à risques. Même si son initiative reste généralement dictée par les impératifs qui dépassent les limites de la seule recherche du profit, cette caractéristique est inhérente à la propriété dont l'art. 222 admet l'existence avec sa vocation particulière et elle ne saurait, à elle seule, justifier la mise en jeu de dispositions du traité en matière d'aides. Il en est autrement lorsque l'État, par l'intermédiaire d'organismes financiers créés à son initiative et grâce à son apport financier, se borne à prendre dans le capital de certaines entreprises des participations qui, par leur nature particulière (par. ex.: durée, objet, conditions), indiquent clairement la volonté de l'État d'aider ces entreprises jusqu'au moment où elles auront surmonté une phase délicate de leur existence.» ⁽¹⁴⁾ On voit apparaître ainsi, pour la première fois, la notion du rôle d'entrepreneur ou d'investisseur de capital à risque, en tant que critère de distinction entre les participations-investissements et les participations-aides. On pouvait certes objecter qu'à défaut d'analyser en détail — de préférence dans le cadre de cas concrets — les circonstances d'une participation, il est impossible de prévoir comment un opérateur privé se serait comporté. Il n'existe pas, en effet, une notion claire du rôle de l'entrepreneur ou investisseur privé: les circonstances de chaque cas d'espèce peuvent provoquer des réactions qui, dans l'abstrait, sembleraient à exclure. On peut admettre, par ex., qu'un opérateur privé décide d'investir dans une entreprise, bien qu'elle connaisse de sérieuses difficultés financières, parce qu'il est convaincu qu'il réussira à l'assainir et à la relancer, avec succès, dans la compétition.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, p. 127.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*

3. Approfondissement de l'analyse par la Commission

La recherche de critères plus précis a été menée par la Commission lors de l'instruction (surtout dans la période 1982-1984) de plusieurs cas d'infraction présumée à l'art. 92: l'expérience acquise dans ces affaires s'est traduite, d'une part, dans plusieurs décisions d'interdiction, ⁽¹⁵⁾ d'autre part dans une synthèse, qui constitue une sorte de «code» applicable aux différentes formes de participation. ⁽¹⁶⁾ Enfin, et surtout, les recours introduits contre certaines décisions de la Commission ont permis à la Cour d'apporter des précisions sur plusieurs parmi les points qui étaient l'objet du débat. ⁽¹⁷⁾

Il ressort de l'analyse des décisions de la Commission que les cas examinés présentaient deux principales caractéristiques communes: les entreprises dans lesquelles la participation publique avait été prise se trouvaient — ou du moins s'étaient trouvées dans un passé récent — dans une situation financière plus ou moins difficile: ⁽¹⁸⁾ dans la plupart des cas les pertes s'étaient accumulées au fil des années, en provoquant même la faillite. ⁽¹⁹⁾ Les secteurs dans lesquels ces entreprises opéraient étaient, d'autre part, affectés, en majorité, par une situation de surcapacité qui rendait les aides dangereuses ou, du moins, inutiles ou peu opportunes. ⁽²⁰⁾ Dans ces conditions la Commission a cons-

⁽¹⁵⁾ Il s'agit de décisions suivantes: 10.3.1982, JOCE, L 138, du 19.5.1982, JOCE, L 277, du 29.9.1982, p. 15 (*Leeuwarder Papierwarenfabriek*); 22.7.1982, JOCE, L 280, du 2.10.1982, p. 30 (*Intermills*); 16.2.1983, JOCE, L 91, du 9.4.1983, p. 32; 30.11.1983, JOCE, L 62, du 3.3.1984, p. 18; 17.4.1984, JOCE, L 276, du 19.10.1984, p. 34 (*Meura*); 24.10.1984, JOCE, L 59, du 27.2.1985 p. 21 (*Boch II*).

⁽¹⁶⁾ Participation des autorités publiques dans les capitaux des entreprises, *Bulletin des Communautés Européennes*, n.º 9, 1984, p. 8 suiv.

⁽¹⁷⁾ Les arrêtes dont sera question ci-après sont les suivants: 14/11/1984, dans l'affaire 323/82 (*Intermills*), *Recueil*, 1984, p. 3809; 13/3/1985, dans les affaires jointes 296 et 318/82 (*Leeuwarder Papierwarenfabriek*), *Recueil* 1985, p. 809 suiv.; 10.7.1986, dans l'affaire 234/84 (*Meura*), non publié; 10.7.1986, dans l'affaire 40/85 (*Boch II*), non publié.

⁽¹⁸⁾ Six des sept décisions de la Commission (voy. note 17, ci-dessus) font état de pertes plus ou moins graves, et pendant des périodes plus ou moins longues (l'exception est le cas des papeteries de Leeuwarden).

⁽¹⁹⁾ Voy. les décisions des 10.3.1982, 30.11.1983 et 17.4.1984 (voy. note 17, ci-dessus).

⁽²⁰⁾ Cette constatation se retrouve dans toutes les décisions précitées sauf une (*Intermills*).

taté que les prises de participations constituaient des aides incompatibles avec le marché commun, au sens de l'art. 92 par. 1 et en a exigé la suppression. Dans trois cas, la Commission a estimé que la prise de participation équivalait à une aide de sauvetage; ⁽²¹⁾ dans les autres, où la situation financière était également très mauvaise, elle a estimé «qu'il était peu vraisemblable que l'entreprise puisse obtenir les sommes indispensables à sa survie sur les marchés de capitaux privés». ⁽²²⁾ La Commission reprenait ainsi le critère, évoque — nous l'avons vu — dès ses premières analyses, de la comparaison avec le comportement présumé que tiendrait, dans des circonstances analogues, un opérateur financier privé. A l'appui de sa thèse la Commission pouvait cependant invoquer, cette fois-ci, les chiffres relatifs aux pertes encourues, dans la majorité des cas, par les entreprises en question.

L'importance du débat et la multiplication des interventions du genre considéré ont amené la Commission à analyser, de façon systématique, les différents aspects du sujet. Il en est résulté un document, qui a été transmis aux Etats membres, dans lequel la Commission indique sa position générale, précise dans quels cas on est, à son avis, en présence d'une aide et dans quels autres cas l'action de l'État sera, en revanche, considérée comme une pratique «normale» d'investissement; la Commission y précise, enfin, quelles sont, eu égard à la notification préalable des nouvelles aides exigée par l'art. 93 par. 3, les obligations de caractère procédural qui incombent aux États. ⁽²³⁾ Une analyse détaillée de ce document dépasserait les limites du présent article: nous prions donc le lecteur qui souhaiterait approfondir l'étude de s'y référer. Limitons-nous à souligner quel en est la *Leitmotiv*: on est en présence d'aides d'État — estime la Commission — «quand il y a apport de capital neuf dans des entreprises si cet apport est réalisé dans des circonstances *qui ne seraient pas acceptables pour un investisseur privé opérant dans les conditions normales d'une économie de marché*». ⁽²⁴⁾ La comparaison avec le comportement (présumé) d'un

⁽²¹⁾ Voy. les décisions des 10.3.1982, 22.7.1982 (*Intermills*) et 30.11.1983.

⁽²²⁾ Cette appréciation revient dans la plupart des décisions; voy., par ex., le 9^{ème} considérant de la décision *Meura*.

⁽²³⁾ Voy. note 16 de ci-dessus.

⁽²⁴⁾ Participation des autorités etc., *précité*, par. 3.3. Texte souligné par nous.

investisseur privé est ainsi érigée en critère général. La Commission n'essaye pas de donner une définition générale (probablement impossible, et en tous cas peu utile) desdites conditions, mais dresse une liste — sans doute non limitative, mais qui couvre de nombreuses situations pouvant revêtir en pratique une importance considérable — des cas où il faut à son avis estimer que ces conditions sont remplis. Deux situations nous semblent revêtir un intérêt particulier, à la lumière de la jurisprudence qui a été brièvement résumée ci-dessus: *a)* celle où la situation financière de l'entreprise ne permet pas, en raison, notamment, de l'importance de son endettement, d'escompter un rendement normal des capitaux investis dans un délai raisonnable; ⁽²⁵⁾ *b)* celle où l'insuffisance de la marge brute d'autofinancement (*cash flow*) ne permet pas à l'entreprise de se procurer sur le marché des capitaux les moyens financiers dont elle aurait besoin pour réaliser un programme d'investissements. ⁽²⁶⁾ Dans ces cas, et dans d'autres qu'il serait trop long d'énumérer, ⁽²⁷⁾ l'applicabilité de l'art. 92 est considérée comme acquise. La Commission admet, par ailleurs, qu'il n'est pas toujours possible d'avoir *a priori* la certitude que les conditions pour l'applicabilité — ou, au contraire, pour la non applicabilité de l'art. 92 sont remplies. Il ne reste, alors, qu'à effectuer un examen *ex post*. Dans deux cas, cependant, il y a, de l'avis de la Commission, *une présomption d'aide*: *a)* lorsque la prise de participation s'accompagne de mesures d'aides «classiques», dont l'obligation de notification ne saurait faire de doute; ⁽²⁸⁾ *b)* lorsque les entreprises dans lesquelles une participation est réalisée opèrent dans un secteur confronté à des difficultés particulières (par ex. surcapacité). ⁽²⁹⁾

En conclusion, le principal dénominateur commun aux différents arguments de la Commission est la constatation d'une situation financière négative dans le chef de l'entreprise, qui rend peu vraisemblable un financement privé, et qui confère donc à la prise de participation publique le caractère d'une aide

⁽²⁵⁾ Cette hypothèse est illustrée par les trois cas cités dans la note 19 ci-dessus.

⁽²⁶⁾ Voy., par ex., le 11ème considérant de la décision *Meura*.

⁽²⁷⁾ Voy. le par. 3.3 du texte en question.

⁽²⁸⁾ C'était, notamment, le cas dans l'affaire *intermills*.

⁽²⁹⁾ Voy. note 20 ci-dessus.

et non pas d'un apport en capital à risque selon la pratique normale des sociétés en économie de marché». (30).

4. La jurisprudence de la Cour de Justice: trois étapes

La question de l'applicabilité de l'art. 92 aux prises de participation par l'État a été posée à la Cour pour la première fois, dans l'affaire *Intermills*. (31) Cette entreprise du secteur papetier avait obtenu du Gouvernement belge (en 1980) des aides sous forme de prêts bonifiés à condition de réaliser une restructuration: il s'agissait, pour l'essentiel, de réduire la production de papier de masse et de renforcer la production de papiers spéciaux. L'exécutif de la région wallonne avait, d'autre part, pris une participation de 2,35 milliards de francs belges dans le capital de l'entreprise. Dans sa décision, la Commission, après avoir souligné la situation financière très difficile dans laquelle versait l'entreprise, donnait une appréciation différente des deux interventions: les prêts, qui étaient liés à un plan de restructuration répondant aux critères de l'art. 92 par. 3, lit. c), étaient déclarés comme compatibles avec le marché commun; la prise de participation, pour laquelle un lien direct avec la restructuration n'existait pas, était par contre considérée comme «une aide de sauvetage destinée à permettre à l'entreprise de faire face à ses engagements financiers» et, par conséquent, incompatible avec l'art. 92. (32)

Le débat qui s'est déroulé devant la Cour — suite au recours introduit par la société *Intermills* et appuyé par trois sociétés qui avaient été créées par les autorités belges dans le cadre de la restructuration du secteur papetier n'a touché que partiellement la question centrale de la qualification d'une participation au capital comme aide. La requérente et les trois sociétés intervenantes ont essentiellement fait valoir deux arguments à l'encontre de la décision de la Commission: le premier était que tant les prêts que la prise de participa-

(30) Décision *Meura*, précitée, considérant 10.

(31) Voy. note 17 ci-dessus.

(32) Considérant 26 de la décision *intermills*, précitée.

tion étaient destinés sans distinction à la totalité des opérations de restructuration; le second était qu'en interdisant la participation — grâce à laquelle trois nouvelles sociétés avaient été créées — la Commission empêcherait une opération que l'art. 222 expressément permet. Dans ses conclusions, l'avocat général, M. VerLoren van Themaat, avait suggéré à la Cour de rejeter les deux arguments. Sur le premier point, qui soulevait une question de pur fait, il était parvenu, sans hésitation, à la conclusion — basée sur les observations présentées par la région Wallonne, que les dettes et les pertes du groupe n'avaient pu être financées que par la prise de participation dans le capital. ⁽³³⁾ Quant au deuxième point, M. VerLoren van Themaat parvenait à la conclusion brièvement évoquée dans le paragraphe 2 ci-dessus: l'art. 222 ne saurait justifier «n'importe quel usage» du droit de propriété. ⁽³⁴⁾ Mais il avait poussé plus loin son analyse, en attaquant de front la question centrale, susmentionnée, et dont il ne semble pas qu'elle ait été soulevée par la requérante ou par les intervenantes. Sur ce point, il avait exprimé un avis tout-à-fait conforme à la décision de la Commission: la prise de participation dans le capital d'une entreprise en difficulté, dont il était, de surcroît, démontré qu'elle avait servi à couvrir les pertes, était certainement une aide incompatible avec l'art. 92. ⁽³⁵⁾

La décision de la Commission a été annulée par la Cour pour des raisons étrangères à la qualification de la participation comme aide. La Cour, qui n'a pas tenu compte — sur ce point — de l'analyse documentée effectuée par l'avocat général, a estimé — d'une part — que la Commission n'avait pas dûment expliqué pourquoi l'appréciation de la restructuration appelait une distinction, aussi tranchée que la Commission l'avait fait, entre l'effet des prêts et l'effet de la participation. ⁽³⁶⁾ On peut certes critiquer, sur ce point, la décision et la Commission, qui n'a pas démontré pourquoi la prise de participation n'était pas liée au programme de restructuration; mais la conclusion de la Cour ne nous semble pas, pour autant, très convaincante: il ne s'agissait pas, en effet, de déterminer *les effets* des deux formes d'aide, mais plutôt leurs liens avec les mesures

⁽³³⁾ *Recueil* 1984, précité (*supra*, note 17), p. 3839-3840.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 3842.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*

⁽³⁶⁾ Arrêt *Intermills*, précité, n. 35 (*Recueil*, 1984, précité, p. 3831).

de restructuration. La question de la restructuration joue un rôle également dans le deuxième argument invoqué par la Cour pour annuler la décision: la Cour critique la décision parce qu'elle n'a pas démontré, de façon satisfaisante, que le sauvetage de l'entreprise affecterait les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun (comme il est à l'art. 92 par. 3, lit. c), bien qu'un plan de restructuration ait été au point: «En l'occurrence — précise la Cour — il n'a pas été démontré pourquoi l'action de la requérante sur le marché, à la suite de la réorientation de sa production grâce à l'octroi de l'aide, était de nature à altérer les conditions des échanges à tel point que la disparition de l'entreprise aurait été préférable à son assainissement». ⁽³⁷⁾ L'existence d'un plan de restructuration valable (c. à. d. conforme aux critères résultant de l'art. 92 par. 3) peut donc constituer une justification valable même en présence d'une aide sans laquelle l'entreprise serait obligée de disparaître. La question de savoir si les participations dans le capital constituent des aides a été seulement effleurée par la Cour qui, de la disposition de l'art. 92, qui vise les aides «sous quelque forme que ce soit», tire la conclusion «qu'une distinction de principe ne saurait être établie selon qu'une aide est accordée sous forme de prêts ou sous forme de participation au capital d'entreprises». ⁽³⁸⁾ L'affirmation que toute prise de participation constitue une aide au sens de l'art. 92 «lorsque les conditions énoncées par cette disposition sont remplies», ⁽³⁹⁾ équivaut simplement à affirmer qu'une intervention du genre considéré peut tomber sous le coup de l'art. 92 par. 1 (et peut alors, le cas échéant, bénéficier des possibilités de dérogations prévues par la par. 3). Il ne serait évidemment pas logique de prétendre que toute participation réponde aux conditions prévues par cet article du Traité, ce que la Cour a, du reste, expressément exclu. ⁽⁴⁰⁾ Après l'arrêt *Intermills* il restait donc à déterminer dans quels cas, ou à quelles conditions, l'art. 92 par. 1 est applicable.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, n. 39 (p. 3832).

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, n. 31 (p. 3830).

⁽³⁹⁾ *Ibid.*

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, n. 32: «Ainsi que la Commission l'a reconnu elle-même — précise la Cour — l'octroi d'aides, spécialement sous forme de prise de participation... ne saurait être considérée comme étant automatiquement contraire aux dispositions du Traité. Quelle que soit donc la forme sous laquelle des aides sont accordées, que ce soit sous forme de prêts ou sous forme de participations, il appartient à la Commission d'examiner si de telles aides se trouvent en conflit avec l'art. 92 al. 1 et, dans l'affirmative, d'apprécier si elles peuvent éventuellement être exceptées en vertu de l'alinéa 3 du même article».

L'affaire *Leeuwarder Papierwarenfabriek* ⁽⁴¹⁾ — décidée par la Commission le même jour que l'affaire *Intermills* et, par la Cour, par un arrêt postérieur de quelques mois à l'arrêt *Intermills* — marque un pas en avant vers la solution du problème. Bien que la situation financière des papeteries de Leeuwarden était — si l'on en juge par les éléments contenus dans la décision et dans l'arrêt — moins difficile que celle de la société *Intermills*, la Commission avait décidé que la prise de participation effectuée par la Gouvernement néerlandais (par l'intermédiaire d'un *holding* public à vocation régional) constituait néanmoins une aide incompatible avec le marché commun: en effet, «la structure financière de l'entreprise, qui avait un besoin urgent de procéder à des investissements de remplacement, et la surcapacité dans le secteur de la transformation du carton constituaient des handicaps tels qu'ils rendaient peu vraisemblable que l'entreprise puisse obtenir les sommes indispensables à sa survie sur les marchés privés de capitaux». ⁽⁴²⁾ La Commission parvenait donc, en substance, aux mêmes conclusions que dans l'affaire *Intermills*. La principale différence — en ce qui concerne les arguments développés devant la Cour — était que dans la présente affaire, les requérantes avaient contesté que la participation puisse être qualifiée d'aide d'Etat: elles faisaient que la Commission n'avait pas apporté d'éléments suffisants pour démontrer que l'entreprise était en difficulté. Les requérantes semblaient ainsi admettre, du moins implicitement, qu'une prise de participation dans une entreprise connaissant de sérieuses difficultés (ce qui était la thèse de la Commission dans le cas d'espèce) peut (ou doit) être considérée aide. Nous pouvons négliger ce point, qui n'est pas exposé de façon très claire dans l'arrêt; ce qu'il nous importe de souligner est l'argumentation par laquelle la Cour a rejeté ce moyen de recours: «pour ce qui est du cas d'espèce, le caractère d'aide de la participation litigieuse a été déterminé par l'absence de possibilités de financement sur le marché privé des capitaux, sur la base de trois éléments, à savoir le structure financière de l'entreprise, son besoin urgent d'investissements de remplacement et la surcapacité dans le secteur de la transformation du carton, facteurs qui, de l'avis de la Commission rendaient peu vraisemblable que l'entreprise puisse obtenir les sommes indispensables à sa survie sur les marchés privés des capitaux... Cette motivation satisfait aux exigences

⁽⁴¹⁾ Voy. note 17 ci-dessus.

⁽⁴²⁾ Considérant 9 de la décision *Leeuwarder Papierwarenfabriek*, précitée.

de l'art. 190 du Traité en ce qu'elle permet à la Cour d'exercer son contrôle et aux intéressés de faire connaître utilement leur point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués». ⁽⁴³⁾ La Cour acceptait ainsi, pour la première fois, la validité de certains critères visant à déterminer le caractère d'aide d'une participation donnée, en se montrant favorable à la thèse de fond de la Commission, basée, comme nous l'avons vu, sur la comparaison avec le comportement d'un opérateur privé.

L'indication fournie par la Cour gardait, néanmoins, une portée théorique, étant donné que la décision de la Commission fut annulée, comme dans l'affaire *Intermills*, pour insuffisance de motivation sur des aspects autres que la qualification de la prise de participation comme aide. Nous ne nous arrêtons pas sur ce point, sauf pour souligner l'importance que la Cour semble attribuer — dans ce cas comme dans la précédent — à la restructuration, en tant que facteur susceptible de justifier une appréciation favorable d'une intervention financière publique, même au cas où l'intreprise en question est en difficulté. ⁽⁴⁴⁾

L'orientation de la Cour, que nous venons d'évoquer, a été confirmée par deux arrêts, rendus le 10 juillet 1986, relatifs aux recours introduits contre deux décisions de la Commission de 1984. ⁽⁴⁵⁾ Le Gouvernement belge était intervenu par d'importantes participations dans le capital de deux entreprises, qui versaient depuis longtemps dans une situation financière très difficile. ⁽⁴⁶⁾ En attaquant les décisions de la Commission, le Gouvernement belge avait fait valoir — tant au cours de la procédure administrative, devant la Commission, que devant la Cour — que l'interdiction des participations aurait placé les autorités belges dans une situation discriminatoire par rapport à un actionnaire privé: «il serait normal et légitime qu'un actionnaire soutienne, par un apport en capital supplémentaire, une entreprise qu'il contrôle et qui connaît des difficultés passagères, et cela notamment lorsque cet apport fait partir d'un plan deestruc-

⁽⁴³⁾ Arrêt *Leeuwarder Papierwarenfabriek*, précité, p. 824.

⁽⁴⁴⁾ *id.*, p. 825.

⁽⁴⁵⁾ Il s'agit des décisions *Meura* et *Boch II* (voy. *supra*, note 15) et des deux arrêt relatifs à ces mêmes décisions (voy. *supra*, note 17).

⁽⁴⁶⁾ Voy. le 11ème considérant de la décision *Meura* et le 9ème considérant de la décision *Boch II*.

turation prévoyant, comme en l'occurrence, une réorientation des activités de l'entreprise vers d'autres secteurs».⁽⁴⁷⁾

La question cruciale était posée clairement, pour la première fois, à la Cour de Justice: peut-on interdire à l'actionnaire *public* — et dans l'affirmative dans quelles circonstances — de soutenir par ses moyens financiers l'entreprise dont il s'agit, sans provoquer une discrimination par rapport aux actionnaires *privés*, qui interviendraient, dans des conditions comparables, à l'égard de leurs entreprises? Une telle différence de traitement n'est-elle pas contraire au principe fondamental de la parité de traitement, dans le cadre du Traité CEE, entre le secteur public et le secteur privé de l'économie? L'argument du Gouvernement belge était renforcé par la référence à la restructuration en cours, dont nous avons déjà montré que la Cour tenu compte dans les deux affaires analysées précédemment.

La réponse de la Cour — presque identique dans les deux arrêts — confirme la validité des critères, jusqu'ici élaborés par la Commission, pour déterminer si une participation du genre considéré présente le caractère d'une aide étatique. Il est pertinent à cette fin — a décidé la Cour — «d'appliquer le critère indiqué dans la décision de la Commission, et ailleurs non contesté par le Gouvernement belge, qui est basé sur les possibilités pour l'entreprise d'obtenir les sommes en cause les marchés privés des capitaux. Dans le cas d'une entreprise dont le capital social est détenu par les autorités publiques, il convient d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un associé privé, se basant sur les possibilités de rentabilité prévisibles abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle, aurait procédé à un tel apport en capital». ⁽⁴⁸⁾ La comparaison avec le comportement présumé d'un investisseur privé, dont nous avons à maintes reprises indiqué qu'elle constitue le noyau dur de la thèse de la Commission, a ainsi reçu le soutien de la Cour. Un point mériterait cependant d'être éclairci: la Cour semble limiter la validité de cette comparaison au cas où le capital de l'entreprise serait détenu par les pouvoirs publics: nous ne croyons pas que le raisonnement devrait être différent dans le cas, qui peut se présenter en pratique, où le capital est, en partie

⁽⁴⁷⁾ Arrêt *Meura*, précité, n. 9 (p. 6-7 du texte prov.). L'arrêt *Bosch II* est presque identique.

⁽⁴⁸⁾ Arrêt *Meura*, précité, n. 14 (p. 8-9). L'arrêt *Bosh II* est presque identique (voy. n. 13, p. 8).

ou en totalité, dans les mains d'actionnaires privés, mais où l'Etat décide néanmoins (par ex. eu égard aux difficultés que l'entreprise connaît) d'intervenir par une prise de participation.

A quelles conclusion conduit la comparaison? L'argumentation du Gouvernement belge présentait une faiblesse que la Cour n'a pas manqué de souligner, à savoir l'affirmation que les difficultés des entreprises considérées étaient passagères (et que l'on aurait pu y remédier par une restructuration) Si tel était réellement le cas — observe la Cour — on pourrait aisément admettre qu'un associé privé apporterait, dans des circonstances comparables, le capital nécessaire pour assurer la survie — et le retour à la rentabilité — de l'entreprise: «Toutefois, en l'espèce, il s'agit d'une entreprise qui, au moment de l'apport, accusait depuis plusieurs années des pertes importantes par rapport à son chiffre d'affaires, dont la survie avait déjà exigé, à plusieurs reprises, que les autorités publiques reconstituent le capital social complètement puisé, et dont les produits devaient être écoulés sur un marché caractérisé par une surcapacité». (49) Quant au plan de restructuration la Cour constate, dans un cas, que son contenu n'a jamais été communiqué à la Commission, (50) et, dans l'autre, qu'il avait déjà échoué au moment de l'apport en capital, objet du litige. (51) La Cour conclut donc, dans les deux cas, que la Commission avait à juste titre estimé qu'il était «peu vraisemblable que l'entreprise puisse obtenir les sommes indispensables à sa survie sur les marchés privés des capitaux et que, de ce fait, elle a considéré l'apport en capital supplémentaire de la part de la S. R. I. W. comme une aide étatique».

5. Conclusions

La jurisprudence de la Cour, qui se base, dans une large mesure, sur les thèses proposées par la Commission, nous donne une clef pour l'appréciation,

(49) Arrêt *Meura*, précité, n. 15 (p. 9). Le point correspondant de l'arrêt *Boch II* est au n. 13 (p. 8).

(50) Arrêt *Meura*, précité, n. 16 (p. 9).

(51) Arrêt *Boch II*, précité, n. 16 (p. 9).

(52) Arrêt *Meura*, précité, n. 17 (p. 10). La *Société régionale d'investissement de Wallonie* (S. R. I. W.) est l'institution financière publique moyennant laquelle la prise de participation avait été effectuée. Le point correspondant de l'arrêt *Boch II* est au n. 17 (p. 9).

sous l'angle des règles du Traité — art. 222 et, surtout art. 92 — des participation des pouvoirs publics dans le capital d'entreprises: si une entreprise connaît, *depuis longtemps*, des difficultés financières sérieuses, en particulier des *perdes importantes* par rapport à son chiffre d'affaires, tandis que, par ailleurs, le *secteur* où elle opère est caractérisé par une *surcapacité*, une prise de participation des pouvoirs publics dans son capital devra être considérée comme une aide au sens de l'art. 92 par. 1. Il est en effet à exclure — ou il est, du moins, peu vraisemblable — que, dans des circonstances analogues, un opérateur privé prendrait le risque d'investir ses moyens financiers. cette constatation ne comporte pas nécessairement l'interdiction de la mesure considérée, si, en même temps, un plan de restructuration a été mis en oeuvre, qui permet de faire prévoir l'assainissement de l'entreprise et son retour à la rentabilité, la voie est ouverte pour l'application d'une des dérogations admises par l'art. 92 par. 3 (à supposer, bien entendu, que les conditions posées par cette disposition soient remplies).

Toutes les questions que se posent en la matière n'ont pas, pour autant, été éclaircies. Il n'est pas clair, en premier lieu, quelle durée doivent avoir eu les difficultés, pour qu'on puisse exclure qu'elles soient seulement passagères et, s'agissant des pertes, quelle doit en être l'importance. Nous ne savons pas, en deuxième lieu, si les difficultés du secteur (et notamment la surcapacité) constituent une condition indispensable pour la qualification de la mesure comme aide. Des doutes subsistent, en outre, quant au rôle de la restructuration: peut-on admettre l'applicabilité d'une des dérogations prévues par l'art. 92 par 3, quel que soit l'effort financier réalisé par l'Etat grâce à la prise de participation (pourvu que le résultat soit l'assainissement de l'entreprise)? Le débat dont nous avons esquissé les grandes lignes ne concerne, enfin, que *les entreprises en difficulté*: il s'agit, certes, de l'aspect le plus délicat et, souvent, les plus urgent que les pouvoirs publics doivent résoudre. Mais de aides, y compris sous forme de prise de participation dans le capital, sont possibles également à l'égard d'entreprises saines: elles n'ont pas, dans ces cas, pour but, le sauvetage de l'entreprise, mais son renforcement. ⁽⁵³⁾ Doit-on déduire des argumentations de la Commission et de la Cour, que nous avons examinées dans les pages qui précè-

⁽⁵³⁾ Une partie non négligeable de la jurisprudence de la Commission, qui l'a amenée à développer la thèse de la «nécessité des aides» (énoncée pour la première fois dans l'affaire *Philip Morris*), se dirige, justement, contre les aides de ce type.

dent, qu'il suffit que l'entreprise soit dans une bonne situation financière pour exclure (en invoquant la comparaison avec le comportement de l'investisseur privé potentiel) qu'il y ait aide?

D'autres développements, d'autres réflexions et, espérons-le, d'autres arrêts de la Cour apporteront sans doute des réponses à ces questions. Toujours est-il qu'un pas décisif a été accompli vers la clarification, en droit communautaire, d'une des plus importantes formes d'intervention de l'Etat dans l'économie.

LUIS MIGUEL PAIS ANTUNES *

**A APLICAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO
ÀS RELAÇÕES ENTRE OS ESTADOS MEMBROS E AS
SUAS EMPRESAS PÚBLICAS**

— o artigo 90.º do Tratado CEE —

* Membro do Serviço Jurídico da Comissão das Comunidades Europeias. Advogado. As afirmações produzidas no presente artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.



A existência de sectores públicos nacionais, por diferentes que sejam as formas que revestem, constitui o reflexo de decisões políticas nacionais que visam conceder a primazia ao interesse geral tal como este é apreendido nos respectivos países. O interesse geral comunitário, consubstanciado nos grandes objectivos enunciados nos Tratados que instituíram as Comunidades Europeias — e que poderemos resumir como sendo a procura de uma maior unidade económica e política, no progresso e na justiça social — não coincide, necessariamente, com os diferentes interesses gerais nacionais.

Nada mais natural, pois, que os autores do Tratado CEE, conscientes dessa possibilidade real de conflito, tenham previsto os mecanismos necessários para articular a coexistência do interesse geral comunitário com certas opções políticas nacionais, passadas, presentes ou futuras, dos Estados membros.

De entre as disposições que, directa ou indirectamente visam estabelecer as regras desse relacionamento, o artigo 90.º do Tratado CEE (1)

(1) Artigo 90.º

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 7.º e 85.º a 94.º, inclusive.
2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.
3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.”

assume particular relevo. Fonte de abundante doutrina jurídica e origem de profundas controvérsias no que diz respeito à sua interpretação, o artigo 90.º constitui ainda hoje — quanto mais não fosse pela importância política e económica dos sectores públicos nacionais — tema da maior actualidade. Acresce que só nos anos mais recentes a Comissão das Comunidades Europeias iniciou a adopção das directivas ou decisões a dirigir aos Estados membros previstas no n.º 3 do artigo 90.º e que constituem os instrumentos que o Tratado lhe atribui para o exercício do seu dever de vigilância sobre as relações entre os Estados membros e as suas empresas públicas (²).

O artigo 90.º não pode deixar de ser lido em consonância com o disposto no artigo 222.º que reserva de forma expressa o poder dos Estados membros de definir o regime de propriedade nos respectivos países. O Estado membro é, assim, livre de definir as suas opções em matéria de organização económica e de estabelecer as características, a dimensão e a composição do seu próprio sector público. O objectivo do artigo 90.º é o de assegurar que o uso desta liberdade de que dispõem os Estados membros não constitua obstáculo à correcta aplicação das regras do Tratado e ao bom funcionamento do mercado comum. Concretizando melhor, diríamos que o artigo 90.º visa assegurar a reciprocidade entre os Estados membros nas possibilidades de interpenetração económica conformes ao disposto no Tratado, realizando assim a articulação entre o interesse geral comunitário e os legítimos poderes de que usufruem os Estados membros.

O lugar do artigo 90.º no Tratado — Capítulo das regras de concorrência, secção 1, “As regras aplicáveis às empresas” — não exclui a sua aplicabilidade noutros domínios do Tratado. O próprio texto do seu n.º 1

O Tratado CECA não contém nenhuma regra semelhante à do artigo 90.º do Tratado CEE. Contudo, a definição de “empresa” constante do artigo 80.º do Tratado CECA é uma definição geral que abrange indistintamente as empresas privadas e as empresas públicas. Um certo paralelismo com o artigo 90.º do Tratado CEE poderá ser encontrado no artigo 63.º n.º 1 do Tratado CECA, relativo às discriminações exercidas por organismos dependentes dos poderes públicos, e que permite à Alta Autoridade dirigir “aos governos interessados as recomendações necessárias”. No que diz respeito ao Tratado Euratom ver principalmente os artigos 97.º, 192.º e 196.º alínea b).

(²) São equiparadas às empresas públicas, para efeito da aplicação do artigo 90.º, as empresas a que os Estados membros concedem direitos especiais ou exclusivos. Sobre a noção de “empresa” visada pelo artigo 90.º n.º 1 ver infra p. 249 e ss.

refere expressamente a proibição de tomar ou manter “qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 7.º e 85.º a 94.º, inclusive.”

A razão de ser da sua colocação em tal Capítulo encontrar-se-á presumivelmente no facto de os autores do Tratado terem querido manifestar claramente, por um lado, que tais empresas se encontram igualmente — sob reserva da excepção prevista no n.º 2 — sujeitas às regras de concorrência, por outro lado, que os Estados membros, pelo especial poder de influência que exercem sobre essas empresas, têm uma “responsabilidade particular” pelo seu comportamento ⁽³⁾.

Esses laços especiais entre os Estados e as empresas públicas justificam de igual modo a assimilação que o artigo 90.º n.º 1 faz às empresas públicas das empresas às quais os Estados membros concedem direitos especiais ou exclusivos. Com efeito, as regras do Tratado poderiam ser facilmente iludidas se o estatuto ou qualificação jurídica da empresa pelo direito nacional constituísse o critério determinante para a aplicação do direito comunitário.

1. A noção de empresa pública e de empresa à qual o Estado membro concede direitos especiais ou exclusivos.

1.1. O texto do artigo 90.º não nos fornece qualquer definição de empresa pública ou de empresa à qual o Estado concede direitos especiais ou exclusivos. Uma tal noção deve, no entanto, ser procurada no domínio de aplicação do Tratado e ser conforme aos objectivos do mesmo Tratado. É assim, como vimos, de excluir toda e qualquer definição com base nas respectivas ordens jurídicas nacionais dos Estados membros, sob pena de a aplicação do artigo 90.º diferir de Estado membro para Estado membro

⁽³⁾ Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), acórdão de 6 de Julho de 1982, proc. 188-190/80, FRANÇA, ITÁLIA e REINO UNIDO c/ COMISSÃO, Colectânea de Jurisprudência 1982, p. 2545, considerando 12.

em função do conteúdo da noção e da forma jurídica que cada um deles atribui às suas próprias empresas públicas.

Para efeitos da presente definição a realidade económica deverá prevalecer sobre a realidade jurídica. A noção de empresa corresponderá assim sobretudo a uma noção de facto que não tem necessariamente que coincidir com a noção de direito. Foi nesse sentido que em recente acórdão de 16 de Junho de 1987 ⁽⁴⁾ o Tribunal de Justiça teve a oportunidade de afirmar que “a existência ou não de uma personalidade jurídica distinta da do Estado, atribuída pelo direito nacional, não é pertinente para decidir se um organismo pode ser considerado com uma empresa pública para efeitos da directiva” ⁽⁵⁾.

Tratava-se no caso em análise da questão de saber se a “Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato” (AAMS) — organismo de Estado que participa na actividade económica no sector dos tabacos manufacturados, desprovido de personalidade jurídica distinta da do Estado — deveria ser considerada como empresa pública para efeitos da aplicação da referida directiva. Nos termos do artigo 2.º da directiva — que, saliente-se, constitui o primeiro acto adoptado pela Comissão no exercício do dever de vigilância que lhe atribui o n.º 3 do artigo 90.º — entende-se por “poderes públicos: o Estado, bem como outras pessoas colectivas de tipo territorial” e por “empresa pública; qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinem.”

⁽⁴⁾ TJCE, acórdão de 16 de Junho de 1987, proc. 118/85, “COMISSÃO/ITÁLIA”, ainda não publicado.

⁽⁵⁾ Tradução da responsabilidade do autor (TA). Trata-se da directiva da Comissão de 25 de Junho de 1980 relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados membros e as empresas públicas (80/723/CEE), adoptada com base no artigo 90.º n.º 3 do Tratado CEE, Jornal Oficial das Comunidades Europeias (JO), Edição especial 08, fascículo 02, p. 75 (JO n.º L 195 de 29.07.80, p. 35), alterada pela Directiva de 24 de Julho de 1985 (85/413/CEE), JO EE 08, fasc. 3, p. 7 (JO n.º L 229 de 28.08.85, p. 20). Para uma análise da directiva ver, nomeadamente, M. BROTHWOOD, “The Commission Directive on transparency of financial relations between member States and Public Undertakings”, *Common Market Law Review*, 1981, pp. 201-217, e A. R. LEITÃO, “Les entreprises publiques de la CEE doivent-elles être soumises à une surveillance particulière?” in *Estudos em Homenagem ao Prof. António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1985, p. 891-941.

O poder de que o Estado dispõe para influenciar o comportamento da empresa constitui, assim, o elemento fundamental da noção de empresa visada pelo artigo 90.º n.º 1.

O Tribunal, ao colocar a tónica no “exercício de actividades económicas de carácter industrial ou comercial consistindo na oferta de bens e de serviços no mercado” e ao afastar expressamente o critério da personalidade jurídica distinta, consagrou uma interpretação funcional da noção de empresa pública.

1.2. O artigo 90.º visa, além das empresas públicas, igualmente as empresas às quais os Estados membros concedem direitos especiais ou direitos exclusivos. O interesse desta distinção — tendo em conta o conceito extremamente amplo da noção de empresa pública — é sobretudo o de permitir abranger também as empresas privadas sobre cujo comportamento os Estados podem exercer uma influência, directa ou indirecta, como contrapartida da concessão dos referidos direitos.

Definido o critério fundamental que permite identificar as empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos visadas pelo artigo 90.º n.º 1 — a situação de dependência dessas empresas em relação aos poderes públicos — uma atenção particular deverá contudo ser prestada à noção de direitos especiais para efeitos da aplicação do artigo 90.º (6).

A existência de um acto da autoridade pública (lei, decreto-lei, portaria, contrato de direito público, etc.) conferindo a uma ou várias empresas *determinadas* o exercício de certos direitos constitui condição fundamental para que tais direitos sejam considerados como especiais. A noção de direitos especiais deverá, pois, abranger o conjunto de direitos concedidos pelos poderes públicos a uma ou determinadas empresas, com exclusão de outras igualmente qualificadas ou de todas as empresas em geral.

Diferente será a situação quando, por considerações de ordem política ou técnica, os poderes públicos pretendam subordinar o exercício de determinados direitos ao respeito de certos critérios definidos objectiva-

(6) A noção de direitos exclusivos para efeitos da identificação da empresa visada pelo n.º 1 do artigo 90.º não suscita problemas particulares. Saliente-se apenas que a existência de uma situação de dependência em relação aos poderes públicos é essencial, Cfr. P.-A. FRANCK, “Les entreprises visées aux articles 90 et 37 du traité CEE” in “L’entreprise publique et la concurrence”, Semaine de Bruges, 1968 De Tempel, Bruges, 1969, p. 37.

mente Todas as empresas sem qualquer tipo de limitação qualitativa podem beneficiar desse direito desde que preencham as condições legalmente estabelecidas (7).

Tal será também o caso, segundo TEMPLE LANG, no que diz respeito à concessão de direitos de propriedade industrial ou comercial (8). Os direitos de propriedade industrial ou comercial são automaticamente concedidos, nos termos da legislação aplicável, a um número não limitado de empresas que preencham certos critérios objectivos. PAPPALARDO invoca como argumento neste mesmo sentido a ausência de uma qualquer relação particular "intuitu personae" (9), relação essa que constitui elemento fundamental da noção de direito especial.

A questão, no entanto, merece a nosso ver ser precisada. Uma tal solução não deverá ser acolhida se a categoria das empresas que podem beneficiar de tais direitos é limitada e é composta exclusivamente por empresas que, independentemente de critérios gerais previamente formulados, fazem parte de uma lista previamente definida pelos próprios poderes públicos.

2. A noção de "medida contrária ao disposto no presente Tratado"

2.1. A maioria da doutrina considera que o n.º 1 do artigo 90.º mais não é do que uma aplicação particular do princípio geral estabelecido pelo segundo parágrafo do artigo 5.º do Tratado CEE que impõe aos Estados membros a abstenção de "tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado". O Tribunal de Justiça parece com efeito ter consagrado esta interpretação no seu acórdão no processo "INNO/ATAB" ao afirmar que "o artigo 90.º não constitui

(7) Ver neste sentido as decisões da Comissão de 2 de Junho de 1971 e de 6 de Julho de 1972 (GEMA) publicadas respectivamente nos JO n.º L 134 de 20.6.71, p. 15 e JO n.º L 166 de 24.7.72, p. 22.

(8) "Community Antitrust Law and Government Measures Relating To Public and Privileged Enterprises; Article 90 EEC Treaty", 1984 Fordham Corp. L. Inst., p. 555, (B. Hawk ed.). Contra A. FRIGNANI e M. WAELBROECK, "Disciplina della concorrenza nella CEE", p. 114, Jovene Editore, Napoli, 1976.

(9) "Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea. Commentario", Volume II, p. 685, Giuffrè Editore, Milano 1965.

mais do que uma aplicação particular de certos princípios gerais que se impõem aos Estados membros” (10).

Necessário é, contudo, precisar a noção de “medida” utilizada no texto do n.º 1 do artigo 90.º. A doutrina tem, com efeito, colocado a questão de saber se tal noção abrange somente as medidas de “carácter insidioso, sem força jurídica, tomadas por um Estado em função das relações particularmente estreitas e do seu poder de influência” sobre as empresas públicas (11) ou se, pelo contrário, visa toda e qualquer medida, independentemente da forma que assuma, que tenha por objecto influenciar a actividade das referidas empresas (12). Para os defensores desta noção mais ampla será assim indiferente que a intervenção do Estado revista a forma de uma simples instrução ou prática administrativa ou a de uma lei. Seriam desta forma visados pelo artigo 90.º n.º 1 quer os actos juridicamente obrigatórios (lei, decreto-lei, portaria, etc.), quer as recomendações, instruções administrativas, incitações ou mesmo comportamentos de facto. O que seria fundamental é que o Estado, ao tomar ou ao manter essas medidas, influenciasse a actividade dessas empresas de forma a violar as regras do Tratado.

A questão, a nosso ver, não se deve colocar ao nível da diferença dos métodos utilizados pelo Estado ou da forma jurídica do acto, mas sim em função dos objectivos que aquele visa atingir. A interpretação desta noção deverá assentar mais na finalidade e no alcance da norma do n.º 1 do artigo 90.º do que numa leitura rigorosa dos seus precisos termos, de forma a conferir-lhe a maior eficácia possível (13). Este artigo caracteriza-se pelo cuidado de apreender o cocurso entre os actos dos poderes públicos e o comportamento de uma ou mais empresas que deles dependem de uma

(10) TJCE, acórdão de 16 de Novembro de 1977, proc. 13/77, “INNO/ATAB”, Col. Jur. 1977, p. 2115, considerando 42. Ver também, A. PAPPALARDO, “EEC States and Rules of Competition”, 1984 Fordham Corp. L. Inst., p. 518 (B. Hawk ed.).

(11) VANDENCASTEELE, “Libre concurrence et intervention des Etats dans la vie économique”, Cahiers de Droit Européen, 1979, nota 38, p. 540.

(12) M. WAELBROECK, “Le droit de la CEE: concurrence, vol. 4, nota 4, p. 87, Ed. da Universidade Livre de Bruxelas, 1972; Cfr. também A. DERINGER, “Equal treatment of public and private enterprises”, vol. 2, FIDE, Copenhaga, 1978, nota 25, pp. 1, 15 ss.

(13) Ver neste sentido as Conclusões do Advogado Geral REISCHL no proc. 13/77, “INNO/ATAB”, cit., p. 2169.

forma particular. Nesse sentido serão de excluir as medidas de carácter geral que visem indistintamente as empresas (públicas ou privadas) de um determinado sector da economia. Como serão de excluir todas as medidas que não reflectam a especial relação existente e o poder de influência de que dispõem os poderes públicos sobre as suas empresas públicas e as empresas às quais conferiram direitos especiais ou direitos exclusivos.

A noção de medida visada pelo artigo 90.º n.º 1 deverá assim abranger todo e qualquer acto dos poderes públicos, independentemente da forma que tal acto assuma, susceptível de influenciar, em contração ao disposto no Tratado, a actividade das empresas sobre cuja gestão o Estado exerce um poder de influência. A expressão utilizada no n.º 1 do artigo 90.º “No que respeita às empresas...”, não deve, pois, ser interpretada de forma a limitar a aplicação deste artigo única e exclusivamente às medidas *dirigidas* a essas empresas.

2.2. Coloca-se, no entanto, a questão de saber se tais medidas devem repercutir-se, de forma directa ou indirecta, num comportamento da empresa contrário às regras do Tratado para que possam ser qualificadas como “medidas” tomadas no que respeita às empresas públicas ou às empresas às quais o Estado membro conceda direitos especiais ou exclusivos, ou se para tal bastará que de tais medidas decorram vantagens para essa empresa.

A questão, se bem que à primeira vista desprovida de qualquer interesse prático, levanta contudo alguns problemas (14). Posta a questão de outra forma, que atitude tomar face a uma medida que apesar de não provocar qualquer comportamento da empresa contrário às regras do Tratado é ela própria contrária a essas mesmas regras? Tal seria o caso, nomeadamente, de uma lei que obrigasse os operadores económicos a abastecerem-se, para uma dada percentagem das suas compras, numa empresa pública ou numa empresa à qual o Estado concedeu direitos especiais ou exclusivos.

É inegável que de uma tal medida decorrem vantagens para a empresa ou empresas em questão. É igualmente certo que essa medida coloca entraves às importações provenientes dos outros Estados membros, violando assim o disposto no artigo 30.º do Tratado CEE. Se é verdade que

(14) A. PAPPALARDO, “Régime de l'article 90.º: aspects juridiques”, in “L'entreprise publique et la concurrence”, cit., pp. 85-97.

uma tal medida não implica necessariamente um comportamento da empresa contrário às regras do Tratado, parece-nos contudo não se poder negar que ela influencia de forma sensível a sua actividade ao conferir-lhe uma vantagem substancial em relações às suas concorrentes. Ora, a concessão de uma tal vantagem a uma das empresas visadas pelo n.º 1 do artigo 90.º constitui o reflexo da especial relação de poder que liga os poderes públicos a essas empresas e da utilização destas como instrumento para a prossecução de objectivos de política económica contrários às regras do Tratado.

Assim, toda e qualquer medida tomada ou mantida pelos poderes públicos contrária às regras do Tratado que vise proteger ou favorecer a actividade de uma tal empresa, será, no nosso entender, susceptível de ser abrangida pela proibição enunciada pelo n.º 1 do artigo 90.º. Uma tal interpretação parece-nos ser mais conforme ao objectivo do artigo 90.º que “é o de evitar que os poderes públicos *utilizem a especial relação de poder que os liga a certos tipos de empresas para lhes impôr comportamentos proibidos pelo Tratado ou para lhes conceder vantagens incompatíveis com o mercado comum* (15). (sublinhado nosso)

2.3. Será deste modo indiferente que os poderes públicos:

- utilizem o seu poder de influência sobre essas empresas para obter resultados que directamente lhes estão vedados (por exemplo, recrutamento de empregados para a empresa reservado unicamente aos nacionais desse Estado membro, o que constituiria uma violação do artigo 7.º do Tratado — princípio de não discriminação entre os nacionais dos Estados membros);
- imponham a essas empresas, através de um acto jurídico obrigatório, um comportamento contrário às regras do Tratado (por exemplo, outorgar condições especiais de preços unicamente aos seus nacionais que utilizem os serviços de uma empresa visada pelo artigo 90.º n.º 1, o que constituiria uma violação do artigo 7.º do Tratado);

(15) Conclusões do Advogado Geral CRUZ VILAÇA no processo 30/87, “BODSON/P.F.R.L.”, 11 de Fevereiro de 1988, § 65, ainda não publicadas.

- adoptem, em benefício dessas empresas e a fim de proteger a sua actividade, medidas contrárias às regras do Tratado (por exemplo, reservar o mercado de seguros dos bens públicos para as companhias de seguros do sector público, o que se traduziria numa violação do artigo 52.º do Tratado — restrição à liberdade de estabelecimento).

Não serão, ao contrário, de considerar como medidas visadas pelo n.º 1 do artigo 90.º — por não pressuporem essa especial relação de poder — aquelas que, não obstante influenciarem *também* a actividade de empresas públicas ou de empresas a que os Estados membros concedem direitos especiais ou exclusivos, impõem determinadas obrigações ou concedem um regime de favor a *todas* as empresas existentes num determinado sector da economia.

Saliente-se ainda que, apesar do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado atribuir à Comissão um dever de vigilância sobre as relações entre os Estados membros e as empresas a que o n.º 1 deste mesmo artigo se refere, a proibição constante desta norma é directamente aplicável pelos Tribunais nacionais, podendo portanto ser invocada pelos particulares no quadro de um litígio ⁽¹⁶⁾. Questão diferente é a de saber em que termos pode a Comissão exercer este seu dever de vigilância. Teremos a oportunidade de mais adiante nos debruçarmos sobre este aspecto.

3. O artigo 90.º n.º 2

O n.º 2 do artigo 90.º estipula que “as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, *na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.*” (sublinhado nosso)

(16) TJCE, acórdão de 30 de Abril de 1974, proc. 155/73, “SACCHI”, Col. Jur. 1974, p. 431, considerando 18.

A norma do n.º 2 do artigo 90.º introduz, assim, uma excepção à aplicação das regras do Tratado se de tal aplicação decorrer a impossibilidade do exercício da “missão” confiada a essas empresas. A excepção não é contudo sem limites. Como decorre da parte final da norma, o exercício de tal “missão” não poderá afectar o comércio intracomunitário de forma contrária aos interesses da Comunidade.

Antes de analisarmos os termos em que opera a excepção, necessário será precisar as noções de “empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral” e de “monopólio fiscal”.

3.1. *Noção de “empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral”.*

a) Esta noção suscita o mesmo tipo de problemas que os já atrás referidos a propósito da qualificação de empresa pública. O critério não deverá ser o da forma jurídica da empresa que o direito nacional lhe atribui, mas sim o da natureza da “missão”, considerada de interesse geral, que lhe foi directamente confiada pelos poderes públicos (17). A expressão abrange toda a actividade de interesse geral económico levada a cabo por um ente público ou por uma empresa privada a quem o exercício de tal “missão” tenha sido outorgado por um acto de autoridade pública (18).

Tal como o Tribunal declarou no seu acórdão no processo “BRT/SABAM” (19), a noção de empresa a que se refere o n.º 2 do artigo 90.º deve ser interpretada restritivamente. Nesse sentido não poderá ser considerada como empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral aquela que é abrangida por legislação que define de forma geral as regras relativas à gestão de um determinado serviço (por exemplo, a gestão dos direitos de autor e direitos conexos) e que é susceptível de se

(17) FRANCESCHELLI, relatório apresentado ao Colóquio de Bruxelas de 1963 sobre o artigo 90.º, *Rivista di Diritto Industriale*, 1963, p. 83.

(18) TJCE, acórdão de 21 de Março de 1974, proc. 127/73, “BRT/SABAM”, *Col. Jur.* 1974, p. 318, considerando 20.

(19) TJCE, acórdão de 21 de Março de 1974, cit., considerando 19.

aplicar a um conjunto indeterminado de empresas. Tal empresa deverá ser visada de forma particular por um acto de autoridade pública que lhe confere certos direitos e lhe impõe certos deveres (20).

b) Os dois elementos fundamentais da noção são assim o da existência de uma relação *particular* de sujeição da empresa aos poderes públicos e o do exercício de uma actividade qualificada como serviço de interesse económico geral.

Um tal serviço não tem necessariamente que abranger todo o território nacional, podendo limitar-se a uma parte do território — por exemplo, região autónoma ou município. De igual modo a natureza económica do interesse geral não deverá, contrariamente à opinião inicialmente partilhada por alguns autores (21), ser interpretada de forma restritiva. A natureza económica que tais serviços devem revestir não constitui por si só razão para excluir do âmbito do regime previsto no artigo 90.º n.º 2 os serviços de finalidade cultural, administrativa ou social. O que é fundamental é a participação da empresa na actividade económica através da produção ou distribuição de bens e serviços, independentemente da natureza dos interesses cuja tutela lhe foi confiada (22).

3.2. A noção de “monopólio fiscal”

A qualificação de “monopólio fiscal” não suscita, enquanto tal, problemas particulares, já que se trata de uma “noção aceite sem diferenças

(20) TEMPLE LANG, op. cit., p. 562; ver também TJCE, acórdãos de 14 de Julho de 1981, proc. 172/80, “ZÜCHNER/BAYERISCHE VEREINSBANK”, Col. Jur. 1981, p. 2021, considerando 7, e de 2 de Março de 1983, proc. 7/82, “GVL/COMISSÃO”, Col. Jur. 1983, p. 483, considerandos 30-32.

(21) COLLIARD, “Le régime des entreprises publiques” in Droit des Communautés Européennes, Les Nouvelles, 1968, para. 2168; ORIANNE, Rivista di diritto industriale, 1963, cit., p. 142 ss.

(22) No seu acórdão de 30 de Abril de 1974 — TJCE, proc. 155/73, “SACCHI”, cit., p. 409 — o Tribunal declarou que a proibição constante do artigo 86.º é aplicável, nos termos do artigo 90.º n.º 2, às empresas às quais os Estados confiaram a exploração da televisão, se tais empresas forem por esses mesmos Estados consideradas como encarregadas da gestão de um serviço de interesse económico geral, enquanto não fôr demonstrado que tal proibição seria incompatível com o exercício da sua missão (considerando 15).

substanciais em todos os países da Comunidade” (23). Com efeito, não obstante a diversidade das fórmulas aplicadas a nível dos diferentes Estados membros, o monopólio fiscal apresenta duas características constantes, a saber, o carácter exclusivo, próprio da noção de monopólio, e o objectivo de angariar receitas para o erário público.

Contudo, a qualificação de uma empresa enquanto “monopólio fiscal” para efeitos da aplicação do artigo 90.º n.º 2 é susceptível de entrar em conflito com o disposto no artigo 37.º do Tratado que impõe aos Estados membros a obrigação de adaptar os monopólios nacionais de carácter comercial de forma a assegurar a exclusão de toda e qualquer discriminação entre nacionais dos Estados membros, quanto às condições de abastecimento e de comercialização. Na verdade, certos monopólios, muito embora apresentem como primeira função a da obtenção de receitas para o erário público, perseguem simultaneamente uma finalidade comercial. Tal é o caso, por exemplo dos monopólios do tabaco. Consciente desta realidade, já na sua Recomendação de 6 de Abril de 1962 dirigida à França a Comissão salientava que a excepção prevista no n.º 2 do artigo 90.º não pode ser invocada em favor de “outras missões não mencionadas neste artigo atribuídas aos monopólios fiscais em conjunto com a missão fiscal” (24). É, assim, de considerar que as actividades de natureza comercial de um monopólio fiscal que visem outros objectivos que não o da obtenção de receitas se encontram submetidas à obrigação de adaptação prevista no artigo 37.º.

3.3. *A excepção*

Como decorre das considerações acima expostas, a possibilidade de invocar a excepção prevista no artigo 90.º n.º 2 exige que dois requisitos se encontrem cumulativamente preenchidos.

Em primeiro lugar é necessário que a aplicação das regras do Tratado constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da “missão”

(23) RIBOLZI, “Aspetti giuridici delle esenzioni soggettive alle regole sulla concorrenza nella Comunità Economica Europea” in *Rivista di politica economica*, 1963, p. 1983.

(24) JO de 23 de Junho de 1962, p. 1501.

de que a empresa foi encarregada; em segundo lugar, a não submissão às regras do Tratado não deverá afectar o desenvolvimento do comércio intracomunitário de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

Se a definição do interesse económico geral da “missão” confiada à empresa é da responsabilidade dos Estados membros, a apreciação de que os dois requisitos acima referidos se encontram preenchidos é da competência exclusiva da Comissão, sob o controlo do Tribunal.

Na sua Decisão de 17 de Dezembro de 1981 ⁽²⁵⁾, a Comissão considerou que uma empresa pública de distribuição de água, não obstante possa ser considerada como uma empresa visada pela norma do n.º 2 do artigo 90.º, não deixa de estar sujeita às regras do Tratado pelo simples facto do cumprimento da sua “missão” se tornar mais difícil em virtude da aplicação dessas mesmas regras. “Uma eventual limitação da aplicação das regras de concorrência apenas pode ser tomada em consideração quando a empresa em questão não dispõe de outro meio técnica e economicamente possível para o cumprimento da sua missão particular” ⁽²⁶⁾. A expressão “não constitui obstáculo” deverá, assim, ser interpretada de forma restritiva.

Não basta, contudo, que a empresa não disponha de qualquer outro meio técnica e economicamente possível para o desempenho da sua “missão” para poder subtrair-se à aplicação das regras do Tratado. Necessário será ainda que a afectação do comércio entre os Estados membros decorrente do regime de excepção de que beneficiam essas empresas não seja de molde a pôr em causa a realização plena dos objectivos que o Tratado confiou à Comunidade. Isto é, a possibilidade de que essas empresas beneficiam de se subtrair à aplicação das regras do Tratado não deverá conduzir ao restabelecimento de barreiras artificiais entre os Estados membros que limitem de forma sensível o desenvolvimento das trocas comerciais.

Resta a questão de saber em que termos pode a empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral beneficiar deste regime de excepção. Se é certo que é à parte que o invoca que compete fazer a prova de que preenche as duas condições acima mencionadas ⁽²⁷⁾, não

⁽²⁵⁾ Decisão “NAVEWA - ANSEAU”, JO n.º L 167 de 15 de Junho de 1982, p. 39, §§ 64-67.

⁽²⁶⁾ *ibid.*, § 66 (TA). Cfr. igualmente as conclusões do Advogado Geral CRUZ VILÇA no proc. 30/87, cit., § 86.

menos é certo que a excepção é aplicável sem que previamente a empresa deva solicitar uma decisão favorável às autoridades comunitárias.

Com efeito, nenhuma disposição do Tratado ou de direito derivado impõe a obrigatoriedade de notificação prévia como condição para poder beneficiar da excepção. Esta constituirá, deste modo, sobretudo um meio de defesa a invocar pela empresa, no quadro de um litígio, ou pelo Estado membro a quem a Comissão tenha dirigido, no exercício do seu poder de vigilância, uma decisão com base no n.º 3 do artigo 90.º. No entanto, e tal como o Tribunal o afirmou no seu acórdão de 20 de Março de 1985 ⁽²⁷⁾, nada impede qualquer outro Estado membro, que não o directamente visado, de invocar uma eventual violação do artigo 90.º n.º 2 como fundamento do recurso de anulação previsto no primeiro parágrafo do artigo 173.º do Tratado contra todo o acto decisório da Comissão, de natureza regulamentar ou individual.

Na verdade, não sendo o regime de excepção previsto neste artigo da competência dos Estados membros, mas sim da competência exclusiva da Comissão, legítimo será que qualquer Estado membro possa, mesmo na ausência de um interesse directo, suscitar o controlo do Tribunal sobre os actos adoptados pela Comissão no exercício do dever de vigilância que o Tratado lhe atribui.

Da competência exclusiva da Comissão para aplicar este regime de excepção decorre que, contrariamente ao que se verifica no que diz respeito ao n.º 1, o artigo 90.º n.º 2 não seja directamente aplicável pelos Tribunais nacionais. Como o Tribunal declarou no seu acórdão de 14 de Julho de 1971 "... o n.º 2 deste artigo não enuncia uma regra incondicional; ... com efeito, a aplicação desta disposição comporta a apreciação das exigências inerentes, por um lado, ao cumprimento da missão particular confiada às empresas em causa, por outro lado à salvaguarda do interesse da Comunidade; ... esta apreciação releva dos objectivos de política económica geral perseguidos pelos Estados sob a vigilância da Comissão;... em consequência, e sem prejuízo do exercício pela Comissão dos poderes previstos no n.º 3 do artigo 90.º, o n.º 2 do mesmo artigo não é, no

⁽²⁷⁾ TJCE, acórdão de 20 de Março de 1985, "ITALIA/COMISSÃO". Col. Jur. 1985, p. 873, considerando 33.

⁽²⁸⁾ *ibid.*, considerando 30.

momento actual, susceptível de criar direitos individuais que os órgãos jurisdicionais nacionais devam salvaguardar;” (29)

É certo que no caso “SACCHI” o Tribunal considerou que “... mesmo no quadro do artigo 90.º, as proibições do artigo 86.º têm um efeito directo e conferem aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar;” (30).

No entanto, tal não significa, a nosso ver (31), uma mudança na jurisprudência anterior do Tribunal, jurisprudência que, aliás, o próprio Tribunal veio a confirmar posteriormente (32).

A questão prejudicial colocada pelo juiz nacional neste processo visava saber se os particulares têm um direito subjectivo, que os órgãos jurisdicionais nacionais devam salvaguardar, de requerer a eliminação de um direito exclusivo cujo exercício conduza a uma situação de abuso de posição dominante. O Tribunal, na sequência das observações apresentadas pelo governo italiano no sentido de considerar a empresa em questão como uma empresa visada pelo n.º 2 do artigo 90.º, considerou, por um lado, que mesmo que tal fosse o caso a proibição constante do artigo 86.º seria aplicável enquanto não fosse demonstrado que tal proibição seria incompatível com o exercício da “missão” confiada à empresa; por outro lado, que a norma do artigo 86.º do Tratado é directamente aplicável mesmo quando a sua violação constitui a consequência de uma medida tomada ou mantida por um Estado no que respeita às suas empresas públicas ou às empresas a que concede direitos especiais ou exclusivos.

O Tribunal limitou-se, desta forma, a reafirmar o princípio de que o facto de uma empresa ter sido encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral não basta por si só para que ela possa beneficiar da excepção prevista no n.º 2 do artigo 90.º. Necessário será ainda que a

(29) TJCE, acórdão de 14 de Junho de 1971, proc. 10/71, “MINISTERE PUBLIC LUXEMBOURGEOIS/MULLER”. Col. Jur. 1971, p. 723, considerando 12 a 16, (TA).

(30) TJCE, acórdão de 30 de Abril de 1974, cit., considerando 18, p. 431, (TA).

(31) Como referem também, nomeadamente, A. FRIGNANI e M. WELBROECK, op. cit., p. 117.

(32) TJCE, acórdão de 10 de Março de 1983, proc. 172/82, “FABRICANTS RAFFINEURS D’HUILE DE GRAISSAGE/INTER-HUILES”, Col. Jur. 1983, p. 557, considerando 15.

aplicação das regras do Tratado seja incompatível com o exercício da “missão” que lhe foi confiada pelos poderes públicos.

4. O exercício pela Comissão do seu dever de vigilância sobre as relações entre os Estados membros e as suas empresas públicas

4.1. Como já por nós foi referido, o artigo 90.º n.º 3 do Tratado atribui à Comissão o encargo de velar pela aplicação do conjunto das disposições deste artigo, conferindo-lhe para tal o poder de dirigir aos Estados membros, sempre que necessário, as directivas ou decisões apropriadas.

Não obstante os largos poderes que atribui à Comissão — e a controvérsia doutrinal que desde cedo tal norma suscitou — foi só em 1976 que a Comissão anunciou que os seus serviços se encontravam a preparar “um projecto de directiva com base no artigo 90.º n.º 3 do Tratado CEE, com o triplo objectivo de melhor esclarecer os Estados membros sobre as responsabilidades que para eles decorrem do artigo 90.º, de estabelecer as regras que permitam à Comissão melhor assegurar que as disposições do Tratado sejam respeitadas pelos Estados, quando agem através das empresas visadas pelo artigo 90.º n.º 1, e pelas próprias empresas; e finalmente de obter uma melhor transparência das relações financeiras entre os Estados e essas empresas” (33).

O texto da directiva aprovado em 1980 pela Comissão — directiva de 25 de Junho de 1980 relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados membros e as suas empresas públicas (34) — ficou aquém dos objectivos iniciais. No decurso da elaboração do projecto, a incerteza jurídica no que diz respeito à interpretação de conceitos que “nunca até aqui foram utilizados em actos jurídicos da Comunidade, nem foram objecto de uma interpretação do Tribunal de Justiça” (35) e as objecções suscitadas

(33) “Quinto relatório sobre a política de concorrência”. Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas — Luxemburgo, 1976, nota 6, p. 118, (TA).

(34) Ver *supra* nota 5.

(35) “Oitavo relatório sobre a política de concorrência”, Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas — Luxemburgo, 1979, p. 191, (TA).

por alguns Estados membros no decurso da sua consulta ⁽³⁶⁾ acabaram por limitar o conteúdo da directiva ao aspecto relativo à transparência das relações financeiras.

O Tribunal de Justiça, chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da directiva adoptada pela Comissão no quadro de um recurso de anulação intentado pela França, pela Itália e pelo Reino Unido ⁽³⁷⁾, rejeitou os argumentos invocados pelos recorrentes no sentido de declarar a incompetência da Comissão para legislar num domínio — o dos auxílios de Estado — em que o artigo 94.º do Tratado atribui competência exclusiva ao Conselho.

O Tribunal considerou que enquanto o artigo 94.º “faz parte de um conjunto de disposições que regulam o domínio dos auxílios concedidos pelos Estados quaisquer que sejam as formas e os destinatários destes auxílios... ao contrário o artigo 90.º apenas diz respeito às empresas por cujo comportamento os Estados devem assumir uma responsabilidade particular em razão da influência que podem exercer sobre esse comportamento” ⁽³⁸⁾.

4.2. O acórdão do Tribunal de Justiça deixa, contudo, algumas questões importantes em aberto. Tal é o caso, nomeadamente, da questão de saber quais os limites do dever de vigilância que o artigo 90.º n.º 3 atribui à Comissão. Colocado o problema de outra forma, trata-se de determinar em que medida pode o exercício do poder que o Tratado confere à Comissão neste domínio ir além da definição das regras que lhe permitam exercer o seu dever de vigilância, impondo, por exemplo, novas obrigações aos Estados membros ou dirigindo-lhes uma decisão que declare incompatível com o Tratado uma dada medida tomada no que respeita a uma ou mais empresas visadas pelo n.º 1 do artigo 90.º

⁽³⁶⁾ Não obstante não ser obrigada a consultar os Estados membros antes de adoptar as directivas ou decisões previstas no artigo 90.º n.º 3, a Comissão não quis deixar de consultar o Parlamento Europeu, o Comité Económico e Social e os Estados membros — “Orientations générales de la Commission pour l’élaboration d’une directive relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques”, 25 de Julho de 1979, doc. C (79) 761 final.

⁽³⁷⁾ Proc. apensos 188-190/80, cit..

⁽³⁸⁾ Ibid., considerando 12, (TA).

A questão é tanto mais pertinente quanto recentemente a Comissão adoptou as duas primeiras decisões com base no artigo 90.º n.º 3. Na primeira decisão, dirigida à Grécia ⁽³⁹⁾, a Comissão declarou incompatível com o disposto no artigo 90.º n.º 1, juntamente com os artigos 52.º, 53.º, 5.º segundo parágrafo e 3.º alínea f), as disposições de duas leis gregas que previam, por um lado, a obrigação de que todos os bens públicos, incluindo os das empresas públicas, fossem seguros exclusivamente em companhias gregas do sector público e, por outro lado, a obrigação para as instituições públicas de crédito gregas de recomendar aos seus clientes que efectuassem os seus seguros numa empresa pública de seguros. Na segunda, dirigida à Espanha ⁽⁴⁰⁾, as disposições legais relativas às reduções das tarifas dos transportes aéreos e marítimos exclusivamente reservadas aos espanhóis residentes nas ilhas Canárias e Baleares, foram declaradas pela Comissão contrárias ao disposto no artigo 90.º n.º 1 do Tratado CEE, juntamente com o disposto no artigo 7.º

É certo que nem a Grécia nem a Espanha intentaram perante o Tribunal de Justiça qualquer recurso de anulação destas decisões. Contudo, a Grécia não se conformou com a decisão que lhe foi dirigida, o que levou a Comissão a iniciar o processo previsto no artigo 169.º do Tratado e, posteriormente, a intentar perante o Tribunal de Justiça um recurso por incumprimento contra a Grécia ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Decisão da Comissão de 24 de Maio de 1985 (85/276/CEE) “relative à l’assurance en Grèce des biens publics et des crédits accordés par les banques helléniques”, JO n.º L 152 de 11 de Junho de 1985, p. 25 (não existe esta versão em português).

⁽⁴⁰⁾ Decisão da Comissão de 22 de Junho de 1987 (87/359/CEE) relativa às reduções das tarifas dos transportes aéreo e marítimo exclusivamente reservadas aos espanhóis residentes nas ilhas Canárias e Baleares, JO n.º L 194 de 15 de Julho de 1987, p. 28.

⁽⁴¹⁾ Por acórdão de 30 de Junho de 1988 (proc.º n.º 226/87, ainda não publicado), o Tribunal declarou que “ao não adoptar, no prazo prescrito, as medidas necessárias para se conformar com a decisão 85/276 da Comissão, de 24 de Abril de 1985, relativa ao seguro na Grécia dos bens públicos e dos créditos concedidos pelos bancos públicos helénicos (JO L 152, p. 25), a República Helénica não cumpriu com as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado CEE”. (TA)

O Tribunal considerou que a decisão da Comissão era, em termos do artigo 189.º do Tratado, “obrigatória em todos os seus elementos” para a República Helénica. Esta encontrava-se, pois, obrigada ao cumprimento das suas disposições, enquanto tais disposições não fossem objecto de uma medida de suspensão ou de uma decisão de anulação decretada pelo Tribunal de Justiça, o que não foi solicitado pelo Governo grego. Ao considerar não fundada a argumentação do Governo grego no sentido de declarar a

O facto de a Comissão ser obrigada a recorrer ao processo previsto no artigo 169.º, sempre que um Estado membro não se submeta a uma decisão que lhe tenha sido dirigida com base no artigo 90.º n.º 3, suscita a questão de saber até que ponto uma tal decisão é eficaz, sobretudo quando se está em presença de uma disposição de um texto legal contrário às regras do Tratado. Com efeito, seria à primeira vista mais rápido em tal caso recorrer directamente ao disposto no artigo 169.º.

A questão, no entanto, não deverá ser necessariamente colocada nestes termos. A decisão adoptada pela Comissão com base no n.º 3 do artigo 90.º é, como decorre do artigo 189.º do Tratado, “obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que ela designar”. Uma tal decisão é directamente aplicável pelos órgãos jurisdicionais nacionais e pode, em consequência, ser invocada pelos particulares no quadro de um litígio perante os tribunais nacionais. O incumprimento do Estado membro em nada afecta a validade da decisão e a sua aplicabilidade. Por outro lado, o que estaria em causa no recurso por incumprimento, intentado pela Comissão contra o Estado membro nos termos do artigo 169.º, não seria a violação das regras do Tratado que justificou a adopção da decisão, mas sim o incumprimento pelo Estado membro dessa mesma decisão.

4.3. Justifica-se, pois, uma análise mais detalhada das duas questões acima focadas, isto é, saber, por um lado, até que ponto pode a Comissão, no exercício do seu dever de vigilância, impôr novas obrigações aos Estados membros e, por outro lado, em que medida poderá ela utilizar os instrumentos que o artigo 90.º n.º 3 lhe atribui para declarar incompatíveis com o Tratado determinadas disposições legais nacionais ou determinados comportamentos de facto.

A análise do acórdão do Tribunal no processo “directiva transparência” levar-nos-á, numa primeira fase, a dar uma resposta positiva à primeira questão. Com efeito, se a Comissão é competente para dirigir aos

decisão juridicamente inexistente e ao afastar a possibilidade de um Estado membro poder invocar a excepção de inaplicabilidade prevista no art.º 184.º como meio de defesa num recurso por incumprimento, o Tribunal deu provimento ao recurso da Comissão sem necessitar de se pronunciar sobre a legalidade da decisão litigiosa.

Estados membros as directivas e/ou decisões que considere necessárias para o exercício eficaz do dever de vigilância que o artigo 90.º n.º 3 lhe impõe, legítimo será que ela possa exigir dos Estados membros o cumprimento de determinadas obrigações que, *sem modificar as regras de fundo do Tratado*, sejam necessárias para que essas mesmas regras sejam respeitadas nas relações entre os Estados membros e as suas empresas públicas ou empresas às quais concedem direitos especiais ou exclusivos.

Tratar-se-á, assim, de uma *nova* obrigação específica para os Estados membros cujo incumprimento é susceptível de justificar a abertura do processo previsto no artigo 169.º. O incumprimento por um Estado membro (a Itália) da obrigação de comunicar à Comissão os elementos referidos na “directiva transparência” relativos à AAMS — Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato — esteve, aliás, na origem de um recente processo nos termos do artigo 169.º em cujo acórdão o Tribunal declarou que “ao recusar-se a transmitir à Comissão as informações relativas à Administração dos Monopólios de Estado, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 5.º n.º 2 da directiva 80/723 da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados membros e as empresas públicas.” (42)

4.4. A possibilidade de impôr novas obrigações aos Estados membros não deverá, contudo, ultrapassar os limites naturais que decorrem do próprio artigo 90.º. Isto é, se a Comissão tem o encargo de velar pelo respeito das regras do Tratado nas relações entre os Estados membros e as empresas visadas pelo artigo 90.º, as novas obrigações cujo cumprimento a Comissão pode exigir dos Estados membros deverão limitar-se às que sejam necessárias para permitir à Comissão exercer eficazmente o seu dever de vigilância sobre o cumprimento dessas mesmas regras nas relações entre os Estados membros e essas mesmas empresas. (43)

Saber até que ponto essas novas obrigações vão para além das que resultam das regras do Tratado é uma questão a que só a análise caso a

(42) TJCE, proc. 118/85, “COMISSÃO/ITÁLIA”, cit.

(43) Cfr. Conclusões do Advogado Geral G. REISCHL nos proc. apensos 188-190/80, cit., p. 2587.

caso permitirá responder. A questão é particularmente sensível no que diz respeito à directiva relativa à concorrência nos mercados de terminais, que a Comissão acaba de adoptar com base no artigo 90.º n.º 3 do Tratado (44).

Sem prejuízo de uma análise mais aprofundada do texto da directiva, permitir-se-nos-á desde já avançar que nada impede, a nosso ver, a Comissão de adoptar uma directiva com base no n.º 3 do artigo 90.º com vista a definir um conjunto de regras que a habilitem a exercer de forma eficaz o seu dever de vigilância sobre as relações entre os Estados membros e as empresas visadas pelo n.º 1 do artigo 90.º, no que se refere nomeadamente à eliminação de restrições quantitativas à importação e de medidas de efeito equivalente, à discriminação entre nacionais dos Estados membros ou em matéria de concorrência no sector das telecomunicações.

Com efeito, as *novas* obrigações impostas pela directiva ao Estados membros desta matéria limitam-se às que são necessárias para assegurar, por um lado, a formalização — através de uma entidade independente das empresas que oferecem bens e serviços no domínio das telecomunicações — e a publicação das especificações técnicas e dos procedimentos de aprovação relativos aos aparelhos terminais destinados a serem ligados directa ou indirectamente à rede pública, por outro lado, a comunicação à Comissão das medidas tomadas pelos Estados membros para se conformarem às regras do Tratado no que respeita às empresas visadas pelo n.º 1 do artigo 90.º.

Todas as outras obrigações constantes da directiva da Comissão decorrem *directamente* das regras do Tratado — nomeadamente dos seus artigos 30.º, 37.º e 86.º — ou de directivas aprovadas pelo Conselho — Directivas do Conselho de 28 de Março de 1983 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (45) e de 24 de Julho de 1986 relativa à primeira etapa de reconhecimento mútuo das aprovações de equipamentos terminais de telecomunicações (46).

(44) Directiva da Comissão de 16 de Maio de 1988 (88/301/CEE), relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações, JO n.º L 131 de 27 de Maio de 1988, p. 73. A França interpôs entretanto recurso de anulação contra esta directiva da comissão em 22 de Julho de 1988 (proc. 202/88; comunicação do recurso publicada no JO C 216 de 18 de Agosto de 1988, p. 6). Intervêm igualmente no processo, em apoio da posição francesa, a Alemanha, a Bélgica, a Grécia e a Itália.

(45) Directiva do Conselho, de 28 de Março de 1983 (83/189/CEE), relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, JO EE 13 F 14 p. 34 (JO n.º L 109 de 26 de Abril de 1983, p. 8).

Tal é caso da obrigação de abolir os direitos especiais ou exclusivos de importação e de comercialização que decorre do artigo 37.º do Tratado ou da obrigação de comunicar à Comissão os projectos de especificações técnicas e dos procedimentos de aprovação prevista no n.º 1 do artigo 8.º da Directiva 83/189/CEE.

Tal é o caso igualmente da obrigação de abolir os direitos especiais ou exclusivos de ligação à rede e de manutenção dos aparelhos terminais que, a continuarem a existir, conduziriam na prática à manutenção dos direitos exclusivos de comercialização contrários ao disposto no artigo 37.º

Tal é ainda o caso da obrigação para os Estados membros de tomarem as medidas necessárias para que os clientes das empresas beneficiárias de direitos especiais ou exclusivos possam rescindir os contratos de aluguer ou de manutenção de aparelhos terminais que, no momento da conclusão dos contratos, se encontravam ainda sujeitos aos referidos direitos. Com efeito, a imposição do aluguer desses aparelhos terminais, quando existem possibilidades reais de compra em condições mais económicas, e a subordinação da conclusão do contrato à aceitação de condições suplementares sem ligação com esse mesmo contrato, constituem um abuso de posição dominante proibido pelo artigo 86.º do Tratado. Desta forma, a concessão ou a manutenção pelo Estado membro de tais direitos contrários ao artigo 86.º deve ser considerada como uma medida proibida pelo artigo 90.º n.º 1.

Se, a nosso ver, as obrigações impostas pela directiva não vão para além das que resultam das regras do Tratado, deve contudo reconhecer-se que ela vai mais longe do que a directiva relativa à transparência das relações financeiras. Na verdade, ao impôr aos Estados membros a obrigação de assegurar a abolição dos direitos especiais ou exclusivos acima referidos, a directiva, mais do que estabelecer um conjunto de regras que permitam à Comissão exercer de forma eficaz o seu dever de vigilância, declara efectivamente tais direitos incompatíveis com o Tratado.

4.5. A questão de saber em que medida pode a Comissão utilizar os instrumentos que o artigo 90.º n.º 3 lhe atribui para declarar incompatíveis

(46) Directiva do Conselho de 24 de Julho de 1986 (86/361/CEE), relativa à primeira etapa de reconhecimento mútuo das aprovações de equipamentos terminais de telecomunicações, JO n.º L 217 de 5 de Agosto de 1986, p. 21.

com o Tratado determinadas disposições legais nacionais, ou determinados comportamentos de facto, levanta problemas mais delicados.

Com efeito, se a Comissão se encontra habilitada a utilizar os instrumentos que o n.º 3 lhe confere para declarar incompatíveis com o Tratado certas medidas tomadas ou mantidas pelos Estados membros no que respeita às suas empresas públicas ou às empresas às quais conferem direitos especiais ou exclusivos, tal significa que, no domínio de aplicação do artigo 90.º, ela pode subtrair-se às regras processuais estabelecidas no artigo 169.º (formulação de um parecer fundamentado após ter dado ao Estado membro a oportunidade de apresentar as suas observações. Só no caso de o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer, no prazo fixado pela Comissão, é que esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça a fim de fazer declarar o incumprimento do Estado membro).

Se uma tal interpretação é correcta, a violação pelos Estados membros da obrigação de não tomar ou manter quaisquer medidas contrárias ao disposto no Tratado seria, pois, susceptível de ser atacada por duas vias distintas, consoante tais medidas dissessem ou não respeito às empresas visadas no artigo 90.º n.º 1.

A utilização dos instrumentos previstos no artigo 90.º n.º 3 apresentaria, à primeira vista, uma importante vantagem: permitiria à Comissão não só prevenir eventuais violações ao disposto no Tratado nas relações entre os poderes públicos e essas empresas, como também pôr rapidamente fim às violações existentes.

Cumprir pois verificar se existem razões objectivas que justifiquem a possibilidade da Comissão recorrer à utilização das directivas e decisões previstas no artigo 90.º n.º 3 para declarar incompatível com o Tratado uma dada medida tomada ou mantida por um Estado membro sempre que tal medida apenas diga respeito a empresas visadas pelo n.º 1 do mesmo artigo.

A delimitação dos poderes que o n.º 3 do artigo 90.º atribui à Comissão passa necessariamente pela interpretação da norma do seu n.º 1. Se o objectivo desta norma é o de impedir, por um lado, que os Estados membros utilizem o especial poder de que dispõem sobre essas empresas para influenciar o seu comportamento de forma contrária às regras do Tratado, por outro lado, que esses mesmos Estados tomem ou mantenham medidas contrárias às regras do Tratado para favorecer essas empresas, parece-nos ser legítimo considerar que os instrumentos que o n.º 3 do artigo 90.º

colocou à disposição da Comissão devem garantir-lhe os meios necessários para executar o dever que o Tratado lhe impõe.

A “responsabilidade particular” dos Estados membros pelo comportamento das suas empresas públicas e a complexidade em determinar a fronteira entre o Estado e essas empresas constituiriam assim a razão do especial poder que a Comissão se vê atribuir neste domínio. Ora, se a Comissão pode utilizar os instrumentos previstos no n.º 3 do artigo 90.º para impôr a um Estado membro o cumprimento de determinadas obrigações com o fim de prevenir uma violação, que razões a poderiam impedir de utilizar esses mesmos instrumentos para impôr a um Estado membro a obrigação de pôr fim a uma violação já existente, desde que essa violação constitua uma medida relativa a uma empresa visada pelo artigo 90.º n.º 1 ou o seu resultado?

O principal obstáculo à utilização dos instrumentos previstos no n.º 3 do artigo 90.º como forma de declarar a incompatibilidade de uma dada medida com as regras do Tratado parece residir, como vimos, no artigo 169.º. Com efeito, e contrariamente ao disposto nos artigos 93.º n.º 2, 100.º-A e 225.º do Tratado CEE, o artigo 90.º n.º 3 não prevê de forma explícita a possibilidade de derrogar ao artigo 169.º. Saliente-se, contudo, que as situações previstas nos referidos artigos do Tratado CEE são diferentes. Trata-se de conceder a possibilidade à Comissão e aos Estados membros (estes apenas no que se refere aos artigos 100.º-A e 225.º) de recorrer directamente ao Tribunal de Justiça sem previamente respeitar as regras processuais previstas nos artigos 169.º e 170.º, em caso de não cumprimento de uma decisão adoptada pela Comissão nos termos do n.º 2 do artigo 93.º ou de utilização abusiva por um Estado membro das faculdades ou poderes que lhe são atribuídos pelo artigo 100.º-A ou pelos artigos 223.º e 224.º.

O artigo 90.º n.º 3, pelo contrário, não isenta a Comissão da obrigação de respeitar as regras processuais previstas no artigo 169.º, em caso de incumprimento pelo Estado membro da directiva ou decisão que lhe foi dirigida.

O interesse da Comissão em recorrer às directivas ou decisões previstas no n.º 3 do artigo 90.º para declarar incompatíveis com as regras do Tratado determinadas medidas tomadas por um ou vários Estados membros será, no nosso entender, essencialmente o de declarar contrária ao Tratado, de forma pública e inequívoca, a utilização pelo Estado membro das relações particularmente estreitas que o ligam às empresas visadas pelo

n.º 1 do artigo 90.º e do poder de influência que sobre elas dispõe, como meio de violar as regras do Tratado, facultando deste modo aos particulares a possibilidade de invocar — através da decisão ou directiva em questão — a violação dessas normas perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

4.6 A resposta à questão acima suscitada não depende também, na nossa opinião, da questão de saber se a medida é ou não juridicamente obrigatória para a empresa. A argumentação segundo a qual a aplicação do artigo 90.º deveria limitar-se às medidas de carácter insidioso, sem força jurídica, tomadas pelo Estado em virtude do seu poder de influência sobre essas empresas, carece de fundamento. Tal delimitação, segundo os seus defensores, justificar-se-ia por duas razões. Por um lado, porque para os actos juridicamente obrigatórios a Comissão poderia facilmente aplicar as regras gerais do Tratado (processo previsto no artigo 169.º por violação do artigo 5.º, em conjunto com a regra ou regras de base do Tratado violadas) sem ter que recorrer às disposições do artigo 90.º; por outro lado, porque seria precisamente o carácter informal de tais medidas que tornam difícil a sua prova e, conseqüentemente, a sua imputação directa ao Estado membro.

A nosso ver, nada autoriza uma interpretação restritiva deste tipo. Se é verdade que a existência de um poder de influência do Estado é um elemento fundamental da noção de “empresa” e da noção de “medida” visadas pelo n.º 1 do artigo 90.º, não deixa de ser igualmente verdade que, do ponto de vista da conformidade com as regras do Tratado, o facto de que uma medida seja insidiosa ou juridicamente obrigatória é totalmente indiferente. Se o artigo 90.º é aplicável na ausência de provas da intervenção dos poderes públicos, ele deverá sê-lo, por maioria de razão, quando a Comissão dispõe dessas mesmas provas. De igual modo, se a Comissão pode utilizar o processo previsto no artigo 169.º quando o Estado adopta um acto juridicamente obrigatório, nada a impede, contudo, de aplicar o artigo 169.º igualmente em relação a qualquer medida não obrigatória, se para tal dispuser de elementos comprovativos do exercício pelo Estado do seu poder de influência sobre a empresa.

O facto de a Comissão ser em última análise obrigada a recorrer ao processo previsto no artigo 169.º, caso o Estado membro não se conforme à decisão ou à directiva que lhe foi dirigida, não nos parece igualmente ser relevante para tirar conclusões quanto à competência que o n.º 3 do artigo 90.º atribui à Comissão. Como atrás dissemos, o incumprimento do

Estado membro em nada afecta a validade da decisão ou da directiva e a possibilidade de os particulares a poderem invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

4.7. Uma concepção ampla dos poderes que o artigo 90.º n.º 3 atribui à Comissão, reflectida aliás na sua prática recente, poderá contudo encontrar um obstáculo na própria jurisprudência do Tribunal no caso “directiva transparência”. Com efeito, o Tribunal declarou que “... a competência atribuída à Comissão pelo artigo 90.º n.º 3 limita-se às directivas e às decisões que sejam necessárias para exercer de forma eficaz o dever de vigilância que este mesmo parágrafo lhe impõe”. (sublinhado nosso) (47).

Se o acórdão do Tribunal deve ser interpretado no sentido que o n.º 3 do artigo 90.º “não deve substituir o processo previsto no artigo 169.º do Tratado CEE, mas que a sua lógica e o seu objectivo são acima de tudo o de evitar, através do estabelecimento de regras claras de comportamento, que se tenha que recorrer à abertura de um processo na sequência de uma violação do Tratado” (48), (sublinhado nosso), tal teria por consequência que uma decisão ou uma directiva da Comissão com base no artigo 90.º n.º 3 que declarasse incompatível com as regras do Tratado uma determinada medida de um Estado membro, no que respeita às suas empresas públicas ou às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, ou que impusesse a abolição de uma dada medida contrária às regras do Tratado, tomada ou mantida pelos Estados membros no que respeita a essas empresas, seria susceptível de vir a ser considerada como uma utilização demasiado extensiva dos poderes conferidos à Comissão.

Não cremos, no entanto, que tal interpretação seja a mais correcta (49). O dever de vigilância que o artigo 90.º n.º 3 atribui à Comissão tem igual-

(47) TJCE, acórdão de 6 de Julho de 1982, cit., considerando 13, (TA)

(48) Ibid., conclusões do Advogado Geral G. REISCHL, p. 2587, (TA). Ver, no sentido de que a Comissão não pode utilizar o artigo 90.º n.º 3 em substituição do processo previsto no artigo 169.º para pôr fim a uma infracção, o artigo de G. MARENCO, “Public sector and community law”, *Common Market Law Review*, 1983, p. 522.

(49) Nas suas Conclusões apresentadas em 24.5.88 no processo 226/87, “COMISSÃO/GRÉCIA” (ver nota 41), o Advogado Geral MANCINI pronunciou-se no sentido de que a decisão com base no artigo 90.º n.º 3 dirigida à Grécia constituía “... um dos instrumentos que o Tratado coloca à disposição da Comissão para que ela exerça o poder de vigiar as disposições nacionais em matéria de empresas públicas”. (TA)

mente por objectivo garantir o pleno respeito da proibição constante do n.º 1 deste mesmo artigo, proibição que, como acima salientámos, é directamente aplicável pelos tribunais nacionais. O exercício *eficaz* desse dever de vigilância pressupõe, no nosso entender, não só o “estabelecimento de regras claras de comportamento” com vista a evitar a abertura de um processo na sequência de uma violação do Tratado, mas implica, de igual modo, o poder/dever da Comissão de declarar incompatível com o Tratado uma determinada medida visada pelo artigo 90.º n.º 1 e de impôr ao Estado membro em causa a obrigação de lhe comunicar, no prazo fixado, as medidas por ele tomadas para se conformar com a directiva ou decisão que lhe foi dirigida.

Bruxelas, 1988

ACÓRDÃOS



Acórdão de 14 de Julho de 1971

**MINISTÉRIO PÚBLICO LUXEMBURGUÊS CONTRA
MADELEINE MULLER E OUTROS
(PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL APRESENTADO PELO «TRIBUNAL
D'ARRONDISSEMENT» DO LUXEMBURGO**

Processo 10/71

MOTIFS

1. Attendu que, par jugement du 20 février 1970, parvenu au greffe de la Cour le 17 mars 1971, le tribunal d'arrondissement (chambre correctionnelle) de Luxembourg a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, deux questions concernant l'interprétation de ce traité en relation avec de lois nationales relatives à l'institution et à l'aménagement d'un port fluvial sur la Moselle (port de Mertert);

2. que, par la première question, il est demandé «si, d'une manière générale, dans le domaine en question, des droits sont attribués directement aux particuliers, sujets de droit nationaux, par le droit communautaire, et si, en particulier, tel est le cas dans la matière réglementée par la loi luxembourgeoise du 22 juillet 1963 ayant pour objet l'aménagement et l'exploitation d'un port fluvial sur la Moselle, telle que cette loi est modifiée par celle du 26 juin 1968 ayant le même object»;

3. que, pour le cas où il serait répondu affirmativement à la première question, il est demandé «si les dispositions des lois précitées sont, et dans quelle mesure, incompatibles soit avec le texte et l'esprit du traité de Rome, soit avec les mesures à caractère réglementaire, ou autres obligations édictées par les organes compétents institués par lesdits traités»;

4. attendu qu'en dépit de l'imprécision des questions, les motifs du jugement font apparaître clairement l'objet de ce renvoi;

5. que le juge national fait notamment observer qu'en raison des avantages et privilèges que la loi confère à la société du port de Mertert, chargée de l'exploitation du port en cause, ainsi que de la situation défavorable qui en découle, sur le plan de la concurrence, pour d'autres entreprises exerçant une activité portuaire sur la Moselle, il a des doutes quant à la conformité de ces lois avec les règles communautaires de concurrence;

6. qu'avant d'appliquer à des particuliers les sanctions pénales prévues par l'article 2 de la loi du 26 juin 1968, pour les cas d'infraction aux dispositions restreignant l'activité des tiers en matière portuaire, il a estimé nécessaire de saisir la Cour de justice en vue d'obtenir les éléments d'interprétation lui permettant de résoudre le problème de la compatibilité, avec les règles communautaires de concurrence, de règles de droit interne postérieures;

7. que si la Cour, dans le cadre de l'application de l'article 177 du traité, n'est pas compétente pour statuer sur la compatibilité d'une disposition nationale avec le droit communautaire, elle peut toutefois dégager du libellé des questions formulées par le juge national, eu égard aux données exposées par celui-ci, les éléments relevant de l'interprétation du traité;

8. attendu qu'il résulte des indications fournies par le tribunal que l'objet des questions posées rentre dans le champ d'application de l'article 90 du traité;

9. que le paragraphe 1 de cet article interdit de manière générale aux États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux règles du traité, notamment à celle prévues aux articles 7 et 85 à 94;

10. que, toutefois, le paragraphe 2 de cet article prévoit que les entreprises qui sont chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises à ces règles, et notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces prescriptions ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie, sous la réserve cependant que le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté;

11. que peut relever de cette dernière disposition une entreprise qui, jouissant de certains privilèges pour l'exercice de la mission dont elle est légalement chargée et entretenant à cet effet des rapports étroits avec les pouvoirs publics, assure le débouché le plus important de l'État intéressé pour le trafic fluvial;

12. qu'en vue de répondre aux questions posées, il y a donc lieu d'examiner si l'article 90, paragraphe 2, est de nature à créer dans le chef des particuliers des droits que les juges nationaux doivent sauvegarder;

13. attendu que le paragraphe 2 de cet article n'énonce pas une règle inconditionnelle;

14. qu'en effet, l'application de cette disposition comporte l'appréciation des exigences inhérentes, d'une part, à l'accomplissement de la mission particulière impartie aux entreprises dont s'agit et, d'autre part, à la sauvegarde de l'intérêt de la Communauté;

15. que cette appréciation relève des objectifs de politique économique générale poursuivis par les États sous la surveillance de la Commission;

16. qu'en conséquence, et sans préjudice de l'exercice par la Commission des pouvoirs prévus au paragraphe 3 de l'article 90, le paragraphe 2 du même article n'est pas, au stade actuel, susceptible de créer des droits individuels que les juges nationaux doivent sauvegarder;

Sur les dépens

17. Attendu que les frais exposés par le gouvernement du grand-duché de Luxembourg et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement et que, 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,

vu les actes de procédure;

le juge rapporteur entendu en son rapport;

le gouvernement du grand-duché de Luxembourg et la Commission des Communautés européennes entendus en leurs observations orales;

l'avocat général entendu en ses conclusions;

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment ses articles 90 et 177;

vu le protocole sur le statut de la Cour de justice de la Communauté économique européenne, et notamment son article 20;

vu le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes,

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal d'arrondissement (chambre correctionnelle) de Luxembourg, conformément au jugement rendu par cette juridiction le 20 février 1970, dit pour droit:

San préjudice de l'exercice par la Commission des pouvoirs prévus au paragraphe 3 de l'article 90 du traité CEE, le paragraphe 2 du même article n'est pas, au stade actuel, susceptible de créer des droits individuels que les juges nationaux doivent sauvegarder.

Acórdão de 30 de Abril de 1974

GIUSEPPE SACCHI

(PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL APRESENTADO PELO TRIBUNAL DE BIELLA)

Processo 155/73

EN DROIT

1. Attendu que, par jugement du 25 juillet 1973, parvenu au greffe de la Cour le 27 juillet 1973, le tribunal de Biella a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, différentes questions relatives à l'interprétation des articles 2, 3, 5, 7, 37, 86 et 90 du traité;

que le juge national est saisi d'une poursuite pénale à charge de l'exploitant d'une station de télédistribution privée, pour avoir détenu, dans des locaux ouverts au public, des téléviseurs utilisés pour la réception des émissions par câble, sans avoir payé la taxe d'abonnement prescrite;

que les questions posées doivent permettre au tribunal de Biella de juger de la compatibilité avec le traité de certaines dispositions de la législation italienne réservant à l'État l'exclusivité de l'exploitation de la télévision, particulièrement de la télévision par câble, et plus particulièrement encore, pour autant que cette exclusivité s'étende à la publicité commerciale;

A — *De la compétence de la Cour*

2. Attendu que le gouvernement italien a mis en doute la recevabilité du renvoi préjudiciel, en alléguant qu'une réponse aux questions posées ne serait pas nécessaire au juge pour se prononcer sur la poursuite dont il est saisi;

3. attendu que l'article 177, basé sur une nette séparation de fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, ne permet pas à celle-ci d'apprécier les motifs de la demande d'interprétation;

que l'exception soulevée ne saurait donc être retenue;

B — *Sur les questions 1, 2, 6, 7, 8 et 9*

4. Attendu que les deux premières questions visent essentiellement à savoir si le principe de la libre circulation des marchandises dans le marché commun s'applique aux messages télévisés,

notamment dans leurs aspects commerciaux et si le droit exclusif, accordé par un État membre à une société par actions, d'effectuer toutes sortes d'émissions télévisées, même à des fins de publicité commerciale, constitue une violation dudit principe;

5. attendu que la réponse est commandée par la solution préalable de la question de savoir si les messages télévisés doivent être assimilés à des produits ou marchandises au sens des articles 3, littéra a), 9, et de l'intitulé du titre I de la deuxième partie du traité;

6. attendu qu'en l'absence de dispositions expresses contraires du traité un message télévisé doit être considéré, en raison de sa nature, comme une prestation de services;

que, s'il n'est pas exclu que des prestations fournies normalement contre rémunération puissent tomber sous les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, tel n'est cependant le cas, comme il ressort de l'article 60, que dans la mesure où elles sont régies par de telles dispositions;

qu'il s'ensuit que l'émission de messages télévisés, y compris ceux ayant un caractère publicitaire, relève, en tant que telle, des règles du traité relatives aux prestations de services;

7. attendu, par contre, que sont soumis aux règles relatives à la libre circulation des marchandises les échanges concernant tous matériels, supports de son, films et autres produits utilisés pour la diffusion des messages télévisés;

qu'en conséquence, si l'existence d'une entreprise monopolisant les messages publicitaires télévisés n'est pas, par elle-même, contraire au principe de la libre circulation des marchandises, une telle entreprise contreviendrait à ce principe en discriminant au profit des matériels et produits nationaux;

8. que, de même, la circonstance qu'une entreprise d'un État membre bénéficie de l'exclusivité des messages publicitaires télévisés n'est pas, en tant que telle, incompatible avec la libre circulation des produits dont ces messages tendent à promouvoir la commercialisation;

qu'il en irait autrement si le droit d'exclusivité était utilisé pour favoriser, au sein de la Communauté, certains courants d'échanges ou certains opérateurs économiques par rapport à d'autres;

qu'ainsi que le souligne l'article 3 de la directive de la Commission du 22 décembre 1969, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du traité CEE (JO n.º L 13/29 du 19 janvier 1970), sont susceptibles de constituer des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives celles régissant la commercialisation des produits dont les effets restrictifs dépasseraient le cadre des effets propres d'une simple réglementation du commerce;

que tel sera notamment le cas lorsque ces effets restrictifs sont hors de proportion avec le but poursuivi, en l'occurrence, l'organisation, selon le droit d'un État membre, de la télévision en service d'intérêt public;

9. attendu que, la sixième question concernant l'interprétation de l'article 37 du traité, il y a lieu de l'examiner conjointement avec les problèmes soulevés par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, parmi lesquelles cet article trouve sa place;

que par cette question il est demandé si l'article 37, paragraphe 1 et 2, s'applique à une société par actions à laquelle un État membre a concédé le droit exclusif d'effectuer des émissions

télévisées sur son territoire, y compris des émissions publicitaires et des émissions de films et documents produits dans les autres États membres;

10. attendu que l'article 37 concerne l'aménagement des monopoles nationaux présentant un caractère commercial;

qu'il résulte tant de la place de cette disposition dans le chapitre sur l'élimination des restrictions quantitatives que de l'emploi des mots «importations» et «exportations» à l'alinéa 2 du paragraphe 1 et du mot «produits» aux paragraphes 3 et 4 qu'elle vise les échanges de marchandises et ne peut concerner un monopole de prestations de services;

qu'ainsi, la publicité commerciale télévisée, en raison de son caractère de prestation de services, échappe à l'application de ces dispositions;

11. attendu que les questions 7 et 9 n'ayant été posées que pour le cas où il serait répondu affirmativement à la question 6 sont devenues sans objet, de même que la question 8;

C — Sur les questions 3, 4 et 5

12. Attendu que les troisième, quatrième et cinquième questions concernent la compatibilité avec les règles de concurrence du traité des droits exclusifs accordés par un État membre à une société par actions, en matière d'émissions télévisées, ainsi que de l'exercice de ces droits;

que la troisième question vise à savoir si les articles 86 et 90 du traité doivent, conjointement, être interprétés en ce sens que serait interdite à une entreprise visée par l'article 90, paragraphe 1, l'acquisition, même si elle résulte d'une intervention des autorités nationales, d'une position dominante lorsque l'effet de celle-ci est d'éliminer toute forme de concurrence dans le cadre de l'activité que cette entreprise exerce sur le territoire d'un État membre;

qu'en cas de réponse affirmative à la troisième question, il est demandé par la quatrième question si une société, à qui a été concédé le droit exclusif d'effectuer des émissions télévisées, notamment par câble, y compris à des fins commerciales, détendrait une position dominante incompatible avec l'article 86 ou, à tout le moins, abuserait de sa position dominante en se livrant à certaines pratiques anticoncurrentielles indiquées par la juridiction nationale;

qu'en cas de réponse affirmative à cette question, il est demandé par la cinquième question si les interdictions visées par les questions précédentes ont un effet direct et engendrent, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder;

13. attendu qu'il a été avancé par les gouvernements italien et allemand que, remplissant une mission d'intérêt public, de caractère culturel et d'information, les établissements de télévision ne seraient pas des «entreprises» au sens des dispositions du traité;

qu'à tout le moins ils seraient chargés d'un service d'intérêt économique général, de sorte qu'ils ne seraient soumis aux règles du traité et notamment aux règles de concurrence que dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie;

14. attendu que l'article 90, paragraphe 1, permet entre autres l'octroi par les États membres, à des entreprises, de droits spéciaux ou exclusifs;

que rien dans le traité ne s'oppose à ce que les États membres, pour des considérations d'intérêt public, de nature non économique, soustraient les émissions de radiotélévision, y compris les émissions par câble, au jeu de la concurrence, en conférant le droit exclusif d'y procéder à un ou plusieurs établissements;

que, cependant, pour l'exécution de leur mission, ces établissements restent soumis aux interdictions de discrimination et tombent, dans la mesure où cette exécution comporte des activités de nature économique, sous les dispositions visées à l'article 90 relatif aux entreprises publiques et aux entreprises auxquelles les États accordent des droits spéciaux exclusifs;

que l'interprétation conjointe des articles 86 et 90 conduit à la conclusion que l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à qui un État membre accorde des droits exclusifs n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86;

qu'il en est, dès lors, de même d'une extension des droits exclusifs consécutive à une intervention nouvelle de cet État;

15. que, par ailleurs, si certains États membres aménagent les entreprises chargées de l'exploitation de la télévision, même pour leurs activités commerciales, notamment en matière de publicité, comme des entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, ces mêmes interdictions jouent, en ce qui concerne leur comportement sur le marché, en vertu de l'article 90, paragraphe 2, tant qu'il ne serait pas démontré que lesdites interdictions seraient incompatibles avec l'exercice de leur mission;

16. attendu que, dans la quatrième question, la juridiction nationale a cité un certain nombre de comportements susceptibles de manifester des abus au sens de l'article 86;

17. attendu que tel serait certainement le cas d'une entreprise possédant le monopole de la télévision publicitaire, si elle imposait aux utilisateurs de ses services des tarifs ou conditions inéquitables ou si elle opérait, dans l'accès à la publicité télévisée, des discriminations entre les opérateurs économiques ou les produits nationaux, d'une part, et ceux des autres États membres, d'autre part;

18. qu'il appartient, dans chaque cas, au juge national de constater l'existence de pareils abus et à la Commission d'y remédier dans le cadre de ses compétences;

qu'ainsi, même dans le cadre de l'article 90, les interdictions de l'article 86 ont un effet direct et engendrent, pour les justiciables, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder;

D — Sur la question 11

19. Attendu que, par la onzième question, il est demandé si le fait de réserver à une société par actions d'un État membre le droit exclusif d'émettre des messages publicitaires télévisés sur l'ensemble du territoire de cet État constitue une violation de l'article 7 du traité;

20. attendu qu'il suit des considérations ci-dessus que la concession d'un droit exclusif de la nature de celui visé par le juge national ne constitue pas une violation de l'article 7, mais que des comportements discriminatoires de la part d'entreprises bénéficiant de pareille exclusivité à l'égard des ressortissants des États membres, en raison de leur nationalité, seraient incompatibles avec cette disposition;

Sur les dépens

21. Attendu que les frais exposés par la Commission des Communautés européennes, et par les gouvernements italien et allemand qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet de remboursement;

que 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;

LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par le tribunal de Biella par jugement du 6 juillet 1973, dit pour droit;

- 1) L'émission de messages télévisés, y compris ceux ayant un caractère publicitaire, relève, en tant que telle, des règles du traité relatives aux prestations de services. Cependant les échanges concernant tous matériels, supports de son, films, appareils et autres produits utilisés pour la diffusion des messages télévisés sont soumis aux règles relatives à la libre circulation des marchandises.
- 2) La circonstance qu'une entreprise d'un État membre bénéficie de l'exclusivité des messages publicitaires télévisés n'est pas, en tant que telle, incompatible avec la libre circulation des produits dont ces messages tendent à promouvoir la commercialisation. Il en irait cependant autrement si le droit d'exclusivité était utilisé pour favoriser, au sein de la Communauté, certains courants d'échanges ou certains opérateurs économiques par rapport à d'autres.
- 3) L'article 37 du traité vise les échanges de marchandises et ne peut concerner un monopole de prestations de services.
- 4) L'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à qui un État membre accorde, au sens de l'article 90, des droits exclusifs, ou l'extension de ces droits, consécutive à une intervention nouvelle de cet État n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86 du traité.
- 5) Même dans le cadre de l'article 90, les interdictions de l'article 86 ont un effet direct et engendrent, pour les justiciables, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder.
- 6) La concession du droit exclusif d'émettre des messages télévisés ne constitue pas, en tant que telle, une violation de l'article 7 du traité. Sont cependant incompatibles avec cette disposition des comportements discriminatoires de la part d'entreprises bénéficiant de pareille exclusivité, à l'égard de ressortissants des États membres, en raison de leur nationalité.

Acórdão de 6 de Julho de 1982

**REPÚBLICA FRANCESA, REPÚBLICA ITALIANA E REINO UNIDO
DA GRÃ-BRETANHA E DA IRLANDA DO NORTE
CONTRA COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS.
«EMPRESAS PÚBLICAS — TRANSPARÊNCIA DAS RELAÇÕES
FINANCEIRAS COM O ESTADO.»**

Processos 188 a 190/80

EN DROIT

1. Par requêtes déposées au greffe de la Cour respectivement les 16, 18 et 19 septembre 1980, la République française, la République italienne et le Royaume-Uni ont introduit, en vertu de l'article 173, premier alinéa, du traité CEE, trois recours visant à l'annulation de la directive 80/723 de la Commission du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 195, p. 35). La république fédérale d'Allemagne et le royaume des Pays-Bas sont intervenus à ces procédures au soutien des conclusions de la Commission.

2. La directive, arrêtée sur la base de l'article 90, paragraphe 3, du traité, oblige les États membres à tenir disponibles, pendant cinq ans, les données relatives aux mises à disposition de ressources publiques, par les pouvoirs publics, à des entreprises publiques ainsi que celles relatives à l'utilisation effective de ces ressources par lesdites entreprises. Il ressort des considérants de la directive que son objectif essentiel est de promouvoir l'application efficace, aux entreprises publiques, de dispositions des articles 92 et 93 du traité concernant les aides étatiques. En outre, ces considérants soulignent le principe de l'égalité de traitement entre les entreprises publiques et privées, ainsi que le besoin de transparence des relations financières entre les premières et les États, à cause de la complexité de ces relations.

3. Les moyens invoqués par les gouvernements requérants, bien qu'ils diffèrent sur certains points, peuvent, en substance, être résumés comme suit:

- incompétence de la Commission;
- absence de nécessité et méconnaissance du principe de proportionnalité;
- discrimination au détriment des entreprises publiques;
- violation des articles 90, 92 et 93, en ce que la directive définit les notions d'entreprise publique et d'aide étatique;
- méconnaissance des règles définissant le champ d'application des traités CEE, CECA et CEEA;

- absence de motivation et méconnaissance du principe d'égalité en ce qui concerne les exemptions prévues par la directive.

Sur le premier moyen (incompétence de la Commission)

4. Selon le gouvernement du Royaume-Uni, la Commission, en arrêtant la directive litigieuse, a violé les principes mêmes qui régissent la répartition des pouvoirs et des responsabilités entre les institutions communautaires. Il ressortirait des dispositions institutionnelles du traité que la totalité du pouvoir législatif originaire appartient au Conseil, tandis que la Commission ne détient que des pouvoirs de surveillance et d'exécution. Cette répartition des compétences serait confirmée par les règles d'habilitation spécifiques du traité, dont la quasi-totalité réserverait l'adoption des règlements et des directives au Conseil. En ce qui concerne notamment les règles de concurrence, on retrouverait ce même partage des responsabilités. Ces dispositions elles-mêmes confèreraient les fonctions de surveillance à la Commission, alors que celle-ci ne pourrait légiférer que dans les limites d'une délégation spécifique et expresse contenue dans un acte du Conseil.

5. Toujours selon le gouvernement du Royaume-Uni, les dispositions du traité qui, à titre d'exception, confèrent à la Commission la compétence d'arrêter des directives doivent être interprétées à la lumière des considérations précédentes. Il ne s'agirait pas de directives de même nature que celles adoptées par le Conseil. Alors que ces dernières peuvent contenir des dispositions générales de caractère normatif, imposant, le cas échéant, des obligations nouvelles aux États membres, le but des premières ne serait que de remédier à une situation spécifique dans un ou plusieurs de ces États. Dans le cas de l'article 90, paragraphe 3, ce but limité serait suggéré par les termes mêmes de la disposition, selon lesquels la Commission "adresse" les directives ou décisions approuvées aux États membres.

6. Cette thèse ne trouve toutefois pas de fondement dans les dispositions institutionnelles du traité. Aux termes de l'article 4, la Commission participe à la réalisation des tâches de la Communauté au même titre que les autres institutions, chacune agissant dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le traité. L'article 155 prévoit, dans des termes presque identiques à ceux employés à l'article 145 pour décrire la même fonction du Conseil, que la Commission dispose d'un pouvoir de décision propre dans les conditions prévues au traité. En outre, les dispositions du chapitre régissant, d'une manière générale, les effets et le contenu des actes pris par les institutions, et notamment celles de l'article 189, n'opèrent pas la distinction faite par le gouvernement du Royaume-Uni entre les directives de portée générale et les autres ne prescrivant que des mesures spécifiques. Selon le premier alinéa de cet article, la Commission a, au même titre que le Conseil, le pouvoir d'arrêter des directives dans les conditions prévues au traité. Il s'ensuit que les limites à la compétence conférée à la Commission par une disposition spécifique du traité ne sauraient être déduites d'un principe général, mais d'une interprétation des termes propres de la disposition en cause, en l'occurrence l'article 90, analysés à la lumière de sa finalité et de sa place dans l'économie du traité.

7. A cet égard, il ne saurait être tiré de conclusions du fait que la plupart des autres dispositions spécifiques du traité, qui prévoient une compétence en vue de l'adoption d'actes de caractère général, confèrent cette compétence au Conseil statuant sur proposition de la Commission. On ne peut pas non plus distinguer, entre les dispositions prévoyant l'adoption des directives, selon qu'elles utilisent le terme "arrêter" ou "adresser". D'après l'article 189, les directives, aussi bien que les décisions, tant du Conseil que de la Commission s'adressent à des destinataires, qui,

pour ce qui est des directives, sont nécessairement des États membres. Dans le cas d'une disposition prévoyant l'adoption à la fois de directives et de décisions adressées aux États membres, le mot "adresser" constitue donc simplement l'expression commune la plus appropriée.

8. Pour étayer le moyen tiré de l'incompétence de la Commission, les trois gouvernements requérants font valoir que les règles contenues dans la directive litigieuse auraient pu être arrêtées par le Conseil. Comme la finalité de la directive serait de permettre à la Commission de contrôler le respect de l'obligation des États membres de lui notifier, conformément à l'article 93, paragraphe 3, toute institution ou modification d'une aide étatique, et comme l'article 94 confère au Conseil la compétence pour fixer notamment les conditions d'application dudit paragraphe, les règles en cause relèveraient de la compétence de cette institution en vertu de cet article. De toute manière, de telles règles entreraient dans les attributions du Conseil en vertu de l'article 213 ou, à titre subsidiaire, de l'article 235. S'agissant dès lors d'un domaine où le Conseil est compétent, on ne saurait, d'après les gouvernements requérants, reconnaître une compétence concurrente de la Commission en vertu d'autres dispositions du traité.

9. La Commission, soutenue par le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne, insiste sur le fait que la directive vise des mesures se situant "en amont" de la procédure prévue à l'article 93 et que, pour cette raison, l'article 94 est inapplicable. Elle fait également valoir que l'article 213 ne concerne pas des informations dont les États membres disposent et qu'ils doivent fournir à la Commission, sur sa demande, en vertu de leur obligation générale de coopération prévue à l'article 5. L'article 235 ne jouerait pas non plus, puisqu'il présuppose que tout autre pouvoir d'action fait défaut. Le gouvernement néerlandais, pour sa part, souligne surtout le caractère spécifique et l'importance autonome de l'article 90.

10. Les arguments que les gouvernements requérants tirent des articles 213 et 235 doivent être écartés. En effet, l'article 213 qui figure dans le chapitre des dispositions générales et finales du traité ne fait pas obstacle aux pouvoirs que des dispositions particulières du traité reconnaissent à la Commission. L'article 235 ne peut pas, pour la raison indiquée par la Commission, être considéré comme applicable en l'espèce.

11. En revanche, pour apprécier l'argument tiré de l'article 94, il y a lieu de rapprocher les dispositions de cet article de celles de l'article 90, en tenant compte des objets et des finalités de ces deux articles.

12. A cet égard, il convient de constater que les deux dispositions ont des objets différents. L'article 94 fait partie d'un ensemble de dispositions qui règlent le domaine des aides accordées par les États quels que soient les formes et les destinataires de ces aides. Au contraire, l'article 90 ne concerne que les entreprises pour le comportement desquelles les États doivent assumer une responsabilité particulière en raison de l'influence qu'ils peuvent exercer sur ce comportement. Cet article souligne que lesdites entreprises, sous réserve des précisions apportées par son paragraphe 2, sont soumises à l'ensemble des règles du traité; il enjoint aux États membres de respecter ces règles dans leurs rapports avec ces entreprises et il impose à la Commission un devoir de vigilance à cet égard qui, en tant que de besoin, peut être exercé par l'adoption de directives et de décisions adressées aux États membres.

13. A cette différence d'objets s'ajoute une différence en ce qui concerne les conditions posées à l'exercice des compétences que les deux dispositions confèrent, respectivement, au Conseil et à la Commission. L'article 94 permet au Conseil de prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 92 et 93. Au contraire, la compétence conférée à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, se limite aux directives et aux décisions qui sont nécessaires en vue d'accomplir, d'une manière efficace, le devoir de surveillance que lui impose ce même paragraphe.

14. Par rapport à la compétence du Conseil en vertu de l'article 94, celle qui est conférée à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, s'exerce ainsi dans un champ d'application spécifique et dans des conditions définies en fonction de l'objet de cet article. Il s'ensuit que la compétence de la Commission pour arrêter la directive litigieuse dépend des nécessités inhérentes à son devoir de surveillance visé à l'article 90 et que l'éventualité d'une réglementation édictée par le Conseil en application de son pouvoir général en vertu de l'article 94 et comportant des dispositions qui toucheraient au domaine spécifique des aides octroyées aux entreprises publiques ne fait pas obstacle à l'exercice de cette compétence par la Commission.

15. Il découle de toutes ces considérations que le premier moyen invoqué par les gouvernements requérants doit être rejeté.

Sur le deuxième moyen (absence de nécessité)

16. Les gouvernements français et italien contestent que les règles de la directive soient nécessaires pour permettre à la Commission d'exercer de façon efficace la mission de surveillance que lui confie l'article 90. Ils estiment qu'il existe une séparation juridique complète entre l'État et les entreprises publiques sur le plan financier. Les fonds mis à la disposition de ces dernières par les pouvoirs publics apparaîtraient des actes législatifs budgétaires ainsi que des bilans et rapports annuels des entreprises. Dans une société démocratique, il existerait, concernant les relations de l'État avec entreprises publiques, des sources d'informations au moins aussi complètes que celles concernant les relations avec les entreprises privées et beaucoup plus précises que celles concernant les relations des entreprises privées entre elles.

17. La Commission renvoie aux quatrième et cinquième considérants de la directive qui affirment que la complexité des relations financières des pouvoirs publics nationaux avec les entreprises publiques est de nature à entraver l'exécution de la tâche de surveillance de la Commission et qu'une application efficace et équitable aux entreprises publiques et privées des règles du traité concernant les aides ne peut se faire que pour autant que ces relations financières soient rendues transparents. Au cours de la procédure devant la Cour, la Commission ainsi que le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne ont cité des exemples en vue de montrer que ces relations n'étaient pas suffisamment transparentes pour permettre à la Commission d'établir l'existence ou l'inexistence d'aides étatiques aux entreprises publiques.

18. Compte tenu des formes diverses des entreprises publiques dans les différents États membres et des ramifications de leurs activités, il est inévitable que leurs relations financières avec les pouvoirs publics sont, elles aussi, très diverses, souvent complexes et dès lors difficiles à contrôler même à l'aide des sources d'informations publiées auxquelles les gouvernements requérants ont fait référence. Dans ces conditions, on ne saurait dénier le besoin, pour la Commission, de chercher à obtenir des informations supplémentaires sur ces relations en établissant des critères communs pour tous les États membres et pour toutes les entreprises en cause. En ce qui concerne la détermination précise de ces critères, les gouvernements requérants n'ont pas établi que la Commission a dépassé les limites du pouvoir d'appréciation que lui réserve l'article 90, paragraphe 3.

19. Il s'ensuit que le moyen concernant l'absence de nécessité doit être rejeté. Il en va de même du reproche fait à la Commission, notamment par le gouvernement italien, concernant le manque de proportionnalité.

Sur le troisième moyen (existence d'une discrimination vis-à-vis des entreprises publiques par rapport aux entreprises privées)

20. Les gouvernements français et italien font valoir qu'il ressort aussi bien de l'article 222 que de l'article 90 que les entreprises publiques et les entreprises privées doivent être traitées de manière égale. Or, la directive aurait pour effet de placer les premières dans une situation moins favorable que les secondes, surtout en ce qu'elle impose aux entreprises publiques des obligations notamment comptables particulières qui ne sont pas exigées des entreprises privées.

21. A cet égard, il convient de rappeler que le principe d'égalité, que les gouvernements invoquent en ce qui concerne les rapports entre les entreprises publiques et les entreprises privées en général, présuppose que les deux groupes se trouvent dans des situations comparables. Or, les entreprises privées déterminent, dans les limites posées par la législation applicable, leur stratégie industrielle et commerciale en tenant compte, notamment, des exigences de rentabilité. Les décisions des entreprises publiques, par contre, peuvent subir l'impact de facteurs d'un ordre différent, dans le cadre de la poursuite, par les autorités publiques qui peuvent influencer ces décisions, des buts d'intérêt général. Les conséquences économiques et financières d'un tel impact conduisent à l'établissement, entre ces entreprises et les pouvoirs publics, de relations financières d'un type particulier, différentes des relations qui existent entre les autorités publiques et les entreprises privées. Comme la directive concerne justement ces relations financières particulières, le moyen fondé sur l'existence d'une discrimination ne saurait être retenu.

Sur le quatrième moyen (violation des articles 90, 92 et 93, en ce que la directive définit les notions d'entreprise publique et d'aide étatique)

22. Les gouvernements français et italien soutiennent que les articles 2 et 3 de la directive ajoutent, sans aucune base légale, aux dispositions des articles 90, 92 et 93 du traité, en ce qu'ils définissent la notion d'entreprise publique et déterminent les relations financières qui, de l'avis de la Commission, peuvent constituer des aides étatiques.

23. Ces reproches ne sont pas justifiés. En ce qui concerne la détermination, à l'article 3, des relations financières qui sont soumises aux règles de la directive, il suffit de constater qu'il ne s'agit pas d'une tentative de la Commission de définir la notion d'aide telle qu'elle figure aux articles 92 et 93 du traité, mais uniquement d'une précision des opérations financières dont la Commission estime devoir être informée en vue de contrôler si un État membre a accordé, sans respecter son obligation de notification conformément à l'article 93, paragraphe 3, des aides à l'entreprise en question. Ainsi qu'il est dit ci-dessus concernant le deuxième moyen, il n'est pas établi que la Commission, ce faisant, a dépassé les limites du pouvoir d'appréciation que lui réserve l'article 90, paragraphe 3.

24. En ce qui concerne les dispositions de l'article 2 qui délimite la notion d'entreprise publique "au sens de la présente directive", il y a lieu de souligner que ces dispositions n'ont pas pour but de définir cette notion telle qu'elle figure à l'article 90 du traité, mais d'établir les critères nécessaires pour circonscrire le groupe d'entreprises dont les relations financières avec les pouvoirs publics sont soumises à l'obligation d'information visée par la directive. Pour apprécier cette délimitation qui, d'ailleurs, est indispensable pour faire connaître aux États membres l'étendue de leurs obligations selon la directive, il convient donc de rapprocher les critères établis des considérations qui sont à la base de l'obligation de surveillance imposée à la Commission par l'article 90.

25. Selon l'article 2 de la directive celle-ci entend par entreprise publique toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante. Une telle influence est présumée, suivant le deuxième alinéa, lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des voix ou peuvent désigner plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise en question.

26. Comme la Cour l'a déjà indiqué ci-dessus, la raison pour laquelle les dispositions de l'article 90 ont été insérées dans le traité est justement l'influence que les pouvoirs publics peuvent exercer sur les décisions commerciales des entreprises publiques. Cette influence peut s'exercer sur la base soit d'une participation financière, soit de règles régissant la gestion de l'entreprise. En choisissant ces mêmes critères pour déterminer les relations financières sur lesquelles elle doit pouvoir obtenir des informations en vue d'accomplir son devoir de surveillance en vertu de l'article 90, paragraphe 3, la Commission est restée dans les limites du pouvoir d'appréciation que lui confère cette disposition.

27. Il s'ensuit qu'il convient de rejeter également le quatrième moyen.

Sur le cinquième moyen (méconnaissance des règles définissant le champ d'application des traités CEE, CECA et CEEA)

28. Le gouvernement français souligne que la définition de l'entreprise publique figurant à l'article 2 de la directive a un caractère tout à fait général et que l'exemption, prévue à l'article 4, du secteur de l'énergie, y compris en ce qui concerne l'énergie nucléaire, la production de l'uranium, son enrichissement et le retraitement des combustibles irradiés ainsi que l'élaboration des matériaux plutonigènes, laissent entendre que la directive s'applique, sous cette réserve, aux entreprises publiques relevant des traités CECA et CEEA. Comme un texte de droit dérivé adopté dans le cadre du traité CEE ne pourrait pas régir une matière couverte par des règles positives des autres traités, le gouvernement français conclut, à titre subsidiaire, à l'annulation de la directive dans la mesure où elle vise des entreprises relevant des traités CECA ou CEEA.

29. La Commission admet qu'en vertu de l'article 232, paragraphe 1, du traité CEE, et en raison des règles du traité CECA relatives aux aides accordées aux entreprises relevant de ce traité, la directive ne peut s'appliquer à de telles entreprises. Quant aux entreprises du secteur nucléaire, elle fait valoir que le traité CEEA ne contient pas de dispositions sur les aides étatiques. Les articles 92 et 93 du traité CEE et, partant, la directive seraient donc applicables aux entreprises relevant de ce secteur, sous réserve des exceptions prévues expressément à l'article 4 de la directive.

30. Aux termes de l'article 232, paragraphe 1, du traité CEE, les dispositions de ce traité ne modifient pas celles du traité CECA, notamment en ce qui concerne les droits et obligations des États membres, les pouvoirs des institutions de cette Communauté et les règles posées par ce traité pour le fonctionnement du marché commun du charbon et de l'acier.

31. Comme l'article 90, paragraphe 3, concerne justement les pouvoirs des institutions et comme la directive litigieuse impose des obligations aux États membres dans le domaine des aides dans lequel le traité CECA contient lui-même des règles s'adressant aux États membres et aux entreprises relevant du marché du charbon et de l'acier, il ressort directement de l'article 232

du traité CEE que la directive litigieuse ne saurait être appliquée aux relations avec de telles entreprises. Pour cette raison, la directive n'est entachée d'aucune illégalité sur ce point, bien qu'il eût été sans doute préférable, dans l'intérêt de la clarté des situations juridiques, que l'exclusion de ces entreprises résulte des termes mêmes de la directive.

32. En revanche, en ce qui concerne les rapports avec le traité CEEA, l'article 232, paragraphe 2, du traité CEE se borne à préciser que les dispositions de ce dernier traité ne dérogent pas aux stipulations du premier. Le gouvernement français n'a pas établi que les dispositions de la directive dérogent aux dispositions du traité CEEA. Il s'ensuit que ce moyen ne peut pas être retenu.

Sur le sixième moyen (l'absence de motivation et méconnaissance du principe d'égalité en ce qui concerne les exemptions de la directive)

33. En plus du secteur de l'énergie, l'article 4 de la directive exempte de son champ d'application les entreprises publiques dont le chiffre d'affaires hors taxes n'a pas atteint un total de 40 millions d'unités de compte européennes pendant les deux exercices annuels précédents, ainsi que les entreprises qui prêtent des services sans influence sensible sur les échanges communautaires et les entreprises des secteurs de l'eau, des transports, des postes et télécommunications et du crédit.

34. Pour le gouvernement italien, ces exemptions entraînent une discrimination non motivée. Il est d'avis que des exemptions sectorielles ne sauraient être permises qu'en l'absence de concurrence intracommunautaire dans le secteur visé.

35. Mis à part le fait que ce moyen tend plutôt à élargir de champ d'application de la directive, il n'est pas fondé. Le douzième considérant de la directive indique, en effet, qu'il y a lieu d'exclure des secteurs qui n'appartiennent pas au domaine concurrentiel ou qui font déjà l'objet de dispositions communautaires particulières garantissant une transparence adéquate, certains secteurs dont le caractère particulier justifie qu'ils fassent l'objet de dispositions spécifiques, ainsi que les entreprises dont l'importance économique réduite ne justifie pas les charges administratives pouvant découler des mesures à prendre. Ces considérations, dont au moins une s'applique à chacun des secteurs exclus par l'article 4 de la directive, comportent toutes des critères suffisamment objectifs pour justifier une exemption du champ d'application de la directive.

36. Il y a donc lieu de conclure que les recours introduits par les trois gouvernements n'ont pas révélé d'éléments susceptibles de justifier l'annulation, même partielle, de la directive attaquée. Il convient dès lors de rejeter ces recours.

Sur les dépens

37. 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.

38. Les trois gouvernements requérants ayant succombé en leurs moyens, il y a lieu de les condamner aux dépens. Il en va de même pour le gouvernement français en sa qualité de partie intervenante dans les affaires 189-190/80.

39. Parmi les gouvernements intervenant au soutien des conclusions de la Commission seul le gouvernement néerlandais a conclu à la condamnation des requérants aux dépens. Il convient, dès lors, de condamner la République française, la République italienne et le Royaume-Uni à supporter, en plus de leurs propres dépens, ceux de la Commission et du royaume des Pays-Bas.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

- 1) Les recours sont rejetés
- 2) La République française, la République italienne et le Royaume-Uni supporteront, en plus de leurs propres dépens, ceux de la Commission et du royaume des Pays-Bas.

Acórdão de 16 de Junho de 1987

**COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CONTRA REPÚBLICA ITALIANA.**

**«TRANSPARÊNCIA DAS RELAÇÕES FINANCEIRAS
ENTRE OS ESTADOS MEMBROS E AS EMPRESAS PÚBLICAS.»**

Processo 118/85

ARRET

1. Par requête déposée au greffe de la Cour le 29 avril 1985, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du traité CEE, un recours visant à faire reconnaître que la République italienne, en ayant refusé de lui transmettre les informations au sujet de l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 80/723 de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques (JO L 195, p. 35).

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.

3. Il n'est pas contesté que l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (ci-après AAMS) participe à l'activité économique en ce qu'elle offre, dans le secteur des tabacs manufacturés, des biens et des services sur le marché. En outre, il est constant que l'AAMS ne possède pas de personnalité juridique distincte de celle de l'État.

4. Le gouvernement italien défend son refus de transmettre les informations demandées para la Commission en invoquant le fait que l'AAMS ne peut être considérée comme une "entreprise publique" au sens de l'article 2 de la directive 80/723 mais doit au contraire être considérée comme un des "pouvoirs publics" au sens du même article. A cet égard, il soutient que si l'AAMS est, en tant qu'organe de l'État, un pouvoir public, elle ne pourrait constituer en même temps une entreprise publique au sens de la directive.

5. Aux termes de l'article 2 de la directive 80/723, on entend par pouvoirs publics "l'État, ainsi que d'autres collectivités territoriales" et par entreprise publique "toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent".

6. Il y a lieu de constater, ainsi qu'il a été dit par la Cour dans son arrêt du 6 juillet 1982 (République française, République italienne et Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission, 188 à 190/80, Rec. p. 2545) que l'objectif essentiel de la directive 80/723 est de promouvoir l'application efficace, aux entreprises publiques, des dispositions des articles 92 et

93 du traité concernant les aides étatiques. Ainsi qu'il ressort des considérants de la directive, la complexité des relations des pouvoirs publics nationaux avec les entreprises publique est de nature à entraver l'exécution par la Commission de son devoir de surveillance de telle sorte qu'une application efficace et équitable des règles du traité CEE concernant les aides ne peut se faire que pour autant que ces relations financières soient rendues transparentes. En particulier, le sixième considérant prévoit qu'en matière d'entreprises publiques, cette transparence doit permettre de distinguer clairement entre le rôle de l'État en tant que pouvoir public et en tant que propriétaire.

7. La distinction prévue par le sixième considérant procède de la reconnaissance du fait que l'État peut agir soit en exerçant l'autorité publique soit en exerçant des activités économiques de caractère industriel ou commercial consistant à offrir des biens et des services sur le marché. Afin de pouvoir opérer une telle distinction, il est donc nécessaire, dans chaque cas, d'examiner les activités exercées par l'État, et de déterminer à quelle catégorie ces activités appartiennent.

8. Il y a lieu d'observer qu'à cette fin, il n'importe pas que l'État exerce lesdites activités économiques par le moyen d'une entité distincte sur laquelle il peut exercer directement ou indirectement une influence dominante selon les critères énumérés à l'article 2 de la directive ou qu'il exerce les activités directement par moyen d'un organe faisant partie de l'administration de l'État. En effet, dans ce dernier cas, le fait que l'organe est intégré dans l'administration de l'État implique par hypothèse l'exercice d'une influence dominante au sens dudit article 2. En pareil cas, les relations financières peuvent être encore plus complexes et la transparence voulue par la directive devient dès lors encore plus nécessaire. En l'espèce, le fait que l'AAMS est intégrée dans l'administration de l'État ne s'oppose donc pas à ce qu'elle soit considérée comme une entreprise publique au sens de la directive 80/723.

9. Le gouvernement italien fait encore valoir que pour que les pouvoirs publics exercent leur influence sur une entreprise publique, les deux entités doivent être juridiquement distinctes. A son avis, une entreprise publique doit donc nécessairement posséder une personnalité juridique distincte de celle de l'État.

10. Cet argument ne peut pas être retenu. L'objectif de la directive 80/723 tel qu'indiqué ci-dessus serait mis en cause si son application dépendait de la question de savoir si des organes d'État possèdent ou non une personnalité juridique distincte de celle de l'État. En effet, suivant la forme juridique choisie par les États membres, les activités économiques de caractère industriel ou commercial de certains organes d'État seraient visées par la directive alors que celles d'autres organes ne le seraient pas. En outre, l'application de la directive en ce qui concerne la même activité différerait d'un État membre à un autre, en fonction de la forme juridique que chaque État membre attribue aux entreprises publiques exerçant une telle activité.

11. A cet égard, il y a lieu de rappeler, ainsi que la Cour l'a constamment souligné dans sa jurisprudence, que le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne pour limiter la portée des dispositions de droit communautaire aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait dès lors être admis. Par conséquent, l'existence ou non d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État, attribuée par le droit national, est sans pertinence pour décider si un organe peut être considéré comme une entreprise publique au sens de la directive.

12. Le gouvernement italien estime de plus que la notion de relations financières, dont la directive entend assurer la transparence, suppose des relations entre sujets juridiques distincts.

13. Il y a lieu d'observer à cet égard que le fait qu'un organe, exerçant des activités économiques de caractère industriel ou commercial, soit intégré dans l'administration de l'État avec

lequel il se confond dans une même personne juridique, n'empêche pas l'existence des relations financières entre l'État et cet organe. En effet, par le moyen d'allocations de fonds budgétaires, l'État dispose par définition du pouvoir d'influence sur la gestion économique de l'entreprise, permettant de compenser des pertes d'exploitation et de mettre à la disposition de l'entreprise de nouveaux fonds, et peut ainsi permettre à celle-ci de poursuivre une exploitation en dehors des règles d'une gestion commerciale normale, situation que la directive a justement pour objectif de rendre apparente.

14. Enfin, le gouvernement italien soutient qu'il résulte de l'annexe I à la directive 80/767 du Conseil, du 22 juillet 1980, adaptant et complétant, en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs, la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 215, p. 1) que l'AAMS est un organe du ministère italien des Finances. En effet, une note en bas de page à ladite annexe I à propos du ministère des Finances exclut la régie des tabacs et du sel de la liste des entités acheteuses italiennes relevant du champ d'application de la directive.

15. A cet égard, il y a lieu d'observer que dans le cadre de la directive 80/767, ainsi que l'affirme le gouvernement italien, l'AAMS est considérée comme dépendant du ministère des Finances. Toutefois, ainsi qu'il ressort du raisonnement de la Cour développé ci-dessus, cette circonstance n'importe pas pour la qualification d'entreprise publique au sens de la directive 80/723.

16. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'AAMS doit être considérée comme une entreprise publique au sens de l'article 2 de la directive 80/723.

17. Il y a donc lieu de reconnaître qu'en ayant refusé de transmettre à la Commission les informations au sujet de l'Amministrazione dei Monopoli di Stato, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 80/723 de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

Sur les dépens

18. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. La République italienne ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

1. En ayant refusé de transmettre à la Commission les informations au sujet de l'Amministrazione dei Monopoli di Stato, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 80/723 de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.
2. La République italienne est condamnée aux dépens.

Acórdão de 4 de Maio de 1988

**CORINNE BODSON / PFRL
(PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL DA "COUR DE CASSATION" FRANÇAISE)**

**"CONCORRÊNCIA — SERVIÇO DE CERIMÓNIAS FÚNEBRES —
DIREITOS ESPECIAIS EXCLUSIVOS"**

Processo 30 / 87

**ARRÊT DE LA COUR
(sixième chambre)
du 4 mai 1988**

**"CONCURRENCE — SERVICE DES POMPES FUNÈBRES —
DROITS SPÉCIAUX EXCLUSIFS"**

Dans L'affaire 30/87,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du Traité CEE, par la Cour de cassation française à Paris et tendant à obtenir dans le litige pendant devant cette juridiction entre *Corine Bodson*, résidant à Charleville-Mézières (France),

et

S.A. Pompes Funèbres des Régions Libérées, dont le siège social est à Reims,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation des articles 37, 85, 86 et 90 dudit traité

LA COUR (*sixième chambre*),

composé: de M.O. DUE, président e chambre, MM. T. KOOPMANS, K. BAHLMANN, C.N. KAKOURIS et T.F. O'HIGGINS, juges,

avocat général: M. J. L. DA CRUZ VILAÇA,

greffier: M. H. A. RUEHL, *administrateur principal*,

considérant les observations présentées

- pour Mme Bodson, partie requérante au principal, dans la procédure écrite par Me J. Rouvière, avocat à Paris, et dans la procédure orale, par Me R. Brunois, avocat à Paris,
- pour la société des Pompes Funèbres des Régions Libérées, partie défenderesse au principal, par Me J.-L. Delvolve, avocat à Paris,
- pour le gouvernement de la République française, par MM. G. Guillaume et C. Chavance, en qualité d'agents,
- pour la Commission des Communautés européennes, par son conseiller juridique M. L. Antunes, en qualité d'agent, et Me N. Coutrelis, avocat à Paris,

vu le rapport d'audience et à la suite de la procédure orale du 9 décembre 1987,

ayant entendu les conclusions de l'avocat général présentées à l'audience du 11 février 1988,

rend le présent

ARRÊT

1. Par arrêt du 20 janvier 1987, parvenu à la Cour le 2 février suivant, la Cour de cassation française a posé, en vertu de l'article 177 du Traité CEE, plusieurs questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 37, 85, 86 et 90 du Traité, en vue d'apprécier la compatibilité, avec ses dispositions, d'un régime national de concession exclusive de monopoles communaux en matière de certains services de pompes funèbres.

2. Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige entre la société des Pompes Funèbres des Régions Libérées, filiale de la société des Pompes Funèbres Générales, à laquelle la ville de Charleville-Mézières a concédé depuis 1972, et de manière exclusive, le service extérieur des pompes funèbres, d'une part, et Mme Corinne Bodson, qui avait entrepris des activités comprises dans le service extérieur des pompes funèbres sur le territoire de cette commune, d'autre part.

3. Une loi française de 1904, dont les dispositions principales font actuellement partie des articles L 362-1 et suivants du Code des communes, a confié le "service extérieur" des pompes funèbres aux communes. Le service extérieur comprend exclusivement le transport des corps après la mise en bière, la fourniture des corbillards, cercueils et tentures extérieures des maisons mortuaires, les voitures de deuil ainsi que les fournitures et le personnel nécessaires aux inhumations, exhumations et crémations; en particulier, il n'inclut ni le "service intérieur", qui correspond aux prestations de culte, ni le «service libre», qui comprend les prestations non indispensables à l'organisation des obsèques telles que la fourniture de fleurs et de la marbrerie.

4. Il ressort du dossier que 5 000 des communes françaises, sur un total de 36 000 environ, regroupant 25 millions de personnes, soit à peu près 45% de la population française, ont concédé le service extérieur à une entreprise privée. La société des Pompes Funèbres Générales et ses filiales sont concessionnaires dans 2 800 communes; elles assurent un pourcentage élevé des enterrements en France. Selon les renseignements fournis par la Commission, la société mère, Pompes Funèbres Générales, est elle-même une filiale d'une entreprise qui fait partie du groupe de la Lyonnaise des Eaux.

5. Mme Bodson exploite une des entreprises des pompes funèbres franchisées de M. Michel Leclerc, qui a constitué en France un réseau de telles entreprises fournissant leurs services à des prix nettement inférieurs à ceux pratiqués habituellement dans ce secteur, notamment par la

société des Pompes Funèbres Générales et ses filiales. Lorsque Mme Bodson a pratiqué des obsèques sur le territoire de la ville de Charleville-Mézières, le concessionnaire exclusif l'a assignée en référé.

6. La Cour de cassation se trouve saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Reims, statuant en référé, qui a interdit sous astreinte à Mme Bodson l'exercice de toute activité relevant du service extérieur des pompes funèbres. Devant la Cour de cassation, Mme Bodson a fait valoir que le groupe constitué par la société des Pompes Funèbres Générales et ses filiales a exploité de façon abusive une position dominante sur le marché; elle a fait état d'un avis de la commission française de la concurrence imputant un monopole ou une position dominante à ce groupe. Elle a allégué que ce monopole ou cette position dominante résulterait de l'attribution à ce groupe, à titre exclusif, d'une part importante, voire dans certaines régions françaises de la quasi-totalité, des concessions communales du service extérieur des pompes funèbres; l'abus serait notamment constitué par des prix excessifs alors que, en outre, l'applicabilité de l'article 37 du Traité CEE ne serait pas à exclure dans le cas d'un ensemble de monopoles communaux couvrant le territoire national.

7. Considérant qu'il importe de savoir si le Traité doit être interprété en ce sens qu'il serait applicable à des situations du genre de celles ainsi décrites, la Cour de cassation a sursis à statuer pour poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- “1. L'article 37 du Traité peut-il recevoir application dans l'hypothèse d'un ensemble de monopoles communaux concédés à une même entreprise ou à un même groupe d'entreprises, couvrant une certaine partie du territoire national et qui ont pour objet le service extérieur des pompes funèbres défini par les articles L. 362-1 et suivants du Code des communes, étant précisé que cet objet comprend des prestations de services et des fournitures de marchandises?
2. L'article 90 du Traité peut-il être applicable à l'entreprise ou au groupe d'entreprises bénéficiaires d'un tel ensemble de monopoles ainsi concédés en ce domaine?
3. Dans l'hypothèse où l'article 90 du Traité ne lui serait pas applicable, cette entreprise ou ce groupe d'entreprises peut-il néanmoins relever des articles 85 et 86 du Traité? Plus spécialement l'article 85 est-il applicable aux contrats de concessions conclus en ce domaine avec les communes?
4. Les réponses aux questions précédentes sont-elles modifiées si l'ensemble des monopoles ou la position dominante résultant de cet ensemble a en fait pour objet également des prestations de services ou des fournitures concernant les pompes funèbres mais quand elles sont en dehors du champ d'application du service extérieur défini par l'article L 362-1 du Code des communes?”

8. Pour un plus ample exposé de la législation française en la matière, des faits et des antécédents du litige, et pour un résumé des observations écrites déposées devant la Cour, 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.

9. La première question vise l'interprétation du Traité en matière de monopoles nationaux, les trois autres questions, qu'il convient d'examiner ensemble, concernent l'interprétation des règles de concurrence applicables aux entreprises.

Sur la première question

10. Quant à l'interprétation de l'article 37 du Traité, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour (voir notamment arrêt du 28 juin 1983, Coopérative de Béarn, 271/81, Rec. p. 2057), il résulte tant de la place de cette disposition dans le chapitre du Traité sur l'élimination des restrictions quantitatives que de la terminologie utilisée qu'elle vise les échanges de marchandises et ne concerne pas un monopole de prestations de services.

L'éventualité ne peut cependant être exclue qu'un monopole de prestations de services puisse avoir une influence indirecte sur les échanges de marchandises entre les Etats membres, en particulier lorsque le monopole de prestation de certains services que constitue une entreprise, ou un ensemble d'entreprises, aboutit à une discrimination de produits importés par rapport aux produits d'origine nationale.

11. Il convient d'observer en outre que l'article 37 vise les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, expression qui couvre, selon le deuxième alinéa du paragraphe 1 de cet article, tout organisme par lequel un Etat membre contrôle, dirige ou influence sensiblement, directement ou indirectement, les échanges entre les Etats membres, et qui s'applique également aux monopoles d'Etat délégués.

12. C'est à partir de ces deux considérations qu'il y a lieu d'interpréter l'article 37 à l'égard de la situation envisagée par la juridiction nationale, qui est celle d'un ensemble de monopoles communaux concédés à des entreprises appartenant au même groupe, couvrant une certaine partie du territoire national et qui ont pour objet des prestations de services ainsi que des fournitures de marchandises.

13. A cet égard, il convient d'observer que l'article 37 vise en particulier les situations où les autorités nationales sont à même de contrôler ou de diriger les échanges entre Etats membres, ou encore de les influencer sensiblement, par voie d'un organisme institué à cet effet ou d'un monopole délégué. Cette disposition englobe, par conséquent, la situation où le monopole en cause est exercé par une entreprise ou groupe d'entreprises, ou par des unités territoriales de l'Etat telles que les communes.

14. Toutefois, la situation telle que décrite par la juridiction nationale ne relève d'aucune de ces deux hypothèses. En effet, la législation nationale confie le service extérieur des pompes funèbres aux communes, celles-ci étant libres de concéder ce service à une entreprise privée, de laisser ce service complètement libre ou de le gérer elles-mêmes. La circonstance que les concessionnaires d'un certain nombre de communes couvrant une partie importante du territoire national appartiennent à une même groupe d'entreprises et peuvent ainsi influencer sur les courants d'échanges, ne résulte pas du comportement des autorités nationales ou municipales mais de celui des entreprises en cause.

15. Ces considérations font apparaître que la situation envisagée par la juridiction nationale doit être appréhendée au regard des dispositions du Traité applicables aux entreprises, tels notamment les articles 85, 86 et 90, plutôt qu'au regard des règles de l'article 37 relatives aux monopoles nationaux.

Sur les deuxième, troisième et quatrième questions

16. Il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, que l'article 90 a pour objet de préciser notamment les conditions d'application des règles de concurrence prévues par les articles 85 et 86 à des entreprises publiques, à des entreprises auxquelles les Etats membres accordent des droits spéciaux

ou exclusifs et à des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général. Il convient, dès lors, d'examiner d'abord les problèmes relatifs à l'applicabilité des articles 85 et 86.

17. En ce qui concerne l'article 85, la juridiction nationale demande plus spécialement, dans la deuxième branche de la troisième question, si cette disposition est applicable aux contrats de concession conclus, dans le domaine des pompes funèbres, entre des entreprises, ou un groupe d'entreprises, et les communes.

18. Comme la Commission l'a observé à juste titre, l'article 85 du Traité s'applique, d'après ses termes mêmes, aux accords «entre entreprises»; cette disposition ne vise pas les contrats de concession conclus entre des communes agissant dans leur qualité d'autorités publiques et des entreprises chargées de l'exécution d'un service public.

19. Quant à l'application éventuelle de l'article 85 aux rapports entre les entreprises concessionnaires appartenant au même groupe d'entreprises, il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour (arrêt du 31 octobre 1974, *Centrafarm c. Sterling Drug*, 15/74, Rec. p. 1147), cette disposition ne vise pas des accords ou pratiques concertées entre des entreprises appartenant au même groupe en tant que société mère et filiale, si les entreprises forment une unité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, et si ces accords ou pratiques ont pour but d'établir une répartition interne des tâches entre les entreprises.

20. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si une telle situation se présente dans le cas de l'espèce. Le simple fait que les entreprises concessionnaires appartiennent au même groupe d'entreprises n'est pas déterminant à cet égard; il faut tenir compte de la nature des rapports entre les entreprises de ce groupe. En l'espèce, cette nature ne résulte ni des questions préjudicielles ni d'autres éléments du dossier; en particulier, il n'est pas apparent que les entreprises poursuivent une même ligne d'action sur le marché qui est déterminée par la maison mère.

21. Le comportement anticoncurrentiel éventuel du groupe d'entreprises concessionnaires constituant une unité économique au sens de la jurisprudence de la Cour doit être examiné au regard de l'article 86 du Traité. Les questions préjudicielles paraissent partir de cette hypothèse étant donné qu'elles font mention, à la quatrième question, de «l'ensemble des monopoles ou la position dominante résultant de cet ensemble». Il y a donc lieu d'examiner dans quelles conditions l'article 86 peut être appliqué à une telle situation.

22. L'article 86 interdit des pratiques abusives résultant de l'exploitation, par une ou plusieurs entreprises, d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Cette interdiction ne s'applique cependant que dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'être affecté par ces pratiques.

23. Selon le gouvernement français, cette dernière condition ne se trouve pas remplie dans un cas comme celui de l'espèce. La Commission partage cet avis, en faisant remarquer qu'elle avait été saisie de plaintes à propos des prix pratiqués par les concessionnaires appartenant au groupe Pompes Funèbres Générales, et que, après examen, elle est arrivée à la conclusion que l'activité du groupe ne pouvait avoir qu'une influence imperceptible sur des transactions avec d'autres Etats membres. A cet égard, elle a considéré que le monopole du service extérieur des pompes funèbres n'implique aucune autre livraison de biens que celle du cercueil et que la situation de monopole ne se présente que dans environ 14% des communes françaises, le groupe en cause n'étant concessionnaire que dans deux tiers de celles-ci. La Commission indique cependant que le même groupe assure également le service des pompes funèbres dans d'autres Etats mem-

bres, en particulier aux Pays-Bas, où elle prend en charge 14% des inhumations du pays, en Grand-Bretagne et en Allemagne.

24. A cet égard, il y a lieu de rappeler que, pour apprécier si le commerce entre Etats membres est susceptible d'être affecté par l'abus d'une position dominante, au sens de l'article 86, il faut prendre en considération les conséquences qui en résultent pour la structure de la concurrence effective dans le marché commun. En matière de services, ces conséquences peuvent notamment consister, comme la Cour l'a observé dans son arrêt du 2 mars 1983 (GVL, 7/82, Rec. p. 483), à organiser les activités de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de telle façon qu'elles ont pour effet de compartimenter le marché commun et d'entraver ainsi la liberté des prestations de services qui est l'un des objectifs du Traité.

25. Par conséquent, il appartient à la juridiction nationale d'examiner si, dans le cas dont elle est saisie, les activités du groupe d'entreprises concessionnaires, et la situation de monopole dont elles disposent sur une partie importante du territoire d'un Etat membre, ont des effets sur l'importation de marchandises en provenance d'autres Etats membres ou sur la possibilité, pour les entreprises concurrentes établies dans ces Etats membres, d'assurer des prestations de services dans le premier Etat membre.

26. La deuxième condition posée par l'article 86 est qu'il y ait position dominante sur le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci. Une telle position dominante se caractérise, selon la jurisprudence de la Cour (voir arrêt du 9 novembre 1983, Michelin, 322/81, Rec. p. 3461), par une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui donne à celle-ci le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents et de ses clients. Il résulte également de la jurisprudence que l'application de l'article 86 n'est pas exclue par le fait que l'absence ou la limitation de la concurrence est favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires.

27. Pour examiner si une telle position dominante existe dans un cas comme celui de l'espèce, il convient de déterminer la puissance économique du groupe d'entreprises concessionnaires sur le marché en cause, qui est celui des pompes funèbres. La notion de position dominante se référant à une situation de fait, il y a lieu de prendre également en considération la situation du groupe d'entreprises dans les communes où il n'est pas le concessionnaire exclusif, ainsi que les services prestés, et les biens livrés, par le groupe en question en dehors du service extérieur des pompes funèbres, comme par exemple la livraison de fleurs ou de marbrerie qui fait partie du «service libre».

28. Selon les informations qui ressortent du dossier, le groupe d'entreprises dont Pompes Funèbres Générales est la société mère est concessionnaire exclusif dans moins de 10% des communes françaises; la population de ces communes s'élève cependant à plus du tiers de la population française. Or, c'est l'importance de la population, plutôt que le nombre des communes couvert par l'exclusivité des concessions accordées au groupe en cause qui détermine le nombre d'enterrements et qu'il faut donc prendre en considération pour apprécier l'existence d'une position dominante.

29. Si donc l'existence d'une telle position dominante dépend d'une appréciation de fait qui incombe à la juridiction nationale, celle-ci pourrait utilement fonder son jugement sur les paramètres suivants:

- l'importance de la part de marché du groupe qui est à l'abri de toute concurrence par l'effet de la concession exclusive,
- l'influence de cette situation de monopole sur la position du groupe à l'égard de livraisons de biens et prestations de services non convertes par la concession exclusive,

- la position du groupe dans les communes l'ayant pas concédé le service extérieur des pompes funèbres à une entreprise, ainsi que la part de marché du groupe dans d'autres Etats membres,
- les ressources financières du groupe telles qu'elles peuvent, par exemple, ressortir de l'appartenance du groupe à un ensemble puissant d'entreprises ou groupes d'entreprises.

30. La troisième condition posée par l'article 86 est l'exploitation abusive de la position dominante. A titre d'exemple, l'article 86, deuxième alinéa, sous a, mentionne l'imposition de façon directe ou indirecte de prix non équitables. En l'occurrence, les plaintes qui avaient été adressées à la Commission concernaient précisément l'imposition de prix non équitables par les concessionnaires. Dans le cadre du présent litige, Mme Bodson a fait valoir que Pompes Funèbres Générales et ses filiales pratiquent des prix excessifs.

31. Le gouvernement français et Pompes Funèbres des Régions Libérées ont contesté le caractère non équitable des prix pratiqués par les filiales de Pompes Funèbres Générales. Le dossier ne comporte aucun élément permettant de trancher ce problème. Etant donné que plus de 30 000 communes en France n'ont pas concédé le service extérieur des pompes funèbres à une entreprise, mais laissent ce service libre ou le gèrent elles-mêmes, il doit être possible de procéder à une comparaison des prix pratiqués par le groupe d'entreprises concessionnaires et ceux pratiqués par ailleurs; une telle comparaison serait de nature à fournir une base à l'appréciation du caractère équitable, ou non, des prix pratiqués par les concessionnaires.

32. Les mêmes intervenants ont encore fait observer que les concessionnaires ne sont pas en mesure d'"imposer" un certain prix, les prix à pratiquer étant fixés par le cahier de charges qui fait partie des conditions de la concession. Cet argument ne saurait être retenu. Il ressort en effet du dossier que la concession du service extérieur est considérée, en France, comme un contrat conclu entre la commune et l'entreprise concessionnaire, perspective dans laquelle se place d'ailleurs la juridiction nationale. Cette constatation implique que le niveau des prix est imputable à l'entreprise, celle-ci étant pleinement responsable des contrats qu'elle a conclus.

33. Dans la mesure où les communes auraient imposé un certain niveau de prix à leurs concessionnaires, en ce sens qu'elles se seraient abstenues de concéder le service extérieur aux entreprises si celles-ci n'acceptaient pas de pratiquer des prix particulièrement élevés, ces communes se trouveraient dans la situation visée par l'article 90, paragraphe premier. En effet, cette disposition régit les obligations des Etats membres, notion qui inclut, dans ce contexte, les autorités publiques aux niveaux régional, provincial ou communal, au regard d'entreprises «auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs». La concession exclusive du service extérieur des pompes funèbres relève précisément de cette situation.

34. Il découle de cette constatation que les autorités publiques ne peuvent, dans une situation comme celle de l'espèce, ni édicter ni maintenir des «mesures» contraires aux règles du Traité, en particulier celles des articles 85 et 86. Par conséquent, il leur est interdit d'aider les entreprises concessionnaires à pratiquer des prix non équitables en imposant de tels prix comme une condition d'un contrat de concession.

35. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent.

- a. que l'article 85 du Traité ne vise pas les contrats de concession conclus entre des communes agissant dans leur qualité d'autorités publiques et des entreprises chargées de l'exécution d'un service public;
- b. que l'article 86 du Traité s'applique dans l'hypothèse d'un ensemble de monopoles communaux concédés à une même groupe d'entreprises dont la ligne d'action sur le marché

est déterminée par la maison mère, dans une situation où ces monopoles couvrent une certaine partie du territoire national et ont pour objet le service extérieur des pompes funèbres,

- Lorsque les activités du groupe, et la situation de monopole dont les entreprises en question disposent sur une partie du territoire d'un Etat membre, ont des effets sur l'importation de marchandises en provenance d'autres Etats membres ou sur la possibilité, pour les entreprises concurrentes établies dans ces Etats membres, d'assurer des prestations de services dans le premier Etat membre;
 - Lorsque le groupe d'entreprises occupe une position dominante, caractérisée par une situation de puissance économique, lui fournissant le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective sur le marché des pompes funèbres;
 - et lorsque ce groupe d'entreprises pratique des prix non équitables, alors même que le niveau de ces prix est fixé par un cahier de charges faisant partie des conditions du contrat de concession;
- c. que l'article 90, paragraphe premier, du Traité doit être interprété en ce sens qu'il interdit aux autorités publiques d'imposer aux entreprises auxquelles elles ont accordé des droits exclusifs tels que le monopole du service extérieur des pompes funèbres, des conditions de prix contraires aux dispositions des articles 85 et 86.

Sur les dépens

36. Les frais exposés par le gouvernement de la République française 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 (sixième chambre),

statuant sur les questions à elle soumises par la Cour de cassation française, par arrêt du 20 janvier 1987, dit pour droit:

1. L'article 85 du Traité ne vise pas les contrats de concession conclus entre des agissant dans leur qualité d'autorités publiques et des entreprises chargées de l'exécution d'un service public;
2. L'article 86 du Traité s'applique dans l'hypothèse d'un ensemble de monopoles communaux concédés à un même groupe d'entreprises dont la ligne d'action sur le marché est déterminée par la maison mère, dans une situation où ces monopoles couvrent une certaine partie du territoire national et ont pour objet le service extérieur des pompes funèbres,
 - Lorsque les activités du groupe, et la situation de monopole dont les entreprises en question disposent sur une partie du territoire d'un Etat membre, ont des effets sur

l'importation de marchandises en provenance d'autres Etats membres ou sur la possibilité, pour les entreprises concurrentes établies dans ces Etats membres, d'assurer des prestations de services dans le premier Etat membre;

- Lorsque le groupe d'entreprises occupe une position dominante, caractérisée par une situation de puissance économique, lui fournissant le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective sur le marché des pompes funèbres;
 - et lorsque ce groupe d'entreprises pratique des prix non équitables, alors même que le niveau de ces prix est fixé par un cahier de charges faisant partie des conditions du contrat de concession;
3. L'article 90, paragraphe premier, du Traité doit être interprété en ce sens qu'il interdit aux autorités publiques d'imposer aux entreprises auxquelles elles ont accordé des droits exclusifs tels que le monopole du service extérieur des pompes funèbres, des conditions de prix contraires aux dispositions des articles 85 et 86.

DUE

KOOPMANS

BAHLMANN

KAKOURIS

O'HIGGINS

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 4 mai 1988.

Le président de la sixième chambre
O. DUE

Le greffier
J.-G. GIRAUD

Acórdão de 30 de Junho de 1988

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS CONTRA GRÉCIA

Processo 226/87

ARRÊT

1. Par requête déposée au greffe de la Cour le 20 juillet 1987, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du traité CEE, un recours visant à faire constater qu'en omettant d'adopter, dans le délai imparti, les mesures nécessaires pour se conformer à la décision 85/276 de la Commission, du 24 avril 1985, relative à l'assurance en Grèce des biens publics et des crédits accordés par les banques publiques helléniques (JO L 152, p. 25), la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CEE.

2. L'article 13 de la loi hellénique n.º 1256/82, des 28-31 mai 1982, prévoit, d'une part, que tous les biens publics, compris ceux des entreprises publiques, doivent être assurés exclusivement par des compagnies d'assurances helléniques du secteur public, et impose, d'autre part, au personnel des banques publiques helléniques de recommander à leurs clients de s'assurer auprès de compagnies d'assurances dépendant du secteur bancaire public et contrôlées par celui-ci.

3. Par décision du 24 avril 1985, prise sur le fondement de l'article 90, paragraphe 3, du traité, la Commission a déclaré ces dispositions législatives incompatibles avec celles de l'article 90, paragraphe 1, du traité, en liaison avec celles des articles 52, 53, 5, 2ème alinéa, et 3 f), dudit traité. Cette décision, notifiée au Gouvernement hellénique par lettre du 30 mai 1985, prévoyait en son article 2 que ce Gouvernement était tenu d'informer la Commission, dans un délai de deux mois à compter de cette notification, des mesures qu'il avait prises pour s'y conformer.

4. Aucune information n'étant parvenue à la Commission dans le délai imparti, celle-ci adressa un rappel au Gouvernement hellénique qui lui fit connaître, par lettre du 29 octobre 1985, que l'article 13 de la loi n.º 1256/82 allait être modifié dans un avenir immédiat.

5. Cette modification législative n'étant pas intervenue, la Commission engagea, le 8 avril 1986, la procédure prévue par l'article 169 du traité, en mettant la République hellénique en demeure de présenter ses observations.

6. Il s'ensuivit un échange de correspondances au cours duquel les autorités helléniques se bornèrent à annoncer le dépôt imminent devant le Parlement d'un projet de loi destiné à adapter la législation existante à la décision de la Commission du 24 avril 1985.

7. Finalement, après avoir adressé au Gouvernement hellénique, le 17 février 1987, un avis motivé resté sans réponse, la Commission a introduit le présent recours.

8. Pour un plus ample exposé de la législation nationale, du déroulement de la procédure ainsi que des 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.

9. A l'appui de son recours, la Commission soutient que la République hellénique était tenue de se conformer à sa décision du 24 avril 1985 et ne saurait exciper de son illégalité dans le cadre de la présente procédure en manquement.

10. Le Gouvernement défendeur fait valoir, pour sa part, que, en réalité, la décision précitée de la Commission devrait être regardée comme un simple avis. La circonstance qu'il n'aurait pas utilisé à son encontre les voies de recours prévues par l'article 173 ne saurait être considérée comme la reconnaissance de son caractère obligatoire et de son bien fondé. Il serait donc en droit de contester la légalité de cette prétendue décision à l'occasion du présent recours. Il soutient que, contrairement aux énonciations de cette décision, l'article 13 de la loi hellénique n.º 1256/82 n'est pas contraire au traité.

11. Il convient de relever qu'aux termes de l'article 90, paragraphe 3, du traité CEE: «La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres». Il résulte de l'arrêt de la Cour du 6 juillet 1982 (République française, République italienne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission, affaires jointes 188 à 190/80, Rec. p. 2545), que, si la compétence ainsi conférée à la Commission s'exerce dans un champ d'application spécifique et dans des conditions définies en fonction de l'objet propre de cet article, cette circonstance ne fait pas obstacle à ce que les «directives» et «décisions» visées par cette disposition du traité appartiennent à la catégorie générale des directives et décisions prévues à l'article 189.

12. Dans ces conditions, la décision de la Commission, du 24 avril 1985, était, en vertu des dispositions de l'article 189, alinéa 4, du traité, «obligatoire en tous ses éléments» pour la République hellénique à qui elle était adressée. Cette dernière était donc tenue d'en respecter les dispositions jusqu'à ce qu'elle ait éventuellement obtenu de la Cour de justice soit le sursis à exécution, soit l'annulation de la décision en cause. Il est constant qu'en l'espèce le Gouvernement hellénique n'a ni demandé à la Cour, ni par suite obtenu d'elle, de telles mesures.

13. Pour contester le manquement qui lui est reproché, la République hellénique ne saurait, en tout état de cause, exciper de l'illégalité de la décision du 24 avril 1985.

14. En effet, le système des voies de recours établi par le traité distingue les recours visés aux articles 169 et 170 qui tendent à faire constater qu'un État membre a manqué aux obligations qui lui incombent, et les recours visés aux articles 173 et 175 qui tendent à faire contrôler la légalité des actes ou des abstentions des institutions communautaires. Ces voies de recours poursuivent des objectifs distincts et sont soumises à des modalités différentes. Un État membre ne saurait donc utilement, en l'absence d'une disposition du traité l'y autorisant expressément, invoquer l'illégalité d'une décision dont il est destinataire comme moyen de défense à l'encontre d'un recours en manquement fondé sur l'inexécution de cette décision.

15. La République hellénique a objecté à l'audience que, dans le cas d'espèce et pour répondre à une exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire, la Cour devrait néanmoins exercer son contrôle, par voie d'exception, sur la décision du 24 avril 1985. En effet, celle-ci méconnaîtrait le principe fondamental de la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres et manquera ainsi de toute base juridique dans l'ordre communautaire.

16. Cette objection ne pourrait être accueillie que si l'acte en cause était affecté de vices particulièrement graves et évidents, au point de pouvoir être qualifié d'acte inexistant (arrêt du 26

février 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo, 15/85, non encore publié). Or, l'argumentation avancée par la République hellénique ne contient aucun élément précis de nature à conférer une telle qualification à la décision de la Commission. Elle a d'ailleurs elle-même considéré que la décision du 24 avril 1985 n'était pas inexistante lorsqu'elle a annoncé tout au long de la procédure précontentieuse son intention de s'y conformer.

17. Il résulte de tout ce qui précède que le recours de la Commission doit être accueilli, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la légalité de la décision litigieuse.

Sur les dépens

18. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. La République hellénique ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens.

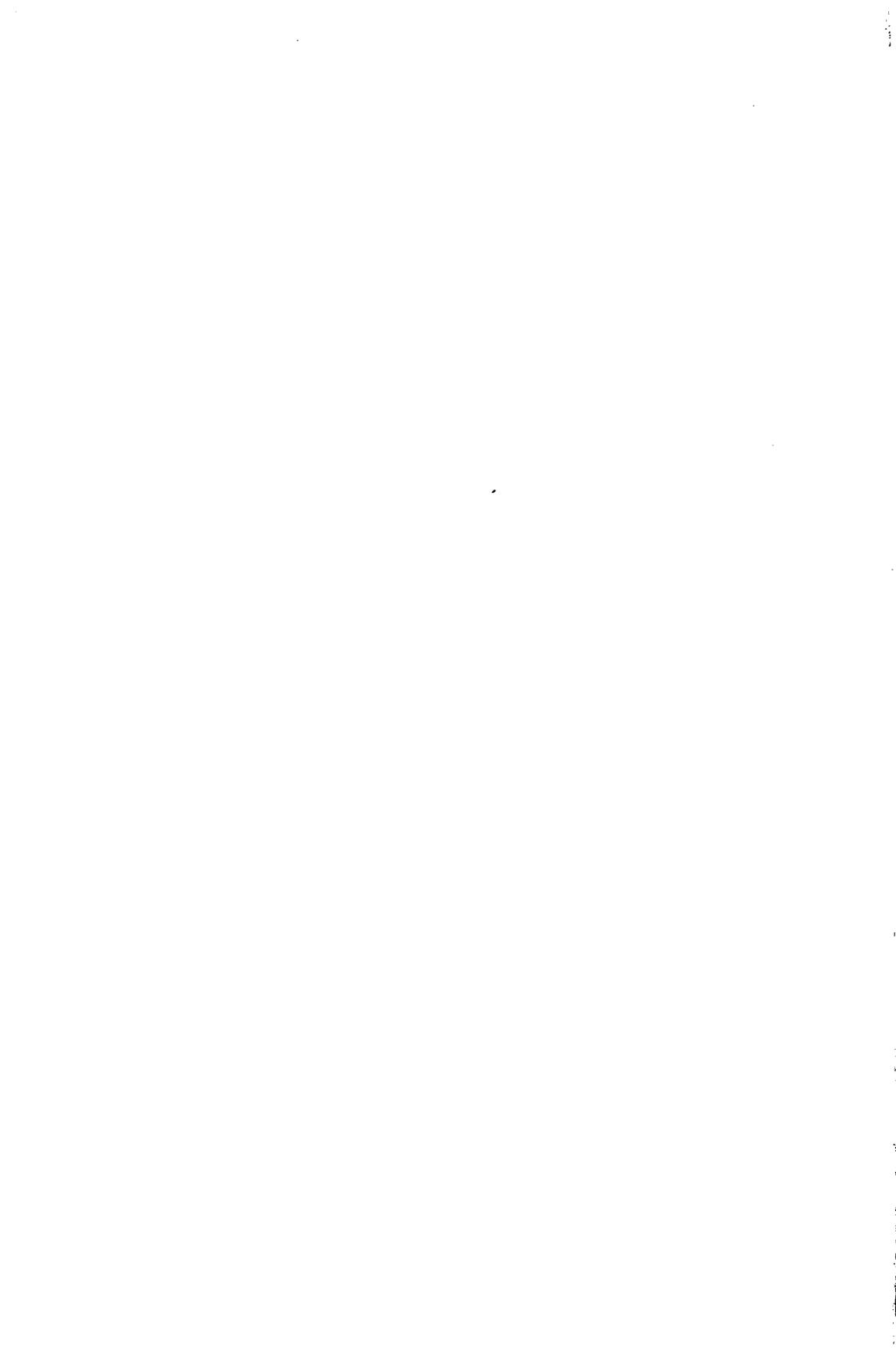
par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

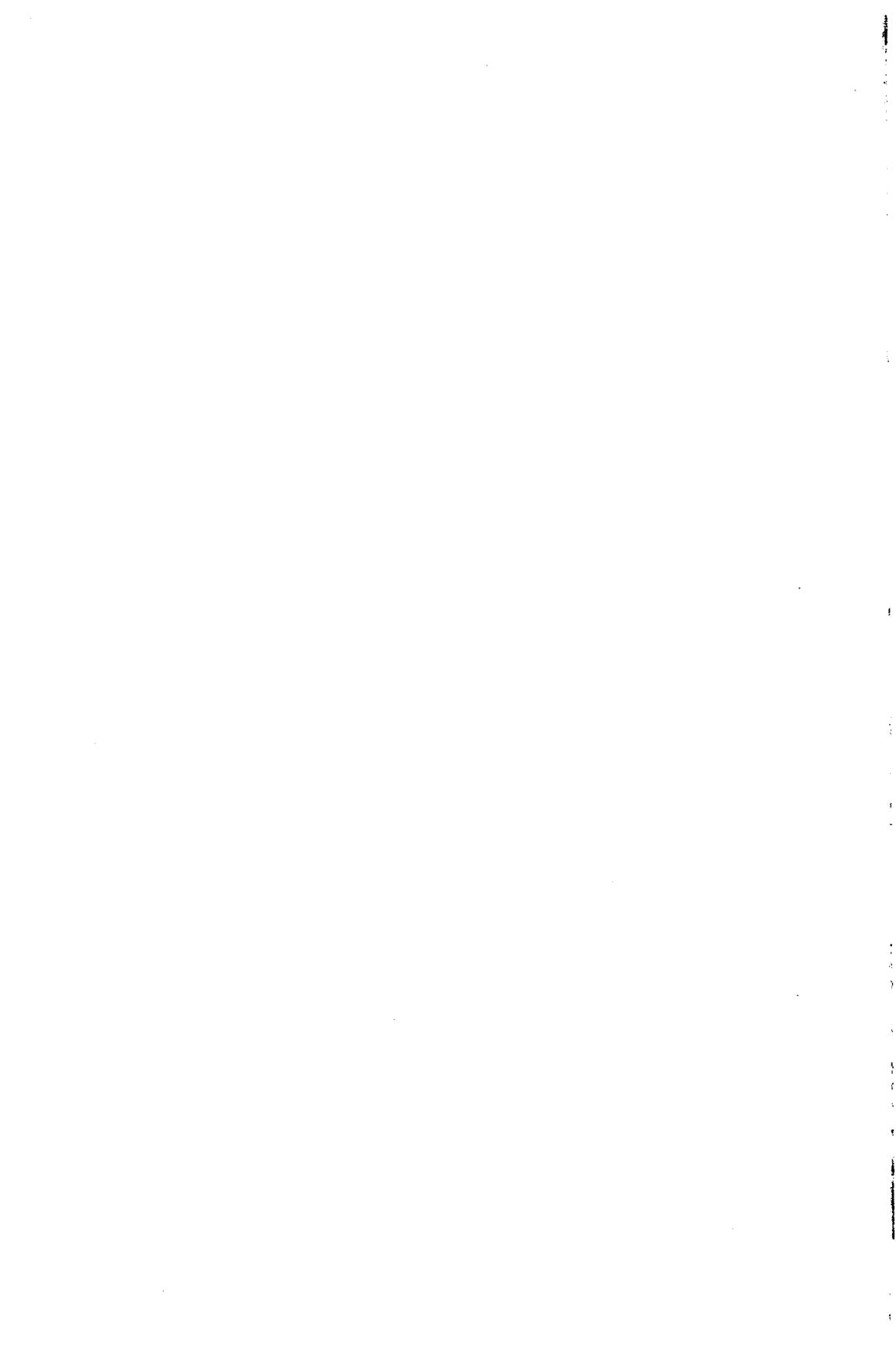
- 1) En omettant d'adopter, dans le délai imparti, les mesures nécessaires pour se conformer à la décision 85/276 de la Commission, du 24 avril 1985, relative à l'assurance en Grèce des biens publics et des crédits accordés par les banques publiques helléniques (JO L 152, p. 25), la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CEE.
- 2) La République hellénique est condamnée aux dépens.

2. La République italienne est condamnée aux dépens.



JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO

**DISCIPLINA COMUNITÁRIA
DA CONCORRÊNCIA BANCÁRIA**



SUMÁRIO

I — ASPECTOS GERAIS DA CONCORRÊNCIA INTERBANCÁRIA

1. Concorrência imperfeita
2. O mercado bancário
 - a) Mercado dirigido
 - b) Concorrência *versus* regulação
3. Objectivos gerais da disciplina da concorrência

II — TÓPICOS GERAIS DO REGIME COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA

III — APLICABILIDADE DO DIREITO COMUNITÁRIO À BANCA

1. Acordos interbancários
 - a) Acordos transnacionais
 - b) Acesso ao mercado
 - c) Acordos monetários e não monetários
 - d) Posição do Tribunal de Justiça e suas consequências
 - e) Eurocheques Uniformes
2. Abusos de posição dominante



I. ASPECTOS GERAIS DA CONCORRÊNCIA INTERBANCÁRIA

A quem esteja menos familiarizado com o funcionamento das instituições de crédito poderá figurar-se uma contradição nos termos a ideia de «concorrência bancária». Pois, dir-se-á, não se aprovisionam os bancos de matéria-prima previamente tipificada e a custos também predeterminados em grande medida pelas autoridades públicas? E não sucede o mesmo com os produtos (crédito e serviços) que eles vendem e com os respectivos preços (taxas de juro, comissões)?

Uma densa e geralmente mal conhecida regulamentação do mercado bancário — que se pode dizer omnipresente, dado que o Estado intervém desde a constituição dos bancos, passando pelo controlo da sua gestão, até à própria morte ou liquidação deles — pode realmente ofuscar, pelo menos à vista desarmada, os espaços de autonomia e iniciativa postulados por qualquer liberdade de concorrência. Não é, pois, de todo ilegítimo pôr em dúvida a existência dum autêntico mercado bancário: mercado *livre* ou concorrencial, evidentemente.

1. Concorrência imperfeita

Mas não estamos no séc. XIX nem já na primeira metade do presente século, antes vivemos em sistemas sócio-económicos mistos (de mercado e de direcção estadual) onde, com alguma experiência dolorosa, se aprendeu a não confiar inteiramente a regulação ou o equilíbrio das relações económicas às meras forças do mercado; tal como se não deseja entregar esse cuidado apenas

ao Estado (por democrático que seja). Por outro lado, não se defende já, hoje, o esquema oitocentista, liberal, da *concorrência perfeita* — simples modelo matemático de um pseudo-equilíbrio estático da oferta e da procura.

É bem diversa a realidade dos nossos dias e, como fica dito, a maneira de a encarar. À multiplicidade e a dispersão de pequenas empresas concorrentes sucedeu a concentração e o gigantismo das organizações produtivas: em vez da atomicidade, a molecularidade. Por seu turno, a pressuposta homogeneidade dos produtos, industriais e outros, encontra-se hoje substituída pela sua diferenciação, alcançada pelos mais variados processos. Em terceiro lugar, em vez da transparência dos mercados o que mais se nos depara (salvo, aparentemente, nas bolsas) é a diversidade de custos e preços e a falta de informação sobre as condições de compra ou venda: opacidade. Finalmente, a quarta condição da concorrência perfeita, a saber, a fluidez, cedeu cada vez mais o lugar a uma rígida mobilidade dos factores de produção. — Estamos bem longe do arquétipo liberal.

O que a realidade contemporânea nos oferece não quadra efectivamente na grelha dicotómica desse modelo: concorrência perfeita *ou* monopólio. As actuais estruturas de mercado são, nesse sentido, imperfeitas. Entre os dois termos da mencionada dicotomia, o que se depara é toda uma complexa gama de situações mistas de *mercados imperfeitos* ou intermédios.

A concorrência hodiernamente exercida entre as empresas é uma «concorrência dinâmica» e não passiva ou estática — de simples adaptação às condições do mercado — que revoluciona as próprias estruturas de mercado num processo abalizadamente designado, como é sabido, por destruição criadora... Já não aparece, pois, como o mecanismo de equilíbrio económico por excelência, mas antes como a influência vigorosa e diversificada sobre o mercado ou os demais concorrentes: o «poder de mercado».

Como não podia deixar de ser, tudo isto se veio reflectir na linguagem e nas concepções tanto da doutrina económica como da jurídica. A concorrência deixou de ser considerada como «estado de mercado» para ser entendida como «comportamento sobre o mercado», dirigido caracteristicamente à conservação da clientela própria e ao seu alargamento à custa dos ou *contra* os outros concorrentes...

Pôde falar-se, inclusivamente, numa concorrência «monopolística» (Chamberlain) e — sem referir os que agora defendem até a bondade dos monopólios privados — não falta quem celebre as vantagens da concorrência oligopolís-

tica, por poder ocasionar lutas mais fortes e eficazes do ponto de vista económico. Quer dizer: vai-se ao ponto de incluir no conceito, definição ou pelo menos designação de concorrência os próprios fenómenos dantes havidos como anti-concorrenciais...

Na interpretação, mesmo, das normas *proibitivas* do direito da concorrência, estabeleceu-se uma terminologia própria que distingue entre as proibições *per se* e as que admitem a incidência da *rule of reason*, consoante se considere que o comportamento anticoncorrencial é em absoluto proibido pela lei (p. ex. um acordo sobre preços) ou, ao invés, se ponderem detidamente os efeitos pró- e anti-competitivos do acordo (p. ex. de cooperação interempresarial para o desenvolvimento de certo produto), só depois disso e no caso de o *balanço* ser negativo se concluindo pela sua ilegalidade ⁽¹⁾...

Tudo isto é assim, talvez, porque a realidade desmente em absoluto a teoria liberal, ao mostrar os homens como activos e aguerridos *sujeitos* da economia e não como observadores apáticos dos *dados* do mercado. Os agentes económicos dominam ou podem realmente dominar em apreciável medida as forças do mercado, e daí resulta que este não pode ser entendido como um estado quimicamente puro (e.. em equilíbrio) correspondente a determinado modelo teórico, lógico-matemático.

Daí, também, que o Estado fosse chamado há muito a compensar ou corrigir as intervenções — «dirigismo privado», como já se lhe chamou — e o domínio dos particulares sobre o mercado. Fê-lo e continua-o a fazer controlando — como polícia — as chamadas práticas restritivas da concorrência. E também o faz — como agente económico — intervindo directamente na economia, seja produzindo e consumindo bens e serviços, seja regularizando os mercados.

Numa palavra: o que as modernas economias mistas nos oferecem não é praticamente nunca um sistema de concorrência pura mas sim de mercados imperfeitos e «mercados controlados».

A própria expressão clássica «livre concorrência» caiu em desuso.

A teoria da concorrência perfeita encontra-se hoje completamente ultrapassada, tanto (digamos assim) à esquerda como à direita. E o conceito mesmo

⁽¹⁾ V., por último, R. KOVAR, «Le droit communautaire de la concurrence et la 'règle de raison'», *Rev. Trim. de Droit Européen*, 1987, n.º 2, p. 237.

de concorrência aparece igualmente questionado de múltiplas perspectivas. Há sectores, como a agricultura, relativamente aos quais não se reúnem os pressupostos duma liberdade de competição. O mesmo se pode dizer do mercado de trabalho — passe a ilegitimidade ética da expressão — até certo ponto por razões de ordem política. Especialidades são notadas ainda no respeitante às profissões liberais: preços e publicidade, p. ex. Mais frisante é o caso, abertamente admitido pelos legisladores, das práticas colusórias — portanto, restritivas da concorrência entre as empresas concertadas — mediante as quais se conseguem desenvolver novos produtos ou produzir bens em escla mais eficiente... De resto, o processo concorrencial parece transportar no bojo um inegável paradoxo: as empresas competitivas, mais inovadoras, produzindo da forma mais eficiente, satisfazendo melhor os desejos (e as necessidades) dos consumidores, são as que ganham no jogo: conseguem, portanto, afastar os rivais e assim, tendencialmente pelo menos, ficar sós no mercado. Se acabam por não ficar sozinhas, ou enquanto não ficam, vêm-se obrigadas a baixar cada vez mais os seus preços até... descerem abaixo do custo marginal e, claro, terminarem na falência (o argumento não colhe do ponto de vista económico, mas é esgrimido por certos industriais e do ponto de vista moral pode ser de considerar); no caso de sucesso, e portanto ficando as empresas mais competitivas no mercado, porventura dominando-o por completo e ditando livremente a sua lei, será muito aberrante que — em nome da concorrência (que praticaram) — tais empresas venham a ser condenadas pelo poder de monopólio alcançado!

Isto, admitimos de boamente, são considerações teóricas que a análise empírica não sustenta integralmente. Servem no entanto tais considerações para demonstrar a inviabilidade do modelo — também ele teórico, apenas — da economia clássica. Aliás, este modelo veio a revelar-se e continua a revelar-se completamente desajustado da realidade económica contemporânea, como ficou apontado.

Mas, se a concorrência perfeita é algo que não pode atingir-se, só cumpre saber se a *concorrência imperfeita* possui algumas propriedades e benefícios que a tornem merecedora de protecção por parte dos poderes públicos. A resposta parece ser afirmativa, e o modelo alternativo já proposto por Clark em 1940 é o da «workable competition» — conceito fluido, pode dizer-se prosaico, mas corrente na economia como no direito...

Quando portanto nos propomos analisar as regras da concorrência no sector bancário, é no quadro geral desta concorrência impura que nos inserimos. Já por isso não poderá estranhar-se a expressão «concorrência bancária».

Segundo R. WHISH, são quatro os problemas particulares a enfrentar quando se opte, política e legislativamente, pela protecção da «workable competition»: a proibição de *coligações* (colusões) que tenham por efeito restringir a concorrência entre as empresas coligadas; a prevenção das tentativas, por parte de firmas em *posição dominante* ou monopolistas, para abusarem dessa posição e para impedirem a emergência de novos concorrentes; a manutenção duma «workable competition» nos sectores *oligopolísticos*; e finalmente o controlo das *concentrações* (fusões) entre empresas, que façam diminuir as pressões concorrenciais no mercado.

Os dois primeiros destes domínios constituem os pontos-chave das «práticas restritivas da concorrência» hodiernamente reguladas nas leis dos vários países da CEE. Neles centraremos igualmente a nossa atenção.

Mas, antes de prosseguir, convirá decerto atentar um pouco no tipo de mercado que abordaremos.

2. O mercado bancário

O sector do crédito é um bom exemplo dos mercados controlados ou imperfeitos acima referidos.

É de todos sabido que, num contexto como tem sido o dos países democráticos ocidentais — onde livre concorrência e intervencionismo (este mais na Europa do que, já, no outro lado do Atlântico) representam categorias económico-sociais e até, antes disso, mentais ou idiossincráticas — a política do crédito aparece como elemento determinante na orientação económica. Com efeito, à falta de outra política económica, ela «tende conjunturalmente a tornar-se a única política possível»; eventualmente, dir-se-á, em única forma desse, hoje tão desacreditado, planeamento económico.

a) *Um mercado protegido (ou dirigido)*

Bastará ponderar numa observação que já pôde autorizadamente ser feita (*apud* FERRARI), segundo a qual os bancos, no seu conjunto, são incapazes de auto-regular a sua própria expansão. Não pode afirmar-se que a célebre «mão invisível» assegura que da acção dos bancos comerciais resulta necessariamente a quantidade de crédito compatível com a situação económica da produção de cada país. O que existe e se tem sentido é a mão visível — e até pesada —

dos governos e dos bancos centrais, velando pela solvabilidade e liquidez das instituições de crédito e em especial controlando a criação de meios de pagamento, segundo métodos de intensidade e eficácia variáveis...

Se pode afirmar-se que existem «regras de jogo», trata-se de regras dita das pelas autoridades ou, no mínimo, sujeitas a mais ou menos estrita supervisão destas. Em suma: a política de crédito desenvolve-se «entre a liberdade de concorrência e a intervenção do Estado» — numa zona cinzenta...

O que se passou nos Estados Unidos é sintomático e merece uma referência, ainda que breve.

A regulação da actividade bancária pelo Estado federal data de 1864, o que faz dela uma intervenção de poderes públicos mais antiga do que o velho intervencionismo nos transportes ferroviários, comumente apontando como a primeira regulamentação económica. Recorde-se que foram os abusos nos preços praticados neste último sector que levaram ao aparecimento, em 1890, da primeira das leis «antitrust» americanas, o Sherman Act.

A banca ainda hoje continua a ser, nos Estados Unidos, a mais regulamentada das actividades económicas.

Costuma-se notar que é de sempre, nesse país, a vontade legislativa de impedir uma concentração do poder económico. As autorizações concedidas ao First e ao Second Bank of the United States, criados respectivamente em 1791 e 1817 sob o impulso de Alexander Hamilton, não foram renovadas em 1833 pelo presidente Jackson, tendo este justificado perante o Congresso essa atitude pelo desejo de dispersar o poder financeiro no âmbito do território nacional — o que veio a originar a enorme fragmentação de 14 000 bancos e 54 000 estabelecimentos financeiros (os bancos «nacionais» são um terço dos bancos americanos e detêm 55% de todas os activos bancários) — e de criar um sistema independente de estabilização dos mercados financeiros, o qual se tornaria no Office of the Comptroller of the Currency.

Mais tarde, como é sabido, o «crash» da bolsa em 1929 foi atribuído às manipulações bancárias: a crise do sistema bancário resultara de uma política de taxas de juro excessivas. E vieram as medidas legislativas.

O congresso aprovara o McFadden Act, de 1927, que confinava o âmbito geográfico dos bancos ao Estado da respectiva sede. Em 1933, aprovou o Glass-Steagall Act — que procedeu à separação das actividades específicas dos bancos comerciais e dos de investimento — e principalmente o Banking Act que introduziu o sistema das taxas de juro máximas, a conhecida *Regulation Q*.

Haveria de seguir-se, também como pilar do sistema bancário americano, o Bank Holding Company Act que, em 1956, confirmou a reacção a um poder financeiro concentrado e que veio a ser modificado em 1970. Aliás, nos Estados Unidos da América, uma das grandes motivações da regulação bancária, de par com a garantia da *estabilidade* do sistema, foi sempre a da *separação* das actividades bancária e comercial, como forma de evitar os conflitos de interesses e a indevida concentração de recursos. O Congresso enumerou em 1970 — ao alterar o mencionado Act (sec. 4, c, 8) — estes efeitos para serem tomados em conta pelo Fed; e este denegou autorizações, em 1974 e 1978, para as maiores *holdings* bancárias poderem concentrar grandes empresas não bancárias, fazendo-o em parte com base em que as pretendidas aquisições apresentavam os riscos, temidos pelo Congresso, de indevida concentração de recursos...

Assim, o Federal Reserve System veio impondo desde 1933 limites máximos às taxas de juro remuneradoras dos depósitos a prazo e de poupança recolhidos pelos bancos comerciais. As alterações sucessivamente aportadas a esses limites máximos implicaram sérias influências na posição concorrencial mútua dos bancos comerciais e das restantes instituições financeiras. Até 1957 estas outras instituições beneficiaram da ausência de concorrência dos bancos e puderam fazer passar a sua parte em depósitos de poupança de 45%, em 1946, para 60%, em 1957. Nesta altura, porém, teve a banca de procurar novas fontes de aprvisionamento de fundos e, a seu pedido, as taxas máximas foram repetidamente elevadas entre 1957 e 1965. A sua parte de mercado nos referidos depósitos deixou de decrescer, apesar de também as outras instituições terem acompanhado a alta das taxas. Em finais de 1966 as taxas máximas foram reduzidas pelo Fed relativamente aos depósitos de poupança nos bancos comerciais, ao mesmo tempo que se fixaram — de acordo com nova legislação — as taxas das restantes instituições num máximo de 0,5% e depois 0,25% acima do dos bancos. Não deixou de ser criticado este uso da regulação para suprimir a concorrência entre as instituições depositárias; todavia, graças a ele, algumas instituições conseguiram evitar a falência...

Mas do apontado regulamento Q também resultaram efeitos paradoxais de inovação financeira. Por exemplo, a proibição de atribuir juros aos depósitos à ordem levou as instituições depositárias a oferecer prémios laterais aos clientes, o mesmo tendo feito para majorarem, além dos máximos fixados, as taxas de juro dos depósitos a prazo. É certo que, em Maio de 1980, o Deregulation Committee ameaçou proibir tais prémios, mas, perante a reacção

(«lobbying») das instituições financeiras, acabou por só os limitar... Outros exemplos fornecem-nos os certificados de depósito (CDs), as contas NOW (negotiable order of withdrawal: depósitos à ordem remunerados), que já em 1972 apareceram no Estado da Nova Inglaterra, etc. — De tudo resultou, como nota EISENBELS, que a regulação suscitou uma acrescida competição...

Deve ser notado que da década de 70 para cá a regulação americana das instituições bancárias tem mudado de objecto, centrando-se menos nas taxas de juro, formas das contas, etc., e mais nos direitos dos consumidores, nas cláusulas contratuais, na solvabilidade dos bancos, etc. — Isto é: deixou de preocupar-se tanto com a defesa ou o controlo da concorrência propriamente dita entre as instituições de crédito. De resto, a ajuizar ao menos pelos muitos autores que vêm criticando em geral a legislação «antitrust» americana, esta deveria, mesmo, orientar-se unicamente pelo objectivo de promover a eficiência em benefício do consumidor, sendo o interesse deste a prevalecer, sempre, em caso de conflito com outros.

E, já mais especificamente no âmbito da *derugation*, de que nos ocuparemos abaixo, o Depositary Institutions Deregulation and Monetary Control Act veio abolir em 1980, por um período de 6 anos, o limite máximo das taxas de juro activas (Regulation Q). Hoje em dia, estas taxas encontram-se portanto completamente liberalizadas.

As leis bancárias existentes — inclusive, segundo veremos, ao nível comunitário — foram inspiradas por ideias marcadamente proteccionistas. Nelas, genericamente falando, intenta-se garantir a *estabilidade* ou segurança («safety and soundness»), dizem os americanos) das instituições bancárias, particularmente a sua rentabilidade e solvabilidade, como forma de tutelar a confiança do público assegurando a integridade do mecanismo de pagamentos e, sobretudo, protegendo de eventuais falências os depositantes, isto é, protegendo as poupanças recolhidas junto do público. Por outro lado, as referidas leis orientam-se por uma pretensão de garantir a eficácia da *política monetária* definida pelo Estado, através do controlo pelas autoridades públicas do mercado bancário, melhor, do mercado monetário.

Estes parâmetros de solicitude proteccionista são bem visíveis no direito português, também. Isto vale para o próprio direito constitucional, de mais recente elaboração, como se alcança à primeira vista da simples leitura do art. 105, n.º 1, da nossa Lei fundamental: o sistema financeiro é estruturado por forma a garantir, por um lado, a captação e a segurança das poupanças e,

por outro, a conveniente aplicação dos meios financeiros recolhidos. Mas tais balizas são também as dos diplomas, bem mais antigos, que em boa parte ainda vigoram entre nós como traves-mestras do sistema bancário. Bastará referir o D. L. 42641, de 12 de Novembro de 1959, cujo capítulo II, arts. 13.º e seguintes, sob a epígrafe *da defesa do crédito*, tratava exactamente da coordenação e fiscalização da actividade bancária, do fornecimento de informações financeiras, mesmo da celebração de acordos de domínio do mercado, etc.

Retenhamos para já esta dupla preocupação dos vários sistemas legais: garantir a *confiança* do público na banca — mediante uma vigilância aturada da respectiva solvabilidade — e utilizar, mais ou menos assumidamente, a mesma banca como *longa manus* da política económica monetária do Estado. Mais à frente, haverá oportunidade de chamar à colação, de um modo especial, o segundo destes vectores.

Ambos os aspectos referenciados respeitam, pode dizer-se, ao sistema bancário globalmente considerado — e, numa primeira aproximação, fazem crer que na regulação legal não existe praticamente nenhum espaço para a liberdade de concorrência entre as instituições bancárias. Vistas as coisas, porém, com alguma distância, é possível que isso se explique mais exactamente por os legisladores — mesmo descontando a influência epocal que os marcou (anos 30, 40...) — não terem tanto em vista as árvores, as *empresas* bancárias, como a floresta, o *sistema* bancário.

Não significamos que a legislação se desinteresse de garantir a eficácia das empresas de crédito singularmente consideradas; nem, muito menos, que a falta de concorrência entre as mesmas instituições se possa revelar ou considerar prejudicial, até, ao próprio sistema bancário. A tónica, porém, não era classicamente essa, e só hoje é que se vêem surgir propostas, ideias e inovações práticas no sentido de contrapor ao proteccionismo clássico, como verdadeira *alternativa*, a introdução dum princípio ou de regras localizadas de concorrência que induzam, mesmo globalmente, a minimização dos custos e a melhoria dos serviços prestados aos utentes (consumidores).

b) *Concorrência versus regulação?*

Insera-se isto no movimento, caracterizadamente americano, da *deregulation* que melhor traduziríamos (pelo menos do ponto de vista jurídico) por «desregulação» do que por «desregulamentação»; aqui, porém, utilizaremos indi-

ferenciadamente qualquer dos termos ⁽²⁾. O próprio vocábulo só apareceu nos Estados Unidos numa edição do *New York Times* de 1976 e corresponde a um retorno, iniciado na administração Carter (hidrocarbonetos e transportes, em 1978) mas impulsionado desde a primeira eleição de Reagan, ao «sistema de valores originários» da América: livre empresa e inovação numa economia aberta e concorrencial.

Ao sistema bancário americano veio também a chegar a desregulação, como resposta às profundas mutações de que, pela primeira vez em meio século, ele foi objecto. Aliás, a já mencionada legislação dos anos 30 vinha sendo ultrapassada por vários outros processos, desde a introdução inovadora de outros produtos financeiros — swaps de juros, títulos novos, etc. — até às tentativas de novas interpretações jurídicas por parte dos juristas especializados — por exemplo, a introdução do conceito de bancos... não bancários («non-bank banks») no quadro de McFadden Act, — passando pelas aplicações tecnológicas, que puseram em causa a fragmentação geográfica legalmente imposta, e pela própria actuação das autoridades abrindo excepções factuais a certas regulamentações legais...

Por outro lado, como observa ROSE, o próprio Congresso expressou no último quarto de século um crescente interesse, na sua legislação, mais pela promoção da concorrência bancária do que pela restrição dela.

O Tesouro americano propôs ao Congresso, logo em 1981 e a seguir em 1982, a liberalização da actividade bancária, sendo a última versão das suas propostas o Financial Instruments Deregulation Act, de 1983. Curiosamente — e suscitando algumas críticas da profissão — essas propostas vão no sentido de permitir o exercício de actividades, até aqui proibidas aos bancos, apenas a filiais *não* bancárias de *holdings* bancárias. Propõem-se serviços como a consultadoria relativa a investimentos, o *leasing*, o processamento de dados, etc. Tudo isto tem como fito preservar os bancos dos riscos inerentes às novas actividades e ao mesmo tempo potenciar a competitividade entre os bancos e instituições bancárias. É com certeza uma forma interessante (e por assim dizer de garantia de reciprocidade) de atender às pretensões da banca de não ser batida

(²) Oficialmente, entre nós, já tem aparecido usado, precisamente em matéria de crédito, o termo *desregulamentação*: preâmbulo (n.º 5) da portaria n.º 466-A/87, de 3 Jun., do Ministério das Finanças (vendas a prestações); preâmbulo do D.L. 350/87, de 5 Nov., do mesmo Ministério (remuneração dos depósitos a prazo); desp. normat. 89/87, publicado em 12 Nov.; preâmbulo, ainda, do D.L. 365/87, de 27 Nov. ...

pela concorrência de instituições financeiras não bancárias que têm vindo crescentemente a oferecer uma panóplia de serviços tanto não financeiros como de tipo bancário...

Não resistimos, todavia, a fazer uma breve referência ao que parece constituir uma revivescência muito recente das ideias «regulamentadoras» ainda actuautes na América nos anos sessenta. Trata-se da decisão tomada em 20 de Maio de 1985 pelo Tribunal de Recursos americano, que revogou uma determinação do Conselho de Governadores do Federal Reserve System ⁽³⁾.

Este, com efeito, embora confessando alguma relutância, sentiu-se obrigado a deferir o requerimento dum banco nova-iorquino para se instalar na Flórida a fim de desenvolver actividades consideradas «não bancárias» visto apenas se propor aceitar depósitos e não também conceder crédito comercial — sendo que, de acordo com a chamada Emenda Douglas, só ambas estas actividades em conjunto definem um «banco». O tribunal afastou a interpretação demasiado literal da Administração bancária, por não considerar esta autorizada a contrariar a vontade do Congresso e os seus objectivos historicamente demonstrados: evitar a concentração bancária em certas áreas, impedir a confusão das actividades bancárias, com uso indevido dos depósitos bancários, e especialmente garantir a cada Estado federal decidir por si mesmo abrir as fronteiras aos bancos de outros Estados.

Nos anos 70 várias comissões ou grupos de trabalho, em diversos países, investigaram e propuseram medidas que viriam a ser tomadas subsquentemente: comissão Hunt, nos Estados Unidos; Wilson, na Grã-Bretanha; Mayoux, em França; Gessler, na Alemanha Federal; Campbell, na Austrália; de Kock, na África do Sul. Os seus relatórios apontavam em maior ou menor grau para aquilo que nos anos 80 se veio a tornar a palavra de ordem no sector bancário: a concorrencialidade. E, segundo boa opinião ⁽⁴⁾, o principal facto que a tanto impelia era o jogo das forças do mercado então emergentes ou particularmente combinadas: a inflação, a retracção das políticas monetárias, a saturação dos mercados, a internacionalização da actividade bancária, as inovações tecnoló-

⁽³⁾ *International Banking Law*, Abr. 86, p. 162.

⁽⁴⁾ *The Economist* de 14 Mar. 81. No mesmo sentido se pronuncia P. CLAROTTI, «Problemas actuais e novas tendências da actividade bancária na Europa», *Revista da Banca*, n.º 1, Jan.-Mar. 87, p. 49, que nota: «se os anos 70 forma caracterizados pela desespecialização, os anos 80 são-no pela *deregulation*».

gicas e o próprio menor receio oficial da perda de confiança do público nos bancos.

Ainda assim, raramente se foi ao ponto de abrogar a velha legislação reguladora (protectora) da actividade bancária. O que persiste é uma *complementaridade* — hoje diríamos, em termos políticos, uma «coabitação» (talvez não necessariamente, como em política e na França se passou a ironizar, uma «coabitensão»...) — entre regulação económica e concorrência. Não estará, mesmo, demasiado ultrapassado o estudo empreendido pela OCDE, com referência ao final de 1978, sobre a política da concorrência nos sectores económicos regulamentados — entre os quais a Banca — em 16 dos seus países membros e ainda na Comunidade Europeia. Aí se conclui estarem os bancos comerciais sujeitos em todos os países a um tratamento especial relativamente às leis da concorrência. Em três deles (Áustria, Finlândia e Irlanda), o sector bancário beneficia até de isenção total do regime dessas leis. De toda a maneira, «le secteur bancaire est extrêmement réglementé dans tous les pays Membres, qu'il bénéficie ou non d'une dérogation à la législation sur les pratiques commerciales restrictives». Exemplo actual é o da lei bancária francesa, de 1984, que atribui à Comissão Bancária os poderes de averiguação e sancionamento, em geral cometidos à autoridade de defesa da concorrência, sempre que se trate de coligações ou abusos imputáveis a instituições de crédito (ainda que ocorram fora da actividade especificamente bancária).

Para terminar este rápido apanhado, poderá referir-se o sintomático caso — até pelas tradições do país em causa, onde se «inventou» a burocracia... — do abandono pelas autoridades francesas, já em 1987 ⁽⁵⁾, da velhíssima e basililar distinção — que provém, nos Estados Unidos, da época colonial — entre instituições financeiras bancárias e não bancárias («non-bank banks», à americana).

Assim, onde antes se estabelecia a grande repartição entre «estabelecimentos de crédito e assimilados» e «outras instituições financeiras», a nomenclatura oficial (contabilidade nacional), agora distingue simplesmente entre «estabelecimentos de crédito e assimilados» e «organismos de colocação colectiva em valores mobiliários» (os nossos fundos de investimento). Portanto, passam a ser *estabelecimentos de crédito* quaisquer instituições financeiras (seguradoras à parte), com a única excepção dos mencionados organismos.

(5) *Bul. Trim. Banque de France*, Mar/Abr. 87, p. 45.

Dentro de tais «estabelecimentos de crédito» entram deste modo, agora, os antes chamados «estabelecimentos de crédito não bancários» — expressão abolida — como é o caso das sociedades de desenvolvimento regional, p. ex., assim como as também antes conjuntamente denominadas «outras instituições financeiras não bancárias», que oram se agrupam sob a epígrafe «instituições financeiras diversas».

Será muito desta nova perspectiva que vai perpassar nas considerações a que seremos conduzidos neste estudo. Em certo sentido, pode dizer-se que a visão antiga dum certo cauto protecçãoismo, muito explicada pela depressão mundial que estalou em 1929, encontra-se em vias de substituição desde o início deste último quartel do séc. XX. Mas seria decerto apressado afirmar que uma perspectiva já se substitui inteiramente à outra, e muito mais temerário seria defender que no sistema financeiro a regulação e a concorrência se excluem reciprocamente. Nega-o por exemplo REVELL, considerando entre o mais que a «regulação» abrange tanto o que se usa designar por «structural regulation» como a também chamada «prudential regulation», sendo no entanto que é muito mais aquela do que esta que inibe a concorrência; e, por outro lado, na Europa têm-se vindo a abandonar ou a abrandar muitas espécies daquela regulação bancária. Assim, para além de não ser de prever a abolição da «prudential regulation», tanto nos Estados Unidos como na Europa, não pode dizer-se que ela esteja em antinomia com a concorrência, isto é, que esta seja efectivamente e de todo em todo uma alternativa daquela.

E a prova mais acabada do que dizemos é fornecida pelas legislações dos países comunitários — o nosso incluído: D.L. 23/86, de 18 de Fevereiro — as quais não só mantêm vária e similar regulamentação própria em matéria de controlo bancário (cfr. o estudo detalhado de CLAROTTI, reportado a 1985), mas inclusive vieram a alinhar-se (harmonizar-se) pelo direito comunitariamente criado, no respeitante a matérias fundamentais. Assim, nos termos da Directiva 780/77 CEE, de 12 de Dezembro de 1977, tais legislações *devem* subordinar a abertura de bancos e uma autorização administrativa e esta só pode ser concedida se, entre outras condições, a empresa possuir fundos próprios mínimos «suficientes» para o exercício da actividade creditícia; aliás, a autorização será cassada se o banco «não oferecer a garantia de poder cumprir as obrigações para com os seus credores e, em particular, deixar de garantir a segurança dos fundos» a ele confiados. Isto, para além do controlo a que se deve submeter a actividade dos bancos, com base em determinados coeficientes de solvabilidade e liquidez...

Ninguém ousará classificar esta disciplina de concorrencial. Ela patenteia manifestamente, pelo contrário, que o mercado (comum) do crédito é um mercado protegido.

Mais ainda: tal mercado aparenta-se bastante a um *mercado oligopolista*, no sentido de que o respectivo acesso é subordinado a um controlo e a uma autorização administrativa, de onde resulta a limitação do número de empresas que nele podem actuar. Tal como em vários países já sucedia, antes, existirem listas exaustivas das instituições autorizadas — com base nas quais, por exemplo, se operava a própria classificação legal como «banco» — assim também, na CEE, se vai ainda ao ponto (mas com outro espírito) de publicar anualmente o elenco das instituições; veja-se, quanto a 1986, *O Jornal Oficial* das Comunidades, sér. C, de 9 de Janeiro de 1988.

É este um ponto que retomaremos, mais circunstanciadamente, na parte final do presente estudo.

Com muita autoridade se pronunciou também já, acerca do binómio regulação/concorrência, um observador tão experiente e atento como o alto funcionário do Banco de Inglaterra e também supervisor internacional (em Basileia) — COOKE — ao discursar há uns dois anos por ocasião do 50º aniversário da Commission Bancaire belga. Para ele, uma das grandes forças que estão neste momento a operar mudanças no sistema bancário é justamente a desregulação estatal. Mas logo observa:

«Deregulation, incidentally, does not equate with no regulation. It is perhaps better described as liberalisation, which of its nature requires careful monitoring by the supervisor: indeed the term re-regulation is sometimes used» (sublinhámos).

E acrescenta dever corresponder à crescente complexidade do mercado bancário um controlo também mais complexo das autoridades monetárias. «The public increasingly looks for protection in financial business. Achieving total protection, however, will stultify markets and anyway imposes serious resource costs. On the other hand, achieving anything less will always provoke criticism. The general public and thus political interest will always be looking for maximum security at the lowest price. Little wonder that in most major countries the supervisor is becoming an increasingly beleaguered species»...

KEELEY e FURLONG debruçam-se especificamente sobre a estabilidade do sistema e a necessidade de segurança jurídica por parte dos depositantes, concluindo pelo efeito positivo das medidas políticas que reforcem os direitos dos depositantes.

ROSE opina também no sentido de que, «com as salvaguardas apropriadas e possíveis alterações no mecanismo de regulação da solvabilidade bancária», as restrições à actividade da banca poderão ser liberalizadas directamente (isto é, pelos próprios bancos) sem grandes riscos...

Igualmente BELLANGER põe em destaque as implicações da revolução tecnológica sobre as funções tradicionais da banca, a função de intermediário entre aforradores e investidores e a função de compensação de créditos (sistema de pagamentos) de particulares e de empresas. O computador e as telecomunicações permitiram uma redução dos custos de tratamento e de difusão da informação que, nos Estados Unidos e entre 1964 e 1985, se cifraram respectivamente em menos 98% e 95%. Isto permite aos agentes económicos analisarem o risco e participarem directamente no financiamento duma operação, provocando fenómenos como os da «securitization» (esbatendo as fronteiras entre bancos comerciais e de negócios) ⁽⁶⁾ e da «institutionalization» da poupança (mediante a crescente procura de aplicações por parte de instituições não bancárias colectoras de capitais: os fundos de pensões). Estes dois fenómenos modificam por forma assinalável o processo tradicional da intermediação bancária. O mesmo sucede à outra função tradicional, a compensação de créditos. A redução dos custos de tratamento e a tecnologia continuarão a acelerar as transferências directas de fundos, remetendo os bancos a um papel cada vez mais passivo (de simples «intermediário contabilístico»). Nota-se, por exemplo nos Estados Unidos, que a liquidez das contas bancárias é menos permanente que no passado, reduzindo assim uma importante fonte bancária de rendimento e de refinanciamento.

Não pode deixar de ser posta em causa, por conseguinte, a velha regulamentação legal da actividade bancária. Mas, como nota o mesmo Autor, «um movimento de desregulação no sector bancário e financeiro tem de ser associado a uma *re-regulação* ao nível dos *controles*, da *informação* e da *segurança* do sistema no seu conjunto em todas as praças financeiras do mundo» (subli-

(6) Vide GIORGIO SZEGÖ, «La 'titularizzazione' dell'attività bancaria», rev. *Bancaria*, Fev. 87, p. 39.

nhados nossos); ou ainda, mais incisivamente: «desregulação e re-regulação associada a mecanismos de controlo devem evoluir em paralelo».

A nível comunitário, igualmente o actual Comissário encarregado da concorrência ⁽⁷⁾ pôde afirmar: «Queremos criar uma situação em que os bancos da CEE possam *competir* em pé de igualdade. No entanto, há que considerar o *reverso* da medalha. A Comissão terá também de actuar como entidade *reguladora* e assegurar-se de que os bancos não tentam dividir o mercado entre si (...)

De resto, o também insuspeito BELLANGER nota explicitamente, acerca da controvérsia sobre a desregulação financeira, que «o verdadeiro debate não é o de saber se os mercados financeiros devem ou não ser liberalizados mas antes, ao contrário, procurar um *equilíbrio entre a abertura dos mercados* e uma concorrência maior entre os intermediários financeiros, dum lado, e, do outro, *a supervisão e o controlo das actividades bancárias* e a difusão de informações mais completas pelos bancos.

Poderá, neste momento, apontar-se que o enxerto de medidas e normas concorrenciais num tecido normativo todo informado por princípios diversos não pode deixar de erguer dificuldades. Inclusivamente, a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades de 14 de Julho de 1981, que adiante será analisada com mais vagar, representa uma espécie de reflexo, no mundo jurídico, da nova mentalidade que parece ganhar corpo no domínio económico. Trata-se duma perspectiva jurisprudencial em grande parte inovadora na medida em que soube ultrapassar as concepções sedimentadas ao longo de décadas e até a massa de elementos e materiais de carácter normativo ainda em vigor... Não se diga, pois, que o Direito não se deixa influenciar e até de se apresentar como factor de progresso!

Será efectivamente legítimo acreditar — como SALANITRO — que paulatinamente, na sequência da prática administrativa e da aplicação jurisprudencial das leis vigentes, emergirá «um novo ponto de equilíbrio entre as exigências de protecção do mercado financeiro e as modalidades de desenvolvimento da concorrência entre as empresas que nele operam» ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ PETER D. SUTHERLAND, «Novas oportunidades para o sector bancário europeu», *Revista da Banca*, n.º 1, Jan-Mar. 87, p. 99. Sublinhados nossos.

⁽⁸⁾ Igualmente LAURA MARRONE, «Il sistema bancario americano tra liberalizzazione e 're-regulation'», rev. *Bancaria*, 43.º, 1987, n.º 5, p. 13, alude à procura — tanto a nível operativo

Talvez tudo seja assim porque — como se poderá sintetizar a partir da lição das desregulações alheias ⁽⁹⁾ — uma regulamentação muito apertada da banca comercial leva a que outras instituições financeiras se dediquem à criação da moeda; mas, em contrapartida, a liberalização total da actividade bancária provoca o colapso do sistema financeiro...

3. Objectivos gerais da disciplina da concorrência

É geralmente reconhecido que a política de concorrência — e, portanto, necessariamente o direito da concorrência — serve um desígnio de garantia do desenvolvimento natural das forças do mercado, do processo económico, assegurando aquele espaço de *liberdade* caracterizador dos sistemas de mercado.

São fundamentalmente dois os grupos de objectivos mais concretamente assinalados à política da concorrência. O primeiro é, evidentemente, estabelecer as regras do jogo concorrencial — «jogo regulamentado», como se viu e já foi chamado (Perroux) — isto é, as *regras da concorrência*. Vai nisso implícita uma função como que passiva da concorrência: a de impedir as manipulações dos agentes económicos; mas não deixa também de estar presente uma função mais activa: o estabelecimento tendencial do equilíbrio entre a oferta e a procura. Por sua vez, o segundo objectivo essencial da política da concorrência é logicamente anterior ao que se acaba de referir e consiste na criação dum *quadro organizativo da economia* que assegure uma concorrência leal e eficaz. Isto implica designadamente e desde logo que a de todos os agentes económicos sejam dadas possibilidades de acesso ao mercado, quer no respeitante à oferta, quer no atinente à procura.

O direito da concorrência, em sentido restrito, ocupa-se somente da primeira categoria de objectivos — e o mesmo sucede, provavelmente, com a ciên-

como a nível normativo — dum *ponto de equilíbrio* entre a segurança do sistema e instâncias de maior liberdade Cfr., quanto à recente experiência holandesa. J. A. SILLEM, «A central bank view of innovations in the financial markets», *The World of Banking*, Nov.-Dez. 86, p. 12.

⁽⁹⁾ J. BRAGA DE MACEDO, «Bancos, desenvolvimento financeiro e perspectivas macroeconómicas», *Revista da Banca*, n.º 1, Jan.-Mar. 87, p. 14.

cia económica — como já pudemos entrever mais acima, ao mencionar os problemas nucleares do estabelecimento duma «workable competition». Dentro em pouco, igualmente constataremos que nisso vem o direito comunitário da concorrência a analisar-se.

Quanto à segunda das apontadas finalidades da política da concorrência, as suas implicações são bem mais vastas e profundas. Vão da política de investimentos (lado oferta) e de rendimentos (lado procura) até zonas de organização fundamental do Estado, ou seja, do direito constitucional; por exemplo: fronteiras entre o sector público e o sector privado, auxílios estatais às empresas, actividades reservadas ao Estado, isto é, vedadas a pessoas singulares ou colectivas de direito privado, etc.

Não obstante o que se acaba de dizer, figura-se de alguma utilidade — e até actualidade — aludir passageiramente a uma questão que se enquadra neste outro âmbito de finalidades da política da concorrência e que não deixa de ter a ver com a regulamentação comunitária.

Tal questão é suscitada pela circunstância de a actividade bancária ter deixado de estar vedada no nosso País às entidades privadas. Essa abertura do sector bancário não era, estritamente e do ponto de vista jurídico, imposta pela adesão à CEE, se bem que os responsáveis políticos nacionais assim tenham justificado a medida, sem muita inocência... É óbvio no entanto que, uma vez franqueado o acesso dos privados à actividade bancária, Portugal devia passar a observar as regras próprias do direito comunitariamente harmonizado — e foi o que se fez: D.L. 23/86, já antes citado.

As mencionadas normas comunitárias respeitam essencialmente ao *estabelecimento* bancário, ou seja, à instalação de novas empresas em território nacional, proibindo qualquer discriminação entre entidades portuguesas e originárias de outros Estados-membros da Comunidade. E, como é sabido, nessa proibição de tratamento discriminatório são ainda abrangidas, nos termos do art. 52.º do Tratado de Roma, as *condições de funcionamento* das empresas estabelecidas num dos países comunitários.

Ora sucede que, pelo menos à primeira vista, temos em Portugal *condições diferenciadas* de funcionamento dos bancos instalados antes (que eram praticamente só nacionais) e estabelecidos depois (de início e ainda agora na maioria, só estrangeiros). Na verdade, por determinação do nosso Banco Central, de meados de 1985, introduziu-se um regime especial — mais propria-

mente: um «período de ajustamento de 30 meses» — para os novos bancos a instalar. Isto, segundo aquela determinação, para «ter em conta os problemas específicos de instituições que entram de novo no mercado, onde têm que disputar o seu lugar...»

Note-se desde logo este propósito expresso de, por via administrativa *correctora* dos mecanismos do mercado, apoiar os novos concorrentes.

O auxílio conferido a estes consubstanciou-se no regime de enquadramento do crédito e consiste na majoração do peso relativo de cada banco, multiplicando-o por um «factor de ajustamento» com o valor inicial de 1,6 que diminuirá ao longo de dois anos e meio até ser igual a 1 ⁽¹⁰⁾.

Nesta majoração consiste, evidentemente, a discriminação de tratamento, ou privilégio, de que beneficiam os novos bancos.

Além dela, estes podem contar com outro auxílio, a expensas directas do Banco Central, que é a cobertura do risco do câmbio dos empréstimos obtidos em moedas europeias e ECU, por prazos superiores a um ano, até ao montante do dobro dos capitais próprios. A comissão a pagar pelos novos bancos equipará o custo de captação do recurso externo ao custo de obtenção de depósitos a prazo a mais de 180 dias mas menos de 1 ano». E também a contrapartida em crédito interno dos financiamentos externos mencionados será desengraçada dos limites de crédito.

II. TÓPICOS GERAIS DO REGIME COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA

Posto tudo o que antecede, entremos mais directa e precisamente nos aspectos gerais do direito comunitário da concorrência, para seguidamente podermos encarar a sua aplicabilidade no sector do crédito.

⁽¹⁰⁾ Nesta matéria foi introduzida uma primeira alteração em Outubro de 1985, e depois outras em Janeiro e Outubro de 1986.

Trata-se agora dos principais daqueles problemas suscitados — como vimos antes — pela «workable competition»: as coligações e os abusos de posição dominante. Na verdade, o Tratado de Roma contém dois preceitos fundamentais, que são os primeiros da sua parte III, epigrafada «Política da Comunidade»: o art. 85.º, respeitante às *ententes*, e o art.º 86.º relativo aos abusos de *posição dominante*.

Seja notado liminarmente que a regulamentação comunitária vai dirigida a uma finalidade específica que é a integração das economias nacionais num único mercado — interno ou comum. Com efeito, as proibições que aparecem em ambos os preceitos mencionados respeitam às medidas «susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros». Se os comportamentos das empresas não afectarem as relações intracomunitárias, real ou apenas virtualmente, deixam de cair na alçada do direito comunitário e só poderão haver-se como ilícitos por força das normas do direito interno de algum Estado-membro.

Isto serve para demonstrar que também a nível comunitário a concorrência não é defendida como um fim de si mesma, antes se inspira e serve uma determinada finalidade político-económica. E inspira-a tanto de forma negativa, proibindo as medidas de isolamento dum mercado nacional de outros (os cartéis nacionais, etc.), como de forma positiva, favorecendo o comércio intracomunitário ao permitir p. ex. a certo produtor manter noutra país um distribuidor exclusivo e assim conseguir penetrar nesse mercado, onde sozinho não teria possibilidade de aceder.

Isto não é algo de exclusivo da disciplina comunitária. Igualmente nos direitos nacionais a política da concorrência é usada como instrumento de vários — e às vezes discrepantes e contraditórios — fins político-económicos e até sociais. Atente-se, relativamente ao direito pátrio, no art. 1.º do D.L. 422/83, de 3 de Dezembro:

«O presente diploma tem por objecto a defesa da concorrência no mercado nacional, a fim de salvaguardar os interesses dos *consumidores*, garantir a liberdade de *acesso* ao mercado, assegurar a *transparência* do mercado, favorecer a realização dos objectivos gerais de *desenvolvimento* económico e social e reforçar a *competitividade* dos agentes económicos face à economia internacional».

Sacrificando por vezes a eficiência económica (*leitmotiv* da defesa da concorrência), o direito da concorrência visa finalidades como a protecção dos

consumidores (não o seu bem-estar, necessariamente, mas a sua incolumidade em face do conluio das empresas ou dos abusos dos monopolistas), o combate à inflação, a prevenção de discriminações moralmente censuráveis, etc. Um dos interesses sempre bastante presente, pelo menos na prática jurídico-económica, isto é, na diferente maneira de aplicar as leis de concorrência, é o das pequenas e médias empresas. Foi nos Estados Unidos — principalmente no período em que o juiz Warren presidiu ao Supremo Tribunal — que a pequena dimensão empresarial («small guy») influenciou especialmente as decisões das autoridades; hoje em dia e deste lado do Atlântico persiste ainda esse regime de favor na aplicação prática, pela Comissão Europeia, do direito comunitário.

De tudo o que antecede poderá talvez colher-se a ideia — a nosso ver, justa — de que sob o manto protector do direito da concorrência se poderão acolher as próprias reinvidicações, que atrás vimos serem feitas p. ex. na América, da *deregulation* mais orientada pelos interesses dos consumidores...

Passemos, então, aos preceitos comunitários.

Pode talvez dizer-se que a diferença fundamental entre os art.ºs 85.º e 86.º do Tratado reside no facto de o primeiro interditar as práticas *colectivas* das empresas, enquanto o segundo proíbe comportamentos *unilaterais* de uma ou várias empresas. No primeiro caso estamos em presença de uma actuação coordenada no mercado mediante a *concertação* de esforços de duas ou mais empresas, como tais consideradas ou agindo através da respectiva associação empresarial; é o que no direito americano se designa tradicionalmente por *conspiracy* e em português se poderia traduzir por «colusão» ou conluio, mas usa dizer-se «coligação». No segundo caso trata-se da *exploração* duma posição de domínio sobre o mercado (o «mercado relevante»), e deseja-se pôr cobro a um comportamento — que, porém, pode ser singular ou plural — reputado de *abusivo*.

Note-se de passagem que durante muitos anos a Comissão não fez uso do art.º 86.º. A sua primeira decisão formal nesse sentido data de 1971 ⁽¹¹⁾.

Ficamos pela indicação de apenas uma outra diferença entre os dois preceitos mencionados. A proibição do art.º 85.º poderá não parecer absoluta, visto ali se prever a isenção de certos acordos como tais declarados. Por seu turno, a proibição do art. 86.º parece absoluta: todo e qualquer abuso será reprimido.

(¹¹) J. O. L134, p. 15 (GEMA).

Note-se, porém, que esta diversidade de regimes tem mais de aparente que de real: por um lado, a proibição de coligações — as quais abrangem as simples práticas concertadas e visam *eliminar* no fundo a concorrência — é mais taxativa do que a outra, não dependendo como esta de uma apreciação casuística e de uma valoração ética conatural a um conceito qualquer de abuso (se há abuso, não há necessariamente supressão de concorrência), até porque não tem de traduzir-se num efeito intencional, bastando a prova de que a prática concertada é consciente e voluntária; por outro lado, as próprias isenções admitidas pelo art. 85.º3 só podem ser administrativamente concedidas (em casos individuais, precedendo *notificação* dos acordos à Comissão, ou colectivamente, por *categorias* de acordos) uma vez que se mostrem preenchidos os requisitos que justificam a abertura duma excepção, logo, no pressuposto de caírem na proibição-regra do n.º 1.

Refira-se a este último propósito que o Regulamento 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, prevê (art. 2.º) a chamada *atestação negativa*, mediante a qual as empresas obtêm da Comissão, com apreciável embora não completa segurança jurídica, a declaração de que determinada prática ou acordo não suscita a intervenção fiscalizadora da Comissão. Implicitamente, afirma-se deste modo que a prática ou acordo não reúnem as características do figurino legal de coligação ou abuso de posição dominante e portanto não caem nas proibições do art. 85.º ou do art. 86.º

Por razões que se tornam evidentes, convém que na prática, por precaução, o pedido de atestação negativa seja acompanhado da notificação para efeitos do art. 85.º3 (nos termos do art. 4.º1 do Regulamento 17 e para beneficiar do disposto do seu art. 15.º5). Como veremos mais abaixo, é o que tem sucedido no âmbito que tratamos aqui.

III. APLICABILIDADE DO DIREITO COMUNITÁRIO À BANCA

É tempo, fornecidas as indicações precedentes, de procurarmos ver como tem sido aplicado ao sector bancário o direito comunitário da concorrência.

Será natural que novamente aflore uma interrogação similar à formulada logo de início: sendo em todo o mundo o mercado bancário tão regulamentado — e, no concernente à Comunidade Europeia, sendo a liberdade de circulação de capitais a menos firme e conseguida e estando ainda tão longe a integração monetária — terão os art.ºs 85.º e 86.º alguma vocação para regular a concorrência bancária?

A pergunta tem muita razão de ser, e tanto assim que a resposta da competente instância comunitária, a Comissão, se começou por traduzir num *sim, mas...* que verdadeiramente, na prática, era mais um *não, salvo se...* E ainda hoje persistem reticências ou indefinições, embora pontuais como veremos.

Quando em 1963 o Supremo Tribunal americano decidiu, em dois arestos, que as leis «antitrust» se aplicavam em princípio ao sector bancário, ainda na Europa e mais propriamente entre os banqueiros dominava a convicção de que os acordos interbancários — tolerados, frequentemente encorajados e às vezes até impostos pela autoridade pública — relevavam essencialmente da política monetária e, portanto, não se encontravam abrangidos pelo art.º 85.º; quando muito, para evitar a incerteza jurídica, impunha-se a edição de regulamentação especial relativa ao sector bancário (MARMOL).

Por então, mais concretamente em 1962, apenas uma associação bancária, a da Bélgica, notificara a Comissão do conjunto de acordos em que intervieria — o que fez nos termos do citado Regulamento 17, formulando avisadamente o pedido principal dum atestação negativa e subsidiariamente o pedido de isenção nos termos do art.º 85.º3. Sintomaticamente, este não veio a ser o primeiro requerimento a ser decidido pela Comissão, e a posição oficial foi adiada... 24 anos!

Começou-se pois por... um silêncio. E a prova da eloquência dele reside no facto de a Comissão só dez anos depois ter tomado uma posição expressa quanto ao problema em geral, assim como dos termos em que tomou a mesma posição.

Efectivamente, no 2.º Relatório sobre a política da concorrência, em 1973, a Comissão afirmou ⁽¹²⁾ que as disposições comunitárias sobre a concorrência se aplicam em princípio ao sector bancário; mas sublinhou logo e repetiu em 1979 que tinha consciência de que na aplicação de tais regras devia levar-se em

(12) N.ºs 50 a 53 do mencionado Relatório. Isto foi reafirmado 6 anos depois no 8.º Relatório, n.º 32.

conta o carácter específico de certos ramos da economia e, no concernente em particular ao sector bancário, da interferência das políticas financeiras e monetárias através da intervenção dos bancos centrais, da supervisão das autoridades nacionais e das exigências do controlo cambial. Nesta perspectiva acrescentou o Relatório que a Comissão procuraria determinar «se e em que medida imperativos de política monetária tornariam necessário o recurso ao art. 87.º -2 c) para o efeito de especificar, no domínio bancário, o âmbito de aplicação dos art.ºs 85.º e 86.º, se se revelavam aplicáveis o art. 85.º3 ou o art. 90.º2».

Relamente, a Comissão tinha (e tem) o poder de propor ao Conselho — segundo o citado art.º 87.º2 c) — o estabelecimento de especialidades na aplicabilidade dos art.ºs 85.º e 86.º em ramos específicos da economia.

Até hoje, os referenciados poderes só foram usados — e sempre sem derogar nem pôr em causa, como aliás não pode suceder, as proibições dos art.ºs 85.º e 86.º — no respeitante ao sector dos transportes; poderia juntar-se-lhe o sector da agricultura, mas as especialidades introduzidas foram-no nos termos do art.º 42.º do Tratado e não do seu art.º 87.º. Alguns autores admitiram que o mesmo seria viável no tocante às condições gerais uniformes de bancos e seguros. No entanto — segundo informação contida num relatório elaborado em Outubro de 1983 pelo «comité» jurídico da Federação Bancária das Comunidades Europeias — representantes da DG IV da Comissão manifestaram sérias dúvidas quanto à possibilidade de se editarem regras especiais para o sector bancário.

Ora, como é patente e a própria Comissão reconheceu logo no 2.º Relatório sobre a concorrência, não havendo direito especial produzido, aplica-se ao sector bancário o direito geral dos art.ºs 85.º e 86.º

Esta aplicação do direito geral não é, porém, tão rígida ou absoluta como à primeira vista pareceria. É, como se verá de seguida, uma aplicabilidade de princípio (sim, mas...).

1. Acordos interbancários

Começaremos por uma referência aos acordos de cooperação entre bancos estabelecidos em países comunitários diferentes — acordos transnacionais,

poderá dizer-se — e passaremos depois aos acordos e práticas entre bancos de um mesmo país — acordos internos, neste sentido.

Por razões que posteriormente serão melhor compreendidas, o acordo sobre Eurocheques uniformes será referenciado apenas no termo da mencionada segunda rubrica e não desde já nesta, como seria natural à primeira vista visto ser um acordo transnacional também.

a) *Acordos transnacionais*

Nos anos 60, logo a seguir à entrada em vigor do Tratado CEE, a evolução das relações bancárias transnacionais, dentro da Comunidade, foi marcadamente caracterizada pela conclusão de acordos de cooperação entre os maiores bancos dos países membros.

Essa cooperação não deixou de ser vista como inserível no quadro dos projectos de integração económica e financeira da Europa, quer dizer, relacionada com os próprios objectivos do Tratado de Roma, na medida em que se estabeleciam relações entre bancos de cada um dos países comunitários e às vezes também com bancos de terceiros países. Os grupos bancários estabeleceram-se no mercado das eurodivisas e das euro-obrigações (*bonds*), mas também — como a própria Comissão assinalava em 1973 ⁽¹³⁾ — para fazer face às necessidades das *grandes empresas* multinacionais que exigem do aparelho bancário uma gama diversificada de serviços e de créditos; assim, os acordos de cooperação permitiriam à banca europeia colocar-se «à escala das entidades multinacionais, uma vez que as fusões ainda não são possíveis e as participações entre bancos conhecem determinadas limitações». Meio que não estava ao dispor dos bancos, continuava a Comissão, seria a coordenação das legislações nacionais, nomeadamente dando-lhes a possibilidade de abertura de sucursais, nos restantes Estados, dos bancos estabelecidos em certo Estado comunitário; com efeito, ao contrário do que sucedera com os bancos americanos, os bancos europeus não tinham estabelecido estruturas multinacionais através duma sistemática implantação de agências fora dos respectivos países.

Como notam DASSESSE e ISAACS, é duvidoso que esta falta de coordenação legislativa tenha sido a causa de os bancos europeus se terem visto

⁽¹³⁾ 2.º Relatório sobre a política da concorrência, n.º 53.

obrigados a celebrar meros acordos de cooperação pois, não obstante essa falta de legislação, as filiais e as sucursais dos bancos americanos, instalados na Europa, puderam desenvolver-se facilmente.

De qualquer forma, a Comissão fez saber, no mencionado 2.º Relatório sobre a concorrência, que iria examinar a compatibilidade com o art. 85.º1 do Tratado dos consórcios de cooperação bancária estabelecidos. Dessas investigações deu a Comissão conta no 8.º Relatório sobre a política da concorrência, de 1979, explicando que os grupos de cooperação (Abecor, Ebic, Europartenaires, Inter Alpha, Orion, etc.) possuíam um grau variável de integração das respectivas actividades, mas o seu objectivo era estabelecer redes comerciais à disposição recíproca dos membros de cada grupo e nos países destes; criar filiais comuns especializadas em certas actividades (crédito a médio prazo, «leasing», bancos de negócios); colocar conjuntamente emissões públicas e privadas; e estabelecer representações comuns em terceiros países. No entender dos serviços da Comissão, estas formas de cooperação contribuíam para *facilitar a integração e interpenetração dos mercados nacionais*; mas ainda assim procuraram os mesmos serviços investigar se daí não resultavam efeitos anticoncorrenciais consistentes na *reserva de mercado* (nacional) para cada participante e no cerceamento da extensão da sua rede própria nos países dos outros participantes. Recorde-se que, nos termos do art. 85.º1 c), a repartição de mercados ou de fontes de fornecimento é directamente proibida e, segundo o art. 85.º3, as próprias isenções da proibição geral são condicionadas à não-existência de restrições desnecessárias e bem assim de quaisquer possibilidades de ser eliminada a concorrência em parte substancial dos produtos em causa.

A conclusão a que se chegou ⁽¹⁴⁾ foi a de que na maior parte dos casos se tratava de cooperação muito frouxa, visto as partes conservarem uma liberdade de acção individual relativamente à extensão das suas redes próprias; e, quanto às filiais comuns, funcionavam como bancos normais «em cooperação — e por vezes em concorrência — com os participantes» no grupo. Nestas condições, a Comissão decidiu *não desencadear qualquer procedimento*, por sua iniciativa, relativamente a estes acordos. Aliás, nenhum deles foi objecto de notificação formal ou de queixa perante a Comissão.

(14) N.º 33 do mencionado 8.º Relatório.

Segundo notam ainda os Autores antes referenciados, a Comissão manifestou quanto aos acordos de cooperação entre bancos uma atitude mais compreensiva e menos exigente do que a já antes tomada em relação a acordos de cooperação e a filiais comuns entre empresas não financeiras. Em sua opinião, isso não revelaria uma evolução no sentido de maior tolerância da instância comunitária, antes se deveria ao que vinha sendo a experiência dos grupos bancários. Com efeito, os bancos participantes ficaram muitas vezes decepcionados com os resultados da cooperação, tendo sido levados a criar filiais ou sucursais próprias ao lado, mesmo, das filiais comuns — e portanto, como havia notado a Comissão, até em concorrência com estas...

Mas é bem possível que a atitude da Comissão se explique no quadro dum entendimento muito difundido nos direitos e na prática das autoridades nacionais que aplicam as regras de concorrências, entendimento que se traduz em olhar favoravelmente comportamentos que, se fossem puramente internos, teriam de ser encarados com desfavor — seriam ilícitos — porque realmente distorceriam a concorrência. É o que se passa em cada país com os acordos interempresariais — *maxime* se celebrados ou abertos a todas as empresas nacionais — que se destinam a bater ou impedir a concorrência de empresas estrangeiras. Trata-se duma concretização da já acima evocada *rule of reason*, e compreende-se que, tendendo a Comunidade Europeia a constituir um mercado único ou comum (ou interno), tudo se faça para incentivar o maior poder económico das empresas do seu próprio espaço, para vencer a concorrência *externa*.

De resto, ainda agora pôde a Comissão expressar ponto de vista similar — na sequência, como teremos ensejo de apontar, de outras posições pontualmente tomadas — no próprio Livro Branco sobre o mercado interno, apresentado em 1985 ao Conselho ⁽¹⁵⁾. Aí se afirma que a Comissão «procurará favorecer, com respeito da regulamentação comunitária sobre concorrência, a celebração de acordos *a nível europeu* entre bancos, comerciantes, produtores e consumidores sobre a compatibilidade dos sistemas, a interconexão das redes, as regras de utilização e/ou taxas de comissão [dos cartões de pagamento]».

⁽¹⁵⁾ N.º 123. A intenção seria concretizada na comunicação ao Conselho de 20 Jan. 87, COM (86)754, relativa à interoperacionalidade e à normalização dos sistemas de cartões existentes na Comunidade, onde se prevê (n.º 17) que os acordos de reciprocidade «necessários para uma abertura mútua dos sistemas» poderão não ser abrangidos pelo art.85.º do Tratado (atestação negativa), ou pelo menos ser considerados como preenchendo as condições legais do n.º 3 desse preceito (isenção).

b) *Acesso ao mercado*

Deixando, agora, os acordos interbancários transnacionais, começamos a ocupar-nos dos acordos ao nível de cada país — domésticos, portanto.

E cumpre referir previamente, nesse âmbito, o problema do próprio *acesso* à actividade financeira, quer dizer, da livre entrada no mercado das entidades que nele quiserem intervir e para tanto se mostrem habilitadas, sem dependência dos condicionalismos — ou *barreiras* à entrada — daqueles que já se encontram instalados no mesmo mercado. Trata-se de matéria aparentada com outra que mais acima abordámos (na perspectiva, embora, dos entraves estatais).

A sociedade Sarabex Ltd., «money broker» ou corretor de divisas no Médio oriente, apresentou queixa na Comissão Europeia com base na incompatibilidade, com os art.º 85.º e 86.º do Tratado, das condições de admissão no mercado londrino de corretagem em divisas estrangeiras.

Concretamente, a sucursal em Londres da Sarabex desejava operar não só no mercado de divisas «não catalogadas» mas também no das «catalogadas», isto é, das moedas da Europa ocidental, da América do Norte do Japão. Simplesmente, alegava, as regras de funcionamento desse mercado tinham levado à formação dum cartel e impediam-na de aí aceder, isto é, de fazer concorrência aos corretores já estabelecidos.

Com efeito, segundo *acordos* estabelecidos sob a égide do Banco de Inglaterra entre a Associação Britânica de Bancos (BBA) e a Associação de Brokers em Moeda e Divisas Estrangeiras (FECDBA), esta constituída sob os auspícios daquela, os bancos autorizados que utilizassem os serviços dum corretor membro desta última associação não poderiam recorrer a corretores não-membros. Por outro lado, só mediante uma proposta de pelo menos 6 desses bancos poderia ser apresentada à associação a candidatura dum corretor. Simplesmente, como os bancos proponentes não podiam recorrer, antes da inscrição, aos serviços dos corretores não inscritos na FECDBA, não lhes era dado conhecer as respectivas experiência e qualidades e, portanto, não podiam propô-los... Em suma: nenhum novo candidato podia entrar no mercado.

Acontecia ainda que as regras da FECDBA proibiam os respectivos membros de cobrar taxas diferentes das entre si acordadas — e estas eram muito mais elevadas que as de outras praças financeiras.

A posição do Banco de Inglaterra perante a Comissão, aquando da subsequente intervenção desta, foi a de considerar o sistema inglês *essencial* para a

manutenção dum mercado de divisas ordenado. Parece também haver feito valer que considerava a FECDBA uma «empresa encarregada de serviços de *interesse económico geral*», no sentido do art. 90.º2 do Tratado. — O desiderato, evidentemente, era tornar inaplicáveis os arts. 85.º e 86.º do Tratado de Roma.

Na sequência de discussões, o Banco de Inglaterra anuiria a um *acordo de compromisso* em cujos termos os bancos autorizados só recorreriam a corretores «reconhecidos», mas reconhecidos directamente pelo Banco de Inglaterra, não pela FCDBA, implicando esse reconhecimento um pedido de adesão à FCDBA e tendo esta de o apreciar segundo determinados critérios *objectivos* fixados pelo Banco Central. Aliás, a recusa de reconhecimento passou a ser passível de recurso (para o presidente da comissão de recurso do «City Panel on Mergers and Take-overs»).

Por outro lado, as anteriores *taxas* de corretagem tornaram-se taxas máximas (não fixas), tendo passado a existir também taxas mínimas, umas e outras entradas em vigor em 29 de Janeiro de 1979 e sujeitas a revisão.

Esta nova estrutura foi considerada satisfatória pela Comissão, do ponto de vista da competitividade do mercado de câmbios ⁽¹⁶⁾.

Eis como, de forma compromissória embora, foi posta em causa — por efeito das regras comunitárias da concorrência — a tão característica quanto tradicional auto-regulação da City londrina. O mesmo se viria a passar, imediatamente após, com a adopção do Banking Act de 1979, que passou a reger estatutariamente o sistema bancário inglês, até aí muito britanicamente regulado entre «cavalheiros» e sem lei formal.

Os britânicos não deixaram de o sofrer na pele da sua sensibilidade própria. Aliás, eles veriam ainda ser postas em causa, e por isso necessitadas de eventuais reformas, as auto-regulações de outros mercados da praça de Londres: matérias-primas, metais, bolsa, etc. E o próprio relatório Wilson, publicado em Junho de 1980, reconhecia que, por virtude da pertinência do Reino Unido à CEE, «competition rules make self regulatory bodies based on 'closed shop' agreements that much more difficult»...

Esta previsão mostrar-se-ia completamente fundada. Na verdade, a Comissão das Comunidades Europeias conseguiu, mediante a sua intervenção activa,

(16) V. o 8.º Relatório sobre a concorrência, n.º 37.

que as bolsas de mercadorias londrinas modificassem os respectivos estatutos e regulamentos, em ordem a abandonarem as comissões mínimas e as regras estritas de admissão que as caracterizavam com clubes fechados. Em consequência, a Comissão tomou em 13 de Dezembro de 1985 quatro decisões ⁽¹⁷⁾ — representando a primeira delas aplicação formal das regras da concorrência ao sector ⁽¹⁸⁾ — onde decidiu por uma atestação negativa de práticas restritivas da concorrência.

De resto, fique dito de passagem que a desregulação da City foi submetida a marcha forçada desde 1983 — quando a Bolsa foi ameaçada, pelo Ministro do Comércio e Indústria, com uma acção no Tribunal das Práticas Restritivas — até 1986, tendo de acelerar e pôr em prática até ao fim deste ano uma reforma completa, e aliás complexa, em troca de não ser processada naquele Tribunal, designadamente devido às comissões fixas que nela se cobravam. Assim se produziu, em 27 de Outubro de 1986, a abolição — baptizada de *Big Bang*, em linguagem importada da cosmogonia e que designa a reforma abrupta ou não gradual (a Bolsa manifestara-se contra o gradualismo) — das últimas restrições que afectavam os agentes dos mercados financeiros: fosse no respeitante às comissões fixas em vigor, fosse quanto à entrada de estranhos, principalmente estrangeiros. Isto tudo aconteceu na sequência do autêntico «boom» conhecido pela praça de Londres ⁽¹⁹⁾.

No entanto — e uma vez mais ... — logo se previu e verificou a *re-regulation* da City com a apresentação duma proposta legislativa do Governo ao Parlamento, em Dezembro de 1985 (e a meio do ano seguinte já emendada 350 vezes, face às fortes críticas que lhe foram movidas), que igualmente teve de subordinar-se ao direito comunitário aplicável: o Financial Services Act (1986). Nos seus termos, os bancos, memo estrangeiros, podem actuar nos mercados de valores mobiliários; na decorrência, começam a formar-se novos grupos financeiros (concentração na área dos serviços) mediante p. ex. a tomada de participações, por parte dos principais bancos, de bancos de negócios e outros agentes

⁽¹⁷⁾ *J. O.* L369, de 31 de Dez. 85. Cfr. o n.º 70 do 15.º Relatório sobre a concorrência. Às referidas no texto seguir-se-iam mais 5 decisões afins, respeitantes aos mercados a termo («futures») de mercadorias: *J. O.* L19, de 21 Jan. 87 e *J.O.* L3, de 6 Jan. 87.

⁽¹⁸⁾ Como afirma expressamente o 15.º Relatório sobre a concorrência, n.º 70.

⁽¹⁹⁾ Cfr. a *Newsweek* de 4 Ago. 86.

financeiros. A futura lei bancária, de resto, terminará com a distinção, operada em 1979, entre «authorized banks» e «licensed deposit-takers»⁽²⁰⁾.

c) *Acordos monetários e não monetários*

Passando aos acordos propriamente celebrados entre os bancos dum certo país, há que referir brevemente, antes de mais, as posições de fundo que tradicionalmente têm sido as dos interessados e as da autoridade comunitária de controlo.

No entendimento das instituições de crédito — e é realmente uma posição recorrente da comunidade bancária — os acordos e as práticas entre bancos representam um «instrumento de política monetária» de cada Estado-membro. Pois, estando a branca sob a supervisão das autoridades monetárias, as suas operações caem na regulação exclusiva ou reservada dos Estados-membros, não lhes sendo portanto aplicável o direito comunitário da concorrência.

Trata-se, notam DASSESSE e ISAACS, dum ponto de vista demasiado extremo. E, como vimos, a Comissão sempre entendeu igualmente que em *princípio* o direito comunitário é aplicável ao sector bancário. Não obstante, ainda segundo a Comissão⁽²¹⁾, há que atender à *natureza* de cada acordo, prática ou decisão de que se trate.

A perspectiva tradicional da Comissão, já aflorada no mencionado 2.º Relatório sobre a concorrência, ia no sentido duma distinção entre acordos de *conteúdo monetário* ou não. Assim, nem sempre as directrizes ou o controlo de política monetária de cada Estado poderão explicar as práticas e os acordos

⁽²⁰⁾ Isto, para já não falar da intervenção dos poderes públicos que virtualmente será requerida — como admitia A. Sampson em editorial da *Newsweek* de 16 Fev. 87, intitulado «Big Bang' or 'Big Bust'?» — para se conseguir uma «concorrência mais livre», liberta de corrupção e de manipulação, face a escândalos como o da Guinness e as suspeitas «insider trading», tudo dentro dos primeiros 100 dias do Big Bang e em termos de pôr em causa a capacidade de auto-regulação e conseqüentemente a prevenção de abusos por parte da City... Acerca do Big Bang e numa sua apreciação imediata, vejam-se por exemplo, IAN KERR, *Big Bang*, Euro-money, 1986, e as revistas *International Currency Rev.*, vol. 18, n.º 1, pp. 3 e 8, v. *International Banking Re.*, Europe 1986, pp. 77 e 80 e *Journal of International Banking Law*, 1988, n.º 3, p. 93. Outra revista, a conceituada *Institutional Investor*, titulava em Maio de 1988, a propósito da regulamentação (o Financial Services Act) da City: «Firts Big Bang, now Big Brother»... Noutra latitude se detectam coisas similares: ANDREA WOOD, «Canada's 'little Bang': deregulation or reregulation?», *International Financial Law Rev.*, Jun. 88, p. 18.

⁽²¹⁾ 2.º Relatório sobre a concorrência (1973), n.º 51.

bancários e, portanto, relevar para efeitos de os eximir às regras comunitárias da concorrência.

Simplemente, em face das variadas hipóteses que se lhe foram deparando, a Comissão manifestou de novo grande benevolência ou laxidão.

Assim, relativamente às «*condições gerais*» *uniformes* recomendadas pela Associação de Bancos Holandeses e aplicadas pelos respectivos membros aos clientes, a Comissão referiu expressamente em 1973 ⁽²²⁾ que se tratava de condições aplicáveis tanto a clientes nacionais como estrangeiros — o que redundava em não afectarem o comércio intracomunitário — e que eram regras concernentes à partilha de responsabilidades, meros problemas jurídicos entre bancos e clientes, por virtude de operações efectuadas por conta e ordem destes, o que envolvia somente problemas de direito civil e portanto — implicitamente, pelo menos — escapava *a priori* ao art. 85º. Tudo foi encarado apenas na perspectiva do art.º 85º do Tratado (embora o pudesse eventualmente ser, também, à face do art. 86º a)). De qualquer modo, e sintomaticamente, a associação bancária em causa — embora contestando, como lhe cumpria, a aplicabilidade do mesmo art. 85º — aceitou alterar a versão original das referidas condições gerais, dado a Comissão entender que afectavam desfavoravelmente os clientes (utilizadores). Perante isso, a Comissão arquivou o processo...

Não custaria admitir que o entendimento exposto pudesse valer também quanto aos chamados «regulamentos gerais» para outorga de créditos, com disposições estandarizadas, que vigoravam nalguns países.

De uma segunda categoria de práticas e acordos — agora já mais susceptíveis de possuírem um conteúdo monetário — veio a Comissão depois a ocupar-se. Fê-lo, de resto, em cumprimento de um dever específico qual é o de responder a perguntas que lhe sejam dirigidas por deputados do Parlamento Europeu.

Na sequência de algumas dessas perguntas, a Comissão examinou uma série de acordos de fixação de preços de determinados serviços bancários, concretamente *comissões mínimas* aplicadas na Bélgica à cobrança de cheques de viagem expressos em moeda estrangeira e comissões aplicadas em França à cobrança de eurocheques. A Comissão concluiria ⁽²³⁾ que o montante relativa-

⁽²²⁾ N.º 52 do 2.º Relatório sobre a concorrência.

⁽²³⁾ 8.º Relatório sobre a concorrência, n.º 34.

mente elevado das comissões mínimas se justificava em face do custo apreciável da cobrança dos cheques em causa. — A doutrina (AA. cit.) reponta, porém, que nada tenha dito a Comissão relativamente à necessidade de fixação uniforme, para o conjunto dos bancos, do montante das comissões mínimas.

Outra pergunta, feita em 1979 no Parlamento, respeitava às *taxas passivas de juros* (23-A). Tratava-se de um projecto de «harmonização das condições de concorrência», pendente no «comité» de concertação, organismo consultivo que na Bélgica se ocupa das taxas de juro passivas e é presidido pelo governador do banco central e constituído por outras autoridades. A resposta foi dada já depois de a Associação Belga de Bancos haver adiado *sine die* a entrada em vigor daquele projecto, vista a oposição de certos pequenos bancos. Considerou a Comissão que «os acordos interbancários sobre taxas de juro, desde que sejam celebrados por iniciativa das autoridades públicas e por estas aprovados, devem poder-se considerar como *instrumentos da política monetária* dos Estados-membros». Referindo-se ao caso concreto, a Comissão acrescentou que importava determinar se existiam acordos indispensáveis à política monetária dos países membros e se deviam ser objecto duma regulamentação especial nos termos do art. 87.º2 c) do Tratado. E, a terminar, não deixou de lembrar que existia a *possibilidade* legal de serem administrativamente impostos limites aos juros activos.

d) *Posição do Tribunal de Justiça e suas consequências*

Passados dois anos, o Tribunal de Justiça das Comunidades veio pôr seriamente em crise os sobreditos termos em que a alegada natureza político-monetária dos acordos interbancários poderá relevar para o efeito de isentar os mesmos acordos — ou práticas concertadas — da aplicabilidade do direito comunitário da concorrência. Tal sucedeu no *caso Züchner*, decidido por acórdão de 14 de Julho de 1981 (²⁴)

(²⁴) *Recueil*, 1981, p. 2021.

I

Em termos sintéticos, o caso pode relatar-se como segue. Gerhard Züchner sacou sobre o seu banco, o Bayerische Vereinsbank A. G., um cheque de 10 000 marcos à ordem de um residente em Itália. Por consequência, a sua conta foi debitada nessa importância, acrescida da modesta comissão de 0,15%, ou seja, 15 marcos. A despeito deste pequeno montante, o cliente processou o banco no tribunal de Rosenheim, para o efeito de lhe ser restituída a comissão debitada que considerou ilícita. A ilicitude, na sua tese, provinha de se tratar duma comissão diferente das comissões cobradas nas transferências internas — art. 67.º do Tratado CEE, relativo à livre circulação de capitais — e, por outro lado, ser uma comissão uniforme estabelecida pela entente formada entre os bancos alemães. O tribunal entendeu que a invocação do art. 67.º não era legítima, uma vez que os destinatários das suas normas são os Estados comunitários apenas; mas considerou que podia ser o caso de se aplicarem os arts. 85.º e 86.º do Tratado. Assim, como lho facultava o art. 177.º do mesmo Tratado, suspendeu a acção e pediu ao Tribunal de Justiça que decidisse — como questão prejudicial — se violava aquelas disposições a cobrança duma comissão uniforme em transferências bancárias, operações de pagamento e de movimentos de capitais intra-comunitárias, realizadas entre bancos, como prática concertada susceptível de afectar as trocas comerciais.

Havia razão para dúvidas, como se pode aquilatar pela referência que já fizemos às posições anteriormente assumidas pela Comissão, e por isso o recurso prejudicial do tribunal alemão justificava-se plenamente. O banco demandado, aliás, procedeu na circunstância de maneira próxima da de algumas entidades envolvidas nestas questões, como também já vimos: pretendeu evitar o seu envolvimento na discussão de matéria tão delicada e... apressou-se a creditar a conta do cliente com aqueles insignificantes 15 marcos. O tribunal, porém, entendeu que não devia retirar a questão posta ao Tribunal Europeu; em recurso, a segunda instância confirmou a oportunidade dessa diligência, visto o cliente do banco alemão poder vir ulteriormente a ser debitado da mesma forma... E o Bayerische teve mesmo de defender-se no processo. O Tribunal do Luxemburgo, aliás, apreciou o caso — dada a sua importância no plano dos princípios — em plenário dos seus juizes.

A defesa centrou-se em dois pontos. Primeiro, como não podia deixar de ser, alegou a inaplicabilidade das regras de concorrência às instituições bancárias

visto estas deverem considerar-se empresas incumbidas da gestão de serviços de interesse económico geral, nos termos do *art. 90.º2* do Tratado; isto, dada a natureza especial dos serviços fornecidos e visto ainda o importante papel desempenhado pelos bancos nas operações de transferência de capitais. Em segundo lugar, invocou as disposições dos *art.ºs 104.º e seguintes* do Tratado, relativos à «política económica».

Esta dupla argumentação foi completamente afastada pelo Tribunal de Justiça.

Quanto ao art. 90.º -2, declarou ele que as transferências internacionais normalmente efectuadas pelos bancos, se relevam efectivamente da «missão própria» deles, em particular no tocante aos movimentos de capitais, não bastam porém para lhes atribuir o carácter de empresas de interesse económico geral, nos termos do sobredito preceito do Tratado.

A jurisdição comunitária abriu somente, quanto a isto, uma ressalva: o mesmo *art. 90.º -2* será aplicável se e quando puder afirmar-se que ao efectuarem as mencionadas transferências os bancos prestam um serviço de interesse económico geral de que estejam encarregados «*em virtude de um acto do poder público*». O Tribunal não especificou o alcance desta reserva, nem tinha aliás que o fazer pois ela não colhia no caso concreto; mas trata-se de fórmula já usada noutros seus arestos, desde 1974 (caso BRT II c. SABAM), mediante a qual se intenta definir restritamente as empresas abrangidas pelo *art. 90.º -2*. Por seu turno, a doutrina (assim: DASSESSE e GAVALDA) estende a reserva formulada pelo Tribunal e operações que *não* entram no objecto («missão») normal dos bancos: o privilégio de emissão, mesmo que se trate dum banco central não nacionalizado e de estatuto privado (como a Banque Nationale belga): com dúvidas, a outorga de crédito à exportação ou ao investimento, quando beneficie de garantias, total ou parcialmente, dos poderes públicos, ou duma bonificação de juros; e, de forma limitada, as transferências internacionais, se realizadas por delegação do instituto de câmbios e aquando destas operações. Mas já não assim, por exemplo, o acordo entre operadores de crédito para determinação de taxas de juro e eventualmente a imposição dum encargo anual aos portadores de cartões — como parece ter estado para acontecer em 1981 com os cartões Access e Barclaycard, suscitando a intervenção tanto do Office of Fair Trading como de Bruxelas (ISAACS).

Não colherá por conseguinte o eventual argumento de que a distribuição de crédito acaba por ligar-se ao privilégio regular da emissão de moeda: aí não

há qualquer acto *especial* de atribuição de competências (ou missões) por parte da autoridade pública.

Pode no entanto haver situações muito especiais e melindrosas. No já antes referenciado relatório do «comité» jurídico da Federação Bancária das Comunidades Europeias, elaborado em Outubro de 1983, chama-se a atenção — a partir, ao que parece, da experiência belga — para as interacções que podem estabelecer-se entre o domínio do controlo prudencial do crédito e da moeda e o da política monetária. As autoridades monetárias, designadamente, podem considerar desnecessário intervir a título preventivo desde que as instituições creditícias, eventualmente solicitadas, mesmo, pelas referidas autoridades, hajam adoptado acordos ou práticas de auto-regulação dos mercados. E se, deste modo, estivermos perante uma adaptação natural do mercado aos objectivos perseguidos pelas autoridades, portanto sem intervenção *directa* destas, deverá considerar-se que as empresas bancárias desempenham uma missão de interesse económico geral «por virtude dum acto do poder público». Seria com efeito estranho — nota o supramencionado relatório — *impor* aos Estados-membros uma intervenção *directa*...

Quanto aos arts.º 104.º e seguintes, o Tribunal considerou que de tais disposições não resulta que os bancos ficam subtraídos ao cumprimento das regras de concorrência. O que o Tratado aí regula é matéria da balança de pagamentos, dispondo no sentido duma coordenação entre os Estados-membros — estes os destinatários das normas em causa — prevenindo uma colaboração entre as administrações nacionais, incluindo os bancos centrais, no sentido de se evitarem obstáculos aos pagamentos correntes relativos às transacções liberalizadas, não mais do que isso.

A benefício de um ulterior pequeno desenvolvimento, note-se desde já que o Tribunal — declarando que os arts. 104.º e seguintes «não tendem de forma alguma a subtrair os bancos às regras de concorrência do Tratado» — afasta exactamente a base legal da tese em cujos termos essas regras não poderiam aplicar-se aos acordos bancários de conteúdo monetário.

Não acolhida a defesa apresentada pelo banco alemão, o Tribunal de Justiça passou a analisar a questão nos termos em que lha formulou a jurisdição de Rosenheim, isto é, à luz dos *arts. 85.º e 86.º* do Tratado.

E começou por afastar a aplicabilidade do art. 86.º Para tanto, fundou-se apenas numa razão formal: que o tribunal alemão perguntava somente pela legalidade das práticas bancárias concertadas, sendo o art. 85.º e não o art. 86.º que

a elas se refere; este último, na verdade, regula os abusos de posição dominante, como já vimos.

Assim, foi concentrando-se no art. 85.º — tido definitivamente por *aplicável ao sector bancário* — que o Tribunal veio a proferir a decisão, admitindo que poderia haver uma prática concertada proibida (mas não decidindo quanto a isso, até porque não lhe competia: os tribunais de cada país membro é que são a jurisdição comum de direito comunitário) e fornecendo os parâmetros interpretativos dentro dos quais à jurisdição alemã, depois, cumpria decidir.

O cliente do Bayerische alegara que a prática concertada resultava do facto de a maior parte dos bancos no Mercado Comum, ou pelo menos na Alemanha Federal, praticarem a comissão uniforme questionada relativamente às transferências internacionais. O banco defendeu-se sem negar que tal fosse a prática da Banca, mas afirmando que havia somente um *paralelismo de comportamento* que não resultava de acordo ou concerto entre os bancos e sim dos custos inerentes às transferências, principalmente devido à complexidade das operações cambiais a que davam lugar. Igualmente fez notar que se tratava duma participação parcial no custo total das transferências normalmente efectuadas.

Quanto a isto, ponderou o Tribunal que a circunstância de a comissão representar em cada caso um reembolso parcial dos custos inerentes ao conjunto das transferências era uma justificação para um paralelismo de comportamento que não excluía a existência duma verdadeira prática concertada.

Segundo jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça (p. ex. o acórdão de 16 Dez. 75, no caso Suiker Unie), deve ter-se por afirmada a prática concertada a que se reporta o art. 85.º do Tratado se for detectado um paralelismo de comportamento e, explicando-o, um qualquer contacto entre as partes. Quer dizer, sendo o paralelismo — como tal e em si mesmo — insuficiente para fazer operar o art. 85.º do Tratado, o certo é que ele constituirá prova cabal do *concerto* das partes se conduzir à *prática* de condições que não correspondam a um mercado normal.

Este será o caso — continuou o Tribunal e com isto forneceu o *critério decisivo*, ou decisório — se mediante a sua actuação paralela aos bancos conseguem «*crystalizar situações adquiridas* e privar assim a respectiva clientela da possibilidade real de beneficiar de prestações mais favoráveis que lhe seriam oferecidas em condições normais de concorrência». E decidindo a questão proposta, o Tribunal declarou que:

«o paralelismo de comportamento na percepção duma comissão uniforme constitui prática concertada, como tal proibida pelo art. 85.º - I

do Tratado CEE, se no mesmo paralelismo se reunirem os elementos de *coordenação* e de *cooperação característicos da prática concertada e se esta for susceptível de afectar sensivelmente as condições da concorrência no mercado.*»

Averiguar e decidir quanto à verificação desses requisitos, diz o acórdão, é uma questão de facto que só compete à jurisdição nacional. Mas, para tanto, o Tribunal de Luxemburgo adiantou os parâmetros a considerar. E bem o fez, pois havia que desenhar os contornos da figura jurídica (comunitária) da prática concertada, maximamente em confronto com o simples comportamento paralelo; como se diz em direito americano: a *conspiracy* que gera uma «concerted action» ou um «conscious parallelism». Se, para haver *coordenação culposa* de comportamentos, não é necessário provar um consenso *expresso* de vontades — um «acordo» formal ou informal — já é preciso, pelo menos, que haja a *consciência* de participar num plano comum tendente a restringir a concorrência. Importa consequentemente averiguar — especificou o Tribunal — se entre os bancos houve contactos prévios ou pelo menos troca de informações e se, em relação às condições do mercado em causa, a comissão uniforme era de montante diverso do que resultaria do livre jogo de concorrência.

Além disso — e, com certeza, para o efeito de determinar se a afectação do comércio entre os países membros é *sensível*, como exige o art. 85º, e assim desencadear a proibição — há que ter em conta o número e a importância dos bancos que participam na prática paralela, bem como o volume das transferências às quais se aplica a comissão relativamente ao conjunto das transferências bancárias entre os países comunitários.

No dizer de GAVALDA e utilizando também a expressão do Tribunal, um teste da reunião destes parâmetros ou requisitos é o resultado da *crystalização* das condições praticadas.

Bem se vê a tarefa ingrata cometida ao tribunal alemão, exigindo eventualmente a peritagem económica, e bem apurada... Mas este não demorou a decisão: por sentença de 12 de Outubro de 1981 deliberou que, apesar de muitos grandes bancos pelos menos na Alemanha aplicarem as mesmas ou similares comissões, o Sr. Züchner não fizera prova de haver um concerto entre os bancos e não a simples adaptação destes, durante anos, às exigências do mercado...

II

Assim findou um pleito judiciário; mas — como pôde notar-se autorizadamente ⁽²⁵⁾ — o problema de forma alguma morreu.

De facto, o que foi solucionado foi um caso concreto e determinado. Se, indubitavelmente, ficam esclarecidas as razões de decidir — a motivação, doutrina ou mesmo direito — que o Tribunal de Justiça estabeleceu, quaisquer das variadas situações com que na vida prática nos poderemos deparar têm de ser aproximadas daquela que foi solucionada, ou confrontadas com ela, para o efeito de saber se as referidas razões da decisão se lhes aplicam ou não por similitude ou analogia.

Ora, deve começar-se por reparar que a decisão do Tribunal de Justiça respeita a uma prática bancária manifestamente *sem conteúdo monetário*. Outras práticas existem relativamente às quais se pode aplicar a doutrina estabelecida: delimitação de mercados, «códigos de conduta» para publicidade, comissões por emissão de garantias ou por operações de crédito documentário, etc. Desde que, além do mais que se viu, se trate de operações ou serviços em relação ao estrangeiro, é praticamente certo caírem os respectivos acordos ou práticas concertadas sob o cutelo da proibição do art. 85.º, visto afectarem sempre o comércio entre os Estados-membros.

Aliás, o Tribunal teve oportunidade de declarar explicitamente, no considerando 18.º do acórdão, que a noção de comércio intracomunitário abrange também as *trocas monetárias*. A Comissão afirmara no 2.º Relatório sobre a concorrência que no vocábulo «comércio» se albergam quaisquer actividades comerciais, incluindo a prestação de serviços tais como os oferecidos por bancos e companhias de seguros e os serviços públicos. Apesar de se debater na doutrina a natureza específica da actividade bancária, parece adquirido que os bancos não «vendem dinheiro» propriamente, antes fornecem *crédito* — mercadoria ou coisa por sua natureza diversa da moeda em sentido físico. Em suma: a actividade bancária inclui-se num conceito de «comércio» que abranja todos os bens susceptíveis de circulação ou troca entre agentes económicos de países membros.

⁽²⁵⁾ Editorial da revista *International Banking Law* de Ago. 83.

Ainda assim, dificuldades podem surgir quanto à determinação do «comércio» a considerar para efeitos do art. 85.º: relevarão somente as actividades (comerciais) relativas aos produtos de que se trate, ou também as actividades paralelas e conexas com essas? A questão é menos abstracta e ociosa do que à primeira vista parecerá, bastante para tanto poderar que, neste domínio, o chamado «mercado relevante» vem sendo definido tanto pela Comissão como pelo Tribunal das Comunidades segundo a similitude das características dos produtos, para os consumidores, ou a respectiva substituibilidade (não propriamente o seu carácter sucedâneo). Mas pondere-se ainda a circunstância de nos dias que correm surgirem, desenvolvidos pelos bancos, produtos e serviços financeiros relacionados com o que usualmente se designava até aqui por mercado de capitais — em contraposição a mercado monetário — e que não se podem dizer conexos com a tradicional actividade bancária: a recolha de depósitos e a concessão de crédito.

Talvez nada se oponha, antes tudo nesse sentido aponte, a que o mencionado critério de similitude e de substitubilidade dos produtos (serviços) seja aplicável no domínio bancário.

A propósito da possibilidade de afectação *apreciável* da concorrência, poderia ainda nalguns casos ser chamado à colação o precedente de uma decisão do Tribunal (caso Suiker Unic, de 1975), segundo a qual a acção concertada dos produtores não restringe «apreciavelmente» a concorrência no caso de, em qualquer hipótese, as regulamentações nacionais e comunitárias não deixarem praticamente nenhum campo de acção ao livre campo da concorrência. Pense-se, em particular, nas operações de capitais ainda não liberalizadas e na legislação cambial de vários países que obsta exactamente ao livre «comércio» entre os Estados-membros.

Outra questão é — segundo observou p. ex. DASSESSE, em 1982 — saber se podem considerar-se verificadas as condições do art. 85.º do Tratado para o efeito de isentar da proibição determinados acordos, designadamente aqueles que se revelam necessários ou até só úteis para proporcionar à clientela bancária um serviço de melhor qualidade ou de preço mais baixo. Veremos ser esse o caso dos eurocheques e, ainda segundo o entendimento corrente expresso pela Comissão, o caso das caixas automáticas de pagamento (ATMs). Poderia juntar-se a estes exemplos o dos acordos bancários em matéria de cheques de viagem e mesmo quiçá de condições contratuais uniformes — estas, pelo menos,

na medida em que, sem abusos, potenciam uma transparência acrescida do mercado.

Mas também em relação aos *acordos de natureza monetária* o acórdão Züchner trouxe profundas implicações.

Já vimos antes que o Tribunal retirou toda a veleidade de basear nos arts. 104.º e seguintes do Tratado a ligação ente a natureza monetária dum acordo e a inaplicabilidade das regras comunitárias da concorrência. Vai em idêntico sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual mesmo nos domínios de reserva nacional de competência, como em matéria de preços (e as taxas de juro — incluindo aquelas em que pensamos agora: as administrativamente fixadas ou determinadas — são *preços... do dinheiro*), os Estados-membros não podem tomar uniliteralmente medidas (em princípio lícitas) que violem outras disposições do Tratado. Assim, por exemplo, medidas que impeçam a livre circulação de *mercadorias*: caso Danis, de 1979, e, mais recentemente, a decisão proferida no proc. 231/83, em 29 de Janeiro de 1985, onde o Tribunal — afastando embora a aplicabilidade directa do art. 3.º f), considerado apenas programático, do art. 5.º, que impõe um dever geral de lealdade para com a Comunidade, e mesmo dos arts. 85.º e 86.º do Tratado, pois o regime de preços não forçava à celebração de acordos ou ententes — entendeu ser contrária ao art. 30.º (medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas) a fixação de preços mínimos de venda ao público de carburantes — matéria de competência reservada aos Estados-membros — desde que tais preços, não sendo realmente aplicáveis discriminatoriamente a bens nacionais e importados, eram todavia desfavoráveis apenas em relação aos produtos importados, visto serem fixados a partir de preços de aquisição praticados pelas refinarias nacionais, assim impedindo que os preços de revenda mais baixos, praticados pelos importadores (centros Leclerc, no caso), pudessem repercutir-se no preço de revenda ao consumidor...

Mais longe acaba de ir o Tribunal com a decisão relativa a *transportes aéreos* — outro sector regulamentado, como a Banca — proferida em 30 de Abril de 1986, nos processos apensos n.ºs 209 a 213/84 ⁽²⁶⁾. Respeita este arresto ao processo movido contra uma agência de viagens francesa (Nouvelles Frontières) pelo facto de vender bilhetes de avião a preços diferentes dos aprovados ministe-

⁽²⁶⁾ Publicada e comentada por E. HENROTTE-ESTIENNE nos *Cahiers de Droit Européen*, 1986, n.º 3/4, p. 347.

rialmente (isto é: preços da IATA «confirmados» internamente) e, é evidente, altamente competitivos... Tratava-se aí da *vexata quaestio* das tarifas aéreas e da entente que é público e notório existir na matéria entre as companhias nacionais da Europa. Não obstante haver já algumas especialidades ao nível do direito derivado em matéria de transportes — Regulamentos 141/62 e 1017/68 — a verdade é que a Comissão chegou a elaborar um projecto de regulamento, em 1981, relativo aos transportes aéreos, e em Março de 1984, num memorando ao Conselho sobre a aviação civil, propôs a celebração de acordos bilaterais e a aplicação das regras de concorrência aos transportes aéreos; mas realmente — pressionado decerto pelos Governos nacionais, excepto o inglês e o holandês (paladinos da desregulação na matéria) — o Conselho nada decidiu depois, *maxime* para efeitos dum regime específico à luz do art. 87.º -2 c) do Tratado. Note-se — e isto fazia parte da questão prejudicial suscitada pelo tribunal de polícia de Paris, no caso em análise, ao Tribunal das Comunidades — que o art. 84.º -2 do Tratado também consente que sejam tomadas pelo Conselho mediadas «adequadas» relativamente à navegação marítima e aérea; e logo o art. 88.º e a parte inicial do art. 89.º -1 dão a entender igualmente que, até à entrada em vigor das medidas comunitárias tomadas em execução do art. 87.º, prevalece ou predomina a competência nacional... (27).

Não obstante tudo isto, o Tribunal de Justiça entendeu que «é contrário às obrigações impostas aos Estados-membros pelo disposto no art. 5.º do Tratado CEE, combinado com os arts. 3.º, *alínea f)*, e 85.º (designadamente o n.º 1) do mesmo Tratado, homologar tarifas aéreas e reforçar desta forma os seus efeitos, quando, na ausência duma regulamentação adoptada pelo Conselho com base no disposto no art. 87.º, se verificar (...) que essas tarifas resultam de um acordo, de decisão duma associação de empresa, ou duma prática considerada contrária ao disposto no art.85.º. — Como é óbvio, a IATA foi considerada uma associação de empresas capaz de pôr em causa as normas reguladoras da concorrência.

Este resumo é por si bastante eloquente para dispensar comentários desenvolvidos. O Tribunal vai patentemente mais longe que um ano antes, no sen-

(27) Cfr. a posição do T. J. no acórdão de 22 de Maio 85 (*Recueil*, 1985, p. 1513), considerando o Conselho em falta por não haver adoptado até ao fim do período transitório as medidas de liberalização — impostas pelo art. 75.º do Tratado de Roma — da prestação de *serviços* no âmbito dos transportes.

tido da efectivação do dever da lealdade comunitária, deixando apenas, talvez, aberta a porta duma regulamentação *ad hoc* — aliás em matéria muito sensível e objecto de disciplina à parte, no Tratado — que venha obstar à eficácia total das normas da concorrência ⁽²⁸⁾.

Note-se que, alentada por tal decisão do Tribunal, a Comissão reiterou a ameaça de passar a utilizar «outras armas» ao seu alcance, nomeadamente a instauração de processos contra práticas anticoncorrenciais, no caso de até ao fim de Junho de 1986 nada se conseguir nas negociações ao nível do Conselho ⁽²⁹⁾. E, de facto, como nada foi conseguido, prontamente foram notificadas em 9 de Julho as 10 companhias aéreas dos países comunitários — Ibéria e TAP não incluídas, dado não terem sido objecto de investigação — para que, sob pena de procedimento judicial contra os Governos dos respectivos países, fizessem cessar no prazo de dois meses as suas práticas anticoncorrenciais. Trata-se essencialmente dos acordos sobre tarifas e de repartição das capacidades de transporte (metade do tráfego e das receitas duma mesma linha para cada companhia).

Ainda assim, há alguma diferença ⁽³⁰⁾ entre a desregulamentação forçada pela Comissão e a «desregulamentação selvagem à americana» iniciada em 1978, que terminou com 52 voos deficitários. Com efeito, no respeitante às tarifas da Europa — entre as mais altas do mundo — a Comissão admite que as companhias possam vender bilhetes promocionais até 40% da tarifa normal (classe económica), isto sujeito a certas condições (como a reserva com antecipação mínima de 15 dias e a partida ao sábado, para impedir os homens de negócios

⁽²⁸⁾ Muito recentemente, foi interposto mais um recurso prejudicial perante o Tribunal de Justiça — processo n.º 66/86 — relativo à aplicabilidade dos art. 85.º e 86.º e 88.º a 90.º do Tratado de Roma aos acordos tarifários concernentes a transportes aéreos regulares.

⁽²⁹⁾ Cfr. a resposta da Comissão a uma pergunta feita no Parlamento, no *J. O. C* 150, de 16 Jun. 86 p. 13.

⁽³⁰⁾ Assinalava-o o *Express* de 18 Jul. 86. Cfr. GLORIA J. GARLAND, «The American deregulation experience and the use of article 90 to expedite EEC air transport liberalisation», *European Competition Law Rev.*, 1986, n.º 2, p. 193, e o que publicava, sobre os perigos do modelo americano, o *Economist* de 1 Nov. 86. V. ainda M. E. LEVINE, «Le fonctionnement du marché des transports aériens aux États Unis après la déreglementation: bilan de huit ans d'expérience», *Rev. Internationale de Droit Économique*, 1987, n.º 3, p. 425. A regulação específica dos transportes aéreos comunitários constou posteriormente do projecto de regulamento elaborado pela Comissão e publicado no *J.O. C* 138, de 28 Mai. 88.

de beneficiarem também) — o que motivou protestos do BEUC. E, quanto às capacidades de transporte, a Comissão só consente a intervenção de cada Estado quando a parte da respectiva companhia nacional desça abaixo de 25% do tráfego total duma linha.

Podemos no entanto abstrair destes últimos desenvolvimentos e, revertendo à decisão do caso Züchner, aquilatar dos seus efeitos — ao menos virtuais — quanto aos acordos interbancários de carácter monetário, mormente os relativos a *taxas de juro*.

Logo em 30 de Novembro de 1981, proferindo em Londres uma conferência sobre a Banca comunitária entre a cooperação e a concorrência, Frans Andriessen, Comissário então encarregado exactamente da concorrência, declarou que os acordos interbancários em matéria de taxas de juro são contrários às regras de concorrência do Tratado, *mesmo que aprovados pelas autoridades monetárias nacionais*, só podendo ter-se por lícitos se *impostos directamente pelas mesmas autoridades*.

No mesmo sentido foi o 11.º Relatório sobre a concorrência, respeitante a 1981, onde a Comissão reafirmou explicitamente ⁽³¹⁾ que, «liguem-se ou não à política monetária, os acordos ou práticas concertadas de carácter privado, que respeitem a taxas de juro, encargos, comissões e condições de transacção (...), têm de ser notificados à Comissão para poderem ser abrangidos por eventual isenção ao abrigo do art. 85.º -3».

Passou-se, pois, a entender que as autoridades nacionais, se quiserem intervir, têm de o fazer directamente sob sua responsabilidade e controlo e não encarregando disso — com prejuízo do comércio intracomunitário — associações ou cartéis das empresas que actuam no mercado. Portanto, nesta perspectiva, não se considerariam pertinentes as observações — acima referenciadas — relativamente a uma auto-regulação dos mercados bancários *indirectamente* impostas pelas autoridades monetárias.

Fora, pois, dos raros casos apontados, a única via de escapar à proibição comunitária é requerer formalmente uma *isenção* nos termos do art. 85.º -3, demonstrando evidentemente que se observem os atinentes requisitos. DASSESSE indica um exemplo muito localizado: os acordos celebrados na Bélgica, respei-

(31) N.º 61 do mesmo Relatório.

tantes a juros de depósitos a prazo e de obrigações, com vista a manter a um nível razoável o custo dos recursos afectados ao financiamento dos investimentos e ao crédito à habitação.

Talvez o Tribunal de Justiça das Comunidades venha a pronunciar-se *ex professo* acerca disto, pois acaba de lhe ser posta questão decerto bastante similar, por um órgão jurisdicional belga: processo n.º 267/86 ⁽³²⁾. A questão suscitada respeita à compatibilidade com os arts. 85.º e seguintes do Tratado, bem como os seus arts. 59.º a 66.º e 95.º, do regime jurídico instituído por um regulamento real de 1983, confirmado e adaptado em 1986, que representará um «prolongamento de acordos interbancários preexistentes ou de práticas paralelas», no sentido de limitar a remuneração dos depósitos de poupança, fixando-lhes uma taxa uniforme e a margem máxima do prémio de fidelidade, sob pena de total perda dos benefícios fiscais instituídos — benefícios estes só concedidos, aliás, aos depósitos em francos belgas constituídos em instituições com sede na Bélgica...

É bem possível que o Tribunal decida aqui no mesmo sentido em que se pronunciou a propósito das tarifas aéreas, isto é, aplicando as normas comunitárias da concorrência aos acordos entre empresas recobertos por actos governamentais ou, se quiser dizer assim, abrangendo a actividade estadual — que não só a das empresas, como é a letra do direito escrito — no direito comunitário da concorrência. De resto, se esta não foi a orientação seguida no também antes citado acórdão de 29 de Janeiro de 1985 (Leclerc-combustíveis), onde estava e porque estava em causa, apenas, uma medida estadual de fixação de preços, logo no dia imediato, no processo Cognac (acórdão Clair, de 30 de Janeiro) o Tribunal atacou um acto ministerial que, exactamente, tornava obrigatório *erga omnes* (ou seja, para todos os operadores económicos, ainda que não participantes no acordo) o preço concertado entre representantes das actividades económicas envolvidas, eles mesmos também de nomeação ministerial. Isto, porque a intervenção da autoridade pública não pode «ter por feito subtrair o acordo à aplicação do art. 85.º» do Tratado, *dissimulando* efectivamente um cartel entre empresas privadas.

De notar que, se o acordo for *imposto* ou até só activamente *incitado* pelos poderes públicos — não se limitando estes a seguir passivamente as deci-

⁽³²⁾ Sumariado no *J. O.* C308, de 2 Dez. 86, p. 5.

sões ou até apenas os *desejos* das empresas — estas poderão invocar uma causa de justificação que obsta, em especial, à aplicação de multas pela Comissão: acórdãos de 10 de Dezembro de 1985, casos SSI e NSO ⁽³³⁾.

Vista qual a nítida posição assumida, ao tempo, pelo Comissário Andriessen, há que referir agora qual o entendimento oficial da Comissão mesma.

Confirmando o escrupuloso respeito que às instituições comunitárias merece a definição do Direito pelo seu elevado órgão (poder) jurisdicional — o que igualmente comprova estarmos perante uma Comunidade-de-Direito — e também na sequência duma resolução do Parlamento Europeu do mesmo ano em 1981, os serviços da Comissão efectuaram também logo em 1981, a nível comunitário, uma investigação sobre as comissões cobradas por instituições de crédito, em cada Estado-membro, pelos diversos serviços prestados.

Da investigação resultou que em 8 dos então Estados-membros os acordos ou práticas concertadas neste domínio existentes eram susceptíveis de infringir as regras da concorrência; apenas o Reino Unido e a Alemanha haviam abandonado completamente este tipo de acordos de preços. Por conseguinte, a Comissão encetou contactos com os meios bancários ao mais alto nível, como era noticiado em 1984 ⁽³⁴⁾, e veio a «encorajar» as associações bancárias dos países membros a notificarem-lhe os respectivos acordos.

Na decorrência, a associação irlandesa (IBSC) veio, em 15 de Outubro de 1984, requerer «à cautela», relativamente a certos acordos, uma atestação negativa. Os termos em que o fez constam duma comunicação (nos termos do art. 19.º3 do Regulamento 17) da D. G. da Concorrência, da Comissão ⁽³⁵⁾. Como foi a primeira notificação decidida em Bruxelas, dedicar-lhe-emos um pouco mais de atenção.

⁽³³⁾ Acerca do conjunto de casos decididos em 1985, vejam-se GIULIANO MARENCO, «Le traité CEE interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence?», *Cahiers de Droit Européen*, 1986, n.º 3/4, p. 285, e «Government action and antitrust in the United States: what lessons for Community law?», *Legal Issues of European Integration*, 1987, n.º 1, e D. WAELBROECK, «Application des règles de concurrence du traité de Rome à l'autorité publique», *Rev. du Marché Commun*, Jan 87, p. 25, onde se faz o paralelo com a jurisprudência do Supremo Tribunal americano. Cfr. PIET JAN SLOT, «The application of articles 3 (f), 5 and 85 to 94 EEC», *European Law Rev.*, Jun 87, p. 179.

⁽³⁴⁾ *International Financial Law Rev.*, Jul. 84, p. 41.

⁽³⁵⁾ *J. O.* C143, de 10 Jun. 86.

O requerimento da associação irlandesa não compreendeu quaisquer acordos respeitantes a *comissões* bancárias. Apesar disso, o n.º 15 da mencionada comunicação informou que os bancos irlandeses abandonaram voluntariamente certo número de acordos às mesmas condições respeitantes, que poderiam cair na proibição do art. 85.º1 do Tratado de Roma, sendo a situação actual de liberdade para cada banco fixar e alterar as suas comissões e estando os aumentos sujeitos a autorização do banco central.

O que o mencionado requerimento mencionou como tendo estado em vigor formam acordos de outra natureza: acordos sobre *taxas de juro*, por um lado, e, por outro, acordos sobre *horários* de abertura dos bancos, regras de *compensação* de débitos e créditos e um sistema de *domiciliação* permitindo a cobrança de créditos por débito directo da conta bancária do devedor.

Quanto às últimas categorias de acordos — horários, compensação e domiciliação — a Comissão afirmou explicitamente, na comunicação, não terem «por objecto ou como efeito restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do Mercado Comum, pelo menos de modo significativo, e que, por consequência, não são abrangidos pela proibição do art. 85.º1». Tencionando, por isso, vir a certificar negativamente quanto a esses acordos, como lhe foi requerido, a Comissão convidou todos os interessados a fazerem as pertinentes observações no prazo de um mês.

Relativamente aos acordos sobre taxas de juro, é de referir que eles compreendiam desde logo a sua própria *estrutura* (matriz) — as taxas comuns, tanto activas como passivas, eram acordadas pelos bancos e sujeitas a aprovação do banco central — mas abrangiam também critérios de *classificação* das taxas por categorias de clientes, taxas mínimas para *adiantamentos* sobre depósitos, *sobre-taxas*, etc. No entanto a Comissão decidiu desde logo, na mencionada comunicação (seu n.º 13), prostrar qualquer declaração sobre os seus propósitos no tocante aos acordos relativos a taxas de juro.

Aliás, a realidade veio patentear de seguida uma bastante movimentada sorte dos mesmos acordos sobre juros. Logo em Julho de 1985 a IBSC informava a Comissão de que haviam sido revogados os acordos sobre taxas de juro, salvo no tocante aos critérios de fixação por categorias uniformes de mutuários. As novas regras aplicáveis tinham sido apresentadas à imprensa pelo banco central, assentando-se em que de futuro cada banco seria livre de fixar as suas taxas-base, desde que não ultrapassasse o máximo permitido. O banco central reservara-se no entanto o direito de suspender o funcionamento deste novo sis-

tema se o exigisse o interesse público. E, de facto, assim veio a suceder em Fevereiro de 1986, anunciando o banco central uma subida uniforme das taxas de juro. Entretanto, na sequência do ajustamento das paridades monetárias no seio do SME, formam revogadas as subidas uniformes de taxas e... retomaram-se as práticas normais segundo as regras definidas em 1985.

Em face disto (e «tendo em consideração tais acontecimentos», como se lê na sua comunicação), bem avisada se mostrou a Comissão ao sobrestar numa decisão relativamente aos acordos monetários...

Não tendo sido apresentada à Comissão, subseqüentemente à respectiva comunicação de Junho de 1986, quaisquer observações, tomou ela finalmente a decisão 86/507/CEE, de 30 de Setembro de 1986 ⁽³⁶⁾.

Aí justamente se repete, quanto à matéria acabada de referenciar — *acordos monetários* — apenas o seguinte: «No quadro da sua actual política em matéria bancária, a Comissão julga oportuno limitar a presente decisão dos acordos relativos aos serviços e *reservar a sua posição* no tocante às disposições relativas às taxas de juro, e nomeadamente à respectiva estrutura» (n.º 10 da decisão, com sublinhados nossos).

E, passando àquilo que então fica como objecto da decisão — os acordos sobre *serviços*: horários de abertura, regras de compensação e sistema de domiciliação — a Comissão aprecia-os juridicamente, de forma breve, e conclui por uma *atestação negativa*: seja porque os acordos sobre horários de abertura «não apresentam qualquer carácter sensível», seja porque os outros dois «não têm nenhum efeito sobre a concorrência, pois todos podem a eles aderir».

Seguiram-se mais duas tomadas de posição sobre notificações de outras associações bancárias, que duma forma mais rápida temos de mencionar.

Assim, pela decisão 87/13/CEE, de 11 de Dezembro de 1986 ⁽³⁷⁾, foi analisada (finalmente) a notificação apresentada em 31 de Outubro de 1962 pela Associação Belga de Bancos; mas apenas relativamente a três acordos sobre *comissões* cobradas nas relações interbancárias, tendo-se reduzido a tanto — por renúncia daquela Associação, após conversações com a Comissão — o total de 8 convenções, 10 acordos e 7 recomendações, originariamente notificados pela Associação.

⁽³⁶⁾ J. O. L295, de 18 Out. 86, p. 28.

⁽³⁷⁾ J. O. L 7, de 9 Jan. 87, p. 27.

Quanto às referidas comissões, a decisão — ao cabo duma análise jurídica cotejando os acordos com cada um dos requisitos constantes do n.º 3 do art. 85.º do Tratado — termina por conceder por 10 anos («visto as convenções não terem alcance considerável») uma *isenção*.

Dentre os acordos e práticas concertadas subtraídos da decisão, havia pelo menos uma convenção sobre contas e depósitos cujas principais disposições respeitavam a *taxas de juro* passivas. Mais secamente do que no caso anterior, a Comissão limitou-se a «reservar por enquanto a sua posição» (n.º 14 da decisão), sem mais.

No dia seguinte, 12 de Dezembro, a decisão 87/103/CEE ⁽³⁸⁾, apreciando o pedido de atestação negativa apresentado pela Associação Bancária Italiana em Outubro de 1984, deferiu-a relativamente a uma série de acordos (dentre eles o relativo ao Bancomat) e além disso isentou, também por 10 anos, nos termos do n.º 3 do art. 85.º do Tratado, três tipos de acordos: cobrança de efeitos e documentos sobre a Itália, cobrança de cheques bancários e outros títulos de crédito pagáveis na Itália e tipo unificado de cheque turístico em liras.

Igualmente deixou a Comissão de fora as partes dum acordo respeitantes a *taxas activas e passivas*. Justificando-o, na sequência de várias informações complementares fornecidas pela ABI (que *grosso modo* davam conta da inoperância ou do carácter indicativo daquelas taxas), a Comissão afirma (n.º 18 da decisão) que reserva a sua intervenção, vista a «necessidade de verificar o bem fundado dos argumentos que foram avançando na notificação, à luz duma experiência continuada».

Deste rápido bosquejo é fácil extrair, de forma sumária, as seguintes conclusões quanto à prática — e portanto ao entendimento — da Comissão:

- i) As atestações negativas emitidas a favor de certos (poucos) acordos interbancários *não* se baseiam — nem, aliás, se relacionam com acordos dessa origem — em determinações (ou constrições) das autoridades monetárias;

⁽³⁸⁾ J. O. L 43, de 13 Fev. 87. p. 51.

- ii) Relativamente às comissões aplicadas de forma concertada na prestação de serviços bancários, foram concedidas isenções — na base do art. 85.º3 do Tratado — que por si mesmas e *necessariamente* postulam a aplicabilidade de princípio das regras comunitárias sobre a concorrência e, obviamente, a *ilicitude* de tais práticas se não houver o cuidado de requerer a mesma isenção — o que tudo se compagina com a decisão Züchner do Tribunal de Justiça;
- iii) Sempre que estavam em causa *acordos monetários* — sobre taxas de juro activas e/ou passivas — a Comissão adiou uma tomada de posição resguardando-se (salvo num caso em que não fundamentou concretamente tal opção) seja em razões de ordem política ou de «oportunidade», seja em razões formais ou de carácter processual.

Quanto a este último ponto, poderá com certeza notar-se que as posições são hoje bem menos decididas do que há seis anos, imediatamente a seguir ao acórdão Züchner: bastará lembrar os termos incisivos das declarações do Comissário Andriessen em Londres e, mais ainda, do 11.º Relatório sobre a política da concorrência.

Volta-se portanto agora, embora pontualmente, ao silêncio — (talvez) eloquente — com que toda a nossa questão começou por ser encarada pela Comissão...

De acordo com ROSELL — para quem esta é a mais importante das questões de concorrência bancária que ainda restam e «an unresolved issue» — da atitude da Comissão tanto é possível inferir que ela procura uma fundamentação para futuramente decidir que, duma ou doutra maneira, os acordos sobre taxas de juro caem sob o império das regras comunitárias da concorrência (art. 85.º do Tratado CEE), como poderá inferir-se que a mencionada instituição comunitária ainda não tem opinião firme para viabilizar os acordos sobre taxas de juro (à luz do art. 90.º2 do referido Tratado), na medida em que tais acordos são de facto parte da política económica e monetária dos Estados-membros, entendendo portanto a Comissão manter aqui uma posição neutral. E, segundo o mesmo Autor, uma fonte de Comissão terá mesmo sugerido que esta última é a hipótese correcta...

... A menos que — aventamos — o Tribunal de Justiça venha a esclarecer definitivamente as coisas, como talvez possa esperar-se do supramencionado processo n.º 267/86.

Antes de avançar com mais alguns comentários, ainda, acerca do controlo exercido pela Comissão, não será porventura inútil esboçar algumas tomadas de posição — imediatamente anteriores às que se acabam de analisar — por parte da mesma instituição comunitária. Todas surgiram como resposta a interpelações feitas no Parlamento por deputados europeus.

Tanto quanto pudemos apurar, a primeira dessas questões foi posta em 1982 ⁽³⁹⁾ e respeitava à empresa ou filial comum, projectada na Alemanha por bancos privados, caixas económicas e cooperativas de crédito, com vista à emissão de cheques de viagem e à promoção do desenvolvimento de sistemas de pagamento (cartões de crédito, ATMs, etc). Conquanto terminasse respondendo que estava a estudar os efeitos desse empreendimento comum sobre a concorrência a nível internacional, a Comissão foi considerando que se tratava duma tentativa dos bancos alemães para manter ou reforçar a sua competitividade face aos *concorrentes estrangeiros* (American Express, Diner's Club e Eurocard), alguns dos quais financeiramente mais poderosos e com organização mais eficaz, e portanto não se tratava de fechar o mercado germânico.

Outra pergunta — esta directamente relacionada com o comércio bancário transnacional — foi apresentada em 1984 ⁽⁴⁰⁾ e referia-se a taxas fixas, independentes dos montantes envolvidos, cobradas por instituições belgas por movimentações internacionais de contas; mas tal pergunta ficou (parece) sem resposta da Comissão.

Esta, porém, apreciou positivamente, no ano seguinte, a situação exposta noutra pergunta ⁽⁴¹⁾ respeitante à interbancarização, em França, do cartão de pista magnética e memória. A Comissão afirmou em tese geral que o desenvolvimento desse e de outros meios de pagamento automático «pode facilitar as transacções transnacionais», conquanto não intente por si influenciar a evolução actual. Afirmou também que não fora informada dos termos do acordo e que, portanto, não era fácil ajuizar se estavam reunidas as condições do art.

⁽³⁹⁾ *J. O.* C150, de 14 Jun. 82, p. 9. Presentemente, este «cartão único» bancário está ameaçado de concorrência pelo DKK, «cartão de crédito alemão» em preparação por comerciantes e hoteleiros: *Eurepargne*, Jul. 87, p. 31, e Out. 87, p. 32. E também o cartão estrangeiro American Express procura angariar *in loco* a clientela alemã: *Eurepargne*, Abr. 88, p. 10.

⁽⁴⁰⁾ *J. O.* C292, de 3 Nov. 84, p.6.

⁽⁴¹⁾ *J. O.* C174, de 13 Jul. 85, p.1, e C251, de 2 Out. 85, p. 10.

85º3 do Tratado. Ponderou ainda que o sistema parecia beneficiar todos os agentes económicos e que, se é verdade que são os detentores dos cartões e os comerciantes que pagam os serviços prestados, não resultam por isso afectadas as regras da economia de mercado pois os utilizadores e os comerciantes são livres de aceitar ou aderir ao sistema e podem assim influir sobre o desenvolvimento desta forma de pagamento.

Do mesmo teor foi uma outra pergunta ⁽⁴²⁾ respeitante ao projecto de acordo entre duas grandes redes belgas de cartões de pagamento (Bancontact e Mistercash) para utilização comum dos respectivos terminais, o que alegadamente impediria não só o aparecimento de outras futuras redes como a manutenção da Postomat, mas também discriminaria os consumidores que não fossem titulares de conta bancária. A Comissão respondeu que, embora tenha tido conhecimento de conversações para tornar compatíveis as duas redes de cartões, não fora directamente informada sobre elas e por isso não podia pronunciar-se quanto à aplicabilidade do art. 85º1 e 3; mas acrescentou que «à primeira vista não oferece dúvida que o facto de compatibilizar as duas redes em causa constituirá uma vantagem para os consumidores». No resto, louva-se na resposta anteriormente referenciada.

Por fim, em sentido algo oposto às preocupações das perguntas anteriores, surgiu mais recentemente ⁽⁴³⁾ uma interpelação sobre se a Comissão, em face da *não-oferta* do serviço de eurocheques pelos bancos britânicos, podia vir a propor que tal sistema fosse estendido a todos os bancos comerciais actuando no conjunto da Comunidade e que se uniformizassem as comissões de conversão entre divisas comunitárias. A resposta foi que, sendo o sistema Eurocheque uma criação de entidades privadas e um acordo interbancário de cooperação, a Comissão não tinha nem intenção nem meios para impor a todos os bancos a adesão a tal acordo. Acrescentou a mesma resposta, porém, que se encontra em estudo a adopção de processos para incentivar a transparência das comissões cobradas aquando das transacções financeiras que impliquem operações cambiais, «a fim de permitir aos utilizadores escolherem os estabelecimentos

⁽⁴²⁾ *J. O. C* 310, de 2 Dez. 85, p. 10.

⁽⁴³⁾ *J. O. C* 78, de 7 Abr. 86. p. 35.

que ofereçam os respectivos serviços a menos elevado custo». Esta mesma informação foi reiterada mais recentemente no âmbito duma resposta sobre o «Barclays eurocheque system» — como um pouco mais à frente se dirá.

III

Poderá surpreender — até a partir do próprio teor das respostas pontuais da Comissão que se acabam de referir — que muitos mais acordos bancários não sejam objecto de notificação para efeitos de isenção formal nos termos do art. 85.º3 do Tratado e/ou de atestação negativa.

Tal poderá explicar-se — segundo deduzimos do que afirmou em Dublin o próprio Comisário europeu actualmente com o pelouro da concorrência ⁽⁴⁴⁾, em Abril de 1986 — porque, na sequência da série de reuniões com os representantes das federações bancárias, «a Comissão conseguiu persuadir os bancos a abandonarem as suas práticas restritivas ou, pelo menos, a notificarem à Comissão das mesmas». — Já na exposição precedente exemplificámos ocorrências de tal género.

Isto não chega, talvez, para explicar totalmente a assinalada omissão das entidades bancárias. Mas, dentre as observações produzidas pela Comissão aquando das interpelações parlamentares acima registadas, poderá surpreender-se alguma sua predisposição para encarar até certo ponto favoravelmente as práticas e os acordos interbancários; ou até algo mais do que isso.

Pois reparou-se, com certeza, na consideração avulsa do *carácter indispensável* das restrições eventualmente feitas à concorrência. É esse um critério legalmente imposto para outorga das isenções ou excepções à aplicabilidade da disciplina da concorrência (art. 85.º3 do Tratado).

(44) PETER D. SUTHERLAND, citada *Revista da Banca*, n.º 1, 1987, p. 91.

Estas e talvez outras «aplicações» pontuais e *avant la lettre* dos requisitos do art. 85º3 não deixam de ser estranháveis. Primeiro porque, ao que se presume, nenhum pedido (de atestação negativa ou) de isenção *individual* foi apresentado; e, como é óbvio, não existe e não se antolha possível uma isenção global ou *genérica* relativa à Banca. Depois porque se mostra inabalável a orientação de considerar aplicável o art. 85º aos acordos interbancários (pelo menos os não-monetários) e, portanto, estes deveriam considerar-se à partida ou *em princípio* suspeitos; e tanto mais quanto é certo, segundo vimos, parecer arredada a hipótese de fazer aqui unciar o art. 87º2 c)...

Mas não é de todo despropositado ensaiar outra explicação, baseada essencialmente nas posições que, genérica e abstractamente, a Comissão tomou já a propósito de determinadas práticas restritivas da concorrência. Aproveitamos, com isto, para dar uma rápida vista de olhos à legislação comunitária — direito derivado — sobre a concorrência.

Deixamos de lado a *comunicação* da Comissão respeitante aos acordos de pequena importância ⁽⁴⁵⁾ pois que, além do mais, é necessário para a aplicar que o volume de negócios global das empresas participantes não exceda os 200 milhões de ECUs — cifra «insignificante» para o sector bancário.

Refiramos então, em primeiro lugar, a *comunicação* respeitante à cooperação interempresarial, datada de 29 de Julho de 1968 ⁽⁴⁶⁾. Trata-se duma listagem, assumidamente não exaustiva, de acordos que a Comissão considera não caírem na proibição do art. 85º-1 do Tratado. E tanto que, segundo afirma a Comissão no mesmo documento, se torna em princípio desnecessário requerer a isenção nos termos do art. 85º3, ou a própria atestação negativa.

Consideram-se deste modo não restritivos da concorrência intracomunitária os acordos que tenham por exclusivo objecto, entre outros:

— a troca de opiniões e de experiências, a elaboração de estudos comparativos ou a análise comum dos mercados;

— a preparação conjunta de estatísticas e de modelos de cálculo;

⁽⁴⁵⁾ J. O. C. 231, de 12 Set. 86, p. 2.

⁽⁴⁶⁾ J. O. C 75, também de 29 Jul. 68.

- a cooperação em matéria de contabilidade;
- a implementação conjunta de projectos de investigação e desenvolvimento;
- a utilização conjunta de instalações de produção, de armazenagem e de equipamentos de transporte;
- a publicidade conjunta ou o uso de distintivos comuns para designar determinada qualidade, quando o mesmo seja acessível a todos os concorrentes em idênticas condições;
- a constituição de associações temporárias para a execução comum de encomendas, se as empresas participantes não estiverem à altura de as executarem individualmente em virtude, p. ex., da insuficiência dos seus activos.

Este último poderia ser o caso de certos *créditos bancários consorciais*. Igualmente poderia aplicar-se outra das rubricas transcritas acima ao que entre nós se fez (constituição duma empresa comum: ETV) em matéria de *transportes de valores*; e é importante assinalá-lo, pois segundo consta já houve a tal respeito reclamações por parte das empresas que operavam anteriormente... Finalmente, estará fora de dúvida a legitimidade dos esquemas, também entre nós vigentes, de *formação bancária* conjunta.

É de notar porém que, mesmo nestes domínios que se acabam de exemplificar, a «comunicação» obriga a atentar em toda uma série de condicionalismos sem observância dos quais se restringirá virtualmente a concorrência. Retomando o caso da utilização conjunta de *equipamentos* de transporte, a Comissão observa que «poderá haver restrição da concorrência se (...) com os acordos concluídos ou com as práticas concertadas se visar a produção conjunta (...) ou o estabelecimento ou gestão duma *empresa conjunta*».

Por outra parte, vários dos exemplos fornecidos na «comunicação» parecem inaplicáveis *a priori* ao sector bancário. Pode concretizar-se apenas com a provisão conjunta de *garantias de crédito* (n.º II, 2 b) da comunicação). A justificação apresentada para todo o grupo de matérias onde esta se inclui é que se trata de «casos de cooperação respeitantes a domínios não relativos à oferta de bens e serviços» e, como tais, *neutros* do ponto de vista da concorrência. Por outro lado, exige-se que as garantias comuns de crédito não afetem a relação da oferta e da procura. No domínio bancário nada disto poderá

cumprir-se, certamente. O fornecimento a crédito de (bens ou) serviços não é, aí, uma actividade *accessória* ou complementar mas, exactamente, a actividade típica ou *principal*.

Coisa diversa será de afirmar — como adverte alguma literatura — relativamente à troca de informações sobre a *solvabilidade dos clientes*.

Cabe ainda referir uma outra série de acordos, decisões e práticas concertadas também de algum modo *isentos* das proibições comunitárias por decisão — desta vez do Conselho — geral e abstracta.

Referimo-nos aos «acordos menos perigosos» (4.º considerando) a que se reporta o art. 4.º2 do Regulamento 17:

- ententes *nacionais* (entre empresas de um só Estado-membro) que, embora afectem virtualmente o comércio intracomunitário, não respeitem a importações ou a exportações entre os países membros:
- acordos, decisões ou práticas que não envolvam mais do que *duas empresas* e que apenas restrinjam a liberdade de uma destas ou só imponham restrições ao exercício de direitos de propriedade industrial:
- acordos de *carácter técnico* como, p. ex., de elaboração ou aplicação uniforme de normas e tipos (*standards*).

Se, quanto aos primeiros destes acordos, muito dificilmente se encontram exemplos no sector bancário — e mesmo fora deste, face à prática da Comissão e à jurisprudência do Tribunal — já quanto aos segundos alguma possibilidade disso existe. Com efeito, a Federação Bancária da Comunidade Europeia informou, no seu relatório de 1983, que um representante da DG IV teve oportunidade de considerar incluídos nessa categoria os acordos celebrados entre o emitente de *cheques de viagem* ou ainda de *cartões de crédito* e os bancos que vendem tais produtos.

O terceiro tipo de acordos poderá ser eventualmente preenchido com aqueles que respeitam a determinadas técnicas novas no domínio bancário. De facto, a inovação tecnológica e também financeira destes últimos anos levou os bancos a desenvolverem entre si uma cooperação que, para responder às necessidades da clientela e à melhoria dos serviços prestados, visa conseguir produtos estandardizados. Tal evolução é particularmente notada no âmbito dos meios

de pagamento: cheques, *maxime* os eurocheques; transferências; «terminais pontos de venda»; ATMs; redes de cartões de crédito; etc. Os acordos interbancários nestes domínios ultrapassam cada vez mais as fronteiras nacionais, não apenas dentro da CEE mas ainda no plano mundial (SWIFT, p. ex.) (⁴⁷).

É provável que, um pouco em tudo isto, encontremos a explicação para uma certa complacência por parte da Comissão, relativamente a acordos e práticas concertadas do género das acima enumeradas. Tratar-se-á, se assim for, de potenciar formas de rentabilidade adequadas aos tempos actuais e talvez mais ainda — como verificámos ser o caso logo quando a Comissão começou a pronunciar-se sobre acordos interbancários — permitir à Banca europeia competir a nível mundial na prestação de serviços tanto aos particulares como a empresas multinacionais.

Por último não estará afastado — num terreno onde política e economia (e até direito) tão facilmente se entrecruzam, como é o da concorrência — um estilo de actuação até certo ponto duplo, por parte das autoridades comunitárias: uma actuação como aliadas do sector bancário, sem renúncia a continuarem a regulá-lo. Exemplificamo-lo com as afirmações do próprio Comissário Sutherland (⁴⁸), em 1986: «A Comissão está disposta a tomar em consideração as características específicas do sector [bancário]. (...) É minha intenção continuar a formular a política [da concorrência] em estreita colaboração com os representantes do sector bancário, se bem que nem sempre tenha tido plena compreensão da sua parte»...

e) Eurocheques Uniformes

As instâncias bancárias europeias — transnacionais e não adestradas a certo país — apenas num caso, o do *Package Deal* sobre os Eurocheques Uniformes, lançaram mão do procedimento de notificarem à Comissão, para efeitos do art. 85.º3 do Tratado, o respectivo acordo. Este, conquanto já em vigor desde 1 de

(⁴⁷) Cfr. *supra*, n.º III-I a), *in fine*.

(⁴⁸) *Loc.cit.* p. 96.

Maio de 1981. só na sequência do acórdão Züchner foi notificado, pela Eurocheque International, em 7 de Julho de 1982 ⁽⁴⁹⁾.

A Comissão concederia a isenção por decisão de 10 de Dezembro de 1984 ⁽⁵⁰⁾, com efeitos desde 7 de Julho de 1982 (data de notificação) até 30 de Abril de 1986, termo da vigência do acordo. Apesar de este ser automaticamente renovável, não se conhece de momento qualquer iniciativa dos grupos bancários associados para reiterarem a notificação nos termos e para os efeitos do art. 85º3 do Tratado.

Expressa ou tacitamente, a decisão em apreço remete para o acórdão Züchner na análise jurídica a que procede. Ele é desde logo invocado para afastar a alegação pelos notificantes — uma vez mais — do art. 90º2 do Tratado. Considera a Comissão que o sistema Eurocheque foi criado por instituições financeiras privadas, nenhuma autoridade pública as havendo incumbido de tal e não podendo valer como acto do poder público o simples conhecimento ou até *aprovação* do sistema pelas autoridades nacionais. Acrescenta que, mesmo que se tratasse duma particular missão de serviço público, «a aplicação das regras de concorrência comunitárias a tais estabelecimentos de crédito não poderia em absoluto prejudicar o desempenho da missão especial que, por hipótese, lhes fora cometida».

Ao analisar depois a verificação, no caso, dos elementos definidores duma *entente* proibida pelo art. 85º1 do Tratado, a Comissão conclui pela existência de restrições da concorrência, uma vez que a associação das empresas e seus órgãos decidem por forma directa e uniforme sobre p. ex. o montante das comissões, restrições aquelas que têm incidência sobre as trocas intracomunitárias pois, tratando-se de preços e modalidades de transferências relativas a transacções internacionais e intracomunitárias importantes, qualquer acordo ou decisão é *por sua natureza* susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros (incluindo-se neste as trocas monetárias). Conclui ainda pela afecta-

⁽⁴⁹⁾ O J.O. C 281, de 18 Out. 83, p. 2, contém o essencial dos termos do acordo.

⁽⁵⁰⁾ J.O. L 35, de 7 Fev. 85, p. 43. Cfr. o 14º Relatório (1984) sobre a política da concorrência, n.ºs 77 a 79.

A «Comunidade Eurocheque» veio a notificar depois à Comissão, na sequência de queixa apresentada contra aquela em 1984, os acordos (designados «directivas») sobre produção e acabamento dos instrumentos eurocheque. E, por comunicação publicada no J.O. C156, de 15 de Jun. 88, a Comissão anunciou que se aprestava para decidir favoravelmente o requerido (atestação negativa ou, subsidiariamente, isenção).

ção de maneira *sensível* do jogo da concorrência no mercado das trocas monetárias entre os países comunitários, tendo em conta a crescente interpenetração dos mercados nacionais, assim como o volume e o valor global dos eurocheques uniformes sacados em cada país pelas pessoas que o visitam.

Passa seguidamente a Comissão à análise da verificação — que afirma — das quatro condições expressas no art. 85.º3 para ser concedida a isenção. Conclui assim que o sistema melhora as facilidades de pagamento no interior do Mercado Comum; os utilizadores do sistema retiram um proveito equitativo; não se impõem às empresas participantes restrições dispensáveis (considera-se a este propósito, além do mais, que a fixação uniforme de comissões é «inerente e acessória da colaboração entre os bancos» pois comissões variáveis de um banco para outro «implicariam negociações bilaterais entre os 15 000 bancos aderentes ao sistema...»); e finalmente os acordos e decisões não conferem aos bancos emitentes de eurocheques a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial dos meios de pagamento internacionais.

Como condições da isenção determina-se que os grupos nacionais prescrevam aos seus aderentes que informem a clientela em detalhe sobre os encargos que envolve a utilização dos cheques no estrangeiro (devendo a respectiva circular dos grupos nacionais ser enviada à Comissão no prazo de 2 meses). Impõe-se também à Eurocheque International o dever de informar sem demora a Comissão acerca de qualquer aditamento ou alteração aos acordos e decisões notificados, bem como de outros novos ⁽⁵¹⁾.

A mencionada condição de que os utilizadores sejam cabalmente informados foi pela Comissão e de maneira expressa e directa considerada preenchida mediante a brochura publicitária distribuída por certo número de bancos ingleses que começaram a emitir eurocheques e os respectivos cartões, brochura — como p. ex. «Barclays eurocheques system» — que menciona a comissão de 1,25% e outros encargos. Com efeito, à pergunta dum parlamentar britânico

(51) Ao que informou a Comissão em resposta a uma pergunta feita no Parlamento — J.O. C 60, de 9 Mar. 87, p. 23 — veio-lhe a ser notificado um acréscimo de 1,25 para 1,60% da comissão sobre os eurocheques. Resultante dum aumento de custos, essencialmente dos bancos pagadores do norte da Europa (donde provém maior fluxo turístico do que no sul), e objecto dum compromisso entre os membros do grupo Eurocheque, o acréscimo considera-se «necessário ao bom funcionamento do sistema».

Ai se informa ainda que, no tocante às ATM's, não sofreu alteração a comissão uniforme de 1,25%.

sobre os eventuais entraves que representaria, para a formação dum mercado interno financeiro, a cobrança de tais encargos e comissão apenas fora do Reino Unido, a Comissão lembrou ⁽⁵²⁾ que oportunamente concedera a isenção a que alude o art. 85.º3 do Tratado e que numa das condições dessa isenção — como vimos acima — era a da informação dos utilizadores, informação neste caso veiculada pela brochura do Barclays.

Acrescentou ainda que fora do sistema Eurocheque certas transferências interbancárias se mostram extremamente onerosas, estando por isso a ser preparada uma recomendação sobre a transparência das condições («bank charges») aplicáveis em operações trans-fronteiras, das quais os clientes estão mal informados tanto devido à complexidade das mesmas operações como porque estas não são facturadas ao custo real. Tais práticas, conclui a Comissão, «devem ser modificadas na perspectiva dum mercado interno dos serviços financeiros. Aliás, os preços destas transacções começam a evoluir sob a influência de determinadas inovações tecnológicas».

2. Abusos de posição dominante

Não consta haver casos de abusos de posição dominante no sector bancário, explicitamente analisados ou decididos pelas instâncias comunitárias, em particular a Comissão e o Tribunal.

Como ficou dito, o Tribunal de Justiça afastou a invocabilidade do art. 86.º do Tratado, no caso Züchner, pôr razões de carácter processual, aliás pertinentes. Todavia a Comissão já foi interpelada no Parlamento quanto a certas práticas eventualmente abusivas.

Uma pergunta ⁽⁵³⁾ respeitou à taxa uniforme de 5% sobre o câmbio de cheques, cobrada por um banco holandês a bordo de ferry-boat ligando o Reino Unido à Holanda. A Comissão respondeu que em princípio não se tratava de abuso duma posição dominante.

⁽⁵²⁾ *J.O.* C 190, de 28 Jul. 86, p. 25. Cfr. ainda o *J.O.* C23, de 28 Jan. 88, p. 33.

⁽⁵³⁾ *J.O.* C 38, de 13 Fev. 84, p. 37.

Outra pergunta ⁽⁵⁴⁾ referia-se a abusos dos bancos americanos — 52% dos quais conservam alegadamente os cheques a creditar entre dois dias e até mais de uma semana, a fim de perceberem indevidamente os respectivos juros — e interrogava a Comissão sobre se algo de semelhante se passava na Comunidade e, caso afirmativo, se seriam tomadas medidas nos termos dos arts. 86.º ou 85.º do Tratado. Respondendo, a Comissão apresentou uma lista relativa à situação em cada país comunitário, observando que os custos suportados pelos bancos dos beneficiários de cheques são cobertos pelos juros produzidos pela colocação dos fundos não compensados. Afirmou ainda que «nenhum banco ou pequeno grupo bancário parece deter na Comunidade ou num Estado membro uma posição dominante no que respeita ao pagamento dos cheques; o art.º 86.º do Tratado CEE não se afigura portanto aplicável». Acrescentou ainda a Comissão estar disposta a examinar qualquer processo em que se demonstre existirem atrasos no pagamento de cheques — susceptíveis de afectar o comércio intracomunitário — resultantes de acordos ou práticas concertadas entre bancos.

Como de momento não temos notícia de existir realmente outra matéria submetida à consideração das instituições comunitárias, limitamo-nos a lembrar que o entendimento da Comissão sempre foi o de que as normas da concorrência e, no caso, o art. 86.º do Tratado se aplicam em princípio ao sector bancário.

Ainda assim, talvez possa surpreender-se no teor da primeira das respostas agora referenciadas alguma benevolência da Comissão, ou pelo menos uma exigência menor do que a adoptada se se tratasse de outra espécie de empresa. Embora os contornos da matéria de facto sejam escassíssimos, não haveria razão para assim *prima facie* afastar, como fez a Comissão, estar-se perante uma posição dominante — tão verdade parece, até, que se trata mesmo dum monopólio de facto...

Como quer que seja, não pode deixar-se de compreender que a já antes evocada estrutura tendencialmente oligopolista do sistema bancário de cada país determine uma atitude mais complacente no que respeita à aplicação das normas comunitárias sobre concorrência à banca.

Não será descabido reproduzir, a tal propósito, as considerações genericamente produzidas por WHISH sobre o oligopólio.

⁽⁵⁴⁾ J.O. C 272, de 23 Out. 85, p. 7.

Conquanto se trate de matéria das mais controversas do direito da concorrência e uma vez que o oligopólio é uma figura que ainda carece de definição pela ciência económica — justamente por ser uma forma «intermédia» entre as figuras teoricamente bem definidas do monopólio e da concorrência perfeita — pode-se dizer, algo empiricamente, que o termo *oligopólio* traduz o domínio do mercado por um pequeno número de grandes empresas. Mas no mercado oligopolista nenhum dos concorrentes está em posição *dominante*; pelo contrário, visto qualquer deles ser uma grande empresa, nenhum pode ignorar a presença e a estratégia dos outros: cada um *depende* do(s) outro(s).

Este fenómeno da *interdependência oligopolística* está no centro duma controvérsia de economistas e juristas, com 50 anos de existência, acerca da aplicabilidade das leis da concorrência em mercados e a condutas oligopolistas.

Segundo a teoria da interdependência oligopolística, a estrutura do mercado com tal característica impede a concorrência pois, não podendo autodecidir-se por si, as grandes empresas que o compõem criam uma estabilidade não concorrencial. E, como os proveitos alcançados pelas mesmas empresas são obtidos sem elas precisarem de entrar em acordos colusórios e até meras trocas de informações do género daqueles que as legislações «antitrust» proíbem, se não se combater o oligopólio tolerar-se-ão preços mais altos do que os resultantes da verdadeira concorrência e mesmo de nível monopolístico. Nesta hipótese, consentir-se-á num verdadeiro *paralelismo consciente* de condutas, por exemplo em matéria de estratégia de preços...

Mais recentemente, porém, a teoria da interdependência foi submetida a críticas várias. Aduzem-se não apenas factores ou argumentos de situações mais complexas do que as encaradas pela teoria — p.ex., a pressão concorrencial exercida pelas empresas mais pequenas e ainda o facto de no interior de vários mercados oligopolistas a concorrência ser muito intensa — mas ainda a consideração de que seria irrazoável aplicar uma proibição legal a comportamentos *racionais* ditados pelas forças económicas. Em especial, defende-se que o *mero facto* de os preços (por exemplo) serem idênticos, num mercado oligopolístico, não pode bastar para basear um juízo de *conspiracy*: coordenação deliberada das partes. Assim, o simples «price leadership» deve considerar-se, na ausência de qualquer prova de colusão, como de todo lícito.

No fundo, estará em causa e discussão aplicar normas legais pensadas para *comportamentos* lesivos da concorrência a situações em que o único ou verdadeiro problema é o da *estrutura* (oligopolista) do mercado.

h Tal extensão das leis «antitrust» foi recusada pelo Supremo Tribunal americano — depois de alguns tribunais do país terem adoptado a teoria da interdependência — em 1954: caso *Theatre Entreprises v. Paramount Film Distributing Corp...*

Igualmente na Comunidade Económica Europeia — e não obstante uma perspectiva diferente da Comissão, actuada não apenas no caso a seguir referido mas ainda na aplicação mais exigente do art. 85.º p. ex. às «joint ventures» entre empresas oligopolistas — o Tribunal de Justiça entendeu, em 1979, no célebre caso *Hoffman-La Roche*, que o art. 86.º do Tratado não pode ser utilizado para o controlo directo dos oligopólios, visto nele se proibir a conduta de empresas em posição dominante que como tais se determinam em grande medida unilateralmente, não sendo por isso a posição dominante confundível com o caso *peculiar* dos oligopólios onde as condutas das empresas se influenciam mutuamente...

O controlo dos oligopólios e dos seus efeitos perniciosos, porque de estruturas de mercado se trata, deverá antes ser feito, segundo muitos, *por via indirecta*. Assim, no tocante à manutenção duma «workable competition», é proposto o controlo do comportamento das empresas mediante a fixação governamental dos preços a um nível considerado competitivo ou, também, o estabelecimento da obrigação de as empresas comunicarem periodicamente à Administração pública os preços praticados — o que reduziria consideravelmente a capacidade de reacção ao comportamento umas das outras. Por outro lado, no tocante à estrutura mesma do mercado e à prevenção da sua acrescida concentração, propõe-se em particular o controlo das fusões de empresas que propondam já ao oligopólio.

É de referir, a este último propósito, que a prática da Comissão Europeia vem sendo a de — enquanto no direito derivado não forem reguladas as fusões (concentração) de empresas, como a mesma Comissão já propôs em 1973 e posteriormente tem reiterado — aplicar o art. 86.º do Tratado às operações abusivas de concentração empresarial. E, de facto, o Tribunal de Justiça adoptou em 1979 — no já mencionado acórdão *Hoffman-La Roche* — uma espécie de critério misto, ao definir o abuso de posição dominante como conceito objectivo respeitante aos *comportamentos* duma empresa que influenciem por sua natureza a *estrutura* dum mercado onde o grau de concorrência se encontra já debilitado devido exactamente à presença dessa empresa. Antes, em 1973, no acórdão *Continental Can*, o Tribunal afastara-se da doutrina comum, ao decidir

decidir que no art. 86.º não está proibido apenas o *comportamento* duma empresa dominante mas igualmente as *modificações estruturais* que ela introduza nas condições do mercado, no sentido de que a *fusão* de empresas que implique reforço duma posição dominante constitui modificação irreversível do mercado e esta, *por si*, representa um abuso.

Mas, pelo menos claramente, apenas se foi ainda ao ponto de aplicar o art. 86.º à fusão duma empresa já em posição dominante com as suas rivais, isto é, ao *reforço* (abusivo) da posição dominante.

Lisboa, Setembro de 1987

REFERÊNCIAS GERAIS

BELLANGER, Serge — La déreglemention dans le secteur bancaire et financier, *Banque*, n.º 460, Abr. 1986, p. 339

CLAROTTI, Paolo — Le contrôle bancaire dans la Communauté Européenne, *Eurepargne*, 1986, n.º 3

COOKE, William P. — Towards the 1990s — banking, financial intermediation and supervision, *Revue de la Banque*, 1986 n.º 2

DESSESSE, Marc e ISAACS, Stuart — *Banking and the competition Law of the European Community*, Londres — Lloyds of London Press Ltd, 1978

DASSESSE, Marc e ISAACS, Stuart — Incidence du droit communautaire de la concurrence sur certains accords bancaires nationaux et transnationaux, *Cahiers de Droit Européen*, 1980, n.º 5/6, p. 527

DASSESSE, Marc — Application de principe du droit européen de la concurrence au secteur bancaire, *Revue de la Banque*, 1982, n.º 1, p. 81

DASSESSE, Marc — Comentário ao acórdão do T.J. de 14/7/81, *Cahiers de Droit Européen*, 1982, n.º 2/3, p. 299

DASSESSE, Marc e ISAACS, Stuart — The impact of EEC competition law on banking activities, *International Banking Law*, Set. 1982

DASSESSE, Marc — EEC Competition law affecting banking: recent developments and future prospects, *Journal of International Banking Law*, 1988, n.º 3, p. 105

EISENBEIS, Robert A. — Regulation and deregulation of banking, *The Bankers Magazine*, Mar./Abr.1981, p. 25

FERRARI, Alberto — La politica del credito tra libertà di concorrenza e intervento dello Stato, *Bancaria*, 1979, n.º 10, p. 979

GAVALDA, Christian — Nota sobre o acórdão do T.J. de 14/7/81, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1982, n.º 4 p. 745

GREENWALD, Carol S. — Who's regulating regulators?, *The Bankers Magazine*, Mar/Abr. 1981, p. 39

ISAACS, Stuart — UK adjusts to Community law, *European Law Letter*, Jul. 1981

KEELEY, Michael C. e FURLONG, Frederick T. — Bank regulation and the public interest, *Federal Reserve Bank of San Francisco Economic Review*, 1986, n.º 2, p. 55

MARMOL, Ch. del — L'application des lois antitrust américaines au reglement de la bourse et aux fusions de banques, *Revue de la Banque*, 1963, p. 675

MAYER, Thomas, DUESENBERY, James S. e ALIBER, Robert Z. — *Money, Banking and Economy*, N. Iorque-Londres, 1981

MENGOZZI, Paolo — Efficienza e concorrenza degli istituti di credito alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia della CEE, *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1984, n.º 1/2

OCDE — *Politique de Concurrence dans les Secteurs Reglementés*, Paris, 1979

PATRÍCIO, J. Simões — *Direito da Concorrência (Aspectos Gerais)*, Lisboa-Gradiva, 1982

REVELL, Jack R. S. — The complementary nature of competition and regulation in the financial sector, *Revue de la Banque*, 1980, n.º 1, p. 9

ROSE, John T. — Government restrictions on bank activities: rationale for regulation and possibilities for deregulation, *Issues in Banking Regulation*, Outono 1985, p. 25

ROSELL, José — Banking agreements are they anti-competitive?, *International Financial Law Review*, Jul. 87

SALANTIRO, Niccolò — Concorrenza bancaria e direttive comunitarie, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1985, n.º 1, p. 136

WISH, Richard — *Competition Law*, Londres-Butterworths, 1985

BRIGITTE DIRICK

Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Liège

**LA LIBRE PRESTATION
DES SERVICES
DANS LE SECTEUR DE
L'ASSURANCE DIRECTE**

INTRODUCTION

Le 4 décembre 1986, la Cour de Justice des Communautés européennes a rendu quatre arrêts dans le secteur de l'assurance directe ⁽¹⁾. Ces arrêts présentent une grande importance. La Cour définit le champ respectivement assigné à la notion d'établissement et à la notion de prestation de services dans le domaine de l'assurance. Elle précise les conditions dans lesquelles un assureur établi dans un Etat membre peut, seul ou en tant que coassureur, prester ses services dans un autre Etat membre. Ces quatre décisions feront l'objet d'un commentaire unique car, même si les législations en cause n'étaient pas totalement identiques, les solutions apportées par la Cour sont semblables. L'arrêt relatif à la réglementation allemande a été choisi pour être reproduit ci-dessous. Il est, en effet, celui qui aborde la question de la libre prestation des services en matière d'assurances de la façon la plus complète. Etant donné la définition extensive qu'il donne à la notion d'établissement, il présente également un intérêt au-delà du domaine des assurances.

Dans cette note, nous décrirons d'abord l'état du marché commun de l'assurance avant l'intervention de la Cour, tant du point de vue de l'établissement que de la prestation de services. Ensuite, nous examinerons les solutions apportées par la Cour, d'abord, dans le secteur de l'assurance directe en général, ensuite, dans le cas particulier de la coassurance.

⁽¹⁾ *Commission c. France*, aff. 220/83; *Commission c. Danemark*, aff. 252/83; *Commission c. Allemagne*, aff. 205/84; *Commission c. Irlande*, aff. 206/84, non encore publiées.

I. L'ÉTAT DU MARCHÉ COMMUN DE L'ASSURANCE AVANT LES ARRETS DU 4 DECEMBRE 1986

L'exercice d'une activité indépendante par un ressortissant d'un Etat membre de la CEE dans un autre Etat membre est régi par les articles 52 et 59 du Traité CEE. Ces dispositions prescrivent la suppression des restrictions à la liberté d'établissement fondées sur la nationalité et la suppression des restrictions à la libre prestation des services dans un Etat membre par un ressortissant établi dans un autre Etat membre. Bénéficient de ces libertés les personnes physiques ressortissant des Etats membres ainsi que les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté ⁽²⁾. Les articles 52 et 59 du Traité sont directement applicables depuis la fin de la période de transition, c'est-à-dire depuis le 1 janvier 1970, même en l'absence de coordination ou d'harmonisation des législations des Etats membres ⁽³⁾.

A. *Le droit d'établissement des entreprises d'assurance*

En vertu du droit d'établissement, une entreprise d'assurance située dans un Etat membre peut donc s'installer dans un autre Etat membre dans les conditions prévues par ce dernier pour ses propres entreprises. La constitution d'un établissement à titre principal, c'est-à-dire par transfert de toute l'activité de l'entreprise dans un autre Etat membre, est une hypothèse théorique en ce qui concerne les personnes morales. En pratique, la liberté d'établissement s'exerce sous la forme de création de filiales, d'agences ou de succursales.

Dans le but de diminuer les divergences existant entre les législations des Etats membres relatives au contrôle de l'activité d'assurance et de faciliter ainsi l'établissement, deux premières directives, fondées sur l'article 57 §2 du Traité, ont été adoptées dans le secteur de l'assurance directe: l'une est relative à l'assu-

⁽²⁾ Articles 58 et 66 du Traité CEE.

⁽³⁾ Sur l'applicabilité directe de l'art. 52 du Traité, voy. *Reyners*, 21/6/1974, aff. 2/74, *Rec.* p. 631. Sur l'applicabilité directe de l'art. 59 du Traité, voy. *Van Binsbergen*, 3/12/1974, aff. 33/74, *Rec.* p. 1299.

rance directe autre que l'assurance sur la vie, c'est-à-dire l'assurance-dommage, l'autre à l'assurance sur la vie ⁽⁴⁾. Sous réserve de différences entre certaines dispositions techniques, ces directives édictent des règles identiques et visent à harmoniser les conditions relatives à l'accès à l'activité d'assurance et à son exercice dans les États membres ⁽⁵⁾. L'accès est soumis à l'obtention d'un agrément administratif, lui-même subordonné à l'adoption d'une forme juridique déterminée ⁽⁶⁾ et à l'existence de garanties financières suffisantes. Les conditions d'exercice portent principalement sur la situation financière des entreprises agréées. Les États membres doivent organiser le contrôle de la constitution et du maintien de réserves techniques suffisantes, d'une marge de solvabilité et d'un fonds de garantie. Les deux directives définissent également les conditions dans lesquelles l'agrément peut être retiré. Elles prescrivent une collaboration entre les autorités compétentes des États membres sous forme d'échanges de renseignements et de documents ⁽⁷⁾.

L'ensemble de ces dispositions n'établit cependant qu'une harmonisation limitée. En effet, le calcul des réserves techniques, la détermination de la nature et de l'évaluation des actifs destinés à représenter ces réserves sont laissés à

⁽⁴⁾ Directive 73/239/CEE, Première directive du Conseil, du 24/7/1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice, *JO L 228* du 16/8/1973, p. 3, modifiée, en ce qui concerne l'assurance-crédit et l'assurance-caution, par la directive 87/343/CEE *JO L 185* du 4/7/1987, p. 72. Directive 79/267/CEE, Première directive du Conseil, du 5/3/1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice, *JO L 63* du 13/3/1979, p. 1. Nous ne traitons pas ici la matière de la réassurance qui a fait l'objet d'une réglementation communautaire depuis 1964, voy. Directive 64/225 du Conseil du 25/2/1964 visant à supprimer en matière de réassurance et de rétrocession les restrictions à la liberté d'établissement et la libre prestation des services, *JO* p. 878.

⁽⁵⁾ Ces directives précisent également les conditions relatives à l'accès à l'activité d'assurance ainsi que son exercice par des succursales et agences relevant d'entreprises dont le siège social est hors de la Communauté. Cette question n'est pas envisagée ici.

⁽⁶⁾ Voy. l'article 8 de la première directive relative à l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et de la première directive relative à l'assurance-vie, citées supra note 4.

⁽⁷⁾ Pour un commentaire détaillé des directives existant en matière d'assurances, voy. H. Favre, Le marché commun de l'assurance, *RMC* 1980, p. 235-249 ainsi que J. C. Seche, Le rapprochement des législations destiné à faciliter le droit d'établissement et la libre prestation des services en matière d'assurances, *Cah. dr. eur.* 1981, p. 190-206.

l'appréciation des États membres. D'autres questions telles que celles du droit applicable au contrat ainsi que celles des tarifs et du régime fiscal des primes ne font l'objet d'aucune coordination même partielle ⁽⁸⁾. D'importantes disparités subsistent entre les systèmes des différents États membres. Les législations nationales relatives à l'activité d'assurance varient, dans leur détail et dans leur rigueur, selon le poids qu'elles accordent à la protection des assurés et des tiers ⁽⁹⁾.

B. La libre prestation de services

1. En général ⁽¹⁰⁾

Les articles 59 et suivants du Traité visent les activités qui ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Ils s'appliquent à l'activité économique qu'une personne établie dans un État membre exerce, ou dont elle bénéficie, dans un autre État membre ⁽¹¹⁾. Mais des services peuvent également être prestés par delà les frontières sans déplacement ni du prestataire, ni du bénéficiaire. Il suffit de songer

⁽⁸⁾ Certaines de ces questions ont fait l'objet de propositions de directives. Voy. la proposition de directive du Conseil visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant le contrat d'assurance, présentée par la Commission au Conseil le 10/7/1979, *JO C 190* du 28/7/1979, p. 2, modifiée le 16/12/1980, *JO C 355* du 31/12/1980, p. 30. Voy. aussi la proposition de directive du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant la liquidation obligatoire des entreprises d'assurance directe, présentée par la Commission au Conseil le 23/1/1987, *JO C 71* du 19/3/1987, p.5.

⁽⁹⁾ Certaines de ces différences sont décrites par Ph. Chappatte, *Freedom to Provide Insurance Services in the European Community*, *Eur. L. Rev.* 1984, p. 3-24.

⁽¹⁰⁾ Voy. U. Everling, *Sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres États membres*, *Cah. dr. eur.* 1985, p. 3-14.

⁽¹¹⁾ Ceci découle, non du texte de l'article 59, mais du droit dérivé et de la jurisprudence de la Cour de Justice. Voy. la directive 73/148 CEE relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, *JO L 172* du 28/6/1973, p. 14 ainsi que *Luisi et Carbone c. Ministero del Tesoro*, 31/1/1984, affaires jointes 286/82 et 26/83, *Rec.* p. 377.

aux activités d'acteurs économiques aussi importants que les banques, les entreprises d'assurance, de publicité et de radiodiffusion.

Ces dispositions prescrivent expressément la suppression de toute discrimination à l'égard du prestataire en raison de sa nationalité ou du fait qu'il est établi dans un État membre autre que celui où il fournit un service. En outre, elles ont été interprétées par la Cour de Justice comme empêchant l'application de réglementations qui, sans être formellement discriminatoires, sont de nature à rendre la prestation d'un service à partir d'un établissement étranger impossible ou à l'entraver considérablement ⁽¹²⁾. Selon les termes de la Cour, le principe de non-discrimination «n'implique (...) pas que toute législation nationale applicable aux ressortissants d'un État membre et visant normalement une activité permanente des entreprises établies dans celui-ci puisse être appliquée intégralement de la même manière à des activités, de caractère temporaire, exercées par des entreprises établies dans d'autres Etats membres» ⁽¹³⁾.

La liberté de prestation de services connaît néanmoins des limitations. Le Traité lui-même autorise certaines restrictions de caractère discriminatoire lorsqu'elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Il permet également d'exclure de la libre prestation de services les activités participant à l'exercice de l'autorité publique ⁽¹⁴⁾. La Cour, pour sa part, a défini les restrictions de caractère non formellement discriminatoire auxquelles un État membre peut soumettre les prestataires de services. Elle a admis qu'en raison de la nature particulière de certaines activités, les prestations de services pouvaient être limitées par des règles, applicables également aux ressortissants d'un État membre, justifiées par l'intérêt général ⁽¹⁵⁾. Ont ainsi été considérées comme justifiées par l'intérêt général, des réglementations professionnelles imposées aux auxiliaires de justice ⁽¹⁶⁾, aux bureaux de place-

⁽¹²⁾ Voy. *Van Binsbergen* cité note 3, cons. 10, et *Coenen*, 26/11/1975, aff. 39/75, *Rec.* p. 1547, cons. 6.

⁽¹³⁾ Voy. *Webb*, 17/2/1981, aff. 279/80, *Rec.* p. 3305, cons. 16.

⁽¹⁴⁾ Voy. l'article 66 du Traité qui renvoie aux articles 55 à 58.

⁽¹⁵⁾ *Van Binsbergen*, cité note 3, cons. 12; *Van Wesemael*, 18/1/1979, affaires jointes 110 et 111/78, *Rec.* p. 35, cons. 28. 28; *Webb*, cité note 13, cons. 17; *Debauxe*, 18/3/1980, aff. 52/79, *Rec.* p. 833, cons. 12.

⁽¹⁶⁾ *Van Binsbergen* cité note 3.

ment pour artistes du spectacle ⁽¹⁷⁾, à l'activité de mise à disposition de main-d'oeuvre ⁽¹⁸⁾. Ont également été considérées comme justifiées par l'intérêt général les réglementations relatives à la publicité à la télévision, en ce compris celles qui interdisent complètement l'émission de messages publicitaires ⁽¹⁹⁾.

En principe, seules les mesures dont l'adoption et l'application sont indispensables pour protéger l'objectif d'intérêt général sont compatibles avec le Traité CEE ⁽²⁰⁾. Ainsi, l'État sur le territoire duquel la prestation est effectuée doit tenir compte des obligations auxquelles le prestataire a déjà été soumis dans l'État d'établissement. La Cour n'admet pas qu'un État applique des mesures en soi justifiées si elles font double emploi avec des garanties et des justifications qui ont déjà été présentées ou avec des contrôles qui ont déjà été effectués dans l'État d'établissement ⁽²¹⁾.

2. Dans le domaine de l'assurance

Les principes généraux qui découlent des articles 59 et suivants du Traité ne suffisent pas à libérer les prestations de services entre États membres dans le secteur des assurances qui se caractérise par l'existence de réglementations nationales spécifiques et détaillées. Certaines initiatives de caractère législatif ont donc été prises afin de rendre plus aisée la libre prestation de services dans ce domaine. En matière d'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, une proposition de deuxième directive a été présentée par la Commission en 1975 ⁽²²⁾. Son objet est double. D'abord, elle complète la première directive

⁽¹⁷⁾ *Van Wesemael*, cité note 15.

⁽¹⁸⁾ *Webb*, cité note 13, cons. 18.

⁽¹⁹⁾ *Debauve*, cité note 15, cons. 13.

⁽²⁰⁾ Sur l'application de principes semblables dans le domaine de la libre circulation des marchandises, voy. *Cassis de Dijon*, 20/2/1979, aff. 120/78, *Rec.* p. 649 et la Communication de la Commission sur les suites de cert arrêt, *JO C 256* du 3/10/1980, p. 2.

⁽²¹⁾ *Webb*, cité note 13, cons. 20.

⁽²²⁾ Proposition de deuxième directive du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation des services, présentée par la Commission au Conseil le 30/12/1975, *JO C 32* du 12/2/1976, p. 2, modifié le 21/2/1978 (la modification n'a pas été publiée).

adoptée en 1973 ⁽²³⁾, particulièrement en ce qui concerne le calcul des réserves techniques. Ensuite, elle contient une série de dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services. Dans ce cadre, elle traite la prestation de services par une entreprise d'un État membre dans un autre État membre comme une extension territoriale de son activité et la soumet à un agrément spécifique octroyé par l'État membre d'établissement. Elle prévoit également une collaboration étroite entre l'État membre d'établissement et l'État membre où la prestation sera effectuée. Longuement discutée, cette proposition n'a pas encore fait l'objet d'un accord au sein du Conseil.

Une directive particulière a été adoptée dans le secteur de la *coassurance* ⁽²⁴⁾. Son champ d'application est limité à certains types de risques qui, par leur nature et leur importance, nécessitent l'intervention de plusieurs assureurs. La directive concerne les opérations dans lesquelles un risque, situé à l'intérieur de la CEE est couvert par plusieurs assureurs, sans solidarité entre eux, au moyen d'un contrat unique, moyennant une prime globale et pour une même durée. L'apériteur est l'assureur qui négocie les conditions du contrat, mais il ne couvre pas nécessairement une proportion plus importante du risque. Il doit être établi dans la Communauté et agréé dans les conditions prévues par la directive relative à l'établissement. Au moins un des coassureurs doit être établi dans un État membre différent de celui de l'apériteur. Les coassureurs établis dans la Communauté ne peuvent être soumis à d'autres dispositions que celles de la directive. Celle-ci constitue donc un premier pas sur la voie d'une libéralisation des services en matière d'assurances.

Cependant, certains États membres ont interprété cette directive comme permettant d'imposer à l'apériteur une obligation d'agrément et d'établissement dans l'État où la prestation est effectuée. Ils ont, en outre, fixé eux-mêmes des seuils en-dessous desquels le bénéfice de la directive ne pouvait être acquis. La Commission a donc introduit contre ces États, à savoir la France, le Danemark, l'Irlande ainsi que l'Allemagne, des recours en manquement aux obligations découlant des articles 59 et 60 du Traité CEE relatifs à la libre prestation des services. Ce sont ces recours qui font l'objet des arrêts du 4 décembre 1986.

⁽²³⁾ Voy. supra note 4.

⁽²⁴⁾ Directive 78/473/CEE du Conseil du 30/5/1978 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire JO L 151 du 7/6/1978, p. 25.

Ainsi qu'il déjà été dit plus haut, l'arrêt le plus intéressant concerne le recours de la Commission contre l'Allemagne, car il dépasse le cadre de la coassurance. La Commission avait en effet étendu son recours à l'obligation d'établissement et d'agrément imposée par cet État à tout assureur étranger désireux de prester ses services sur son territoire. Une telle exigence empêche évidemment un assureur régulièrement établi dans un État membre d'offrir librement ses services à un assuré établi dans un autre État membre et enlève toute portée au principe de l'article 59. En réalité, plusieurs États membres ont maintenu, à des degrés divers, dans le cadre de leur législation sur le contrôle des assurances, des restrictions à la libre prestation de services des assureurs communautaires. L'enjeu du recours de la Commission a d'ailleurs bien été perçu par les États membres, puisque le Royaume-Uni et les Pays-Bas sont intervenus pour soutenir la Commission tandis que la Belgique, le Danemark, la France, l'Irlande et l'Italie ont soutenu l'Allemagne. Ces prises de position sont le reflet des deux tendances prévalant actuellement au sein de la Communauté dans le secteur des assurances. Contrairement à la plupart des États membres, les Pays-Bas et le Royaume-Uni ne soumettent en effet la prestation de services en matière d'assurances sur leur territoire à aucune autorisation préalable. Ces deux États avaient, en outre, un intérêt particulier à voir la thèse de la Commission admise par la Cour, car ils sont le siège d'entreprises qui, depuis longtemps, déploient à l'étranger une importante activité, en particulier dans le domaine des assurances commerciales ⁽²⁵⁾. La suppression des obstacles à la libre prestation de services est particulièrement souhaitée par ces entreprises dans la mesure où, dans la Communauté, elles sont celles qui sont susceptibles d'en tirer le plus grand profit.

II. LES ARRETS DU 4 DECEMBRE 1986

Nous aborderons d'abord la question la plus importante, celle de la libre prestation de services d'assurance directe en général, et analyserons ensuite le problème de la coassurance.

⁽²⁵⁾ Voy. Ph. Chappatte, cité supra note 9, p.17.

A. La libre prestation de services d'assurance directe ⁽²⁶⁾

Quatre points seront examinés: le champ d' application de la décision, la notion de prestation de services en matière d'assurances, les conditions dans lesquelles l'Etat membre de destination peut exercer son contrôle et, enfin, la situation de la législation belge après l'intervention de la Cour.

1. Le Champ d'application de la décision

Deux points doivent être notés: l'un est relatif aux catégories d'assurances visées par la Cour, l'autre à la situation du risque couvert dans le cadre d'une prestation de services entre Etats membres.

La décision de la Cour s'applique à l'activité d'assurance directe dans son ensemble, c'est-à-dire y compris l'assurance-vie, sous réserve de deux exceptions. Tout d'abord, le recours ne vise pas les assurances de transports. En effet, la législation allemande ne prévoyait en ce domaine aucune restriction à la libre prestation de services sur son territoire à l'égard d'assureurs étrangers. En outre, au cours de la procédure orale, la Commission a précisé que son recours ne concernait pas les assurances obligatoires. Dans ce domaine, on constate actuellement de très importantes divergences entre les États membres quant au nombre et à l'importance des risques qui doivent être assurés. Des risques tels que ceux de la responsabilité civile automobile ⁽²⁷⁾ ou des accidents de travail ne

⁽²⁶⁾ Sur ce sujet, voy. E. Steindorff, Insurance and Freedom to Provide Services, *Comm. Market L. Rev.* 1977, p. 133-153; C. Berr et H. Groutel, La libre prestation de services dans le domaine des assurances, *R.T.D.E.* 1979, p. 73-84; A. Dumortier, La libre prestation de services, *Bull. Ass.* 1980, n° 259, p. 589-610; P. Rousselle, Réflexions sur l'application de la liberté de prestation de services aux activités d'assurance dans le Marché commun et sur l'attitude des assureurs communautaires, *Bull. Ass.* 1984, n°270, p. 313-329; P. Chappatte, cité note 9. Pour un commentaire des arrêts du 4/12/1986, voy. C. Berr et H. Groutel, Droit européen des assurances: liberté de prestation de services et coassurance, *R.T.D.E.*, 1987, p. 84-104; J. Biancarelli, L'évolution la plus récente de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de liberté de prestations de services dans le secteur des assurances, les arrêts «assurance-coassurance du 4 décembre 1986», *R.M.C.* 1987, p. 35-49.

⁽²⁷⁾ Deux directives de rapprochement des législations nationales ont été adoptées dans le domaine de la responsabilité civile automobile, voy. directive 72/166/CEE du Conseil du 24/4/1972 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la res-

rentrent donc pas dans le champ d'application de la décision. La Commission a sans doute estimé que lorsqu'un État membre décidait de rendre obligatoire la couverture d'un risque situé sur son territoire, il pouvait, en l'absence d'harmonisation communautaire, prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir le respect de sa législation même si cela le conduisait à imposer l'établissement et à exclure la libre prestation de services ⁽²⁸⁾.

D'autre part, la Cour, dans son arrêt, n'a pris en considération qu'une seule hypothèse: celle où l'assuré et le risque sont localisés dans le même État. Des termes mêmes de l'arrêt, il découle que celui-ci ne concerne pas le cas où le preneur d'assurance et le risque se trouvent dans deux États différents. Pour justifier cette exclusion, la Cour évoque sans les identifier «les problèmes particuliers» liés à ce type de situation. La Cour, peut-on penser, n'a pas voulu aborder la question délicate de la place à accorder, en ce cas, à la réglementation en vigueur dans le pays où le risque est localisé.

2. La notion de prestation de services en matière d'assurances

L'article 59 vise l'activité d'une personne dans un État membre où elle n'est pas établie. Il est donc indispensable de délimiter l'une vis-à-vis de l'autre les notions de prestation de services et d'établissement.

Dans le domaine de l'assurance, la Cour définit de façon extensive la notion d'établissement. Une entreprise d'un État membre qui installe une succursale ou une agence dans un autre État membre rentre évidemment dans le champ d'application des articles 52 et suivants du Traité. Mais il en va de même, selon la Cour, si l'entreprise maintient une présence permanente dans un État au moyen

ponsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs, et au contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, *JO L 103* du 2/5/1972, p. 1, complétée par la deuxième directive 84/5/CEE du 30/2/1983, *JO L 8* du 11/1/1984, p. 17, mais ne règlent pas la difficile question de la libre prestation de services dans ce secteur.

⁽²⁸⁾ Sur la question des assurances obligatoires, voy. J. Biancarelli, cité note 26, p. 48.

d'un simple bureau géré par son personnel ou d'un mandataire permanent. En outre, une entreprise est également considérée comme «établie» dans un Etat membre si celui-ci constitue en fait son seul ou principal lieu d'activité. Elle ne peut, en effet, par une sorte de fraude à la loi, invoquer les règles relatives à la libre prestation de services pour se soustraire aux obligations qui lui seraient imposées si elle était formellement établie dans l'État où elle exerce l'essentiel de son activité.

La Cour définit donc de façon fort large le concept d'établissement, puisque celui-ci s'étend à toute forme de présence permanente aussi minime soit elle. La question se pose alors de savoir quelle place la notion de prestation de services garde en matière d'assurance directe. L'assureur reste dans le cadre de la prestation de services, telle que l'entend la Cour, lorsqu'il s'adresse directement et occasionnellement à un assuré établi dans un autre État membre et, inversement lorsqu'un assuré s'adresse directement à un assureur établi dans un autre État membre, avec ou sans déplacement de l'un ou de l'autre contractant. La conclusion habituelle de contrats d'assurance avec des clients étrangers relèverait également de la prestation de services pourvu qu'elle ne requiert pas une présence permanente dans l'État de destination et qu'elle ne constitue pas l'essentiel de l'activité de l'assureur. Cette hypothèse, à savoir celle d'un contact direct entre l'assureur et le preneur, est cependant assez rare dans la réalité. Le plus souvent, les contrats sont souscrits avec l'intervention d'intermédiaires. La Cour n'exclut pas a priori que l'on demeure dans le champ des prestations de services lorsqu'un intermédiaire agit, si ce dernier n'est pas investi d'un mandat permanent. A partir de quel moment un assureur sera-t-il considéré comme entretenant des liens suffisamment permanents avec un intermédiaire pour que la situation relève des règles au droit d'établissement? Une relation occasionnelle entre un assureur étranger et un intermédiaire peut se produire dans la pratique pour la conclusion d'un contrat déterminé. Elle relève à coup sûr de la prestation de services telle que la conçoit la Cour, mais est peu fréquente. Un assureur étranger a généralement des relations d'affaires privilégiées avec certains intermédiaires déterminés, même si aucun lien contractuel de caractère permanent ne régit ces relations. Savoir si, dans un tel cas, l'activité d'un assureur étranger relève de la prestation de services ou de l'établissement est une question de fait à apprécier en fonction de critères tels que la fréquence et le nombre de contrats conclus par l'entremise de l'intermédiaire ou le caractère systématique des relations entretenues avec celui-ci. La définition donnée par

la Cour soulève donc des difficultés d'interprétation; sans priver la notion de prestation de services de toute réalité en matière d'assurances, elle lui ôte en tout cas en pratique une grande partie de sa portée ⁽²⁹⁾.

3. Le contrôle exercé par l'État membre destinataire

Un État peut donc soumettre à l'ensemble de sa réglementation les activités qui relèvent de l'établissement, lesquelles, on vient de le voir, sont largement entendues par la Cour. Ci-dessous, nous examinerons les conditions auxquelles un État membre peut soumettre des activités qui, au sens de la Cour, constituent des prestations de services.

La Cour apprécie la compatibilité de la législation allemande avec les dispositions du Traité à la lumière de sa jurisprudence antérieure telle qu'elle a été rappelée dans la première partie de cette note. Exiger d'un assureur régulièrement établi et agréé dans un État membre qu'il crée un établissement et obtienne une autorisation spécifique avant de pouvoir effectuer une prestation de services dans un autre État membre constitue une restriction en principe interdite par les articles 59 et suivants du Traité. On l'a vu, des restrictions aux prestations de services ne sont admissibles que si, justifiées par l'intérêt général, elles ne font pas double emploi avec le mécanisme de protection existant dans l'État membre d'origine et ne sont pas disproportionnées par rapport au résultat recherché. Dans son arrêt, la Cour examine la législation allemande au regard de ces différentes conditions.

Tout d'abord, elle constate que la nature de l'activité d'assurance justifie qu'elle soit soumise à des règles impératives au nom de l'intérêt général. Le preneur d'assurance et l'assuré demandent une protection particulière. D'une part, il faut que le dédommagement soit certain à la survenance du risque. D'autre part, le consommateur est souvent en position d'infériorité et ne peut vérifier par lui-même la situation financière de son assureur, ni au moment de la signature du contrat, ni pendant la durée de celui-ci. En outre, les conditions contractuelles lui sont souvent imposées. Les intérêts des tiers lésés doivent également

⁽²⁹⁾ Sur cette question, voy. C. Berr et H. Groutel, cités note 26, p. 102 et 103.

être protégés. L'application aux assureurs étrangers de règles nationales destinées à contrôler la solvabilité des entreprises d'assurance et la nature des conditions contractuelles qu'elles imposent est donc en principe justifiée par l'intérêt général.

Il reste à voir si ce contrôle n'est pas suffisamment garanti par la législation des États membres d'établissement. La Cour prend ici en considération le degré d'harmonisation obtenu grâce à l'application des directives réglementant les conditions d'accès et d'exercice de l'activité d'assurance. Les directives ne traitent pas expressément des prestations de services, mais elles pourraient avoir eu pour résultat une harmonisation du droit des assurances rendant totalement ou partiellement inutile l'imposition par l'État membre de destination d'obligations supplémentaires aux entreprises simples prestataires de services.

La vérification de l'existence de conditions comparables ou équivalentes dans les différents États membres est opérée par la Cour à trois niveaux: le contrôle de la situation financière, l'existence de réserves techniques et, enfin, les conditions d'assurance. La solvabilité de l'entreprise devant être vérifiée, en vertu des directives, par l'État membre d'établissement pour l'ensemble des activités de l'entreprise, l'État destinataire ne peut plus imposer lui-même un nouveau contrôle. Il doit donc accepter le certificat de solvabilité fourni par l'État membre d'établissement. Par contre, dans l'état actuel du droit communautaire, les États membres restent libres de calculer le montant des réserves techniques et de déterminer la nature et l'évaluation des actifs qui en constituent la contrepartie. Ces actifs doivent être localisés dans l'État membre où l'activité est exercée et leur réalité vérifiée par l'autorité de contrôle de cet État. Sur ce point, étant donné l'absence d'harmonisation, d'importantes différences subsistent entre les États membres. La même observation vaut pour les dispositions relatives aux conditions d'assurance.

Au niveau des réserves techniques et des conditions d'assurance, les États membres sur le territoire desquels la prestation est fournie peuvent donc exercer un contrôle destiné à garantir l'application de leur législation. Il reste cependant à déterminer la nature de ce contrôle. C'est ici que se situe l'intérêt principal de l'arrêt. En effet, personne ne conteste que les États membres ont le droit d'exercer un certain contrôle à l'égard des entreprises d'assurance qui fournissent des prestations sur leur territoire. La Commission elle-même admettait la possibilité d'un contrôle préalable qui soit moins contraignant que l'agrément mais sans préciser le type de mesures qu'elle accepterait. Dans ses conclusions,

l'Avocat Général, Sir Gordon Slynn se montrait plus explicite. Il estimait justifiées et suffisantes des dispositions telles que celles imposant la notification à l'État membre de destination par les assureurs de leur intention d'effectuer une assurance ou le dépôt de certains documents. Tant la Commission que l'Avocat Général considéraient donc que non seulement l'exigence de l'établissement, mais également celle de l'agrément, étaient excessives par rapport au but recherché.

La Cour n'a pas été aussi loin. Pour elle, dans le secteur de l'assurance, un système d'agrément est indispensable et son application ne peut être confiée au seul État membre d'établissement sans une nouvelle intervention du législateur communautaire. L'absence de conditions comparables dans les différents États membres implique pour l'État de destination le droit d'utiliser un instrument de contrôle qui soit non seulement préalable, mais, en outre, permanent et qui puisse aboutir à un éventuel retrait de l'autorisation de prêter. Cet instrument peut prendre la forme d'un *agrément administratif*. Deux limitations importantes sont cependant apportées par la Cour. D'abord, l'État destinataire doit prendre en considération les obligations déjà remplies dans l'État d'établissement. Lorsqu'il sollicite l'agrément, l'assureur ne pourra donc se voir imposer une seconde fois des contrôles ou des vérifications auxquels il aura déjà satisfait dans l'État où il est établi. Ensuite, l'État destinataire ne peut imposer l'agrément pour certains types d'assurances où la nécessité de protéger le preneur d'assurance n'existe pas ou revêt une moindre importance. La Cour se réfère ici à la qualité des assurés et à l'ampleur du risque pour introduire une distinction entre les différents types d'assurances. Toutefois, elle se refuse à établir elle-même les critères permettant de classer les assurances dans l'une ou l'autre catégorie. Mais elle admet ainsi la solution préconisée par la proposition de deuxième directive qui exclut l'application de certaines règles impératives aux contrats relatifs à des risques de type commercial ou industriel qu'elle énumère⁽³⁰⁾. A défaut de définition précise donné par la Cour, cette proposition peut servir de guide à un assureur étranger désireux de prouver que son activité vise un risque pour lequel un agrément ne se justifie pas.

En bref, dans les limites qui viennent d'être exposées, l'État membre sur le territoire duquel le service d'assurance est presté garde donc le droit de soumettre cette activité à une autorisation. Quant à l'exigence *d'établissement*, la

⁽³⁰⁾ Voy. l'article 6 de la proposition de deuxième directive citée note 22.

Cour rappelle qu'elle est la négation même de l'idée de libre prestation de services. Elle ne peut être admise que si elle constitue le moyen indispensable pour effectuer un contrôle. Or, la présence d'actifs sur le territoire de l'État destinataire peut être vérifiée en l'absence d'établissement tandis que le respect d'autres conditions peut être garanti par la production de documents certifiés par les autorités de l'État d'établissement. L'existence d'un système d'agrément de caractère permanent constitue un moyen de contrôle adéquat.

4. La législation belge relative au contrôle des entreprises d'assurance ⁽³¹⁾

La législation belge soumet à un agrément les entreprises étrangères qui font en Belgique des opérations d'assurance directe ⁽³²⁾. L'obligation d'agrément s'applique aux contrats souscrits en Belgique ainsi qu'à ceux, même signés à l'étranger, concernant un bien, une personne ou une responsabilité localisée en Belgique ⁽³³⁾. Les entreprises établies dans un autre Etat membre qui se livrent à une activité soumise à agrément doivent, pour l'obtenir, désigner un mandataire général ayant son domicile en Belgique et doté de pouvoirs suffisants pour engager l'entreprise à l'égard de tiers et la représenter vis-à-vis des autorités et des juridictions belges ⁽³⁴⁾. Certains types de risques sont exemptés de cette obligation. Il s'agit, comme dans la législation allemande, de risques en matière de transports et aussi de certains risques industriels et commerciaux importants ⁽³⁵⁾. La réglementation belge impose donc, dans un grand nombre de cas, la

⁽³¹⁾ Loi du 9/7/1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances et arrêté royal du 12/3/1976 fixant la date à laquelle certains articles de la loi du 9/7/1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance entrent en vigueur et portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurance. Cette loi et cet arrêté royal mettent en oeuvre la directive de 1973. Deux arrêtés royaux du 9/6/1981 ont adapté ces textes à la directive de 1979.

⁽³²⁾ Article 2 § 1 de la loi du 9/7/1975.

⁽³³⁾ Article 3 § et § 3 de la loi du 9/7/1975.

⁽³⁴⁾ Article 12 § 3 de la loi du 9/7/1975, article 6 § 2, 3^o de l'Arrêté royal du 12/3/1976.

⁽³⁵⁾ Voy. l'article 2 § 3 et § 4 de l'Arrêté royal du 12/3/1976.

présence d'une personne sur le territoire belge pour obtenir l'agrément. Jusqu'à présent, le droit belge ne contient pas de dispositions particulières en matière de prestations de services d'assurance. La notion d'activité soumise à agrément reçoit un contenu très large qui englobe à la fois la prestation de services et l'établissement.

L'existence d'un mandataire général est prévue par la directive relative à l'établissement et est donc justifiée dans le cas où une entreprise étrangère installe en Belgique une succursale ou une agence. Rappelons, en outre, que la Cour fait même de l'existence d'un mandataire permanent un critère de l'établissement. Lorsque l'on se trouve dans le domaine de la seule prestation de services, la Cour exclut très logiquement que l'État de destination puisse imposer à l'assureur étranger une présence permanente sur son territoire. L'exigence de la présence d'un mandataire général ne peut donc être maintenue dans la réglementation belge comme condition préalable à la fourniture de prestation de services.

B. La libre prestation de services dans le cas de la coassurance

Nous l'avons vu, une directive communautaire a instauré une libéralisation des services en matière de coassurance⁽³⁶⁾. Les coassureurs peuvent prêter librement leurs services lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une coassurance rentrant dans le champ d'application de la directive. Deux problèmes n'avaient cependant pas été résolus: celui du régime applicable à l'apéríteur et celui de la détermination des risques pouvant faire l'objet d'une coassurance communautaire.

1. La prestation de services par l'apéríteur

Le texte de la directive indique que l'apéríteur doit être établi et agréé dans les conditions prévues par la directive relative à l'établissement⁽³⁷⁾. La France

⁽³⁶⁾ Voy. supra note 24.

⁽³⁷⁾ Article 2 § 1 c) de la directive 78/473/CEE.

le Danemark, l'Irlande et l'Allemagne en ont déduit qu'il était légitime de soumettre l'apéríteur désirant prester ses services sur leur territoire à une obligation d'établissement et d'agrément ⁽³⁸⁾. La Cour analyse cette limitation à la lumière des dispositions du Traité et reprend le raisonnement qu'elle a suivi à propos des services prestés par une entreprise assurant la totalité du risque.

L'exigence d'un *établissement* est donc ici aussi rejetée. En ce qui concerne l'*agrément*, trois raisons s'opposent, selon la Cour, à son admission. Tout d'abord, la protection des consommateurs n'est pas aussi impérative dans le cadre de la coassurance communautaire: en vertu de l'article premier de la directive, la coassurance ne peut être utilisée que pour certains types de risques importants et, en général, les preneurs sont des entreprises capables de négocier leurs contrats et de vérifier la situation financière des assureurs. Ensuite, la coordination des législations nationales réalisée par la directive permet, dans ce cas-ci, de garantir l'existence de conditions comparables dans les différents États membres. En outre, l'existence d'une procédure particulière de collaboration entre les autorités des États membres donne à l'État destinataire la possibilité d'exercer un contrôle sans qu'un mécanisme d'agrément soit nécessaire. Selon la Cour, la protection des assurés dans le pays de destination est suffisamment garantie par l'application de la directive ⁽³⁹⁾. Et, enfin, le rôle que joue l'apéríteur dans la négociation du contrat ne justifie pas que lui soit imposée une obligation à laquelle les autres coassureurs ne sont pas soumis: en effet, la participation de l'apéríteur à la couverture du risque n'est pas nécessairement supérieure à celle des autres coassureurs.

En matière de coassurance, la Cour admet donc la thèse de la Commission: l'État de destination ne peut subordonner la prestation est donc ici totalement garantie. Reste à savoir dans quels cas cette liberté peut être exercée.

⁽³⁸⁾ La législation irlandaise était un peu différente: en ce qui concerne les risques de transports, l'apéríteur devait informer le ministre compétent et obtenir son consentement. La Cour analyse ces exigences de la même façon que les obligations d'établissement et d'agrément, voy. *Commission c. Irlande*, aff. 206/84, cons. 25.

⁽³⁹⁾ *Commission c. France* aff. 220/83, cons. 23.

2. Le champ d'application de la coassurance communautaire ⁽⁴⁰⁾

En vertu de l'article 1 § 2 de la directive, celle-ci s'applique aux risques dont la nature et l'importance nécessitent l'intervention de plusieurs assureurs. Le texte ne précise pas davantage. La France, l'Irlande, le Danemark et l'Allemagne avaient fixé des seuils de garantie en-dessous desquels la coassurance communautaire ne pouvait être utilisée ⁽⁴¹⁾. Ces Etats voulaient ainsi éviter que la liberté de prester des services prévue par la directive ne soit employée lors de la couverture de risques qui ne nécessitaient pas économiquement l'intervention de plusieurs assureurs.

La Commission s'opposait à la fixation de ces seuils. Elle se fondait ici aussi sur la thèse selon laquelle toute exigence d'agrément et d'établissement était contraire aux articles 59 et suivants du Traité dans le domaine des assurances. Elle déduisait que les Etats membres ne pouvaient, en transposant la directive relative à la coassurance, dispenser des obligations d'agrément et d'établissement les seuls coassureurs couvrant des risques supérieurs aux montants qu'ils déterminent.

La Cour par contre, admet la fixation de tels seuils. Elle se réfère au raisonnement, repris ci-dessus, selon lequel, en l'état actuel du droit communautaire, un agrément peut être demandé au prestataire de services dans le cas de l'assurance en général, mais ne peut plus l'être dans le cas d'une coassurance visée par la directive. Selon elle il est donc nécessaire de définir un «critère de distinction entre la coassurance communautaire et les autres activités d'assurances» et des seuils de garantie fixés par les Etats constituent un tel critère ⁽⁴²⁾. Cette solution découle logiquement de la position adoptée par la Cour. Mais, d'un point de vue pratique, la détermination des seuils de garantie

⁽⁴⁰⁾ Cette question n'a pas été abordée dans la décision reproduite ci-dessus pour des raisons de recevabilité.

⁽⁴¹⁾ Dans le procès-verbal de la séance au cours de laquelle il a adopté la directive, le Conseil avait invité les autorités de contrôle des Etats membres à «définir des orientations générales sur ce qu'il faut entendre par «nature» et «importance» d'un risque justifiant le recours à la coassurance». Un groupe de travaux s'est réuni sur base de cette déclaration et a fixé des seuils quantitatifs dont se sont inspirés les Etats membres en cause pour légiférer.

⁽⁴²⁾ *Commission c. France*, aff. 220/83, cons. 28.

dans un cadre national peut être de nature à enlever toute signification aux avantages liés à la coassurance communautaire.

Le problème qui vient d'être évoqué tient au fait que la Cour n'était pas ici appelée à se prononcer sur le pouvoir des États membres de déterminer eux-mêmes le champ d'application de la directive. Il eût été intéressant de connaître la position de la Cour sur ce point précis. On peut, en effet, comme l'Avocat Général le proposait, interpréter l'article 1 § 2 de la directive comme «laissant aux forces du marché le soin de décider quels sont les risques qui exigent la coassurance» et n'admettre la fixation de seuils que par une nouvelle directive du Conseil et uniquement dans le cas où des abus se produiraient dans l'utilisation de la directive.

CONCLUSION

La libre circulation des services est l'un des objectifs fondamentaux du Traité CEE. Dans son livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur ⁽⁴³⁾, la Commission a affirmé sa volonté d'aboutir à une réalisation rapide du marché commun des services. Jusqu'à présent, les progrès dans cette matière, en particulier dans le domaine des assurances, ont cependant été assez lents. Les arrêts rendus par la Cour le 4 décembre 1986 ne donneront sans doute pas une impulsion décisive à ce mouvement souhaitable.

Certes, la Cour a saisi l'occasion de rappeler avec force la nécessité de ne maintenir, en matière de prestation de services, que des restrictions justifiées par l'intérêt général et prenant en compte les garanties déjà fournies dans l'État membre d'établissement. Cette affirmation est importante pour limiter la volonté protectionniste des États membres dans des secteurs de services où il n'existe pas ou peu d'harmonisation au niveau communautaire.

Mais certaines réponses apportées par la Cour sont trop prudentes. D'abord, la façon, même si elle est assez floue, dont la Cour a tracé la ligne

⁽⁴³⁾ Livre blanc de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur, *COM (85) 310 final* n.º 95 à 123.

de partage entre l'établissement et la prestation de services est de nature à restreindre considérablement le champ d'application des articles 59 et suivants du Traité. Ensuite, l'exigence d'un agrément par l'État membre de destination reste autorisée dans tout les cas où la coassurance communautaire ne joue pas. Même si la solution est considérée comme provisoire par la Cour, les conditions qui sont attachées à l'obtention de l'agrément dans la plupart des États membres limitent en fait de façon importante la circulation des services en matière d'assurances. La liberté totale de prester ses services entre États membres est, il est vrai, reconnue tant pour l'apériteur que pour les autres assureurs dans le cadre de la coassurance communautaire. Mais admettre la fixation, dans un cadre national, de seuils de garantie en-dessous desquels cette coassurance ne peut intervenir est susceptible de limiter sérieusement la portée de cette liberté.

Finalement, ces décisions font surtout apparaître l'urgence d'une nouvelle intervention du législateur communautaire. La création d'un marché européen de l'assurance passe nécessairement par une coordination des dispositions applicables aux réserves techniques, au droit du contrat d'assurance et aux pouvoirs accordés aux autorités de contrôle des États membres. Le principal obstacle à la réalisation de cet objectif réside dans la difficulté de concilier les deux types de législations existant dans la Communauté en matière d'assurances. En effet, certains États, tel que le Royaume-Uni, laisse traditionnellement une large autonomie aux opérateurs économiques et refusent d'introduire dans leur législation des règles détaillées. Par exemple, ils ne souhaitent pas exercer de contrôle sur les conditions générales et les tarifs des contrats. D'autres États, par contre, ont élaboré une réglementation précise. Ils craignent de voir apparaître sur leur marché des assureurs échappant à leur contrôle et proposant des contrats non conformes aux conditions strictes qu'ils ont prescrites. La recherche d'un dénominateur commun entre ces deux tendances est malaisée, mais elle est indispensable.

Septembre 1987.

ACÓRDÃOS



COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

4 Décembre 1986

COMMISSION c. ALLEMAGNE

Siég.: M. Mackenzie Stuart, *Président*; MM. Y. Galmot, C. N. Kakouris, T. F. O'Higgins et F. A. Schockweiler, *Présidents de chambre*; MM. G. Bosco, T. Koopmans, O. Due, U. Everling, K. Bahlmann et R. Joliet, *Juges*.

Av. Gén.: Sir Gordon Slynn.

Plaid.: MM. F. W. Albrecht, E. Steindorff, M. Seidel, R. Lukes.

Libre prestation de services. Assurances directes. Régime d'agrément.

Coassurance. Libre prestation de services par l'apériteur.

Est contraire aux articles 59 et suivants du Traité CEE une obligation d'établissement imposée par un État membre à une entreprise de la Communauté désireuse de fournir dans cet État membre des prestations d'assurance directe, à l'exception des assurances de transport, sous réserve des assurances obligatoires et des assurances pour lesquelles l'assureur soit maintient une présence permanente devant être assimilée à une agence ou succursale, soit dirige ses activités entièrement ou principalement vers le territoire de cet État.

Une obligation d'agrément peut être imposée lorsqu'elle est justifiée par le respect de règles nationales tenant à la protection des consommateurs pour autant qu'il soit tenu compte des garanties déjà remplies dans l'État membre d'établissement.

Dans le cadre d'une coassurance communautaire, l'apériteur ne peut être soumis ni à l'établissement ni à un agrément lorsqu'il preste des services dans un État membre où il n'est pas établi.

ARRET

1. Par requête déposée au greffe de la Cour le 14 août 1984, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du Traité CEE, un recours visant à faire constater que la République fédérale d'Allemagne,

A) en appliquant la *Versicherungsaufsichtsgesetz* (loi relative au contrôle des entreprises d'assurance, ci-après la VAG), dans la version de la quatorzième loi de modification du 29

mars 1983 (BGBl I, p. 377), laquelle soumet à l'obligation d'établissement et d'agrément les entreprises d'assurances de la Communauté désireuses de fournir en République fédérale d'Allemagne — par des représentants, mandataires, agents et autres intermédiaires — des prestations d'assurance directe (à l'exception des assurances de transport), et interdit aux intermédiaires d'assurance établis en République fédérale d'Allemagne de proposer à des résidents des contrats d'assurance avec des assureurs établis dans un autre État membre, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 59 et 60 du Traité;

- B) en mettant en vigueur et en appliquant la quatorzième loi de modification de la VAG, précitée, visant à transposer la directive 78/473 du Conseil, du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire (JO L 151, p. 25), a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 59 et 60 du Traité et de la directive susmentionnée, dans la mesure où les dispositions de la loi prescrivent pour la coassurance communautaire que l'apériteur (dans le cas de risques situés en République fédérale d'Allemagne) doit y être établi et autorisé à y couvrir également seul les risques assurés;
- C) en fixant, par l'intermédiaire du Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (Office fédéral de contrôle des assurances) et dans le cadre de la transposition de la directive susmentionnée, des seuils trop élevés pour les risques dans les branches assurance-incendie, responsabilité civile véhicules aériens et responsabilité civile générale — risques pouvant faire l'objet d'une coassurance communautaire — dans la mesure où la coassurance en tant que service est exclue de ce fait en République fédérale d'Allemagne pour les risques situés au-dessous des seuils, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article premier, paragraphe 2, et de l'article 8 de la directive 78/473 ainsi que des articles 59 et 60 du Traité.

2. La Commission a également introduit des recours en manquement contre la République française (affaire 220/83), le Danemark (affaire 252/83) et l'Irlande (affaire 206/84) relatifs à la transposition, par ces États membres, de la directive 78/473 précitée. Dans ces recours, la Commission fait valoir des griefs qui concordent largement avec ceux soulevés sous B et C dans la présente affaire. Par contre, ces recours ne comportent pas de griefs qui correspondent à celui sous A, bien que, dans lesdits États membres, les législations générales sur le contrôle des entreprises d'assurance comportent des restrictions similaires à celles qui font l'objet de ce grief.

3. Dans la présente affaire, les Gouvernements belge, danois, français, irlandais et italien sont intervenus au soutien de la République fédérale d'Allemagne, alors que les Gouvernements britannique et néerlandais sont intervenus à l'appui de la Commission.

II. SUR LE FOND

A. Quant au premier grief de la Commission

i. Sur l'objet du grief

17. (Il y a donc lieu de conclure que) le premier grief de la Commission concerne le secteur de l'assurance dans son ensemble, à l'exception des assurances de transport, de la coassurance com-

munautaire et des assurances obligatoires et qu'il vise les exigences d'établissement et d'agrément imposées par la législation allemande aux assureurs communautaires en tant que prestataires de services au sens du Traité.

ii. Sur la notion de prestation de services en matière d'assurance

18. Selon l'article 59, paragraphe 1, du Traité, la suppression des restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté s'étend à tous les services fournis par des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation. Aux termes de l'article 60, premier alinéa, sont considérés comme services, au sens du Traité, les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.

19. En ce qui concerne les prestations de services ainsi définies, ces articles exigent la suppression de toute restriction à leur libre circulation, sous réserve toutefois des dispositions de l'article 61 et de celles des articles 55 et 56 auxquelles renvoie l'article 66. Alors que ces dernières dispositions ne sont pas en cause dans le présent recours, le Gouvernement italien a rappelé que, selon l'article 61, paragraphe 2, la libération des assurances qui sont liées à des mouvements de capitaux doit être réalisée en harmonie avec la libération progressive de la circulation des capitaux. A cet égard, il convient toutefois de relever que déjà la première directive du Conseil, du 11 mai 1960, pour la mise en oeuvre de l'article 67 du Traité (JO 1960, p. 921), a prévu que les États membres accordent toute autorisation de change afférente aux mouvements de capitaux, requise pour les transferts en exécution de contrats d'assurance, au fur et à mesure que ces contrats sont admis au bénéfice de la libre circulation des services en exécution des articles 59 et suivants du Traité.

20. Si les règles sur les mouvements de capitaux ne sont donc pas de nature à restreindre la liberté de conclure des contrats d'assurance sous forme de prestations de services en vertu des articles 59 et 60, se pose toutefois le problème de la délimitation du champ d'application de ces articles par rapport à celui des dispositions du Traité relatives au droit d'établissement.

21. A cet égard, il convient d'admettre qu'*une entreprise d'assurance d'un autre État membre qui maintient, dans l'État membre en cause, une présence permanente relève des dispositions du traité sur le droit d'établissement et cela même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou d'une agence, mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau, géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence pour celle-ci comme le ferait une agence* (1). En raison de la définition précitée contenue dans l'article 60, premier alinéa, une telle entreprise d'assurance ne saurait donc se prévaloir des articles 59 et 60 pour ce qui est de ses activités dans l'État membre en cause.

22. De même, ainsi que la Cour l'a constaté dans son arrêt du 3 décembre 1974 (van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299), on ne saurait dénier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se sous-

(1) C'est nous qui soulignons.

traire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État, une telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui des prestations de service.

23. Il convient enfin de mentionner que, le champ d'application des articles 59 et 60 étant défini en fonction des lieux d'établissement ou de résidence du prestataire des services et de leur destinataire, il peut se poser des problèmes particuliers lorsque le risque couvert par le contrat d'assurance est situé sur le territoire d'un État autre que celui du preneur d'assurance, destinataire des services. Ces problèmes qui n'ont pas fait l'objet de débats devant la Cour ne seront pas examinés par celle-ci dans le cadre de la présente affaire. L'examen suivant ne concerne donc que les assurances contre des risques se situant dans l'État membre du preneur d'assurance (ci-après dénommé «État destinataire»).

24. Il découle de ce qui précède que les prestations de services qu'il faut examiner en vue de statuer sur le présent recours concernent les seuls contrats d'assurance contre des risques situés dans un État membre et conclus, par un preneur d'assurance établi ou résidant dans cet État, avec un assureur qui est établi dans un autre État membre et qui ne maintient aucune présence permanente dans le premier État ni ne dirige ses activités entièrement ou principalement vers le territoire de cet État.

iii. Sur la conformité des exigences litigieuses avec les articles 59 et 60 du Traité

25. Selon une jurisprudence constante de la Cour, les articles 59 et 60 du Traité sont devenus d'application directe à l'expiration de la période de transition, sans que leur applicabilité soit subordonnée à l'harmonisation ou à la coordination des législations des États membres. Ces articles exigent l'élimination non seulement de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité, mais également de toutes restrictions à la libre prestation de services imposées en raison de la circonstance qu'il est établi dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie.

26. Étant donné que le Gouvernement allemand et certains des gouvernements intervenant à son appui se sont référés à l'article 60, troisième alinéa, pour faire valoir que l'État destinataire peut appliquer sa législation de contrôle également aux assureurs établis dans un autre État membre, il convient d'ajouter, ainsi que la Cour l'a précisé notamment dans son arrêt du 17 décembre 1981 (Webb, 279/80, Rec. p. 3305), que ledit alinéa a pour but, en premier lieu, de rendre possible au prestataire l'exercice de son activité dans l'État membre destinataire sans discrimination par rapport aux ressortissants de cet État. Il n'implique cependant pas que toute législation nationale applicable aux ressortissants de cet État et visant normalement une activité permanente des entreprises établies dans celui-ci puisse être appliquée intégralement et de la même manière à des activités, de caractère temporaire, exercées par des entreprises établies dans d'autres États membres.

27. La Cour a cependant admis, notamment dans ses arrêts du 18 janvier 1979 (van Wesemael, 110 et 111/78, Rec. p. 35) et du 17 décembre 1981 (Webb, 279/80, précité), que compte tenu de la nature particulière de certaines prestations de services, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le Traité des exigences spécifiques imposées au prestataire, qui seraient motivées par l'application de règles régissant ces types d'activités. Toutefois, la libre prestation des services, en

tant que principe fondamental du Traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi. En outre, lesdites exigences doivent être objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection des intérêts qui constitue l'objectif de celles-ci.

28. Il convient de constater que les exigences en cause dans la présente affaire, à savoir les obligations imposées à un assureur, établi dans un autre État membre, agréé par l'autorité de contrôle de celui-ci et soumis au contrôle de cette autorité, d'avoir un établissement stable sur le territoire de l'État destinataire et d'obtenir un agrément séparé auprès de l'autorité de contrôle de cet État, constituant des restrictions à la libre prestation de services en ce qu'elles rendent plus onéreuses ces prestations dans l'État destinataire, notamment lorsque les activités de l'assureur dans cet État présentent un caractère purement occasionnel.

29. Il s'ensuit que ces exigences ne peuvent être considérées comme compatibles avec les articles 59 et 60 du Traité que s'il est établi qu'il existe, dans le domaine de l'activité considérée, des raisons impérieuses liées à l'intérêt général qui justifient des restrictions à la libre prestation des services, que cet intérêt n'est pas déjà assuré par les règles de l'État d'établissement et que le même résultat ne peut pas être obtenu par des règles moins contraignantes.

a) *Sur l'existence d'un intérêt justifiant certaines restrictions à la libre prestation des services en matière d'assurances*

30. Ainsi que le Gouvernement allemand et les parties intervenant à son appui l'ont affirmé, sans être contredits par la Commission ni par les Gouvernements britannique et néerlandais, le secteur de l'assurance constitue un domaine particulièrement sensible du point de vue de la protection du consommateur en tant que preneur d'assurance et assuré. Cela résulte notamment du caractère spécifique de la prestation de l'assureur qui est liée à des événements futurs dont la survenance ou, en tout cas, le moment de celle-ci reste incertain à l'époque où le contrat est conclu. L'assuré qui, après un sinistre, n'en obtient pas le dédommagement peut se trouver dans une situation très précaire. De même, il est, en règle générale, extrêmement difficile pour le preneur d'assurance d'apprécier si les perspectives d'évolution de la situation financière de l'assureur et les clauses du contrat, les plus souvent imposées par ce dernier, lui donnent suffisamment de garantie d'être dédommagé en cas de sinistre.

31. Il faut, en outre, prendre en considération, comme le Gouvernement allemand l'a relevé, que, dans certaines branches, l'assurance est devenue un phénomène de masse. En effet, des contrats sont conclus par un très grand nombre de preneurs d'assurance, à tel point que la sauvegarde des intérêts des assurés et des tiers lésés touche pratiquement toute la population.

32. Ces caractéristiques particulières propres au secteur de l'assurance ont conduit tous les États membres à introduire des législations soumettant les entreprises d'assurances à des règles impératives, en ce qui concerne aussi bien leur situation financière que les conditions d'assurance qu'elles appliquent, et à un contrôle permanent du respect de ces règles.

33. Il apparaît donc qu'il existe, dans le domaine en cause, des raisons impérieuses liées à l'intérêt général qui peuvent justifier des restrictions à la libre prestation de services, à condition

toutefois que les règles de l'État d'établissement ne suffisent pas pour atteindre le niveau de protection nécessaire et que les exigences de l'État destinataire n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire à cet égard.

b) Sur le point de savoir si l'intérêt n'est pas déjà assuré par les règles de l'État d'établissement

34. La Commission ainsi que les Gouvernements britannique et néerlandais soutiennent que, en tout cas depuis l'adoption des premières directives de coordination 73/239 et 79/267, les considérations de protection susmentionnées sont dans une large mesure sauvegardées par le contrôle des autorités de l'État d'établissement.

35. A cet égard, il convient de relever, à titre liminaire, que selon leurs visas, leurs considérants et le libellé de leurs dispositions, ces deux directives visent à faciliter la création de succursales ou d'agences dans un État membre autre que celui du siège. Elles règlent les relations entre, d'une part, la législation et l'autorité de contrôle de l'État du siège et, d'autre part, celles des États où l'entreprise a établi des succursales ou agences, mais elles ne visent pas les activités que l'entreprise exerce sous forme de prestations de service au sens du Traité. Par conséquent, il n'est pas possible d'appliquer les dispositions de ces directives à la relation entre l'État d'établissement, où se trouvent le siège, la succursale ou l'agence, et l'État dans lequel la prestation de service est fournie. Cette relation n'est visée que dans la proposition de deuxième directive.

36. Il y a cependant lieu d'examiner si les deux premières directives ont néanmoins prévu des conditions d'exercice des activités d'assurance suffisamment équivalentes dans toute la Communauté et des possibilités de contrôle suffisamment efficaces, pour que les restrictions imposées par les États destinataires aux entreprises prestataires de services soient supprimées dans leur totalité ou, du moins, en partie.

37. En ce qui concerne la situation financière des entreprises d'assurance, les deux directives contiennent des dispositions très détaillées sur le patrimoine libre de l'entreprise, à savoir son capital propre. Ces dispositions visent à assurer la solvabilité de l'entreprise et les directives imposent à l'autorité de contrôle de l'État membre du siège de vérifier l'état de solvabilité de l'entreprise «pour l'ensemble de ses activités». Cette formule doit être entendue comme comprenant également les activités exercées sous forme de prestations de services. Il s'ensuit que l'État destinataire n'est pas en droit de procéder lui-même à de telles vérifications, mais doit accepter un certificat de solvabilité établi par l'autorité de contrôle de l'État membre sur le territoire duquel est situé le siège social de l'entreprise prestataire de services. Selon le Gouvernement allemand, qui n'a pas été contredit par la Commission, tel est le cas en République fédérale d'Allemagne.

38. Par contre, les deux directives n'ont pas procédé à l'harmonisation des règles nationales concernant les réserves ou provisions techniques, c'est-à-dire les moyens financiers qui sont immobilisés pour servir de garantie aux engagements pris en vertu de contrats souscrits et qui sont distincts du capital propre de l'entreprise. A cet égard, les directives ont expressément réservé l'harmonisation nécessaire à des directives ultérieures. Les directives 73/239 et 79/267 ont donc laissé à chaque pays d'exploitation le soin de régler selon son propre droit le calcul de telles réserves et de déterminer la nature et l'évaluation des actifs qui en constituent la contrepartie. Les actifs correspondant aux activités exercées dans l'État membre en cause doivent être localisés dans cet État et leur existence contrôlée par l'autorité de contrôle de celui-ci, bien que les directives prévoient l'obligation, pour l'État du siège, de veiller à ce que le bilan de l'entreprise présente des

actifs congruents et équivalents aux engagements contractés dans tous les pays où elle exerce ses activités. La suppression de cette exigence de localisation n'est proposée que dans le projet de deuxième directive qui vise notamment l'harmonisation des dispositions nationales relatives aux réserves techniques.

39. Pendant la procédure devant la Cour, le Gouvernement allemand et les gouvernements intervenus à son appui ont démontré l'existence d'importantes différences entre les règles nationales actuellement en vigueur et relatives aux réserves et provisions techniques ainsi qu'aux actifs qui en constituent la contrepartie. A défaut d'une harmonisation à cet égard et de toute règle imposant à l'autorité de contrôle de l'État membre d'établissement de contrôler le respect des règles en vigueur dans l'État destinataire, il convient d'admettre que celui-ci est justifié à exiger et à contrôler le respect de ses propres règles sur les réserves et provisions techniques par rapport aux prestations de service fournies sur son territoire, dès lors que ces règles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection des preneurs d'assurance et des assurés.

40. Enfin, en ce qui concerne les conditions d'assurance, les deux premières directives de coordination ne comportent aucune harmonisation et laissent à chaque État membre d'exploitation le soin de veiller au respect de ses propres règles impératives par rapport aux activités exercées sur son territoire. La proposition de deuxième directive détermine le champ d'application de telles règles impératives et exclut leur application à certaines assurances de caractère commercial qui sont définies de manière détaillée. Compte tenu des différences considérables entre les règles nationales à cet égard, il convient de constater, que sur ce point également et sous la même réserve, l'État membre destinataire est justifié à exiger et à contrôler le respect de ses propres règles par rapport aux prestations de service fournies sur son territoire.

41. Il y a donc lieu de reconnaître que, en l'état actuel du droit communautaire, les considérations sur la protection des preneurs d'assurance et des assurés qui ont été décrites ci-dessus justifient que l'État membre destinataire assure l'application de sa propre législation en ce qui concerne les réserves ou provisions techniques et les conditions d'assurance, dès lors que les exigences de cette législation ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection des preneurs d'assurance et des assurés. Il reste dès lors à examiner s'il est nécessaire que ce contrôle s'effectue dans le cadre d'un régime d'agrément et sous la condition que l'entreprise d'assurance dispose d'un établissement stable dans l'État destinataire.

c) Sur la nécessité d'un régime d'agrément

42. La Commission ne conteste pas à l'État destinataire le droit d'exercer un certain contrôle à l'égard des entreprises d'assurance qui fournissent des prestations de services sur son territoire. Lors de la procédure orale, elle a même admis la possibilité de prévoir certaines mesures de contrôle préalables à tout exercice d'activités sous forme de prestations de services par l'entreprise concernée. Elle a toutefois maintenu que de telles mesures doivent être prises dans le cadre d'un régime moins contraignant que celui d'un agrément, sans toutefois expliciter les modalités éventuelles d'un tel régime.

43. Le Gouvernement allemand et les gouvernements intervenus à son appui font valoir que le contrôle nécessaire ne peut être exercé en dehors d'un régime d'agrément permettant un examen préalable au commencement des activités, une surveillance continue de celles-ci et la possibilité de retirer l'agrément en cas d'infractions graves et persistantes.

44. A cet égard, il convient de relever que, dans tous les États membres, le contrôle des entreprises d'assurance est organisé dans le cadre d'un régime d'agrément et que la nécessité d'un tel système est reconnue par les deux premières directives de coordination pour ce qui concerne les activités visées par elles. Selon les articles 6 de ces directives, chaque État membre fait dépendre l'accès à l'activité de l'assurance sur son territoire d'un agrément administratif. L'entreprise qui établit des succursales ou des agences dans des États membres autres que celui du siège doit donc obtenir un agrément auprès de l'autorité de contrôle de chacun de ces États.

45. Il est à noter, d'ailleurs, que la proposition de deuxième directive prévoit le maintien de ce régime. Pour chaque État membre où l'entreprise désire exercer ses activités sous forme de prestations de services, elle doit obtenir un agrément administratif. Si, selon le projet, cet agrément doit être obtenu auprès de l'autorité de contrôle de l'État d'établissement, cette autorité doit toutefois consulter préalablement celle de l'État destinataire en lui transmettant copie de l'ensemble du dossier. Le projet envisage en outre une collaboration permanente entre les deux autorités de contrôle permettant notamment à celle de l'État d'établissement de prendre toutes mesures utiles, pouvant aller jusqu'au retrait de l'agrément, pour mettre fin aux infractions qui lui ont été signalées par l'autorité de contrôle de l'État destinataire.

46. Dans ces circonstances, on ne saurait rejeter l'argument du Gouvernement allemand selon lequel seule l'exigence d'un agrément peut assurer, de manière efficace, le contrôle qui, compte tenu des considérations précédentes, est justifié par des raisons tenant à la protection des consommateurs en tant que preneurs d'assurance et assurés. Etant donné qu'un système, tel que celui proposé dans le projet de deuxième directive, qui confie l'administration du régime d'agrément à l'État membre d'établissement en collaboration étroite avec l'État destinataire ne peut être instauré que par la voie législative, il faut également admettre que, en l'état actuel du droit communautaire, il appartient à l'État destinataire d'accorder et de retirer cet agrément.

47. Il convient toutefois de souligner que l'agrément doit être accordé sur demande à toute entreprise, établie dans un autre État membre, qui remplit les conditions prévues par la législation de l'État destinataire, que ces conditions ne peuvent pas faire double emploi avec les conditions légales équivalentes déjà remplies dans l'État d'établissement et que l'autorité de contrôle de l'État destinataire doit prendre en considération les contrôles et vérifications déjà effectués dans l'État membre d'établissement. Or, selon le Gouvernement allemand qui, sur ce point, n'a pas été contredit par la Commission, le régime d'agrément allemand est pleinement conforme à ces exigences.

48. Il convient encore d'examiner si l'exigence d'agrément qui, selon la VAG, concerne toute activité d'assurance à l'exception des assurances de transport, est justifiée dans sa généralité. A cet égard, il a été souligné notamment par le Gouvernement britannique que la libre circulation des services est d'importance surtout pour les assurances commerciales et que, précisément pour ces assurances, les raisons de protection du preneur d'assurance invoquées par le Gouvernement allemand et les gouvernements intervenus à son appui ne jouent pas.

49. Il découle de ce qui précède que l'exigence d'agrément ne peut être maintenue que dans la mesure où elle est justifiée par les raisons de protection du preneur d'assurance et de l'assuré invoquées par le Gouvernement allemand. Il convient également d'admettre que ces raisons n'ont pas la même importance pour tout le secteur de l'assurance et qu'il peut même exister des cas où, en raison du caractère du risque assuré et du preneur d'assurance, il n'y a aucun besoin de protéger celui-ci par l'application des règles impératives de son droit national.

50. Toutefois, s'il est vrai que la proposition de deuxième directive a tenu compte de ces considérations en excluant notamment les assurances de caractère commercial, définies de façon détaillée, de l'application des règles impératives de l'État destinataire, il faut également constater

que, compte tenu des éléments de droit et de fait dont elle dispose, la Cour n'est pas en mesure d'introduire une telle distinction générale et d'en fixer les limites avec suffisamment de précision pour déterminer les cas particuliers dans lesquels les besoins de protection, caractéristiques des activités d'assurance en général ne justifient pas l'exigence d'un agrément.

51. Il découle de ce qui précède que le premier grief de la Commission doit être rejeté dans la mesure où il est dirigé contre l'exigence d'agrément.

d) Sur la nécessité de l'établissement

52. Si l'exigence d'un agrément constitue une restriction à la libre prestation des services, l'exigence d'un établissement stable est en fait la négation même de cette liberté. Elle a pour conséquence d'enlever tout effet utile l'article 59 du Traité, dont l'objet est précisément d'éliminer les restrictions à la libre prestation des services de la part de personnes non établies dans l'État sur le territoire duquel la prestation doit être fournie (voir, notamment, les arrêts du 3 décembre 1974, précité, du 26 novembre 1975, Coenen, 39/75, Rec. p. 1547, et du 10 février 1982, Transporoute, 76/81, Rec. p. 417). Pour qu'une telle exigence soit admise, il faut établir qu'elle constitue une condition indispensable pour atteindre l'objectif recherché.

53. A cet égard, le Gouvernement allemand fait observer notamment que l'exigence d'un établissement dans l'État destinataire met l'autorité de contrôle de cet État à même de vérifier sur place et d'une manière continue l'activité exercée par l'assureur agréé et que, sans cette exigence, cette autorité serait incapable d'exécuter sa mission.

54. Dans sa jurisprudence, la Cour a déjà souligné, en dernier lieu dans son arrêt du 3 février 1983 (Van Luijpen, 29/82, Rec. p. 151), que des considérations d'ordre administratif ne sauraient justifier une dérogation, par un État membre, aux règles du droit communautaire. Cette considération s'applique d'autant plus lorsque la dérogation en cause revient à exclure l'exercice d'une des libertés fondamentales garanties par le Traité. En l'espèce, il ne suffit donc pas que la présence sur place de tous les documents nécessaires pour le contrôle des autorités de l'État destinataire soit de nature à faciliter l'accomplissement de la mission de celles-ci. Il faut encore démontrer que, même dans le cadre d'un régime d'agrément, ces autorités ne pourraient exécuter leur mission de contrôle de manière efficace sans que l'entreprise dispose, dans ledit État membre, d'un établissement stable possédant tous les documents nécessaires.

55. Une telle démonstration n'a pas été faite. Ainsi qu'il a été constaté ci-dessus, le droit communautaire en matière d'assurance ne s'oppose pas, dans son état actuel, à ce que l'État destinataire exige que les actifs qui correspondent aux réserves ou provisions techniques afférentes aux activités exercées sur son territoire soient localisés dans cet État. Dans ce cas, la présence de ces actifs peut être vérifiée sur place, même si l'entreprise ne dispose d'aucun établissement stable dans ledit État. Pour les autres conditions de l'activité soumises à contrôle, il apparaît à la Cour que ce contrôle peut être exercé en se fondant sur des copies de bilans, comptes et documents commerciaux, y compris des conditions d'assurance et des programmes d'activités, envoyées à partir de l'État d'établissement et dûment certifiées par les autorités de cet État membre. Dans le cadre d'un régime d'agrément, il est possible de soumettre l'entreprise à de telles conditions de contrôle dans l'acte d'agrément et d'en assurer le respect, le cas échéant, au moyen d'un retrait de cet acte.

56. Ainsi, il n'a pas été établi que les considérations admises ci-dessus et tenant à la protection du preneur d'assurance et de l'assuré, rendent indispensable l'établissement de l'assureur sur le territoire de l'État destinataire.

57. Pour ce qui est du premier grief de la Commission, il y a donc lieu de conclure que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 59 et 60 du Traité CEE, en soumettant, par la *Versicherungsaufsichtsgesetz*, à l'obligation d'avoir un établissement sur son territoire les entreprises d'assurance de la Communauté désireuses d'y fournir, par des représentants, mandataires, agents et autres intermédiaires, des prestations d'assurance directe à l'exception des assurances de transports, sous réserve toutefois des assurances obligatoires et des assurances pour lesquelles l'assureur soit maintient une présence permanente devant être assimilée à une agence ou succursale soit dirige ses activités entièrement ou principalement vers le territoire de la République fédérale d'Allemagne.

B. Quant au deuxième grief de la Commission

58. Par son deuxième grief, la Commission cherche à faire constater un manquement aussi bien à la directive 78/473 sur la coassurance communautaire qu'aux articles 59 et 60 du Traité. Ce grief se fonde cependant, tout comme le premier grief, sur la thèse que les obligations d'agrément et d'établissement sont contraires aux articles 59 et 60 du Traité, en ce qui concerne l'ensemble du secteur de l'assurance. Pour la Commission, il n'y a donc aucune raison de distinguer à cet égard entre la situation de l'assureur en général et celle de l'apéríteur en particulier. La République fédérale d'Allemagne aurait ainsi commis une infraction auxdits articles lorsque, en transposant la directive 78/473 en droit national, elle a uniquement dispensé les autres coassureurs, et non l'apéríteur, de ces obligations.

59. La Commission reconnaît que la directive est ambiguë sur ce point, mais elle soutient que celle-ci doit être interprétée dans le sens de la conformité avec le Traité, ce que les États membres ont admis dans leur déclaration commune figurant au procès-verbal de la réunion du Conseil du 23 mai 1978. Par conséquent, la directive ne pourrait en aucune manière être considérée comme obligeant l'apéríteur à être agréé et à s'établir dans l'État membre où le risque est situé.

60. Pour sa part, le Gouvernement allemand renvoie à la distinction opérée par la directive 78/473 entre l'apéríteur et les autres coassureurs. Les dispositions de cette directive relatives à l'apéríteur, et notamment l'article 2, paragraphe 1, lettre c), en ce qu'il renvoie à la directive 73/239, démontreraient que le pays du risque peut exiger que l'apéríteur soit établi et agréé sur son territoire, de sorte qu'il puisse couvrir seul tout le risque. Par conséquent, la législation allemande ne violerait ni la directive 78/473 ni les articles 59 et 60 du Traité.

61. Il est vrai que ladite disposition de la directive prévoit que «l'apéríteur est agréé dans les conditions prévues par la première directive de coordination, c'est-à-dire qu'il est traité comme l'assureur qui couvrirait la totalité du risque». La directive n'indique toutefois pas dans quel État membre l'apéríteur doit être agréé et il découle des constatations ci-dessus sous A que, selon le droit communautaire, un assureur, déjà agréé et établi dans un État membre, ne doit pas nécessairement être dans un autre État membre pour pouvoir couvrir la totalité d'un risque situé sur le territoire de ce dernier État.

62. Ainsi que la Cour l'a constaté dans son arrêt du 13 décembre 1983 (Commission c. Conseil, 218/82, Rec. p. 4063), lorsqu'un texte de droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner la préférence à celle qui rend la disposition conforme au Traité plutôt qu'à celle conduisant à constater son incompatibilité avec celui-ci. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'interpréter la directive isolément, mais d'examiner si les exigences en cause sont ou non contraires aux dispositions du Traité précitées et d'appliquer le résultat de cet examen en vue de l'interprétation de la directive.

63. Or, en ce qui concerne le secteur de l'assurance en général, la Cour a déjà constaté ci-dessus que l'obligation d'établissement est incompatible avec les articles 59 et 60 du Traité. Par conséquent, une exigence dans ce sens vis-à-vis de l'apéríteur ne peut être fondée sur la directive 78/473. Il suffit donc d'examiner si l'obligation pour l'apéríteur d'être agréé dans le pays du risque est conforme au droit communautaire.

64. A cet égard, il ressort de l'examen du premier grief que l'exigence d'agrément, dans l'État destinataire, d'une entreprise d'assurance prestataire de services ne peut être considérée comme compatible avec le Traité que dans la mesure où elle est justifiée par des raisons tenant à la protection du consommateur en tant que preneur d'assurance ou assuré. Or, selon son article premier, paragraphe 2, la directive 78/473 ne concerne que les assurances contre des risques qui, par leur nature ou par leur importance, nécessitent la participation de plusieurs assureurs pour leur garantie. En outre, selon son article premier, paragraphe 1, la directive ne s'applique qu'aux opérations de coassurance communautaire portant sur certains des risques énumérés à l'annexe de la directive 73/239. Par exemple, elle ne concerne ni les assurances sur la vie, ni les assurances contre les accidents et la maladie, ni les assurances de responsabilité civile résultant de la circulation routière. Les assurances visées par la directive ne sont prises que par des grandes entreprises ou des groupes d'entreprises qui sont en mesure d'apprécier et de négocier les polices d'assurance qui leur sont proposées; par conséquent, les arguments tirés de la protection des consommateurs n'ont pas la même pertinence que dans le cas d'autres formes d'assurance.

65. Il ressort également de l'examen du premier grief que l'exigence d'agrément dans l'État destinataire n'est pas non plus justifiée si l'entreprise prestataire de services remplit déjà des conditions équivalentes dans l'État membre d'établissement et s'il est instauré un système de collaboration entre les autorités de contrôle des États membres intéressés qui assure un contrôle efficace du respect de telles conditions également en ce qui concerne les prestations de services. Or, comme il ressort des considérants de la directive 78/473, celle-ci vise à réaliser le minimum de coordination estimé nécessaire pour faciliter l'exercice effectif de l'activité de coassurance communautaire et la directive organise une collaboration particulière entre les autorités de contrôle des États membres et entre ces autorités et la Commission qui, pour les prestations de services dans le secteur de l'assurance en général, n'est prévue que dans la proposition de deuxième directive.

66. D'ailleurs, une différence de traitement à cet égard entre l'apéríteur et les autres coassureurs n'apparaît pas objectivement justifiée. En effet, si c'est à l'apéríteur qu'il revient de négocier le contrat et d'en assurer l'exécution, rien ne s'oppose à ce qu'il couvre une partie du risque bien inférieure à celle des autres coassureurs.

67. Dans ces conditions et pour les assurances comprises dans la directive 78/473 sur la coassurance, non seulement l'exigence d'établissement mais aussi l'obligation d'agrément de l'apéríteur prévues par la VAG sont en contradiction avec les articles 59 et 60 du Traité et donc également avec la directive.

68. Il y a donc lieu de constater que la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 59 et 60 du Traité CEE et de la directive 78/473 du Conseil, dans la mesure où les dispositions de sa législation prescrivent pour la coassurance communautaire que l'apérateur, dans le cas de risques situés en République fédérale d'Allemagne, doit y être établi et agréé.

.....

Par ces motifs

LA COUR

déclare et arrête:

- 1) La République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 59 et 60 du Traité CEE, en soumettant, par la *Versicherungsaufsichtsgesetz*, à l'obligation d'établissement les entreprises d'assurance de la Communauté désireuses de fournir dans cet Etat membre, par des représentants, mandataires, agents et autres intermédiaires, des prestations d'assurance directe à l'exception des assurances de transports, sous réserve toutefois des assurances obligatoires et des assurances pour lesquelles l'assureur soit maintient une présence permanente devant être assimilée à une agence ou succursale, soit dirige ses activités entièrement ou principalement vers le territoire de la République fédérale d'Allemagne.
- 2) La République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 59 et 60 du Traité CEE et de la directive 78/473 du Conseil, du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire, en prescrivant pour les prestations de services relevant de la coassurance communautaire que l'apérateur, dans le cas de risques situés en République fédérale d'Allemagne, doit y être établi et agréé.
- 3) Le recours est rejeté pour le surplus.
- 4) Chacune des parties, y inclus les parties intervenantes, supportera ses propres dépens.

MACKENZIE STUART

O'HIGGINS

KOOPMANS

BAHLMANN

GALMOT

SCHOCKWEILER

DUE

KAKOURIS

BOSCO

EVERLING

JOLIET

**PROTECCÃO
DOS DIREITOS DO HOMEM**



**APLICAÇÃO
DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM**



TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

116.º (1)

AGOSI CONTRA O REINO UNIDO

- I. O artigo 1.º do 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem contém três regras distintas: a primeira, contida na 1.ª frase da 1.ª alínea enuncia o princípio geral do respeito da propriedade; a segunda, figurando na 2.ª frase da mesma alínea, visa a privação da propriedade em certos casos; a terceira, contida na 2.ª alínea, reconhece aos Estados o direito de regulamentar o uso dos bens em conformidade com o interesse geral, concedendo-lhes larga margem de apreciação.
- II. As segunda e terceira regras têm de ser interpretadas tendo presente o princípio consignado na primeira.
- III. A proibição de importação de determinadas coisas integra a regulamentação do uso dos bens.
- IV. Podem ser confiscados os bens que se pretendam introduzir no País (contrabando) e cuja importação esteja proibida em absoluto, ainda que sejam propriedade de terceiro que tenha agido dolosamente ou de maneira imprudente.
- V. A apreensão e confisco administrativo podem ser submetidos a controle judicial.
- VI. Não reveste carácter penal o confisco, se o proprietário não tiver sido objecto de acusação, sofrendo embora as consequências da condenação do infractor.

(1) Cour Eur. D. H., série A, n.º 108.

VII. Não invocada pelo requerente a violação de “direitos e obrigações de carácter civil” não tem o Tribunal de se ocupar officiosamente de tal matéria.

DATA DA DECISÃO: 24 de Outubro de 1986.

JUIZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente), R. Ryssdal, norueguês, Thór Vilhjálmsón, islandês, F. Matscher, austriaco, Pinheiro Farinha, português, L.E. Pettiti, francês, Vincent Evans, britânico.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem exprimira a opinião (9 votos contra 2) de que fora violado o art.º 1.º do 1.º Protocolo.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu (6 votos contra 1)⁽²⁾ não ter havido violação do art.º 1.º do 1.º Protocolo; que o artigo 6.º não tinha aplicação enquanto visa acusações em matéria penal (seis votos contra um)⁽³⁾; que não havia de o tomar em consideração quanto a “direitos e obrigações de carácter civil”, o art.º 6.º da Convenção por não invocado pelo requerente (cinco votos contra dois)⁽⁴⁾.

(2) Do Juiz Vilhjálmsón.

(3) Do Juiz Vilhjálmsón.

(4) Dos Juizes Vilhjálmsón e Pettiti.

117.º⁽⁵⁾

GILLOW CONTRA O REINO UNIDO

- I. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem carece de competência para conhecer da violação de Protocolos Adicionais à Convenção Europeia dos Direitos do Homem por parte de Estados que os não hajam ratificado ou em territórios sob sua responsabilidade internacional a que os não tenham tornado extensivos.
- II. Mantém o seu domicílio no local onde residia, para os fins do art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, quem, embora dele se afastando por alguns anos, com o mesmo continua a manter laços estreitos.
- III. Visa um fim legítimo a obrigatoriedade de autorização para residência numa ilha e a preferência para tal autorização a favor de quem aí tenha uma ocupação essencial para a comunidade ou com tal região mantenha estreitos laços.
- IV. Não viola o art.º 14.º combinado com o art.º 8.º da Convenção a exigência de autorização para ocupação das casas de menor valor locativo, e não para as mais caras, pois assim se procura garantir o direito à habitação aos mais desprotegidos.
- V. Não viola o art.º 6.º da Convenção, por dificuldade de acesso à justiça, a obrigatoriedade de intervenção de Advogado perante os tribunais superiores.
- VI. O exercício anterior de determinadas funções não cria, por si só, motivo de impedimento do juiz por falta de imparcialidade.

⁽⁵⁾ Cour Eur. D. H., série A, n.º 109.

DATA DA DECISÃO: 24 de Novembro de 1986.

JUIZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente), R. Ryssdal, norueguês, Thór Vilhjálmsson, islandês, G. Lagergren, sueco, L.E. Pettiti, francês, Vincent Evans, britânico, R. MacDonald⁽⁶⁾, canadiano.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira opinião, por unanimidade, no sentido da violação dos artigos 8.º da Convenção e 1.º do 1.º Protocolo e de que não houvera violação do art.º 14.º e, no que concerne ao art.º 6.º da Convenção, por 10 votos contra 1, que não fora violado.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade: a legislação em si mesma no viola o art.º 8.º da Convenção; na aplicação de tal legislação ao caso concreto violou-se o referido art.º 8.º; não houve violação do art.º 14.º da Convenção combinado com o art.º 8.º; não ter havido violação do art.º 6.º da Convenção; não serem aplicáveis os Protocolos Adicionais n.ºs 1 e 4; não haver elementos suficientes para aplicação imediata do art.º 50.º da Convenção.

⁽⁶⁾ Candidatado pelo Liechtenstein.

118.º (7)

UNTERPERTINGER CONTRA A ÁUSTRIA

- I. As garantias do § 3.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem so aspectos particulares da noção geral do processo equitativo do seu § 1.º.
- II. O direito de os familiares do acusado se recusarem a depôr ou a prestar declarações na audiência de julgamento não viola o art.º 6.º da Convenção.
- III. Não é incompatível com o art.º 6.º da Convenção a leitura na audiência de julgamento de declarações prestadas à polícia, desde que e só quando respeitados integralmente os direitos da defesa.

DATA DA DECISÃO: 24 de Novembro de 1986.

JUIZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente), W. Ganshof Van Der Meersch, belga, F. Matscher, austriaco, B. Walsh, irlandês, Vicent Evans, britânico, R. MacDonald, canadiano (candidatato pelo Liechtenstein), C. Russo, italiano.

(7) Cour Eur. D. H., série A, n.º 110.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de não haver violação nem da alínea d) do § 3.º do art.º 6.º (5 votos contra 5) nem do § 1.º (5 votos contra 4 e 1 abstenção).

DECISÃO:

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

Ter havido violação do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem;

Dever a Austria pagar ao requeute, a título de reparação equitativa 161578 ATS 15, deduzidos de 5470 FF 50.

119.º (8)

BOZANO CONTRA A FRANÇA

- I. Incumbe ao Estado que excepciona com o não haverem sido esgotados os recursos internos indicar quais os recursos não utilizados.
Não compete aos órgãos da Convenção suprir oficiosamente as lacunas do Estado demandado nesta matéria.
- II. A alínea a) do § 1.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pressupõe um nexó causal entre a anterior condenação e a privação da liberdade.
- III. A remissão do art.º 5.º para o “procedimento legal” faz com que a observância da lei interna se torne parte integrante dos compromissos internacionais do Estado.
- IV. Viola o art.º 5.º da Convenção a prisão sob a capa de expulsão que, na verdade, seja feita em ordem à extradição que a lei não consente no caso.
- V. Não pode ser atribuída “reparação razoável” a quem não seja a vítima da violação constatada.
- VI. A obrigatoriedade de esgotar os recursos internos não se põe no que respeita ao art.º 50.º da Convenção.

DATA DA DECISÃO: 18 de Dezembro de 1986.

(8) Cour Eur. D. H., série A, n.º 111.

JUIZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), J. Cremona, maltês, J. Pinheiro Farinha, português; L.E. Pettiti, francês; Vicent Evans, britânico; C. Russo, italiano; J. Gersing, dinamarquês.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitiu, por 11 votos contra 2, parecer no sentido da violação do § 1.º do art.º 5.º da Convenção.

DECISÃO:

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

Improcedente a excepção de não se haverem esgotado os recursos internos;

Ter havido violação do § 1.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem;

Rejeitar o pedido de reparação razoável no que concerne a sugerir ao Governo francês uma diligência diplomática e prejuízos sofridos pela mulher do requerente.

120.º (º)

JOHNSTON E OUTROS CONTRA A IRLANDA

- I. O art.º 25.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem permite que se apresente como “vitima” quem, independentemente de qualquer acto de execução, possa sofrer directamente os efeitos da lei.
- II. A Convenção não garante o direito ao divórcio.
- III. Não pode o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, através da interpretação evolutiva, ver na Convenção um direito nela não garantido quando da sua assinatura.
- IV. O art.º 8.º da Convenção protege tanto a vida da “família legítima” como da “família natural”.
- V. O art.º 8.º não implica um regime de estatuto das pessoas não ligadas pelo casamento igual ao estatuto dos casais unidos pelo matrimónio.
- VI. O art.º da Convenção impõe aos Estados a obrigação de ter uma lei que possibilite o desenvolvimento normal dos laços familiares entre parentes próximos (legítimos ou não), maxime entre pais e filhos.

DATA DA DECISÃO: 18 de Dezembro de 1986.

(º) In *Documentação e Direito Comparado*, 25/26, pág. 326.

JUIZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), J. Cremona, maltês, Thór Vilhjálmsson, islandês, 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⁽¹⁰⁾, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês, J. De Meyer, belga, J.A. Carrillo Salcedo, espanhol.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitiu parecer no sentido de não ter havido violação dos art.ºs 8.º e 12.º quanto ao direito — não garantido pela Convenção — de se divorciar e voltar a casar (unanimidade); não ter havido violação do art.º 8.º pelo não reconhecimento de estatuto familiar aos dois primeiros requerentes (12 votos contra 1); ter havido violação do art.º 8.º por o regime jurídico respeitante ao estatuto da 3.ª requerente no direito irlandês não respeitar a vida familiar dos 3 requerentes (unanimidade); não ter havido violação dos direitos do 1.º requerente no que respeita ao art.º 9.º (unanimidade); não ter havido violação do art.º 14.º referido aos art.ºs 8.º e 12.º, por não serem os 2 primeiros requerentes vítimas de discriminação na lei irlandesa (12 votos contra 1); não ter havido violação do art.º 13.º (unanimidade).

DECISÃO:

O tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu:

- Rejeitar as excepções preliminares do Governo (unanimidade);
- Não infringir o art.º 8.º da Convenção a inexistência do direito ao divórcio e de conseqüente novo casamento (16 votos contra um⁽¹¹⁾);

⁽¹⁰⁾ Candidatado pelo Liechtenstein.

⁽¹¹⁾ Do Juiz De Meyer.

- Não serem os dois primeiros requerentes vítimas de discriminação contrária ao art.º 14.º combinado com o art.º 8.º (16 votos contra um⁽¹¹⁾);
- Não ser o art.º 9.º aplicável ao caso (unanimidade);
- Não ter havido violação do art.º 8.º quanto ao estatuto dos 2 primeiros requerentes (unanimidade);
- Infringir o art.º 8.º a situação em direito irlandês da 3.ª requerente (unanimidade);
- Dever a Irlanda pagar conjuntamente aos 3 requerentes, por despesas e encargos, 12.000 libras irlandesas acrescido do que fôr devido pelo IVA.

PINHEIRO FARINHA

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO UNTERPERTINGER CONTRA A ÁUSTRIA

- I. As garantias do § 3.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem são aspectos particulares da noção geral de processo equitativo do seu § 1.º.
- II. O direito de os familiares do acusado se recusarem a depôr ou a prestar declarações na audiência de julgamento não viola o art.º 6.º da Convenção.
- III. Não é incompatível com o art.º 6.º da Convenção a leitura na audiência de julgamento de declarações prestadas à polícia, desde que e só quando respeitados integralmente os direitos da defesa.

P.F.

En l'affaire Unterpertinger*,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 43 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme

* *Note du greffier*: L'affaire porte le n.º 1/1985/134.

Les deux premiers chiffres désignent son rang dans l'année d'introduction, les deux derniers sa place sur la liste des saisines de la Cour depuis l'origine et sur celle des requêtes initiales (à la Commission) correspondantes.

et des Libertés fondamentales (“la Convention”) et aux clauses pertinentes de son règlement, en une chambre composée des juges dont le nom suit:

MM. G. WIARDA, *président*,
W. GANSHOF VAN DER MEERSCH,
F. MATSCHER,
B. WALSH,
Sir Vicent EVANS,
MM. R. MACDONALD,
G. RUSSO,

ainsi que de MM. M.-A. EISSEN, *greffier*, et H. PETZOLD, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 19 février et 22 octobre 1986,

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

PROCEDURE

1. L'affaire a été portée devant la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme (“la Commission”) et par le gouvernement de la République d'Autriche (“le Gouvernement”), les 14 mars et 30 avril 1985 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.º 9120/80) dirigée contre la République d'Autriche et dont un citoyen autrichien, M. Alois Unterpertinger, avait saisi la Commission le 1^{er} septembre 1980 en vertu de l'article 25.

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 et à la déclaration autrichienne de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour (article 46); la requête du Gouvernement, à l'article 48. Elles visent à obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révélant un manquement de l'État défendeur aux obligations qui lui incombent aux termes de l'article 6 §§ 1 et 3 d).

2. En réponse à l'invitation prescrite par l'article 33 § 3 d) du règlement, le requérant a exprimé le désir de participer à l'instance pendante devant la Cour et a désigné son conseil (article 30).

3. La chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit M.F. Matscher, juge élu de nationalité autrichienne (article 43 de la Convention), et M.G. Wiarda, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 27 mars 1985, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir Mme D. Bindschedler-Robert, M.J. Pinheiro Farinha, M.E. García de Enterría, M.B. Walsh et Sir Vincent Evans, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § 4 du règlement). Ultérieurement, MM. W. Ganshof van der Meersch, C. Russo et R. MacDonald, juges suppléants, ont remplacé M. García de Enterría, M. Pinheiro Farinha et Mme Bindschedler-Robert, empêchés (article 24 § 1 du règlement).

4. Ayant assumé la présidence de la chambre (article 21 § 5 du règlement), M. Wiarda a consulté par l'intermédiaire du greffier adjoint l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et le conseil de M. Unterpertinger au sujet de la nécessité d'une procédure écrite (article 37 § 1). Le 24 avril, il a décidé que ledit conseil aurait jusqu'au 6 juin 1985 pour déposer un mémoire auquel le délégué pourrait répondre par écrit dans les deux mois du jour où le greffier le lui aurait communiqué. Le 12 avril, il avait autorisé l'emploi de la langue allemande par l'avocat, du requérant (article 27 § 3).

5. Le greffier a reçu le mémoire de ce dernier le 10 juin.

Le 11 juillet, le secrétaire de la Commission lui a fait savoir que le délégué s'exprimerait au stade des plaidoiries.

Déférant à une demande du délégué, le président a décidé le 3 décembre 1985 qu'un paragraphe du mémoire du requérant ne serait ni publié ni rendu accessible au public (article 55 du règlement).

6. Auparavant, le 23 octobre, il avait fixé au 17 février 1986 la date d'ouverture de la procédure orale après avoir recueilli l'opinion de l'agent du Gouvernement, du délégué de la Commission et du conseil du requérant par les soins du greffier adjoint (article 38 du règlement).

Le 3 février 1986, la Commission a fourni au greffier certains 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.

On comparu:

— *pour le Gouvernement*

M. H. TÜRK, conseiller juridique
des Affaires étrangères, *agent,*

M. M. MATZKA, chancellerie fédérale,
M. H. EPP, ministère fédéral de la Justice, *conseillers;*

— *pour la Commission*

M. Gaukur JORUNDSSON, *délégué;*

— pour le requérant

Me F. KRALL, avocat, *conseil.*

La Cour les a entendus en leurs plaidoiries, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions. Gouvernement et requérant ont produit des documents lors des audiences.

EN FAIT

8. M. Unterpertinger, citoyen autrichien né en 1938, réside à Wörgl.

Il se plaint de poursuites pénales engagées contre lui pour avoir infligé des coups et blessures à sa belle-fille le 14 août 1979 et à sa femme le 9 septembre suivant.

1. La procédure devant la gendarmerie

9. L'incident du 14 août fut signalé à la gendarmerie (*Gendarmenriepostenkommando*) de Wörgl le jour même, d'abord par une voisine à la demande du requérant, puis par lui-même. Selon lui, sa femme et sa belle-fille — qui l'avait appelé dans la matinée "réclusionnaire" (*Zuchthäusler*)

— l'avaient attaqué vers midi lors d'une querelle; en particulier, sa femme lui avait causé plusieurs blessures à la tête avec un coupe-papier et lui avait entaillé le front près de l'arcade sourcilière. Il avait reçu d'un médecin les soins nécessaires.

M. Unterpertinger admit avoir poussé sa femme au cours de l'altercation et avoir essayé en vain de souffleter sa belle-fille.

10. Le 22 août 1979, la gendarmerie entendit l'épouse et la belle-fille, Mlle Tappeiner, du requérant, la première en tant que "suspecte" (*Verdächtige*), la seconde en qualité d'"intéressée" (*Beleiligte*).

Mme Unterpertinger déclara avoir été giflée et battue par son mari qui avait empêché sa fille de s'échapper en la prenant par les cheveux; elles s'étaient alors défendues. Elle-même tenait en main un coupe-papier dont elle disait l'avoir probablement frappé. Toutefois, ni elle ni sa fille ne l'auraient blessé intentionnellement à la tête et au visage.

Mlle Tappeiner reconnut avoir le matin traité de "réclusionnaire" son beau-père qui avait répliqué par une gifle sans toutefois lui causer de lésion. Lors de l'algarade à midi, expliqua-t-elle, il avait donné à sa mère plusieurs coups dont un à la figure. Quand elle-même voulut s'enfuir, il l'aurait agrippée par les cheveux et l'aurait égratignée au-dessous de l'oeil droit. Il aurait saisi également sa mère par les cheveux et à la nuque. Aussi se seraient-elles défendues. Mlle Tappeiner aurait tiré les cheveux de son beau-père, mais ne l'aurait pas battu; elle n'aurait pas vu sa mère le frapper avec le coupe-papier. Son beau-père saignait du front, mais elle n'aurait observé aucune plaie à la partie arrière de sa tête. Elle ajouta qu'un médecin consulté par elle lui avait délivré une attestation relative à sa blessure.

11. Le 28 août 1979, la gendarmerie de Wörgl adressa au tribunal de district (*Bezirksgericht*) de Kufstein une dénonciation (*Strafanzeige*) "concernant Unterpertinger Alois, Unterpertinger Rosi, soupçon de coups et blessures (*Körperverletzung*)".

D'après la gendarmerie, Mme Unterpertinger et sa fille avaient attaqué le requérant lors d'une querelle, au cours de laquelle la première l'avait probablement (*vermutlich*) frappé à plusieurs reprises avec un coupe-papier, provoquant une déchirure à la partie arrière de la tête et une entaille près de l'arcade sourcilière. De son côté, il avait prétendument (*angeblich*) porté des coups au visage de sa belle-fille et infligé à celle-ci une légère égratignure au-dessous de l'oeil droit.

Dans la partie “moyens de preuve”, le rapport mentionnait la déclaration de la voisine des Unterpertinger selon laquelle le requérant, le visage en sang, lui avait demandé d’alerter la gendarmerie. L’intéressé lui-même s’était présenté au poste dix minutes plus tard avec un coupe-papier; il avait expliqué que sa femme l’en avait frappé plusieurs fois à la tête. Comme M. Unterpertinger paraissait avoir besoin de soins, le gendarme de service l’avait invité à consulter un médecin.

La gendarmerie signalait ensuite qu’elle avait déjà dû intervenir lors de diverses querelles antérieures du ménage. Elle ajoutait que les trois protagonistes avaient donné de l’incident du 14 août des versions contradictoires. Mlle Tappeiner, entendue “à titre d’information” (“*Auskunftsperson*”), avait à l’évidence pris parti pour sa mère.

Les blessures du requérant, continuait le rapport, avaient été qualifiées de “légères” par le médecin.

Sous le titre “indications données par les suspects”, la gendarmerie résumait les dires de M. et Mme Unterpertinger.

La dénonciation s’accompagnait de plusieurs pièces dont les déclarations respectives du requérant, de sa femme et de sa belle-fille ainsi que le certificat du médecin qui avait examiné Mlle Tappeiner.

12. Le second incident, survenu le 9 septembre 1979, fut dénoncé le 14 à la gendarmerie de Wörgl par Mme Unterpertinger: au cours d’une altercation, déclarait-elle, son mari, en état de légère ébriété, lui avait donné un coup de pied au bras droit, lui causant une forte douleur. Le lendemain, une radiographie réalisée à l’hôpital avait révélé une fracture du pouce droit, laquelle entraîna une incapacité de travail de quatre semaines. Mme Unterpertinger précisait qu’elle avait intenté une action en divorce contre son mari.

Dès le 11 septembre, l’hôpital de Wörgl avait adressé à la gendarmerie un rapport soulignant que la blessure, provoquée par le “propre mari” de la plaignante, devait être considéré comme grave.

13. La gendarmerie entendit M. Unterpertinger le 17 octobre. In nia avoir blessé sa femme le 9 septembre. Selon lui, elle avait déjà la main bandée lorsqu’il avait regagné son domicile. En réalité, elle avait cherché à l’atteindre à la tête avec une brosse à cheveux, mais l’avait manqué et s’était cognée à la rampe de l’escalier. Sa lésion au pouce avait peut-être

empiré de ce fait. Mme Unterpertinger avait purement et simplement inventé l'accusation portée contre lui.

Le requérant confirma qu'une instance en divorce se trouvait en cours depuis quelque temps.

14. Le 20 octobre, la gendarmerie de Wörgl adressa au tribunal de district de Kufstein une dénonciation "concernant Unterpertinger Alois, soupçon de coups et blessures graves". D'après elle, les époux avaient eu le 9 septembre un démêlé au cours duquel M. Unterpertinger avait frappé du pied le bras droit de sa femme. Elle résumait ensuite les déclarations de Mme Unterpertinger et celles de son mari, dont les dépositions respectives figuraient en annexe.

2. L'enquête (*Vorerhebungen*)

15. A la demande du parquet d'Innsbruck, le tribunal de district de Kufstein décida, le 9 novembre 1979, de mener contre le requérant une enquête portant sur les deux incidents. Après avoir disjoint les poursuites ouvertes contre Mme Unterpertinger au sujet du premier d'entre eux (paragraphe 11 ci-dessus), il la relaxa le 28 janvier 1980.

16. Le 3 décembre 1979, elle comparut devant un juge de Kufstein. Il l'informa qu'en sa qualité d'épouse de l'inculpé (*Beschuldigter*) elle avait le droit de refuser de déposer. Aux termes de l'article 152 § 1, alinéa 1, du code de procédure pénale, en effet, "sont dispensés de témoigner les membres de la famille de l'inculpé (...)".

L'intéressée répondit qu'elle voulait néanmoins témoigner. Elle s'expliqua sur les faits litigieux, résumant ses déclarations antérieurs à la gendarmerie et contestant la version que son mari avait fournie de l'incident du 9 septembre.

Soupçonné de coups et blessures au sens des articles 83 et suivants du code pénal, le requérant fut interrogé le 12 décembre par un magistrat du tribunal de district d'Innsbruck. Il reconnut avoir giflé son épouse le 14 août. D'après lui, pour échapper aux attaques des deux femmes il avait tiré

les cheveux de Mlle Tappeiner et avait pu la blesser près de l'oeil; il lui avait aussi donné un soufflet. Au sujet du second incident, il réitéra ses affirmations précédentes (paragraphe 13 ci-dessus) tout en précisant qu'il n'avait pas vu sa femme se heurter à la rampe de l'escalier. Il ajouta qu'il n'avait pas assez de souplesse physique pour avoir pu atteindre d'un coup de pied la plaignante au pouce.

3. Le procès en première instance

17. Les débats eurent lieu le 10 mars 1980 devant un juge unique du tribunal régional (*Landesgericht*) d'Innsbruck.

18. Selon le procès-verbal de l'audience, le requérant plaida non coupable. Il admit avoir frappé sa belle-fille à la tête, mais non l'avoir blessée. Il n'avait pas non plus brisé d'un coup de pied le pouce de sa femme et ignorait où elle se l'était fracturé.

19. Le tribunal fit ensuite comparaître Mme Unterpertringer et Mlle Tappeiner. Avisées par lui le leur droit de se refuser à toute déposition (paragraphe 16 ci-dessus), elles répondirent qu'elles entendaient s'en prévaloir. En conséquence, le tribunal ne put les interroger ni donner lecture du procès-verbal de l'audition de Mme Unterpertringer par le juge de Kufstein (article 252 § 1 du code de procédure pénale).

A la demande du parquet, lecture fut donnée en revanche des documents que celui-ci avait mentionnés dans ses réquisitions (*Strafantrag*), dont les dénonciations, l'extrait du casier judiciaire du prévenu et deux dossiers relatifs à des condamnations antérieures de ce dernier. Parmi les pièces en question se trouvaient donc les différentes déclarations faites à la gendarmerie: selon la pratique judiciaire autrichienne, il y avait lieu de les considérer comme des documentos au sens de l'article 252 § 2 du code de procédure pénale (voir notamment Cour suprême — *Oberster Gerichtshof* —, arrêt du 14 novembre 1974, *Österreichische juristenzeitung* 1975, p. 304); dès lors, leur lecture s'imposait à moins que les comparants n'y eussent renoncé.

20. A l'issue de l'audience, le tribunal jugea le requérant coupable d'avoir commis, le 14 août 1979, le délit (*Vergehen*) de coups et blessures (article 83 § 1 du code pénal) sur la personne de sa belle-fille et, le 9 septembre 1979, le même délit, aggravé (*schwere Körperverletzung*, articles 83 § 1 et 84 § 1 du code pénal), sur celle de sa femme. Il lui infligea six mois d'emprisonnement.

Se référant aux "enquêtes menées" et aux moyens de défense (*Verantwortung*) de M. Unterpertinger, le tribunal estima établis les faits suivants.

Lors de la querelle du 14 août 1979, l'intéressé avait donné plusieurs coups à sa femme et frappé sa belle-fille au visage, lui causant un hématome entre l'oeil et le nez ainsi qu'une égratignure près le l'oeil droit. On ne pouvait ajouter foi à sa thèse: il avait reconnu devant le juge de Kufstein avoir giflé Mlle Tappeiner et n'avait pas exclu qu'elle eût subi ladite égratignure. Les blessures étaient légères; la conduite du prévenu montrait qu'il avait agi intentionnellement.

Le 9 septembre, M. Unterpertinger avait fracturé d'un coup de pied le pouce droit de sa femme. A cet égard non plus, sa défense ne résistait pas à l'examen. En outre, ses antécédents le montraient bien capable d'un tel comportement. Les époux avaient eu de nombreuses disputes qui avaient souvent dégénéré en voies de fait.

Le tribunal rappela que Mme Unterpertinger — qui entre temps avait divorcé de son mari — et sa fille avaient refusé de témoigner à l'audience. Il trouva cependant leurs déclarations à la gendarmerie "assez claires et précises pour étayer une condamnation"; "leur véracité ne [laissait place] à aucun doute". Là aussi, le prévenu avait agi intentionnellement.

Le tribunal n'accorda au requérant aucune circonstance atténuante; au contraire, il vit dans ses antécédents des circonstances aggravantes.

4. La procédure d'appel

21. M. Unterpertinger interjeta appel le 9 avril 1980.

Selon lui, le jugement du 10 mars était nul (article 281 § 1, alinéa 3, du code de procédure pénale): en dépit de l'article 152 du code de procédure pénale, ses ex-femme et belle-fille, dont les déclarations à la gendarmerie

avaient constitué la seule base de sa condamnation, n'avaient pas été informées dès l'origine de leur droit de refuser de témoigner; elles ne pouvaient dès lors en user.

En outre, le tribunal n'avait pas suffisamment tenu compte de certaines circonstances rendant douteuse la crédibilité de Mme Unterpertinger et de sa fille. Le requérant demanda sur ce point l'audition de plusieurs témoins dont deux médecins, un agent de police, une voisine et sa mère ainsi que ses ex-belle-fille et femme.

Il souligna enfin que dans le passé il avait toujours reconnu les faits qu'on lui reprochait; cela ressortait clairement des dossiers des procédures antérieures. Or en l'espèce, au cours du premier incident il avait agi en état de légitime défense et sans intention de blesser sa belle-fille, si toutefois il l'avait réellement blessée. Le tribunal n'avait pas eu égard à sa version des événements du 14 août 1979. Quant à l'incident du 9 septembre 1979, l'intéressé répéta que son ex-femme souffrait du pouce droit avant même cette date, ainsi du reste qu'il l'avait signalé dès son premier interrogatoire. En outre, affirma-t-il, une lésion au genou le rendait incapable de lancer un coup de pied avec assez de force pour provoquer la fracture litigieuse. Il réclama un complément d'instruction sur ces points et notamment l'audition de plusieurs personnes et une expertise (*Sachbefund*).

En conclusion, M. Unterpertinger invitait la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) d'Innsbruck à annuler la sentence du 10 mars et à le relaxer, subsidiairement à revoir la peine prononcée contre lui et à la fixer en fonction du degré de sa culpabilité.

22. La cour d'appel tint audience le 4 juin 1980.

Le défenseur du requérant présenta ses moyens et invita la cour, notamment, à citer plusieurs témoins. Il ajouta que l'impossibilité, pour son client, de poser des questions au sujet des déclarations des témoins à charge à la gendarmerie enfreignait la Convention européenne des Droits de l'Homme. Le ministère public conclut au débouté.

Là-dessus, la cour décida de réexaminer et compléter (*Wiederholung und Ergänzung*) les preuves fournies au tribunal de première instance, en donnant lecture du dossier relatif au divorce et en entendant l'épouse du frère de M. Unterpertinger. Celle-ci se dit dans l'impossibilité d'indiquer si l'ex-femme de l'intéressé avait la main bandée dans le courant de l'automne ou de l'été de 1979. Le requérant renonça à son droit de l'interroger.

La cour donna lecture des pièces du dossier de l'affaire et demande à M. Unterpertinger quelques éclaircissements, notamment sur sa blessure au genou. D'après lui, elle le pria de faire quelques pas pour se rendre compte de son état.

La cour rejeta les autres offres de preuve: pour une part, les circonstances auxquelles elles avaient trait n'offraient aucune importance; pour le surplus, l'intéressé ne précisait pas sur quels points au complément d'instruction lui paraissait nécessaire.

23. La cour d'appel débouta le requérant aussitôt après les débats du 4 juin 1980.

Quant au motif de nullité invoqué par lui (paragraphe 21 ci-dessus), elle releva, sur la base de la jurisprudence de la Cour suprême, qu'un refus légal de déposer n'empêchait pas le tribunal de donner lecture des déclarations faites par le témoin devant la force publique (*Sicherheitsbehörden*) et non point pendant la procédure judiciaire proprement dite. Elle ajouta que d'après un arrêt de la Cour suprême, les tribunaux avaient même l'obligation d'agir de la sorte pour de telles déclarations et de les apprécier en tant qu'éléments de preuve.

Pour le surplus, la cour estima que les éléments recueillis par elle confirmaient l'exactitude des constatations du tribunal régional. Les déclarations des victimes à la gendarmerie étaient convaincantes et crédibles; elles décrivaient l'incident de manière logique. Les condamnations antérieures du requérant montraient qu'un comportement du genre de celui dont il avait à répondre ne lui était point étranger. De surcroît, il avait présenté à la gendarmerie et au juge d'instruction des versions contradictoires de ce qui s'était passé le 9 septembre 1979. Entendue comme témoin, sa belle-soeur n'avait pu fournir aucune indication à cet égard. Quant à l'objection selon laquelle il n'était pas assez souple pour avoir pu briser d'un coup de pied le pouce de sa femme, elle ne résistait pas davantage à l'examen.

Sauf dans le cas de sa belle-soeur, l'audition des témoins proposés par lui était superflue, car il les avait mentionnés au sujet tantôt de circonstances dénuées de la moindre importance, tantôt de questions des plus vagues.

En conséquence, il se justifiait de condamner M. Unterpertinger du chef des deux infractions qui lui étaient reprochées; aucun état de légitime défense n'avait existé le 14 août 1979. La peine prononcée correspondait au degré de responsabilité du prévenu (*schuldangemessen*).

24. Le requérant a purgé sa peine du 22 septembre 1980 au 22 mars 1981.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

25. Devant la Commission, qu'il a saisie le 1^{er} septembre 1980 (requête n.º 9120/80), M. Unterpertinger s'est plaint de la procédure ayant conduit à sa condamnation: elle aurait méconnu l'article 6 §§ 3 et 3d) de la Convention.

26. La Commission a retenu la requête le 8 juillet 1983.

Dans son rapport du 11 octobre 1984 (article 31), elle formule l'avis qu'il n'y a eu violation ni du paragraphe 3d) de l'article 6 (cinq voix contre cinq, avec la voix prépondérante du président, article 18 § 3 du règlement intérieur) ni du paragraphe 1 (cinq voix contre quatre, avec une abstention). Le texte intégral de son avis et des opinions séparées dont il s'accompagne, figure en annexe au présent arrêt. (1)

CONCLUSIONS DES COMPARANTS

27. A l'audience du 17 février 1986, la Cour a été invitée.

— par le Gouvernement, “à dire qu'en l'espèce les dispositions de l'article 6 §§ 3d) et 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme n'ont pas été violées et que dès lors les faits à l'origine du litige ne révèlent, de la part de la République d'Autriche, aucun manquement aux obligations lui incombant aux termes de la Convention”;

(1) Omite-se o Parecer da Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

- par le délégué de la Commission, “à constater, en accord avec la majorité de la Commission, qu’il n’y a pas eu violation de l’article 6”;
- par le requérant, à juger “que dans le cadre de (son) procès pénal, la République d’Autriche a méconnu la Convention sur plusieurs points” et à “imposer à la République d’Autriche le versement d’une réparation appropriée”.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L’ARTICLE 6

28. Le requérant affirme avoir été condamné sur la seule base des déclarations de ses ex-femme et belle-fille à la gendarmerie, déclarations lues à l’audience. Les intéressées ayant refusé, en tant que proches parents, de témoigner au procès, il n’aurait eu à aucun stade de la procédure l’occasion de les interroger ni de les faire interroger. La cour d’appel ne lui aurait pas non plus donné la possibilité d’ébranler leur crédibilité puisqu’elle n’accepta pas d’entendre à ce sujet les personnes dont il demandait l’audition. Il allègue la violation de l’article 6 §§ 1 et 6 d) de la Convention, aux termes duquel:

- “1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...).
(...)
- 3. Tout accusé a droit notamment à:
(...)
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l’interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;
(...).”

Le Gouvernement combat cette thèse, à laquelle la Commission ne souscrit pas davantage.

29. Les comparants ont plaidé l'affaire sur le terrain d'abord du paragraphe 3 d) de l'article 6, puis du paragraphe 1. La Cour rappelle que les garanties du paragraphe 3 représentent des aspects particuliers de la notion générale de procès équitable contenue dans le paragraphe 1 voir, en dernier lieu, l'arrêt *Bonisch* du 6 Mai 1985, série A n.º 92, pp. 14-15, § 29). (2) Dans les circonstances de la cause, elle examinera les griefs du requérant sous l'angle du paragraphe 1 combiné avec les principes inhérents au paragraphe 3 d).

30. Convoqués devant le tribunal régional d'Innsbruck, Mme Untepertinger et Mlle Tappeiner se refusèrent à toute déposition. L'article 152 § 1, alinéa 1, du code autrichien de procédure pénale les y autorisait (paragraphe 16 et 19 ci-dessus), empêchant dès lors le juge du fond de les entendre à titre de témoins et la défense — comme du reste l'accusation — de les interroger à l'audience. Il n'enfreint manifestement pas, en tant que tel, l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention: tenant compte des problèmes particuliers que peut soulever la confrontation entre un "accusé" et un témoin de sa propre famille, il tend à protéger ce dernier en lui épargnant un cas de conscience; en outre, il existe des textes comparables dans l'ordre juridique interne de plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe.

31. Ne pouvant donc entendre Mme Unterpertinger et Mlle Tappeiner — ni d'ailleurs prendre connaissance des dépositions de la première devant le juge de Kufstein —, le tribunal puis la cour d'appel ont dû en revanche, à la demande du parquet, donner lecture de leurs déclarations à la gendarmerie (paragraphe 19 ci-dessus).

En soi, pareille lecture ne saurait passer pour incompatible avec l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention, mais encore faut-il que son utilisation comme élément de preuve ai lieu dans le respect des droits de la défense, dont la protection constitue l'objet et le but de l'article 6. Il en va spécialement ainsi lorsque l'"accusé", à qui l'article 6 § 3 d) reconnaît le droit d'"interroger ou faire interroger" les témoins à charge, n'a eu à aucun stade de la procédure antérieure l'occasion de questionner les personnes dont les déclarations sont lues à l'audience.

(1) Sumariado sob o n.º 98, in *Documentação e Direito Comparado*, 24, 29.

32. En l'espèce, la gendarmerie avait entendu Mme Unterpertinger comme "suspecte" quant à l'incident du 14 août 1979 puis comme plaignante quant à celui du 9 septembre 1979, et Mlle Tappeiner comme "intéressé" quant au premier (paragraphe 10 e 12 ci-dessus). En refusant de témoigner devant les juridictions de jugement, elles empêchèrent le requérant de les "interroger ou faire interroger" au sujet de leurs dires. Il put certes présenter librement ses observations lors des débats, mais la cour d'appel rejeta les offres de preuve par lesquelles il cherchait à ébranler la crédibilité de ses ex-femme et belle-fille (paragraphe 21 ci-dessus).

33. Sans doute les déclarations de Mme Unterpertinger et de Mlle Tappeiner ne constituaient-elles pas le seul élément fourni aux juges du fond: ils disposaient aussi, notamment, des dénonciations rédigées par la gendarmerie, des rapports médicaux y annexés et du dossier de divorce des époux (paragraphe 19 et 22 ci-dessus); la cour d'appel avait en outre entendu une belle-soeur de M. Unterpertinger en qualité de témoin.

Il ressort toutefois de l'arrêt du 4 juin 1980 que, pour l'essentiel, la cour d'appel a fondé la condamnation du requérant sur les déclarations de Mme Unterpertinger et de Mlle Tappeiner à la gendarmerie, considérées non comme de simples renseignements, mais comme preuve de l'exactitude des accusations que les intéressées avaient portées à l'époque. Sans doute lui appartenait-il d'apprécier les diverses données recueillies, de même que la pertinence de celles dont le prévenu souhaitait la production; il n'en demeure pas moins que M. Unterpertinger a été reconnu coupable sur la base de "témoignages" en face desquels ses droits de défense se trouvaient sensiblement réduits.

Dès lors, le requérant n'a pas bénéficié d'un procès équitable et il y a eu violation du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention, combiné avec les principes inhérents au paragraphe 3 d).

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50

34. 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."

Dans son mémoire, M. Unterpertinger réclame 150.000 schillings autrichiens (ATS) à titre d'indemnité pour privation de liberté et 28.000 pour manque à gagner. Il revendique en outre le remboursement de 33.578 ATS 15 de frais et dépens concernant la procédure devant les organes de la Convention. Pour l'ensemble de ses prétentions, il demande 210.000 ATS moins 5.470 francs français (FF) 50 que le Conseil de l'Europe lui a versés au titre de l'assistance judiciaire devant la Cour.

Le Gouvernement a répondu lors des audiences. Si la Cour devait constater une violation de la Convention, il consentirait à prendre en charge les frais et dépens sur la base du relevé présenté. Le montant demandé du chef du manque à gagner lui paraît assez raisonnable, mais il n'en irait pas de même des 150.000 ATS exigés pour détention: le Gouvernement n'accepterait d'en payer que 50.000. Bref, il envisagerait une réparation globale limitée à 100.000 ATS environ.

35. En ce qui concerne le manque à gagner et le dédommagement pour détention, la Cour rappelle que le requérant a été condamné à la suite d'une administration des preuves incompatible avec l'article 6. Il en est résulté une détention de six mois qui a entraîné pour lui un manque à gagner de 28.000 ATS. Cette même détention lui a causé un dommage moral pour lequel la Cour, statuant en équité comme le veut l'article 50, lui accorde une indemnité de 100.000 ATS.

36. Quant aux frais et dépens supportés devant les organes de la Convention, le Gouvernement ne discute ni leur réalité, ni leur nécessité ni le caractère raisonnable de leur taux; en outre, il ne conteste pas que le requérant ait assumé envers son conseil des engagements allant au-delà de l'assistance judiciaire dont il a bénéficié (comp. notamment, l'arrêt Airey du 6 février 1981, série A n.º 41, p. 9 § 13). (3) La Cour accueille donc l'ensemble de la demande qui s'élève à 33.578 ATS 15 moins 5.470 FF 50.

(3) Sumariado sob n.º 43, in *Documentação e Direito Comparado*, 11, 51.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 de la Convention;
2. *Dit* que l'Etat défendeur doit verser au requérant, à titre de satisfaction équitable, cent soixante et un mille cinq cent soixante-dix-huit schillings autrichiens et quinze groschen (161.578 ATS 15), moins cinq mille quatre cent soixante-dix francs français et cinquante centimes (5.470 FF 50).

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le 24 novembre 1986.

*Signé: Gérard WIARDA
Président.*

*Signé: Marc-André EISSEN
Greffier*

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

P CONTRA PORTUGAL

- I. Não reveste carácter civil o direito à reparação pela passagem à disponibilidade do funcionário.
- II. O funcionário não tem um direito de “carácter civil” a continuar no exercício do mesmo cargo.

P.F.

DECISÃO: (13 de Dezembro de 1984)

EN DROIT

Le requérant allègue la violation de l'article 6, par. 1, de la Convention du fait de la durée de deux procédures pendantes devant les juridictions administratives et relatives à un recours en annulation devant la Cour administrative suprême (pendant depuis octobre 1979) et à une action en dommages-intérêts devant le tribunal administratif de Lisbonne (pendante depuis novembre 1982).

L'article 6, par. 1, de la Convention garantit à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribu-

nal (...) 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.

Vu qu'aucune poursuite pénale n'a été contre le requérant en ce qui concerne les faits faisant l'objet de la présente requête, la Commission doit déterminer si les deux litiges dont le requérant se plaint portent sur des droits et obligations de caractère civil, au sens de l'article 6, par. 1, de la Convention. Si la Commission décide cette question para l'affirmative, elle peut examiner si les exigences prévues par cette disposition ont ou non été observées dans le cas d'espèce.

Selon la jurisprudence constante de la Commission, les contestations portant sur le droit d'accéder à la fonction publique et sur la déchéance de ce droit, ne peuvent être considérées comme des contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil (v. requêtes N.º 3788/68, Rec. 35, pp. 56, 71; N.º 8493/79, D.R. 25, pp. 210, 213); de même, pour ce qui est des contestations relatives à une promotion ou à ses modalités, dans l'ordre de la fonction publique (requête N.º 6324/73, Rec. 46, p. 218).

A propos du licenciement d'un enseignant, la Commission a ainsi considéré que lorsqu'un Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assume dans le domaine de l'instruction, réglemente souverainement ce domaine comme celui d'une activité relevant de la puissance publique, les personnes qu'il choisit pour exercer une telle activité n'ont pas un droit de caractère civil à continuer à se voir confier une fonction dans ce domaine (v. Requête N.º 8686/79, D.R. 21, pp. 208, 209).

La Commission est d'avis qu'une telle constatation s'applique à la première procédure introduite par le requérant, qui concerne l'annulation de la décision de mise en disponibilité pris à son encontre.

La Commission constate, d'autre part, que le requérant a introduit une deuxième procédure en dommages-intérêts par laquelle il a demandé la condamnation de l'Etat à lui payer une réparation pour les préjudices subis du fait de ladite décision de mise en disponibilité.

Il est vrai que la disposition légale sur laquelle s'est fondée la décision prise à l'encontre du requérant a été déclarée inconstitutionnelle le 2 septembre 1982 par résolution du Conseil de la Révolution. La Commission estime, toutefois, que ce fait n'est pas décisif pour ce qui est de la question de l'applicabilité de l'article 6, par. 1, de la Convention à la procédure susmentionnée. En effet, sous l'angle de cette disposition, "seul compte le fait que les contestations dont il s'agit ont pour objet la détermination de

droits de caractère privé” (Cour Eur. D.H., Affaire König, arrêt du 28 juin 1978, par. 94). (1)

Tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, la procédure litigieuse a trait à des préjudices prétendument subis par le requérant en sa qualité de fonctionnaire du Ministère des Affaires étrangères; or, ces préjudices — dont il n'incombe pas à la Commission de déterminer l'existence — résultent d'une relation de droit entre l'Administration nationale et un de ses fonctionnaires, dans une activité relevant de la puissance publique. Une telle relation juridique ne concerne pas, aux yeux de la Commission, des droits de caractère privé.

Il s'ensuit que la procédure litigieuse ne met pas en cause des “droits et obligations de caractère civil”, au sens de l'article 6, par. 1, de la Convention. Cette disposition n'étant pas applicable aux procédures en cause, la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention, au sens de l'article 27, par. 2.

Par ces motifs, la Commission

DECLARE LA REQUETE IRRECEVABLE

(1) In “*Documentação e Direito comparado*”, 2, 373

COMITÉ DE MINISTROS

RESOLUÇÃO DH(85)1

RELATIVA ÀS QUEIXAS DE C, MEDWAY e BALL CONTRA O REINO UNIDO

(Adoptada pelos Delegados dos Ministros em 25 de Janeiro de 1985)

- I. Integra violação do § 4.º do art. 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a detenção em hospital psiquiátrico sem o controle periódico por tribunal.
- II. Tendo, durante o exame do caso pelos órgãos da Convenção, sido alterada a lei interna modificando a situação, nada mais se impõe decidir.

P.F.

RESOLUÇÃO:

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

Vu les rapports de la Commission européenne des Droits de l'Homme établis conformément à l'article 31 de la Convention au sujet des requêtes introduites par MM. C., Andrew George Medway et Ian Ball contre le Royaume-Uni (requêtes N.º 7099/75, 7699/76 et 9292/81);

Considérant que le 21 septembre 1983 la Commission a transmis lesdits rapports au Comité des Ministres et que le délai de trois mois prévu à l'article 32, paragraphe 1, de la Convention s'est écoulé sans que les affaires aient été déférées à la Cour européenne des Droits de l'Homme en vertu de l'article 48 de la Convention;

Considérant que dans leurs requêtes introduites entre le 25 mai 1975 et le 5 novembre 1980 les requérants se sont plaints principalement de leur détention obligatoire pour une durée illimitée dans un hôpital psychiatrique sans que la justification matérielle de cette détention ait fait l'objet d'un contrôle périodique par un tribunal, alléguant la violation, inter alia, de l'article 5, paragraphe 4, de la Convention et en ce qui concerne l'affaire "C" invoquant les articles 6, paragraphes 1, 13 et 14 de la Convention;

Considérant que la Commission, après avoir déclaré les requêtes recevables, dans ses rapports adoptés le 13 juillet 1983, ayant fait référence à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 5 novembre 1981 dans l'affaire "X contre Royaume-Uni"⁽¹⁾ a formulé l'avis à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 5, paragraphe 4, de la Convention et dans l'affaire "C." qu'il n'était pas nécessaire de poursuivre l'examen du grief de la requérante à la lumière des articles 13 et 14 de la Convention;

Faisant sien l'avis émis par la Commission en vertu de l'article 31, paragraphe 1, de la Convention;

Considérant que pendant l'examen de ces affaires le Comité des Ministres a été informé par le Gouvernement du Royaume-Uni que celui-ci acceptait les avis de la Commission; que la législation britannique telle qu'amendée suite à l'arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire "X contre le Royaume-Uni" afin de porter remède

(1) Sumariado in *Documentação e Direito Comparado*, 12, 83, sob n.º 88.

à l'insuffisance du droit interne établi par la Cour était entrée en vigueur; et que la nouvelle législation mettait fin aux situations ayant donné lieu à ces affaires;

Procédant au vote conformément aux dispositions de l'article 32, paragraphe 1, de la Convention,

- a. Décide que dans les présentes affaires il y a eu violation de l'article 5, paragraphe 4, de la Convention,
- b. Décide, eu égard aux informations fournies par le Gouvernement du Royaume-Uni, qu'aucune autre action ne s'impose dans ces affaires.

CONSELHO DA EUROPA

RECOMENDAÇÃO N.º R(85)8()*

**DO COMITÉ DE MINISTROS
AOS ESTADOS MEMBROS
SOBRE A OBJECÇÃO DE CONSCIÊNCIA
AO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO**

*(Adoptada na 406.ª reunião dos Delegados dos Ministros,
em 9 de Abril e 1987)*

- I. A Recomendação directamente visa apenas o serviço militar obrigatório.
- II. A qualidade de objector de consciência não é reconhecida oficialmente, carecendo de pedido do interessado.
- III. Deverá haver uma segunda instância de recurso, esta independente da administração militar.
- IV. A declaração de objector de consciência deverá poder ser feita durante a prestação do serviço militar.

P.F.

(*)¹ Lors de l'adoption de cette recommandation:

— en application de l'article 10.2.c du Règlement intérieur des réunions des Délégués des Ministres, le Délégué de la Grèce a réservé le droit de son Gouvernement de se

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe.

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres;

Rappelant que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales est le patrimoine commun des Etats membres du Conseil de l'Europe ainsi qu'en témoigne notamment la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Considérant qu'il est opportun d'entreprendre une action commune pour le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Constatant que, dans la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe, l'accomplissement du service militaire est une obligation fondamentale pour les citoyens;

Considérant les problèmes soulevés par l'objection de conscience au service militaire obligatoire;

Souhaitant que l'objection de conscience au service militaire obligatoire soit reconnue dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe et régie par des principes communs;

conformer ou non au texte de la recommandation, et le Délégué de Chypre a réservé le droit de son Gouvernement de se conformer ou non au paragraphe 9 de la recommandation;

— en application de l'article 10.2.d du Règlement intérieur des réunions des Délégués des Ministres, le Délégué de l'Italie a fait enregistrer son abstention lors du vote et dans une déclaration explicative a indiqué que son Gouvernement estimait que le texte ainsi adopté était en retrait par rapport aux suggestions de l'Assemblée et apparaissait de ce fait insuffisant;

— en application de l'article 10.2.d du Règlement intérieur des réunions des Délégués des Ministres, les Délégués de la Suisse et de la Turquie ont fait enregistrer leur abstention lors du vote de ce texte et dans une déclaration explicative ont indiqué que leurs Gouvernements n'étaient pas en mesure de se conformer aux dispositions de celui-ci.

Relevant que, dans des États membres où l'objection de conscience au service militaire obligatoire n'est pas encore reconnue, des mesures ponctuelles ont été prises en vue d'améliorer la situation des personnes concernées.

Recommande aux gouvernements des États membres de conformer, dans la mesure où ils ne l'ont pas encore fait, leurs droits et pratiques nationaux aux principes et règles suivants:

A. Principe de base

1. Toute personne soumise à l'obligation du service militaire qui, pour impérieux motifs de conscience, refuse de participer à l'usage des armes, a le droit d'être dispensée de ce service dans les conditions énoncées ci-après. Elle peut être tenue d'accomplir un service de remplacement;

B. Procédure

2. L'État peut prévoir une procédure appropriée pour l'examen des demandes aux fins de reconnaissance de la qualité d'objecteur de conscience ou accepter une déclaration motivée de la personne concernée;

3. En vue d'une application efficace des principes et règles de la présente recommandation, la personne soumise à l'obligation du service militaire doit être informée préalablement de ses droits. A cet effet, l'État lui fournit toutes informations utiles ou permet aux organisations privées intéressées d'en assurer la diffusion nécessaire;

4. La demande aux fins de reconnaissance de la qualité d'objecteur de conscience doit être présentée selon des modalités et dans des délais qui seront fixés compte tenu de l'exigence que la procédure d'examen de la demande soit, en principe, terminée dans sa totalité avant l'incorporation dans l'armée;

5. L'examen de la demande doit comporter toutes les garanties nécessaires à une procédure équitable;

6. Le demandeur doit pouvoir exercer un droit de recours contre la décision de première instance;

7. L'organe d'appel doit être séparé de l'administration militaire et d'une composition qui lui assure l'indépendance;

8. La loi peut prévoir également la possibilité pour l'intéressé de présenter une demande et d'être reconnu comme objecteur de conscience lorsque les conditions requises pour l'objection de conscience apparaissent pendant le service militaire ou au cours des périodes de formation militaire faisant suite au service initial;

C. Service de remplacement

9. Si un service de remplacement est prévu, il doit en principe être civil et d'intérêt public. Néanmoins, à côté du service de remplacement civil, l'Etat peut prévoir aussi un service militaire non armé et y affecter les seuls objecteurs dont les motifs de conscience se limitent à refuser l'usage personnel des armes;

10. Le service de remplacement ne doit pas revêtir le caractère d'une punition. Sa durée doit rester, par rapport à celle du service militaire, dans les limites raisonnables;

11. L'objecteur de conscience qui accomplit le service de remplacement ne doit pas avoir moins de droits que la personne soumise au service militaire, tant sur le plan social que pécuniaire. Les dispositions législatives ou réglementaires relatives à la prise en considération du service militaire pour l'emploi, la carrière ou la retraite sont applicables au service de remplacement.

**ESTUDOS
SOBRE OS DIREITOS
DO HOMEM**

Dean SPIELMANN (*)

Etudiant en droit à l'Université Catholique de Louvain U.C.L.

**QUELQUES REFLEXIONS
AU SUJET D'UN RECOURS PREJUDICIEL
EVENTUEL DEVANT
LA COUR EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME**

(*) "Documentação e Direito Comparado" publica com prazer o interessante estudo de Dean Spielmann.

O autor, estudante laureado da Universidade Católica de Louvain, trata com proficiência de dois interessantes problemas — o valor de caso julgado das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as relações entre a ordem jurídica do Conselho da Europa e a ordem jurídica das Comunidades.

A Dean Spielmann, que, por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, nos possibilitou a publicação, os nossos agradecimentos.

I. LA QUESTION PREJUDICIELLE POSEE PAR DES JURIDICTIONS INTERNES.

1. Les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et leur effet dans l'ordre interne.
2. L'interprétation demandée à la Cour Européenne des Droits de l'Homme par une juridiction interne.

II. LA QUESTION PREJUDICIELLE POSEE PAR LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES.

1. L'application dans la jurisprudence communautaire des droits fondamentaux.
2. L'interprétation demandée à la Cour Européenne des Droits de l'Homme par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

**QUELQUES REFLEXIONS
AU SUJET D'UN RECOURS PREJUDICIEL
EVENTUEL DEVANT
LA COUR EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME**

Constituée le 21 janvier 1959 à la suite du dépôt de huit déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, exigées par les articles 46 et 56 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, la Cour Européenne des Droits de l'Homme doit assurément être considérée à l'heure actuelle, donc presque 30 ans plus tard, comme l'instrument juridictionnel le plus important et surtout le plus efficace en la matière.

Il faut cependant constater que l'interprétation de la Convention, assurée par cette haute juridiction internationale, n'est parfois acceptée qu'avec une certaine réticence au niveau interne des Etats membres. D'autre part, il est important de souligner que l'Europe d'aujourd'hui doit être considérée comme une unité juridique homogène et que l'ordre juridique communautaire tend, en matière de Droits de l'Homme, à se confondre de plus en plus avec l'ordre juridique tel qu'il est conçu par le Conseil de l'Europe et prévu par la Convention.

Au demeurant, nous nous proposons, dans le présent exposé, de présenter quelques réflexions au sujet d'un possible recours préjudiciel devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme. D'une part on pourrait envisager le recours préjudiciel dans l'ordre interne, de l'autre, cette possibilité pourrait se concevoir aussi en relation avec la Cour de Justice des Communautés Européennes.

I. LA QUESTION PREJUDICIELLE POSEE PAR LES JURIDICIONS INTERNES.

1. Les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et leur effet dans l'ordre interne.

Pour bien saisir l'effet d'un arrêt de la Cour Européenne, il faut d'abord s'interroger sur la nature des effets dans l'ordre interne, des dispositions de la Convention. En général, une norme d'un traité international doit être considérée comme ayant des effets directs dans l'ordre juridique national, si cette norme est claire, juridiquement complète et impose aux Etats contractants soit de s'abstenir, soit d'agir de manière déterminée, et si elle est susceptible d'être invoquée comme source d'un droit propre par les personnes à des obligations⁽¹⁾. Il en est ainsi, par exemple de l'article 6 de la Convention qui est susceptible d'être invoqué devant une juridiction interne. Cette disposition à caractère normatif est rédigée de manière suffisamment précise et complète pour permettre son application directe: elle ne requiert pas de complément législatif ou réglementaire pour créer des effets de droit entre les Etats contractants et les personnes relevant de la juridiction de ceux-ci.⁽²⁾

Si une telle disposition est violée dans l'ordre juridique interne, l'intéressé peut introduire un recours à Strasbourg devant la Commission qui, quando elle estime qu'il y a effectivement violation de la Convention, saisira la Cour. C'est la Cour qui tranche en dernier lieu en rendant son arrêt. Cet arrêt jouit de l'autorité de la chose jugée. En effet, la jurisprudence considère que les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme obligent l'Etat belge à reconnaître l'autorité de la chose jugée qui s'attache à ces arrêts et à prendre, si le droit interne le permet, les mesures d'exécution propres à effacer pleinement les conséquences de la violation constatée. ⁽³⁾ ⁽⁴⁾

(1) Jacques VELU: Les effets directs des instruments internationaux en matière des Droits de l'Homme, Bruxelles, Swinnen, 1981, pp. 11 e 12.

(2) comp. Jacques VELU: op. cit., p. 21.

(3) Pierre LAMBERT: La Convention européenne des Droits de l'Homme dans la Jurisprudence belge, Bruxelles, Nemesis, 1987, p. 12.

(4) Cass. b. 18 mai 1983, Pas. 1983, I. p. 1046 (et la note) et R.W. 1984-1985, col. 801 (et la note de Hans Gilliams).

Si l'autorité de chose jugée n'est guère contestée, toujours est-il cependant, que la "nature" de cette chose jugée prête à discussion et a donné suite en Belgique à une certaine réticence de la part de la Cour de Cassation à appliquer l'article 6 de la Convention en matière disciplinaire, monobstant le célèbre arrêt *Le Compte* et autres rendu le 23 juin 1981 par la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁽⁵⁾. Dans deux arrêts du 21 janvier 1982, la Cour de Cassation de Belgique refusa de s'incliner en affirmant, sur conclusions conformes du procureur général Dumon, que l'article 6 est étranger aux procédures disciplinaires, cette disposition étant incompatible avec la discrétion imposée dans les procédures disciplinaires, tant dans l'intérêt général, et notamment dans celui du respect du secret professionnel, que dans celui de la personne disciplinairement poursuivie.⁽⁶⁾

Pierre Lambert relève cependant qu'une des espèces concernait un architecte qui n'est pas tenu au secret professionnel, mais à un simple devoir de discrétion.⁽⁷⁾

C'est à la suite de cet arrêt, critiqué par la Doctrine, que les auteurs se sont penchés sur la question de la nature de l'autorité de chose jugée des décisions de la Cour de Strasbourg, dont le revirement jurisprudentiel, au demeurant espéré par la Cour de Cassation de Belgique dans ses arrêts précités, n'a pas eu lieu. Au contraire, à la suite d'un nouvel arrêt, rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, le 1.^{er} février 1983⁽⁸⁾, la Cour de Cassation de Belgique s'incline, cette fois sur conclusions conformes de l'avocat général Jacques Velu⁽⁹⁾. La paix judiciaire semble rétablie. Toutefois, la question de l'autorité de la chose jugée quant à sa nature demeure. En effet, comment la situation se présenterait-elle, si le revirement jurisprudentiel n'avait pas eu lieu?

(5) J. T. 1981, p. 622 (et la note de Pierre Lambert).

(6) Cass. b. 21 janvier 1982, Pas. 1982, I, p. 623 (concl. proc. gén. Dumon); RW 1982-1983, col. 549 (id.); Tijds v. Bestuurw, 1982, p. 346 (id.); Rev. dr. pén. 1982, p. 659 (id.); J.T. 1982, p. 438 (id. et note Jean Salmon); R.C.J.B. 1984, p. 273 (et note Joe Verhoeven); Cah; dr. europ. 1983 (et notes de S. Marcus Helmons, p. 349, et Koenraad Lenaerts, p. 186).

(7) Pierre LAMBERT: La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit disciplinaire, J.T. 1988, p. 53.

(8) CEDH: 10 février 1983, en cause Albert et Le Compte.

(9) Cass. b. 14.4.1983, Pas. 1983, I, p. 866 (et concl. conf. av. gén. Velu) et p. 902; J.T. 1983, p. 607 (id.); Rev. dr. pén. 1984, p. 115 (id.); RW 1983-1984, col. 83 (et note de Paul Lemmens); Jur. Liège 1983, p. 401 (obs. P. H.)

C'est cette question qu'analyse le professeur Joe Verhoeven dans sa note sub l'arrêt Guchez de la Cour de Cassation du 21 janvier 1982 précité (10). Le noeud du problème réside dans la question de savoir, si l'arrêt précité du 21 janvier 1982 a violé la force de chose jugée de l'arrêt Le Compte de la Cour Européenne, *ou* la Convention. En d'autres termes, est-ce qu'une décision de la Cour de Strasbourg jouit de l'autorité absolue ou relative de chose jugée? L'auteur précité estime quant à lui que la Cour de Strasbourg n'est pas juge de la loi comme telle, à l'égard de laquelle elle exercerait immédiatement quelque contrôle abstrait de légalité; elle a pour seule mission de dire pour droit que, dans le cas particulier qui lui a été soumis, son application a violé les droits garantis par la Convention de sauvegarde (...) La violation ne saurait toutefois résulter de la méconnaissance de la force de chose jugée de l'arrêt Le Compte, qui ne s'étend pas à l'affaire Guchez. (11) (12)

Cela étant, la controverse demeure. Toujours est-il cependant qu'aucune disposition n'est prévue par la Convention qui assure l'exécution effective dans l'ordre interne d'une décision de la Cour de Strasbourg. Au demeurant, il appartient au législateur de prendre les mesures adéquates. La Cour de Droits de l'Homme n'est pas un "super-législateur" annulant les dispositions reconnues contraires à la Convention. Et pourtant, ne devrait-on pas considérer qu'une disposition interne, reconnue comme contraire à la Convention, devrait être considérée comme non-valide dans le futur? N'a-t-on pas conféré aux Cours et Tribunaux internes le devoir ou l'obligation de refuser d'appliquer une norme contraire à une disposition directement applicable dans l'ordre interne? (13)

(10) Joe VERHOEVEN: A propos de l'autorité des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation, R.C.J.B. 1984, pp. 275 et ss.

(11) Joe VERHOEVEN: *op. cit.*, p. 285.

(12) V. cependant le titre révélateur du professeur F. Rigaux à propos de l'arrêt Marckx, "La loi condamnée", J.T. 1979, pp. 513 et ss.

(13) Cass. b. 17 mai 1971. Le Ski, J. T. 1971, p. 460.

Pour M. Verhoeven, l'exécution d'un arrêt de la Cour de Strasbourg demeure "volontaire". L'attribut doit être correctement compris; plutôt que l'absence d'une exécution forcée, il vise fondamentalement l'absence d'une obligation. Quelle que soit l'autorité "naturelle" des arrêts de la Cour, cette absence d'obligation résulte tant de l'inexistence de quelque pouvoir d'interprétation authentique que des limites de la chose jugée dans l'ordre international qui configurent l'objet de la décision et la portée de l'obligation qui lui est corrélatrice. (14)

Por Monsieur Verhoeven, ce qui a été décidé par la Cour de Strasbourg ne peut plus être remis en cause. Certes, l'Etat est au demeurant lié par le point de droit tranché par la Cour, mais la Cour n'a pas de pouvoir d'annulation. L'arrêt de la Cour de Strasbourg n'annule pas une disposition interne contraire (15). Il ne tranche pas une question abstraite dans un arrêt déclaratoire, mais la décision est déclarative; elle ne s'étend qu'au cas particulier soumis à la Cour de Strasbourg. En fait, les décisions strasbourgeoises sont généralement suivies de modifications législatives dans les ordres internes. Le système prévu par le Conseil de l'Europe est très efficace. Marc-André Eissen relève toutefois des ombres au tableau, où les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'ont été acceptés qu'avec une certaine réticence. (16)

L'éminent juriste arrive cependant à la conclusion que dans le bilan qu'il a esquissé dans l'étude citée, l'actif semble l'emporter de loin sur le passif. En effet, nous dit l'auteur, si de nouvelles requêtes, toujours possibles en pareil cas, dénoncent avec succès devant la Commission, puis, au besoin la Cour, la persistance d'une situation contraire à la Convention, comment imaginer qu'un Etat démocratique européen, attaché à la prééminence du droit et fidèle à ses engagements, ne finisse point par s'incliner? (17)

(14) Joe VERHOEVEN: *op. cit.*, p. 288.

(15) V. en ce sens: Vincent BERGER: *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, dans: *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 22 de 1985, p. 318 (*Documentação e Direito Comparado*).

(16) Marc-André EISSEN: *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, dans: *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, L.G.D.J., p. 1593.

(17) Marc-André EISSEN: *op. cit.*, 1595.

2. L'interprétation demandée à la Cour Européenne des Droits de l'Homme par une juridiction interne.

Nous venons de voir que d'après certains auteurs, la Cour de Strasbourg interprète la Convention en relation avec un cas d'espèce et que l'autorité de chose jugée n'est que relative. Pour le professeur J.J.A. Salmon: "Il n'en demeure pas moins que lorsque la Cour Européenne des Droits de l'Homme, comme toute autre Cour internationale, s'est prononcée à l'occasion d'une espèce déterminée sur le sens d'une disposition conventionnelle, ce prononcé possède une autorité particulière qui découle des considérations suivantes:

- a) A défaut de mécanisme d'interprétation authentique, les Hautes Parties contractantes ont confié à la Cour Européenne la mission d'interpréter la Convention. Lorsque la Cour exerce cette mission dans un cas particulier, on peut estimer qu'elle poursuit l'oeuvre des Parties même lorsque'elle apporte une clarification du texte, même si ce processus a en réalité un effet créateur (...)

Les auteurs de la Convention de sauvegarde n'ont sans doute pas pensé à l'hypothèse des juridictions disciplinaires quand ils ont rédigé l'article 6, § 1, pas plus qu'ils n'ont imaginé les multiples situations dont a pu être saisie la Cour et auxquelles cette dernière a eu le redoutable privilège d'apporter des réponses par une jurisprudence heureusement qualifiée d'"évolutive et finaliste" par M. le juge Ganshof Van der Meersch.

- b) Même s'il n'existe pas en droit international de règle accordant au précédent une force obligatoire (*stare decisis*) comme ne Common Law, il n'en demeure pas moins que les décisions judiciaires constituent des précédents qui 'par leur valeur intrinsèque... pèsent sur l'esprit du juge' (...)" (18)

(18) Jean J.A. SALMON: La Cour de Cassation et la responsabilité internationale de la Belgique, J.T. 1982, p. 448.

On peut donc estimer que, s'il est vrai qu'une décision de la Cour de Strasbourg n'a qu'un effet relatif, il n'en demeure pas moins qu'un tel arrêt jouit d'un prestige considérable. En effet, il résulte de la force du précédent que "si la cour de Cassation belge 's'insurge' contre une interprétation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et si cette dernière est à nouveau saisie et confirme sa jurisprudence, la violation de la Convention sera une nouvelle fois constatée et, partant la responsabilité de la Belgique sera une nouvelle fois avérée. (19)

Il nous semble toutefois que de telles dissonances concernant la non-conformité d'une juridiction interne à la jurisprudence strasbourgeoise, pourraient être évitées par l'instauration d'un mécanisme de questions préjudicielles, analogue à d'autres systèmes internationaux, régionaux, voire nationaux.

En effet, il nous semble que dans une affaire particulière devant une juridiction interne, il peut y avoir un reliquat abstrait concernant l'interprétation de la Convention, reliquat qui, détaché des particularités de l'affaire, peut se révéler comme suffisamment large pour s'appliquer à l'ensemble de la matière. Ainsi, par exemple, peut se poser à l'occasion d'un litige en matière disciplinaire, la question de savoir si la publicité des audiences s'applique aux juridictions disciplinaires.

Sur question préjudicielle de la Cour de Cassation, la Cour de Strasbourg pourrait alors décider de manière abstraite que ce critère de publicité s'impose à ces juridictions.

Un tel mécanisme pourrait être élaboré par les Hautes Parties contractantes en modifiant la Convention en ce sens. Le problème est mis en exergue par le professeur Karel Vasak.

Une interprétation inexacte présente moins d'inconvénients lorsqu'il s'agit de décisions rendues dans des Etats qui ont reconnu la compétence de la Commission en matière de requêtes individuelles. Mais le mal n'est guère réparable dans les pays qui n'acceptent pas cette compétence facultative de la Commission. C'est pourquoi, s'inspirant de l'article 177 du Traité de la Communauté Economique Européenne, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a proposé de compléter la Convention par un article 54 bis. Cet article permettrait à la Cour de statuer, à titre préjudiciel, sur

(19) Jean J.A. SALMON: *op. cit.*, p. 448.

toute question d'interprétation de la Convention qui se pose dans le cadre d'une affaire pendante devant une juridiction nationale de dernier ressort. Tant que cette disposition, ou une disposition ayant la même portée, n'aura pas été adoptée, il sera difficile d'éviter que des tribunaux internes interprètent la Convention d'une manière contraire à ses dispositions. (20)

(21)

Cette nouvelle disposition serait donc le complément nécessaire de l'article 45 de la Convention aux termes duquel la compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la présente Convention que les Hautes Parties contractantes ou la Commission lui soumettraient, dans les conditions prévues par l'article 48. L'article 45 implique que la Cour ne peut interpréter la Convention d'une manière abstraite, mais seulement en relation avec le cas particulier, tel qu'il est présenté devant elle. (22)

En ajoutant un article 54 bis on ajouterait par cela une interprétation abstraite à l'interprétation "concrète" prévue par l'article 45.

Le système du recours préjudiciel constitue d'ailleurs dans l'ordre *communautaire* un instrument de *dialogue privilégié* entre l'ordre juridique des CEE et les ordres internes. (23)

C'est l'article 177 Traité CEE et 150 Traité Euratom qui prévoient le système. L'article 177 Traité CEE prévoit deux types de renvois préjudiciels: le renvoi préjudiciel en interprétation et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité des actes pris par les institutions de la Communauté. Dans les deux cas, le recours permet aux juridictions nationales saisies de questions de droit communautaire, d'obtenir avant de statuer, une orientation juridique de la part de la Cour de justice. (24)

(20) Karel VASAK. La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Paris, L.G.D.J. 1965, n.° 484, pp. 248 et 249.

(21) Ajoutons que l'article 54 ter attribuerait à la Cour la compétence de donner des avis consultatifs, à la demande des gouvernements, sur des questions d'interprétation de la Convention qui se posent relativement à des projets d'arrêté ou de décret, ainsi qu'à des projets ou propositions de loi.

(22) S. ERCMAN: Convention Européenne des Droits de l'Homme: Guide de Jurisprudence, Wien, Wilhelm Braumüller, 1981, p. 359.

(23) G. VANDERSANDEN — A. BARAV: Contentieux communautaire, Bruxelles, Bruylant 1977, p. 6.

(24) Jacques SALMON. Conseil d'Etat, Bruxelles, Bruylant 1987, p. 454.

L'article 54 bis tel qu'il pourrait être ajouté à la Convention, pourrait être rédigé en s'inspirant de l'article 177 CEE. Chaque juridiction pourrait poser la question à la Cour de Strasbourg. En revanche, chaque juridiction dont la décision n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne *devrait* poser la question à la Cour de Strasbourg, sous la réserve de la théorie de l'acte clair. ⁽²⁵⁾

Toutefois, la difficulté devrait être pertinente. Le juge national, même suprême, refuserait le recours préjudiciel s'il estimait que la question ne serait pas de nature à influencer sur la solution du litige. ⁽²⁶⁾

En outre, la question posée devant la Cour de Strasbourg devrait ne pas avoir été résolue par un autre arrêt rendu à titre préjudiciel.

L'arrêt de la Cour de Strasbourg rendu sur une question préjudicielle posée par une juridiction interne serait obligatoire pour le juge de renvoi. Toutefois, celui-ci pourrait saisir à nouveau la Cour s'il s'estimait insuffisamment éclairé par un premier arrêt.

Une telle possibilité, analogue au système communautaire, impliquerait par ailleurs une décharge sensible des affaires déferées au fond devant les organes de Strasbourg. En effet, la majorité des affaires seraient tranchées au fond devant les juridictions internes, la Commission et la Cour de Strasbourg n'intervenant qu'au niveau d'une question abstraite. ⁽²⁷⁾

⁽²⁵⁾ R. M. CHEVALLIER — D. MAIDANI: Guide pratique: Article 177 CEE, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés Européennes, 1982, p. 61.

⁽²⁶⁾ Jacques SALMON: op. cit., p. 457.

⁽²⁷⁾ Un système analogue de recours préjudiciel existe également au niveau de la Cour de Justice Benelux et de la Cour d'Arbitrage belge.

II. LA QUESTION PREJUDICIELLE POSEE PAR LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES.

1. L'application dans la jurisprudence communautaire des droits fondamentaux.

Après avoir analysé la possibilité d'un éventuel recours préjudiciel devant la Cour de Strasbourg, posé par une juridiction interne, il convient à présent d'étudier ce même problème en relation avec la Cour des Communautés Européennes de Luxembourg, cette dernière juridiction étant constamment confrontée avec les droits fondamentaux invoqués devant elle.

En 1953 déjà le projet de traité portant statut de la Communauté Européenne prévoyait en son article 3: "Les dispositions du titre I de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ainsi que celles du Protocole additionnel, sont partie intégrante du présent statut".⁽²⁸⁾

Si cette disposition est restée lettre morte jusqu'à nos jours, toujours est-il cependant que la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes s'est constamment référée aux principes généraux de droit dans une première étape, pour se référer ensuite à la Convention des Droits de l'Homme. Au début, la Cour de Luxembourg recourait à quatre groupes de principes:

- a) Des principes solennellement posés dans le texte des traités.
- b) Des principes qui peuvent être déduits des articles des traités.
- c) Des principes communs au droit des pays membres, ou même parfois à tous les systèmes juridiques.
- d) Des principes du droit international public.⁽²⁹⁾

⁽²⁸⁾ G. COHEN - JONATHAN: La problématique de l'adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, dans: Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen, Paris, Pédone, 1984, p. 82.

⁽²⁹⁾ Paul REUTER: Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droits, dans: Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris, Pédone, 1964, p. 263. Pour un exemple d'application d'un principe de droit international public V. arrêt du 4.12.1974, Aff. 41-74, Van Duyn, Recueil 1974, p. 1337.

La Cour de Luxembourg appliquait les principes généraux du droit international et les principes généraux communs aux droits des Etats membres.

En ce qui concerne les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, la Cour de Luxembourg les affirme dans un arrêt célèbre du 12 novembre 1969 "Stauder". (30)

La formule annoncée en 1969 s'affine en 1970 dans un arrêt du 17 décembre où la Cour de Justice précise que "la sauvegarde de ces droits (fondamentaux) tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre e la structure et des objectifs de la Communauté". (31)

La dernière étape de cette évolution jurisprudentielle de la Cour de Luxembourg fut entamée le 14.5.1974 dans le célèbre arrêt Nold, véritable "leading-case" en matière de Droits de l'Homme. (32)

Dans son arrêt, la Cour reprend les éléments déjà contenus dans sa jurisprudence antérieure et elle les complète en déclarant notamment qu'"en assurant le sauvegarde de ces droits (fondamentaux), la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux droits des Etats membres, et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces Etats; que les instruments internationaux concernant la protection des Droits de l'Homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire".

C'est la première fois que la Cour de Justice a mentionné les Conventions en matière de Droits de l'Homme.

Le professeur J. V. Louis tire de cet arrêt deux enseignements:

- a) La Cour annulera ou déclarera invalide, le cas échéant, toute disposition de droit dérivé contraire aux droits fondamentaux énoncés dans les constitutions ou dans l'une d'elles seulement.

(30) Arrêt du 12.11.1969, Aff. n.º 29-69, Stauder/Ulm, Recueil 1969, p. 425, attendu n.º 7.

(31) Arrêt du 17.12.1970, Aff. n.º 11-70, Internationale Handelsgesellschaft. Recueil 1970, p. 1135, attendu n.º 4.

(32) Arrêt du 14.5.1974, Aff. n.º 4-73, Nold, Recueil 1974, p. 508.

- b) Les conventions internationales relatives aux Droits de l'Homme seront des sources d'inspiration auxquelles la Cour puisera, c'est-à-dire, d'une part, qu'elle, ne se considère pas comme liée par ces actes comme par des obligations internationales conventionnelles et, d'autre part, qu'il n'est pas nécessaire, pour que la Cour y puise des indications, que l'instrument en cause soit ratifié par tous les Etats membres: il suffit qu'ils y aient "coopéré". (33)

Au sein de cette étape jurisprudentielle, la Cour de Justice a précisé dans des arrêtes ultérieurs le "droit à la liberté religieuse" (34), la "non-discrimination reposant sur le sexe" (35), le "droit de propriété" (36), le "principe de non-ingérence" (37).

En matière de libre circulation des personnes, la Cour de Justice de Luxembourg a relevé que, les limitations communautaires "apportées aux pouvoirs des Etats membres en matière de police des étrangers se présentaient surtout comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 e 11 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par tous les Etats membres, et de l'article 2 du Protocole n.º 4 à la même Convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publiques, aux droits garantis par les articles cités, ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins dans une société démocratique." (38)

La Cour de Justice consacre donc aujourd'hui, après une longue évolution jurisprudentielle la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

(33) Jean Victor LOUIS: L'ordre juridique communautaire, "Collection Perspectives Européennes", Bruxelles, pp. 70 et 71.

(34) Arrêt du 27.10.1976, Aff. n.º 130-75, Prais, Recueil 1976, p. 1598-1599.

(35) Arrêt du 15.6.1978, Aff. n.º 149-77, Defrenne, Recueil 1978, p. 1379.

(36) Arrêt 13.12.1979, Aff. n.º 44-79, Hauer, Recueil 1979, p. 3727.

(37) Arrêt du 26.6.1980, Aff. n.º 136-79, National Panasonic (UK) Ltd/Commission, Recueil 1980, p. 2033.

(38) Arrêt du 28.10.1975, Aff. n.º 36-75, Rutili, Recueil 1975, p. 1219.

Pour M. Pescatore, il ne fait plus de doute que “la Convention Européenne des Droits de l’Homme forme partie intégrante de l’ordre juridique applicable à l’intérieur de la Communauté”. (39)

Dans cet ordre d’idées on pourrait même envisager une insertion formelle de la Convention dans l’ordre juridique communautaire, à savoir cette fois-ci comme source de la légalité communautaire. Dans un tel cas, “la Cour de Justice devra considérer plus attentivement la jurisprudence de la Commission et de la Cour de Strasbourg”. (40) (41)

2. L’interprétation demandée à la Cour Européenne des Droits de l’Homme par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

L’application de la Convention dans l’ordre juridique communautaire n’est plus sujet à controverse. Dans une déclaration commune, le Parlement Européen, le Conseil et la Commission, soulignent “l’importance fondamentale qu’ils attachent au respect des droits fondamentaux”, déclarant officiellement d’ailleurs, le 5 avril 1977, que “dans l’exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés Européennes, ils respectent et continueront à respecter ces droits”. (42)

(39) P. PESCATORE: La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire, FIDE VII, Bruxelles, octobre 1975, p. 33.

(40) Asteris PLIAKOS: Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 68.

(41) G. COHEN — JONATHAN: L’incidence de la Convention Européenne des Droits de l’Homme sur les Communautés Européennes, Annuaire européen, 1981, id. XXIX, p. 79, 104.

(42) Déclaration commune du 5 avril 1977: “L’Assemblée, le Conseil et la Commission soulignent l’importance primordiale qu’ils attachent au respect des droits fondamentaux tels qu’ils résultent notamment des constitutions des Etats membres ainsi que de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l’Homme et des libertés fondamentales”.

Le professeur Verhoeven estime que la Convention Européenne de sauvegarde, dont l'adhésion est réservée aux Etats, n'est pas cependant comme telle applicable à la Communauté. ⁽⁴³⁾

En outre, l'application des droits de la défense en matière de concurrence est demeurée restrictive. Ainsi il a été décidé que la Commission n'est pas un "tribunal" au sens de la Convention. ⁽⁴⁴⁾

La déclaration commune du 5 mars 1977 et la jurisprudence, certes encore réticente de la Cour de Justice, évoluent cependant vers une homogénéité plus élaborée des deux ordres juridiques. "Ne peut-on dire que le pont est établi entre les 'deux Europes'?" ⁽⁴⁵⁾

Toujours est-il cependant que les solutions jurisprudentielles de la Cour de Justice ne s'inspirent toujours pas de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il serait cependant souhaitable d'élaborer à l'avenir une solution plus efficace au problème. Aussi a-t-il été proposé par la Commission des Communautés Européennes dans son mémorandum du 4 avril 1979, que la Communauté adhère à la Convention des Droits de l'Homme. De ce fait, la Convention deviendrait un accord mixte, puisque les Etats membres y sont déjà parties. Quelles seraient les conséquences institutionnelles de l'adhésion de la Communauté à cette Convention? À la Commission des Droits de l'Homme devrait siéger un membre de la Communauté, mais étant donné qu'il n'est pas admis que deux membres de la Commission aient la même nationalité, il faudrait que le membre de la Communauté soit ressortissant d'un Etat tiers, sauf dérogation à l'article 20 de la Convention. ⁽⁴⁶⁾ ⁽⁴⁷⁾

⁽⁴³⁾ Joe VERHOEVEN: Droit des Communautés Européennes, Louvain 1986, p. 169.

⁽⁴⁴⁾ Arrêt du 7.6.1983, Aff. n.º 100-103/80, Pioneer,

⁽⁴⁵⁾ Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Communautés Européennes — Convention Européenne des Droits de l'Homme, Colloque organisé par l'Institut d'Etudes européennes de l'Université Libre de Bruxelles, P. DELANNAY: Addendum, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 317.

⁽⁴⁶⁾ Henry G. SCHERMERS: Les relations de droit international public de la Communauté, dans: Trente ans de droit communautaire, Collection: "Perspectives européennes", p. 248.

⁽⁴⁷⁾ Sur d'autres difficultés techniques, V. le Mémorandum concernant l'adhésion des Communautés Européennes à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Bull. des Communautés Européennes, Supplément 2/79.

Cette solution laborieuse au demeurant ne nous convient guère. A notre sens, il conviendrait d'instaurer dans un avenir plus ou moins proche une procédure de renvoi préjudiciel au niveau communautaire, analogue à la procédure éventuelle décrite au niveau interna dans notre première partie.

Dans ce système, la Cour de Justice de Luxembourg serait amenée à poser à l'occasion d'un litige une question préjudicielle à la Cour de Strasbourg.

Le système nouveau serait particulièrement intéressant en matière de concurrence, où une application de la jurisprudence strasbourgeoise aboutirait à un respect plus efficace des Droits de l'Homme en matière des droits de la défense devant les instances communautaires. (48)

La Cour de Luxembourg devrait tenir compte de l'interprétation authentique et de l'application concrète de la Convention par les organes de Strasbourg. Cette "subordination normative", des Communautés à la Convention, déjà annoncée d'une certaine manière, ne constituerait naturellement pas un obstacle à ce que la Cour de Luxembourg développe une jurisprudence encore plus complète ou plus exigeante au niveau des droits fondamentaux. (49)

Le professeur G. Cohen-Jonathan estime qu'un recours préjudiciel permettrait à la Cour des Communautés de consulter officiellement la Cour des Droits de l'Homme chaque fois que se poserait une *question sérieuse* d'interprétation de la Convention. Les avantages seraient les suivants: D'abord elle inciterait la Cour des Communautés, de manière plus courante, et en l'absence même de renvoi, à se référer à la jurisprudence des organes de Strasbourg. D'autre part, elle permettrait de faire participer la Communauté au système de contrôle de la Convention avec un statut adapté à sa spécificité, différent par nature de celui des États contractants.

(48) Sur cette difficile question, consultez l'important ouvrage déjà cité: Asteris PLIAKOS: Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence, Bruxelles, Bruylant, 1987, 469 pages.

(49) G. COHEN — JONATHAN: La problématique de l'adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, dans: Mélanges Pierre Henri Teitgen, Paris, Pédone, 1984, p. 95.

Toutefois, la solution du recours préjudiciel suppose que la Communauté soit liée formellement par la Convention, devienne partie contractante avec un statut aménagé. ⁽⁵⁰⁾

CONCLUSION

Au terme de ce trop bref exposé, nous voyons donc que les réalités d'aujourd'hui impliquent une conscience plus nette, que le droit européen devient de plus en plus un droit "unique" et qu'il n'existe pas (ou ne devrait pas exister) deux Europes distinctes.

L'ordre communautaire et l'ordre du Conseil de l'Europe ont certes leurs compétences propres.

N'oublions cependant pas qu'en matière des Droits de l'Homme il ne devrait y avoir qu'une seule Europe. Une possibilité de recours préjudiciel au niveau communautaire permettrait d'aboutir à cet objectif.

Un recours préjudiciel devant la Cour de Strasbourg sur initiative d'une juridictions interne permettrait quant à lui d'une part de décharger les instances de Strasbourg, et d'autre part d'assurer une interprétation plus uniforme de la Convention au niveau interne, chaque juridiction ayant la possibilité de solliciter un éclaircissement par une décision de la Cour de Strasbourg.

⁽⁵⁰⁾ G. COHEN — JONATHAN: op. cit., pp. 107 et 108.

NOTA:

As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem citadas no texto encontram-se publicada ou sumariada em "Documentação e Direito Comparado":

Le Compte, Van Leuven e De Meyere — publicada, 6, 565;

Albert e Le Compte — sumariada, sob n.º 61, 15, 153.

P.F.

CONSEIL DE L'EUROPE

**16^e CONFERENCE
DES MINISTRES EUROPEENS
DE LA JUSTICE**

Lisbonne, 21-22 juin 1988

I

**QUESTIONS PENALES
ET CRIMINOLOGIQUES
SOULEVEES PAR LA PROPAGATION
DES MALADIES CONTAGIEUSES
Y COMPRIS
LE PHENOMENE DU SIDA**

**LES QUESTIONS PENALES
ET CRIMINOLOGIQUES
SOULEVEES PAR LA PROPAGATION
DES MALADIES CONTAGIEUSES
Y COMPRIS
LE PHENOMENE DU SIDA**

*RAPPORT PRESENTE
PAR LA DELEGATION DU PORTUGAL(*)*

(*) Préparé por M. Manuel António Lopes Rocha pour la 16^{ème} Conférence des Ministres Européens de la Justice — Lisbonne, 21/22 juin 1988.

INTRODUCTION

S'il n'existe à première vue aucune analogie entre les maladies contagieuses et les dispositions pénales punissant leur propagation, elle peut néanmoins être recherchée dans leur *caractère endémique*. D'après l'enseignement des historiens de la médecine et des biologistes, les grandes maladies contagieuses ne s'éloignent pas définitivement des pays ou des régions atteintes, après certaines phases aiguës; bien au contraire, elles y persistent dans l'"état endémique". Les taux de morbidité et de mortalité restent faibles jusqu'au moment où une nouvelle recrudescence déchaîne une épidémie plus ou moins grave.

Une situation semblable survient quant aux dispositions punissant la propagation de maladies contagieuses.

Ces dispositions sont contenues dans plusieurs codes pénaux ou législations spéciales en *état latent*, prêtes à être appliquées aussitôt qu'une menace sérieuse d'épidémie apparaît à l'horizon.

Il est pratiquement impossible de trouver une décision judiciaire concernant les crimes de propagation de maladies contagieuses hors de contextes épidémiques, sauf dans des cas isolés (voir rares) de transmission de maladies vénériennes.

Par contre, aussitôt qu'une nouvelle épidémie survient, certains réclament l'application immédiate de dispositions pénales la sanctionnant, ou en demandent l'élaboration au cas où elles n'existeraient pas encore.

La peur, surtout lorsqu'elle est collective, est une mauvaise conseillère en matière pénale. Et, quando elle devient panique, il est assez difficile aux gouvernements et aux législateurs de s'y opposer.

L'existence de dispositions pénales sanctionnant la *propagation* ou la *contagion* peut certainement être justifiée en tant qu'une des formes légitimes d'intervention du droit pénal, destinée à protéger des biens juridiques mis en danger par la société technologique moderne.

En tout cas, les origines de ces dispositions émergent d'une longue tradition. Il persiste encore un trait, historiquement prouvé, de la réaction de peur contre des personnes *atteintes de maladies mortelles* qui représentent un danger pour la communauté.

Dans l'histoire du droit pénal on trouve des exemples d'identification entre *coupable* et *malade* (les deux doivent être punis ou, du moins, isolés du groupe social), représentatifs d'une perception archaïque de maladie et crime comme des entités presque fongibles: la maladie en tant que crime, le crime en tant que maladie. Et on ne peut pas garantir que cette assimilation a été complètement déracinée de la pensée juridico-pénale.

Les dispositions modernes qui sanctionnent la propagation ou la contagion ne sont pas fondées sur des préjugés à caractère religieux ou magique, ou bien sur des convictions non scientifiques.

Cependant, les questions concernant leur application surviennent de préférence en des occasions de panique, quand une nouvelle menace sérieuse de contamination est à l'origine de réactions irrationnelles.

La découverte, en 1982, du virus du SIDA (Syndrome d'Immunodéficience Acquisée), actuellement connu comme HIV (Human Immunodeficiency Virus), a fait renaître l'ancienne question de savoir comment la société doit lutter contre les effets de son expansion et contre les risques de contamination de populations entières.

Le Conseil de l'Europe ne se tient pas à l'écart de ce phénomène. Cependant, il n'a pas encore pris en considération le problème grave et controversé de la légitimité de l'intervention du droit pénal dans la lutte contre le SIDA⁽¹⁾.

Para contre, plusieurs pays et, parmi eux, quelques États membres, ont adopté des mesures législatives ou réactivé celles déjà existantes, aux-

(1) V. la Recommandation N.º R (83)8 concernant la transmission du syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA) des donneurs de sang infectés à des patients recevant du sang ou des produits sanguins; et la Recommandation N.º (85)12 concernant le dépistage de la présence de marqueurs SIDA chez les donneurs de sang.

V. aussi la revue FORUM, mai 87, pages 10 et 11, notamment le titre *Sida: Que fait le Conseil de l'Europe?*. Nous parlerons plus tard de la Recommandation N.º R (87) 25.

quelles on ne peut pas nier, dans certains cas, des finalités répressives, du moins en tant que “mesures de sécurité”.

Le présent rapport a pour objet d'introduire le thème général *Les questions pénales et criminologiques soulevées par la propagation des maladies contagieuses, y compris le phénomène du SIDA*; cependant, c'est ce dernier phénomène qui a fait ressentir la nécessité d'une telle étude, soit en raison des résultats déjà connus, soit en raison des graves menaces que son expansion croissante et préoccupante fait courir à toute l'humanité.

Il s'agit d'une *base de réflexion* pour contribuer à la définition d'une stratégie globale et commune de lutte au niveau législatif.

Ce rapport n'a pas pour objet de prôner l'intervention active du droit pénal contre le SIDA et contre les maladies contagieuses en général, mais tout simplement de constituer une base de discussion pour ce thème.

Le présent document est composé de quatre chapitres:

1. Brèves notes historiques sur le rôle du droit pénal dans la lutte contre la propagation des maladies contagieuses
2. Quelques exemples de législations modernes qui prévoient des réactions de caractère pénal concernant la propagation des maladies contagieuses
3. Les problèmes juridiques et pénaux du SIDA et les mesures déjà adoptées par quelques pays
4. Le rôle du Conseil de l'Europe face au problème juridique et pénal de la propagation du SIDA.

1. Brèves notes historiques sur le rôle du droit pénal dans la lutte contre la propagation des maladies contagieuses

Il n'est pas facile de distinguer les réactions formelles de la loi des réactions informelles de la population dans la lutte contre les maladies contagieuses tout au long de l'Histoire, surtout à des époques plus reculées.

De pair avec des mesures que l'on appellerait aujourd'hui de droit administratif (quarantaine, cordons sanitaires autour des villes, nettoyage des rues, recours au feu purificateur dans les places et autres lieux publics, etc.), mais dont le non-respect pourrait être puni par des sanctions de caractère pénal, on trouve aussi d'authentiques réactions de nature pénale imposées par des organes judiciaires.

La plus connue de ces mesures de type administratif — la quarantaine — semble, selon les sources médiévales disponibles, avoir eu son origine en Italie, plus précisément à Raguse, pendant la deuxième moitié du XIV^{ème} siècle.

Le système des “quarantaines” consistait à obliger les personnes, les navires, les biens et les marchandises provenant des régions où les maladies contagieuses sévissaient à rester à l'écart des villes qui n'étaient pas encore contaminées, pendant une certaine période de temps et si, pendant cette période, un décès causé par la peste se produisait, l'isolement était prorogé pour une période semblable.

On croit qu'àuprès ce siècle, la pratique de la “quarantaine”, ainsi que d'autres mesures ayant des objectifs semblables (isolement, éloignement temporaire, barrières de peste) se sont développées de façon importante. La liste des maladies soumises à des réglementations dites “quaranténaires” a certainement changé, suivant les époques et les régions. Cependant, il n'existe pas de doute que les législations actuelles en matière de contrôles sanitaires, surtout aux frontières des divers pays, ont eu leur origine dans ces pratiques “quaranténaires”.

L'opinion publique n'a pas pu résister à l'influence de certains mythes et préjugés en ce qui concerne l'origine des épidémies mortelles, et a, elle aussi, influencé les gouvernements et les législateurs.

L'épidémie de la peste qui a sévi à Milan vers la moitié du XVIII^{ème} siècle a renforcé la croyance que la maladie pouvait être criminellement propagée par des onguents que les malintentionnés dissimulaient dans les gants, les breuvages ou dans la nourriture, ou dont ils enduisaient les murs des maisons qu'ils voulaient infecter.

Un procès judiciaire célèbre a eu lieu à cette époque de climat obsessionnel: le jugement de quelques hommes, parmi lesquels un barbier, accusés d'avoir barbouillé les murs d'une maison d'un liquide jaunâtre considéré comme un substance infectieuse.

Le procès a duré quelques mois et a connu l'intervention de médecins experts, de centaines de témoins et a beaucoup intéressé le public. Cepen-

dant, cinq des inculpés n'ont pas eu connaissance du contenu du jugement rendu par le tribunal, étant donné qu'ils sont morts dans les tourments; seulement un de ces inculpés, un gentilhomme, a été acquitté.

Il y avait partout des victimes de la croyance populaire d'après laquelle certaines épidémies étaient l'oeuvre des malintentionnés: les lépreux et les juifs, ainsi que les gitanes, ont été accusés et punis à cause de la peste qui s'est propagée pendant le Moyen Age, en Europe Centrale et en France. Tout au long du XVI^{ème} siècle, des personnes ont été condamnées en raison de "sémination", de Palerme à Turin, de Genève à Toulouse. A la fin de ce siècle, les Parisiens avaient obtenu la permission du roi de tuer, sans procès, ceux qui étaient trouvés en train d'essayer de "semer" la peste à l'aide de certaines poudres, pommades et autres "infections", car la population était convaincue que l'accroissement de l'épidémie était dû à la méchanceté des hommes.

Au XIX^{ème} siècle, la population de Paris, frappée par le choléra (1832), a lynché quelques innocents.

Cependant, des mesures pénales proprement dites appliquées par des organes judiciaires ou d'autres organes de nature voisine ont été prises en ce qui concerne une catégorie particulière de personnes infectées: les *lépreux*. La lèpre, solidement implantée en Europe occidentale dès le haut Moyen Age, s'est transformée en une maladie relativement commune à partir des XII^{ème} e XIII^{ème} siècles.

La dénonciation de la présence de cette maladie était obligatoire: la personne qui avait remarqué une maladie de peau chez un voisin, un parent ou même son conjoint, était obligée d'en informer l'autorité (religieuse ou séculière). Celle-ci convoquait alors un tribunal dont la composition variait selon l'époque et le lieu. A l'origine on demandait aux lépreux de décider si le "suspect" était l'un d'entre eux. Plus tard, ce procès a fait l'objet d'une évolution: le malade comparait devant un jury comprenant un médecin ou un chirurgien, un prévôt et un prêtre. Le malade pouvait être assisté de ses parents ou d'un avocat, s'il pouvait le payer.

La peau du malade était minutieusement examinée par le moyen de tests prévus dans les livres médicaux et religieux.

Après les examens, les "procès en laderrie" étaient nombreux. Les suspects déclarés *lépreux* pouvaient contester la décision, interjeter appel, changer de juridiction ou même demander l'intervention de nouveaux experts.

Les “absolutions” étant exceptionnelles, le condamné devait se soumettre à des traitements, lesquels étaient inutiles car la maladie était incurable à cette époque. Un de ces traitements, apparemment peu appliqué, était celui de la *castration*.

Une fois établie la nature de la maladie par le tribunal, la *sanction* avait un caractère d'ostracisme: exclusion de la communauté des fidèles, puis de toute vie sociale, par l'*enfermement* dans une léproserie. Là, les condamnés menaient une vie austère et travaillaient selon leurs moyens et sans aucune possibilité de vie familiale.

Parfois, ils étaient autorisés à sortir, mais le prix était assez élevé car ils étaient soumis à une longue liste de *déchéances*: ils ne pouvaient pas se baigner dans les rivières ni circuler pieds nus, ils devaient porter des vêtements particuliers signalant leur présence, ils étaient empêchés d'aborder de près les personnes non contaminées, ils devaient assister de loin aux offices religieux et en des lieux spéciaux, ils pouvaient recevoir la communion à travers des dispositions empêchant tout contact physique avec le prêtre, etc..

En matière de *capacité civile*, les effets de la condamnation étaient drastiques: dissolution du mariage, interdiction d'ester en justice et de tester; même pour un couple de lépreux, la communauté de vie n'était pas toujours permise.

Même avec la mort la discrimination sociale ne cessait pas: le corps du décédé n'avait pas le droit aux obsèques communes, l'office des morts était réduit au minimum et la dépouille ne pouvait reposer dans les cimetières des autres chrétiens.

La lutte contre les grandes épidémies était aussi menée à travers les mesures administratives dépourvues du caractère d'irrationalité qui caractérisait les réactions pénales mentionnées ci-dessus. Ces mesures sont d'ailleurs à l'origine des interventions actuelles des pouvoirs publics dans les domaines de la protection de la santé et du contrôle des épidémies — même si certaines entraînaient des *restrictions* ou *privations des droits*, difficiles à distinguer des réactions de caractère pénal.

Ainsi, à l'occasion de la célèbre peste de Barcelone, au cours du XIV^{ème} siècle, les fonctionnaires ont été chargés chaque jour de relever le nombre de décès, en faisant mention de ceux causés par la peste; les relations commerciales avec les lieux réputés infectés ont été interdites, l'entrée en a été refusée aux visiteurs, la vente de biens meubles ayant appartenu à des malades ou des personnes décédées en raison de la peste a été suspen-

due, les pestiférés ont été transférés et isolés dans des établissements spéciaux, etc..

Les hôpitaux et les lazarets, ainsi que les mesures de caractère prophylactique (quelquefois efficaces) se sont multipliés tout au long des siècles suivants.

Une telle situation s'est produite à l'occasion de la peste de Londres, vers la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle: des mesures d'isolement précoce des malades dans des hôpitaux ont été décrétées, les familles où se trouvait un malade ont été enfermées à leurs domiciles, des inspecteurs-visiteurs étaient chargés de signaler les maisons où se trouvaient des "suspects" et d'empêcher quiconque d'y entrer ou d'en sortir.

Enfin, la peste de Marseille de 1720 a donné lieu à l'installation de *barrières de peste* peu efficaces, d'abord), lesquelles ne pouvaient être franchies que sur présentation d'un certificat de bonne santé⁽²⁾

2. Quelques exemples de législations modernes qui envisagent des réactions de type pénal à la propagation de maladies contagieuses

La sensibilité des juristes de notre âge est susceptible d'être choquée par le rôle dévolu au droit pénal dans la lutte contre les maladies contagieuses, selon les modalités et avec les conséquences mentionnées ci-dessus; cependant, il ne s'agit pas d'une solution dont le passé a l'exclusivité.

L'intervention plus "rationalisée" du droit pénal dans la lutte contre la propagation de maladies contagieuses (parfois qualifiées de "dangereuses" ou "transmissibles") est illustrée par la consécration de certains types d'infraction dans plusieurs codifications modernes, comme ceux figurant dans les Codes pénaux autrichien (articles 178 et 179), suisse (article 231), portugais (article 270) et suédois (sections 7, 9, 10 et 11 du chapitre 13).

Le Code autrichien décrit et punit comme crime l'action intentionnelle ou la négligence entraînant un danger de propagation d'une maladie contagieuse pour les êtres humains si cette maladie entre, par nature, dans la catégorie des affections devant être signalées ou déclarées.

(2) Les brèves notes concernant les moyens administratifs et juridico-pénaux de lutte contre la propagation des maladies contagieuses ont été trouvés dans l'ouvrage de Jacques RUFFIÉ et de Jean-Charles SOURNIA, intitulé *Les épidémies dans l'histoire de l'homme*, Ed. FLAMMARION, NSB.

Le Code suisse décrit et punit l'action intentionnelle donnant lieu à la propagation d'une maladie de l'homme, dangereuse et transmissible, en prévoyant des circonstances aggravantes pour le cas où le délinquant agit par bassesse de caractère.

Dans le Code pénal portugais, l'action de propager une maladie contagieuse, mettant en danger la vie ou portant une atteinte grave à la santé ou à l'intégrité physique d'un nombre indéterminé de personnes, est punie; la peine peut être aggravée en cas de conséquence mortelle ou de lésion corporelle grave causée à un tiers par négligence; l'action est aussi punie dans le cas où l'agent a agi par bassesse de caractère ou a provoqué l'épidémie par la diffusion de germes bactériologiques ou de virus. La négligence est punie; cependant, s'il s'agit de la violation, par un médecin, de l'obligation de déclarer une maladie contagieuse, la peine est aggravée.

Le Code pénal suédois punit la transmission ou la propagation de maladies graves, susceptibles de mettre en danger la vie ou la santé des personnes ("*spreading contagion*").

Dans le Code pénal italien, on prévoit la punition de celui qui cause une épidémie moyennant la diffusion de germes pathogènes (article 438), même par négligence (article 452); on doit remarquer que la peine prévue pour le crime intentionnel est très grave ("*ergastolo*").

Dans le Code pénal espagnol, on prévoit la punition de celui qui, intentionnellement, propage une *infirmité* transmissible aux personnes; une peine plus grave peut être appliquée, compte tenu du degré de malveillance du délinquant, le but envisagé ou le danger susceptible d'être créé par ladite infirmité (article 348 bis).

Le traitement pénal de la propagation ou de la transmission des maladies contagieuses ne résulte pas seulement des catégories de crimes ci-dessus mentionnées.

Ainsi, dans le Code portugais, la peine appliquée à certains crimes sexuels est passible d'être aggravée quand l'agent se sait atteint d'une *maladie vénérienne* ou *syphilitique* (article 208, N.º 2).

Le Code français de la santé prévoit des dispositions pénales contre les agents contaminateurs qui, sachant qu'ils sont atteints de maladies vénériennes, ne prouvent pas qu'ils suivent un traitement régulier (L. 285); contre toute femme qui nourrit au sein un enfant, autre que le sien, alors qu'elle se sait atteinte de syphilis; contre toute personne qui, sciemment, laisse nourrir au sein un enfant atteint de syphilis, dont elle a la garde, sans avertir la nourrice, par un médecin, de la maladie dont l'enfant est atteint et des précautions à prendre; enfin, contre toute personne qui, sciemment,

donne en nourrice un enfant atteint de la syphilis sans avertir les nourriciers de la maladie dont l'enfant est atteint (L. 290).

Cependant, on doit souligner qu'il n'est pas toujours facile de déterminer les contours du comportement décrit par les dispositions pénales lorsqu'elles emploient des expressions telles que "propager une maladie" ou "effecteur la diffusion de germes ou virus" pour causer des épidémies.

Le sens commun de ces expressions semble viser des comportements qui peuvent avoir comme conséquence la propagation de la maladie, la diffusion de l'infection et la contamination d'un nombre indéterminé de personnes.

On peut s'interroger si ces actions incluent aussi des actes tels que la transmission, par exemple par voie sexuelle, d'une maladie contagieuse à une personne qui, à son tour, contamine une troisième, celle-ci une quatrième et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'un nombre assez grande de personnes soit atteintes de la maladie.

La doctrine de certains pays critique l'utilisation par la loi de concepts ou de clauses générales du genre susmentionné, parce qu'ils sont toujours une source de doutes, et risquent de ce fait de rendre inefficaces les normes d'incrimination.

En tout cas, on croit que l'élément intentionnel joue un rôle décisif dans la qualification du crime.

Quand l'agent contaminateur a connaissance du fait qu'il est le porteur d'un virus causant la maladie et, nonobstant cela, agit avec l'intention d'accomplir l'acte susceptible de le transmettre à autrui, lorsque la contamination se présente comme conséquence inévitable ou possible de sa conduite et qu'il accomplit néanmoins l'acte, il n'y a pas de doute que les éléments qui remplissent les conditions constitutives de la catégorie du crime, dans sa forme intentionnelle, sont réunis.

De même, si l'agent qui néglige de prendre les précautions nécessaires et exigibles ne se rend pas compte de la possibilité de transmettre un virus à autrui, ou tout en s'en rendant compte il compte sur la possibilité que la transmission n'aura pas lieu, on peut dire qu'il accomplit un crime prévu par la loi d'incrimination, sous la forme de négligence.

Les types criminologiques d'agents potentiels d'infraction aux dispositions d'incriminations de propagation de maladies contagieuses peuvent être assez variés:

- a) *Les malades déjà infectés*, y compris ceux qui font usage de leur maladie "en tant qu'arme du crime";

- b) *Les techniciens de laboratoire* qui ne respectent pas les normes de sécurité en ce qui concerne l'examen, le traitement et la préparation de produits biologiques humains pour utilisation ultérieure, tels que le sang et le sperme, susceptibles d'être contaminés par le virus de la maladie;
- c) *Les toxicomanes infectés* qui donnent, pour utilisation par autrui, leurs seringues pour injection intraveineuse, ayant connaissance du fait qu'ils peuvent transmettre la maladie de cette façon;
- d) *Les médecins, les infirmiers et tout autre personnel auxiliaire de médecine et de chirurgie* qui font usage de matériel non dûment stérilisé ou de produits biologiques humains non préalablement soumis à des tests, susceptibles de transmettre des virus ou des germes pathogènes;
- e) Enfin *les médecins et les autres responsables* qui ne font pas la déclaration obligatoire des cas des maladies contagieuses prévue par la loi.

Cette classification par catégories ne doit pas être considérée comme exhaustive; dans chaque groupe on pourra certainement inclure quelques variantes. Ainsi, et en ce qui concerne l'alinéa a), les *homosexuels*, les *prostitué(e)s et leurs clients*, de même que les "porteurs sains" ou "séropositifs" quant au SIDA, etc.. Cependant, elle nous semble suffisamment à même de mettre en lumière la notion du vaste front de combat auquel le législateur doit être confronté, au cas où il décide de prendre des mesures de caractère pénal pour faire face aux dangers résultant de la propagation de maladies contagieuses.

Le SIDA est, tout simplement, un cas nouveau et préoccupant de maladie contagieuse justifiant une attention particulière.

3. Les problèmes juridiques et pénaux du SIDA et les mesures déjà adoptées par quelques pays

Le SIDA est, sans aucun doute, une maladie contagieuse causée par un virus qui désorganise tout le système immunitaire de l'Homme, ouvrant la porte à une invasion de plusieurs infections et créant le risque de mort

pour la personne infectée. La contamination peut avoir lieu par contact sexuel (homosexuel ou hétérosexuel), par le sang ou des produits sanguins contaminés ou pendant la grossesse, étant donné que la femme peut transmettre le virus à son enfant au cours de cette période ou au moment de l'accouchement.

Dans l'ensemble des maladies contagieuses, le SIDA est particulièrement inquiétant du fait qu'il s'agit d'une maladie *incurable* en l'état actuel de la science médicale et non susceptible de prévention à travers un vaccin, lequel n'a pas encore été mis au point.

Il est donc naturel que ce phénomène puisse donner lieu à des réactions de panique parmi les populations, proportionnelles à son accroissement, comme cela s'est produit avec la peste et d'autres maladies contagieuses graves jusqu'au moment où on a pu les guérir ou les prévenir par la vaccination⁽³⁾.

Il ne s'agit pas ici de décrire les mesures d'ordre administratif prises dans plusieurs pays, dans le cadre de la lutte contre le SIDA; cependant, la non-observation ou la désobéissance peuvent entraîner des sanctions de caractère pénal⁽⁴⁾.

(3) En ce qui concerne l'Europe, le nombre de cas recensés était de 7444 en octobre 1987. Source: OMS/WHO, Genève.

En outre, le Comité restreint d'experts du Conseil de l'Europe sur le problème du SIDA a estimé qu'en 1991, en Europe, il y aura au moins 300.000 cas de SIDA et environ 10 millions de porteurs asymptomatiques, en l'absence d'une stratégie efficace d'immunisation (cf. Revue FORUM, mars 1987, p. 11).

A notre connaissance, à l'échelon mondial 63.000 cas de SIDA avaient été recensés par l'OMS en octobre 1987 (Organisation Mondiale de la Santé), dans 126 pays. On estime qu'il y a entre 100.000 et 150.000 cas effectifs dans le monde entier (cf. compte rendu d'une réunion d'experts dans la matière, publié dans l'hebdomadaire *Le Point*, N.º 794, du 7-13 décembre 1987, sous le titre *Le SIDA demain: les experts disent tout*, pp. 90 ss).

(4) Les mesures consistent en l'inclusion du SIDA parmi les maladies à *déclaration* ou *information obligatoire*, ou bien parmi les maladies vénériennes ou transmissibles par voie sexuelle; en l'établissement de restrictions ou d'interdictions de donner du sang par des personnes appartenant à certains groupes (homosexuels, prostituées, etc.) ou encore en la désignation des groupes de risque en matière du SIDA; en la déclaration de contacts avec une personne infectée; en la surveillance épidémiologique de personnes séropositives, aussi bien que de partenaires sexuels de malades atteints du SIDA; à refuser le *visa* permettant l'entrée dans le pays à des personnes atteinte ou encore en l'obligation de quitter le pays pour toute personne atteinte de la maladie; en la soumission obligatoire à des examens précédant chaque collecte de sang dont les analyses biologiques comprennent, notamment, la détection des anticorps anti-HIV; en des précautions concernant les corps des personnes décédées atteintes du SIDA. Particulièrement restrictives semblent être les mesures qui prévoient l'examen médical obligatoire de malades suspectés d'être atteints du SIDA ou leur internement obligatoire dans des

En ce qui concerne les mesures de caractère pénal au sens strict du terme (voir l'incrimination de la transmission du SIDA), les renseignements disponibles font preuve de leur rareté.

En tout cas, une loi du 24 mars 1986, de l'État d'Idaho (USA) a déclaré *illégal* l'acte d'"exposer sciemment et volontairement autrui à la possibilité d'être infecté" par celui qui est atteint du SIDA ou d'une maladie semblable, ou bien qui présente des symptômes d'infection par le SIDA; une loi du 7 janvier 1986, de l'État de la Floride (USA) a déclaré *illégal* qu'une personne atteinte d'une infection par HTVL-III, alors qu'elle se sait infectée et qu'elle est informée du fait qu'elle peut transmettre la maladie à autrui au travers de rapports sexuels, maintienne ces rapports avec une autre personne, à moins que celle-ci n'ait été dûment informée de l'existence d'une maladie transmissible par voie sexuelle⁽⁵⁾.

Il nous manque, cependant, des renseignements sûrs, nous permettant d'établir s'il s'agit en effet de normes pénales d'incrimination.

La préférence nette des législateurs pour les mesures de caractère préventif (assorties ou non de sanctions pénales en cas de non-conformité ou de désobéissance) peut indiquer:

- a) qu'il est, peut-être, trop tôt pour établir des normes plus strictes, de type répressif, permettant de contrôler le phénomène;
- b) qu'il n'est pas nécessaire de créer de nouvelles normes punitives dans les pays où elles existent déjà, soit dans les codes, soit dans des législations spéciales;
- c) qu'on ne croit pas à l'efficacité, sinon même à la justice, de mesures de caractère répressif en tant que moyen de lutte contre la propagation du SIDA.

hôpitaux; en l'interdiction aux personnes infectées de se prostituer ou en un dépistage concernant les prostituées.

Pour une information plus détaillée voir le *Tableau des instruments juridiques relatifs au SIDA et à l'infection par le HIV* de l'Organisation Mondiale de la Santé, mai 1987.

Au Portugal, les mesures prises jusqu'à présent concernent la *prophylaxie* du SIDA dans des centres d'hémodialyse, d'histocompatibilité et de transplantation, envisageant la protection des malades rénaux chroniques et du personnel qui travaille dans ces centres; les mesures relatives à la nécessité de garantir la protection des malades auxquels doit être administré du sang humain, leurs composants ou fractions, à travers des analyses obligatoires moyennant des méthodes adéquates et d'autres formes de contrôle (Ordonnances N.ºs 11/86 et 12/86, du 18 avril 1986, rendues par le Ministère de la Santé).

(5) Source: *Tableau des Instruments...* mentionné à la note antérieure.

Quoi qu'il en soit, les tribunaux de quelques États on déjà été appelés à se prononcer sur les aspects juridico-criminels de l'infection par le SIDA⁽⁶⁾.

Cependant, la qualification de *crime* et la question de savoir si elle s'insère correctement dans les incriminations pénales semblent soulever des difficultés fort sérieuses.

La possibilité de qualifier l'infection volontaire par le SIDA comme un crime d'empoisonnement (article 301 du Code pénal) a déjà été posée en France.

La quasi-totalité de la doctrine française moderne considère que l'empoisonnement peut se réaliser par inoculation de virus de maladies mortelles — elle a été confortée en cela par la Cour de Cassation — aussi bien que par inoculation du virus du typhus.

Cependant, la qualification d'*empoisonnement* présuppose l'*intention criminelle*, qui n'existe pas en cas de négligence.

L'aspect le plus intéressant soulevé par la discussion autour de cette théorie est celui de la *spécificité criminologique* qu'a toujours justifié cette incrimination particulière, ainsi que des raisons de *politique criminelle* susceptibles de justifier la punition d'un malade atteint du SIDA, ou de toute autre maladie mortelle, qui contamine sciemment autrui.

Quant au premier aspect, on allègue la facilité à perpétrer, la difficulté à déceler, le caractère dangereux accru par la lâcheté, la nature sournoise et perfide du procédé ayant pour but la perpétration du crime.

Son caractère *d'infraction formelle* est souligné: le crime est irrévocablement consommé dès le moment de la contamination.

Contre l'objection consistant en un sentiment de perplexité face à la *menace répressive* en tant que moyen de lutte contre un fléau social si douloureux que celui du SIDA, c'est-à-dire contre l'opinion qu'il faudrait avoir de la compassion plutôt que de parler de punition, il subsiste la théorie suivante:

- a) il ne s'agit nullement de la responsabilité pénale du "malade" mais de celle du "criminel", de celui qui se sert de la maladie comme d'une arme;

(6) Ainsi que sur des demandes d'indemnité ou réparation civile. Voir à ce propos, MD, KIRBY, *AIDS legislation-turning up the heat?*, "Journal of medical ethics", 1986, 12, 187-194; et Alain PROTHAIS, *Dialogues de pénalistes sur le SIDA*, Recueil DALLOZ SIREY, 1988, N.º 4, p. 25.

- b) les hypothèses de crimes commis par des personnes irrévocablement condamnées à mort dans des conditions pitoyables ne sont pas nouvelles, car le fait qu'on soit atteint, même injustement, d'un mal incurable ne donne pas le droit de le transmettre à autrui impunément.

Face à l'aspect de l'*inefficacité* de la sanction imposée à un agent contaminateur (pourquoi condamner un malade ou un moribond quand il est déjà condamné à la peine suprême?), la théorie ajoute:

- a) d'abord, dans la catégorie de criminels peuvent figurer non seulement les malades ou les moribonds mais aussi les "porteurs sains";
- b) le problème n'est pas spécifique, car il est aussi soulevé quand il s'agit d'un malade atteint du cancer;
- c) en dépit du fait que l'agent bénéficie, d'habitude, de larges circonstances atténuantes, la condamnation pénale joue un rôle qui dépasse les individus concernés car elle représente une stigmatisation solennelle de la transgression de la norme.

En résumé et selon la théorie, il est socialement utile que la justice pénale arrive à faire comprendre, si nécessaire, que la contamination intentionnelle d'autrui par le virus du SIDA constitue un véritable empoisonnement, afin qu'il soit bien clair que la société entend réagir énergiquement contre celui qui entreprend de porter atteinte à la vie humaine d'une manière aussi insidieuse qu'imparable, c'est-à-dire contre la propagation volontaire d'un fléau susceptible de mettre en danger l'humanité entière⁽⁷⁾.

Les points de vue présentés dans cette théorie ne seraient pas aisément acceptés au Portugal car les éléments typiques du crime d'*empoisonnement*

(7) Voir A. PROTHAIS, op. cit., pp. 26-29.

(article 146 du Code pénal) sont assez différents des dispositions analogues contenues dans le Code pénal français.

Il serait possible, toutefois, de qualifier les faits d'*homicide qualifié*, dans la mesure où (article 132 du Code pénal) peut intervenir la circonstance que l'agent a fait usage de "tout autre moyen insidieux ou quand le moyen employé se traduit dans la pratique d'un crime de danger commun". Or la propagation intentionnelle d'une maladie contagieuse (article 270) est un crime contre la santé, inclus dans la catégorie des *crimes de danger commun* contenue dans le Code pénal portugais.

En tout état de cause, on n'a pas fait d'objections sérieuses à la criminalisation de la contamination intentionnelle d'autrui par moyen de transmission du virus du SIDA. Considérant le caractère mortel de cette maladie, la propagation consciente et volontaire représente un acte cruel et anti-social. Et, en l'absence du consentement de la victime, il peut certainement devenir un crime, une infraction contre la santé publique et, éventuellement, la cause d'une action en responsabilité civile⁽⁸⁾.

Un éminent oncologue français a dit récemment: "Continuer d'avoir des relations sexuelles quant on se sait séropositif, c'est un acte criminel"⁽⁹⁾.

Même la Convention européenne des droits de l'homme accepte la légitimité de l'intervention du droit pénal dans la lutte contre les maladies contagieuses, dans la mesure où elle admet la *détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse* (article 5, paragraphe 1, e).

Fondamentalement, on s'interroge sur l'efficacité des normes répressives. Il s'agit d'un problème de politique criminelle.

En ce qui concerne l'utilisation du droit pénal dans la lutte contre le SIDA, il est fait observer qu'en outre certains citoyens font preuve d'une foi excessive dans les capacités du législateur à changer rapidement des comportements considérés comme anti-sociaux par le biais de lois pénales.

En réponse aux appels à l'adoption de lois sanctionnant les personnes qui transmettent le virus du SIDA — de telles lois ayant déjà été adoptées dans plusieurs États, dans les codes pénaux ou les lois de santé publique — les auteurs de ces critiques, bien qu'ils admettent que la loi criminelle peut jouer un rôle occasionnel face aux conséquences du SIDA, affirment que ce rôle est assez modeste.

⁽⁸⁾ KIRBY, op. cit. p. 192

⁽⁹⁾ *Le Figaro Magazine*, N.º 411, du 19/12/87, p. 145.

L'expérience d'actions comme celles de la prohibition de l'alcool, de la répression de la pornographie, de la prostitution et de la drogue, montre que la loi criminelle n'est pas seulement inefficace en tant que mécanisme susceptible de modifier des comportements; elle peut aussi entraîner quelques conséquences perverses pour la société et pour le respect de la loi et des institutions. Quand les victimes ne sont pas prêtes à se plaindre, il est très difficile pour la loi d'agir de façon efficace.

Sans compter les phénomènes de corruption et d'accroissement d'activités souterraines, le risque de sentiments de persécution et d'oppression contre les destinataires desdites lois augmente, ainsi qu'un scepticisme croissant envers la loi en général et une diminution du respect qui lui est dû par plusieurs groupes de la communauté.

Ainsi, au lieu de recourir aux lois pénales d'application difficile et, d'habitude, trop tardive, il serait mieux de recourir à des *mesures de prévention* contre la transmission du virus du SIDA, ayant un caractère éducatif et persuasif, lesquelles devraient être déjà mises en pratique dans les écoles.

La punition du coupable ou l'indemnisation est une consolation assez maigre pour la victime qui a été contaminée⁽¹⁰⁾.

Le Comité européen de la Santé semble avoir une position proche de ces idées.

Le Comité reconnaît en effet que l'article 5, e de la Convention européenne des droits de l'homme peut s'appliquer au cas où l'individu, de façon délibérée et intentionnelle, infecte d'autres personnes.

Néanmoins, le Comité formule des réserves quant aux *mesures restrictives* imposées par la protection de la société contre le danger représenté par les maladies transmissibles, y compris le cas spécifique du SIDA.

Les dispositions réglementaires de santé publique classiquement utilisées pour lutter contre les maladies transmissibles sont notamment l'identification des porteurs et des patients par le dépistage systématique et obligatoire des groupes à risque, la notification des cas, la recherche des contacts, les contrôles obligatoires et, si nécessaire, le contrôle des déplacements des individus identifiés comme susceptibles de transmettre la maladie, le traitement dans un but de guérison et de réinsertion sociale de ces individus et, enfin, la *sanction* des individus qui refusent ces mesures obligatoires.

(10) KIRBY op. cit., p. 192.

Cependant, le Comité considère que, face à l'état des connaissances scientifiques actuelles, l'approche scientifique classique de santé publique s'avère *inadaptée* à la lutte contre le SIDA.

Par conséquent, il n'a pas recommandé, pour l'instant, d'appliquer au SIDA les réglementations de santé publique prévues pour les maladies sexuellement transmissibles, ni d'adopter une législation spéciale sur le SIDA.

La Recommandation N.º R (87) 25 du *Comité des Ministres aux États membres concernant une politique commune de santé publique de lutte contre le Syndrome d'Immunodéficience Acquisée (SIDA)*, adoptée par le Comité des Ministres le 26 décembre 1987, lors de sa 81^e session, recommande que les *directives annexées*, faisant partie d'une stratégie accordée dans la lutte contre le SIDA, soient utilisées comme base pour une politique légale qui doit inclure:

- la prévention;
- des mesures de santé publique;
- le renforcement des services de santé;
- la formation du personnel;
- l'évaluation et la recherche.

On doit souligner que, dans le domaine de la *prévention*, se trouvent inclus des programmes d'information en matière de santé s'adressant au grand public, afin de maintenir sa prise de conscience du problème d'*éviter toute réaction de panique* et de le préparer à des actions ciblées d'éducation pour la santé.

Toujours dans le domaine de la *prévention*, sont inclus des programmes, d'éducation visant le changement des comportements, en tant que principe de base pour les activités en matière d'éducation pour la santé, comme celui qui établit que *l'individu est responsable des conséquences de ses actes envers lui-même, autrui et la société*.

Parmi les mesures de santé publique, les directives ne conseillent pas le *dépistage obligatoire* qui ne devrait être introduit ni pour la population en général, ni pour des groupes particuliers; elles rejettent les contrôles sanitaires, les restrictions de mouvement ou l'isolement des porteurs qui ne devraient pas, en règle générale, être introduits sur une base obligatoire. Enfin, et en vue de l'état actuel des connaissances, des mesures discriminatoires, telles que le contrôle aux frontières, l'exclusion des porteurs de

l'école, de l'emploi, du logement, etc.... ne devraient pas être introduites parce que, en effet, *elles ne se justifient pas du point de vue tant scientifique qu'éthique.*

4. Le rôle du Conseil de l'Europe face au problème juridico-pénal de la propagation du SIDA

Face aux directives annexées à la Recommandation N.° R (87) 25, il n'y aurait pas lieu de remettre en question l'aspect juridico-pénal de la lutte contre le SIDA.

La politique à suivre serait donc celle de *Law keep out!*

On peut cependant s'interroger sur cette attitude.

Le thème possède la dignité et la gravité nécessaires pour faire l'objet de débats, même si on a seulement pour but de l'éliminer de la liste de préoccupations immédiates d'une instance internationale ayant les responsabilités du Conseil de l'Europe.

Le droit criminel est et doit rester l'*ultima ratio* de l'arsenal législatif pour combattre des comportements anti-sociaux qui lèsent ou mettent en danger les valeurs et les intérêts de la société et des hommes qui la constituent.

Personne ne conteste le droit du malade à l'octroi de soins par la communauté, même de celui qui est sérieusement atteint d'une maladie incurable ou insusceptible d'être évitée par la vaccination.

Cependant, le droit à la *non-punition* du malade, qui, volontairement et sciemment ou même par grave imprudence, transmet sa maladie incurable à autrui, pouvant ainsi provoquer une multiplication incontrôlable d'infections mortelles, n'est pas juridiquement défendable.

De même, il n'est pas défendable de fermer les yeux sur la responsabilité des personnes qui sont tenues d'agir pour contrôler les maladies contagieuses ou empêcher leur propagation, soit lorsqu'elles omettent d'accomplir l'obligation légale de les déclarer à qui de droit, soit lorsqu'elles

préparent, manipulent des instrumentos ou des produits biologiques contaminés ou les appliquent à des personnes saines ou des malades, aggravant de ce fait leur état clinique.

Il y a aussi d'autres lois — dont certaines sont assez anciennes — qui prévoient une responsabilité pénale pour des comportements du type décrit⁽¹¹⁾.

Il y a donc un large champ de recherche, soit criminologique, soit juridico-pénale, justifiant l'engagement du Conseil de l'Europe.

Une telle recherche est justifiable, sans influence de fantômes du passé ou de peurs irrationnelles. On souhaite ici échapper à l'affirmation que la loi — quand elle est considérée comme nécessaire — intervient toujours tardivement dans le cas de maladies contagieuses, surtout de celles tenues pour mortelles.

La société a toujours réussi à se défendre des effets de contagion de maladies susceptibles de la détruire. Elle n'a pas toujours abouti à cette fin de façon rationnelle. L'acte d'enfermer obligatoirement un malade incurable et dangereux ne peut pas être regardé comme un acte analogue à celui de l'internement d'un délinquant. La *notion de culpabilité* doit, définitivement, se détacher de celle de *maladie*.

Le droit d'obliger les récalcitrants à observer les mesures légitimement établies pour contrôler la propagation d'une maladie contagieuse ou épi-

(11) En ce qui concerne le Portugal, on peut citer la loi N.º 2036 du 9 août 1949, qui a institué les bases pour la lutte contre les maladies contagieuses. Cette loi est trop longue pour être analysée ici en détail. Quelques aspects peuvent, toutefois, être soulignés: la pratique, pendant la phase de la contagion, d'actes dont peut résulter la transmission de la maladie est interdite; la surveillance sanitaire des personnes atteintes de maladie contagieuse est instaurée; la soumission de ces personnes à un traitement ou même leur internement est devenue obligatoire; les médecins sont tenus de prendre des mesures ayant pour but d'éviter la propagation de la maladie; l'approbation d'une annexe contenant la description des maladies contagieuses à déclaration obligatoire est prévue; certaines obligations sont imposées à des personnes atteintes de maladies vénériennes en phase de contagion: elles ne doivent pas agir de façon à exposer d'autres personnes au péril d'infection; des mesures spéciales envisageant la prophylaxie des maladies contagieuses en prisons, dans les forces armées, dans la marine de commerce, dans les écoles, etc. sont prévues; le secret professionnel des médecins, des infirmiers et d'autres personnes ayant connaissance de cas de maladie vénérienne est énoncé; enfin, des sanctions pénales ont été établies, dont certaines sont déjà révoquées et d'autres ont été remplacées par le Code pénal. Une série de règlements postérieurs ont approuvé des annexes mentionnant des maladies contagieuses à déclaration obligatoire, soit en cas de maladie, soit en cas de décès. Dans l'Arrêté N.º 766/86 du 26 décembre 1986, le SIDA n'est pas inclus dans les maladies à déclaration obligatoire.

démique est une question totalement différente, même lorsqu'il s'agit des porteurs de la maladie eux-mêmes. Cependant, il ne joue qu'au cas et dans la mesure où les dispositions préventives instituées n'ont pas réussi ou deviennent inefficaces, étant donné qu'elles présupposent une adhésion volontaire des destinataires respectifs.

**QUESTIONS PENALES
ET CRIMINOLOGIQUES
SOULEVEES PAR LA PROPAGATION
DES MALADIES CONTAGIEUSES
Y COMPRIS
LE PHENOMENE DU SIDA**

NOTE DE LA DELEGATION ESPAGNOLE

I. L'INTERVENTION PENALE EST-ELLE JUSTIFIEE?

De même que le rapport présenté par la Délégation du Portugal commence par le reconnaître, historiquement les réactions des groupes sociaux et des pouvoirs publics qui se sont vus confrontés à des situations épidémiques de maladies contagieuses ou transmissibles à des personnes, ont été déterminées par de grandes doses d'irrationalité non exemptes, en beaucoup de cas, de cruauté. La disette et le primitivisme des recours sanitaires, l'insuffisante information sur l'étiologie des maladies contagieuses, l'identification des impacts épidémiques avec des phénomènes magiques ou religieux, etc., ne contribuaient précisément pas à faciliter une réponse, individuelle ou collective, conforme à la véritable réalité et entité de ces situations de grave extension de maladies contagieuses. Ségrégation du corps social, expulsion hors de celui-ci, exercice de la justice privée ou, purement et simplement, extermination de la personne affectée par la contagion épidémiologique, ont été quelques-unes des réactions les plus fréquentes avec lesquelles, bien heureusement en des temps passés, on répondait aux manifestations endémiques.

De nos jours, heureusement, les solutions avec lesquelles on a coutume d'affronter les maladies épidémiques se trouvent présidées par des critères primordialement rationnels et scientifiques. Il ne manque pourtant pas de personnes pour réclamer un retour suranné au passé, postulant des formules de margination, cherchant l'inocuité ou de nouvelles formes d'extermination pour combattre des manifestations relativement modernes de maladies contagieuses, comme l'est spécialement le cas du dit Syndrome d'Immuno-Déficience Acquise.

En principe, on pourrait penser que le recours aux plus sévères mécanismes de sanction dont disposent les pouvoirs publics, c'est-à-dire, le recours à l'imposition de sanctions pénales, fait partie de ce modèle de réactions imprégné d'irrationalité et de cruauté. Pourtant, une réflexion plus rigoureuse peut démontrer ce qu'il y a de légitime dans l'intervention juridique pénale — qui dans ce domaine doit toujours être nécessairement accompagnée d'un autre type de solutions — pour essayer de corriger dans la mesure du possible la contagion de maladies transmissibles aux personnes.

Cette rigoureuse analyse réclamerait une réponse à la question suivante: Lèse-t-on quelque bien juridique susceptible de protection pénale à travers la conduite consistant à propager une maladie contagieuse? Il semble que la réponse doit être catégoriquement affirmative. Si le domaine dans lequel, sans aucune discussion, est légitimée l'intervention du jus puniendi de l'État, est bien celui des plus graves attaques aux biens fondamentaux de la personne humaine, se concrétisant essentiellement dans leur vie et dans leur indemnité physique, on ne peut douter alors que la transmission d'une maladie contagieuse — parce qu'elle porte atteinte à ces valeurs essentielles de l'être humain — justifie le recours à des réactions publiques de caractère pénal.

Il n'y a pas besoin de dire que cette légitimation s'accroît quand la maladie contagieuse susceptible d'être transmise revêt des caractères létaux.

De ce fait, la conduite permettant la transmission à des tiers du virus de la pathologie connue sous le nom du SIDA, semble justifier comme un archétype le recours aux mécanismes punitifs de sanction juridique.

II. SITUATION LEGISLATIVE EN ESPAGNE.

Le traitement juridique pénal des conduites en relation avec la propagation d'affections transmissibles aux personnes se scinde dans la législation criminelle espagnole eu égard au fait que la contagion ait eu lieu ou non.

Dans le premier cas, c'est-à-dire, lorsque s'est produite la transmission du mal, entrent en jeu les préceptes du Code Pénal qui incriminent les conduites lésant la santé ou l'intégrité des personnes ou même les préceptes qui réagissent face aux comportements homicides, toutes les fois qu'a eu lieu la mort de la personne contaminée par la maladie transmissible. En définitive, les conduites illicites consistant à produire les lésions ou la mort d'un tiers à partir de la transmission d'une affection contagieuse ne se différencient pas, dans notre ordonnance criminelle de celles par lesquelles l'affaiblissement des biens juridiques vie ou santé des personnes a lieu à travers d'autres comportements lésionnaires.

Bien que soient parfaitement applicables aux conduites auxquelles on fait allusion quand s'est produite la contagion de la maladie transmissible les normes punitives qui incriminent la production de lésions ou la cause de la mort, néanmoins, il ne semble pas que ce soient là les recours juridiques pénaux les plus appropriés lorsque la transmission effective de la maladie n'a pas eu lieu ou quand la conduite réalisée par l'agent n'a pas été idoine à produire le résultant, mais a accru le risque de ce que cela puisse se produire.

Il existe, en effet, un second cadre de protection face aux conduites provoquant l'extension d'affections transmissibles qui réclame aussi l'entrée en jeu du droit criminel même si la lésion de la santé ou de la vie des personnes n'a pas eu lieu: c'est le domaine de la tutelle de la santé collective. Si ce second cadre d'intervention pénale n'existait pas, on ne pourrait avoir recours à la correction par la sanction dans le cas où, bien qu'ayant eu lieu l'action susceptible d'engendrer la contagion, celle-ci ne s'est pas produite pour des raisons somatiques où autres de celui qui subit la conduite contagieuse (exemple, semble-t-il, caractéristique dans la pathologie du SIDA, où le contact avec le virus détermine son assimilation et la possibilité de la transmission à des tiers, même si la personne porteuse de ce virus n'a pas contracté elle-même la maladie). En définitive, si la légitimité du recours à la coaction pénale semble hors de doute face à des conduites comme la vente de produits alimentaires défectueux ou l'expédition de médicaments détériorés, il ne doit pas non plus y avoir de difficultés majeures pour permettre la mise en marche des mécanismes de réaction infligeant une sanction lorsqu'on se trouve devant un comportement qui augmente le danger d'extension d'une maladie contagieuse.

Donc, le recours le plus correct pour réagir de façon juridique pénale devant de telles hypothèses semble être la création d'une norme spécifique

permettant la sanction de conduites déterminées susceptibles de générer l'extension ou la propagation d'une maladie transmissible, même quand la contagion effective ne s'est pas produite. Ceci a eu lieu en Espagne en 1958, année où l'on introduit dans le Code Pénal un précepte qui élève à la catégorie délictueuse la conduite de la propagation de maladies transmissibles aux personnes. La norme en question est née de l'objectif cardinal d'établir un sévère mécanisme de réaction face aux conduites de contagion d'affections vénériennes. Pourtant la généralisation avec laquelle semble concevoir l'action délictueuse — qui fait référence à la propagation de n'importe quelle maladie transmissible aux personnes — permet indubitablement son application à des comportements à partir desquels se produit l'extension de n'importe quel mal susceptible de contagion et, donc, aux conduites à partir desquelles a lieu la transmission du SIDA.

Le précepte déjà cité — article 348 bis du Code Pénal espagnol — configure un de ces délits techniquement dénommés délits de danger et avec lui ferme la série des biens juridiques pouvant être objet de lésion moyennant les conduites d'extension illicite de maladies transmissibles, c'est-à-dire, la vie et l'intégrité des personnes d'un côté et la santé publique ou collective de l'autre. Là se termine aussi l'ensemble des conduites méritant un reproche pénal: celles qui sont susceptibles de produire la lésion ou la mort d'un tiers et celles qui, sans arriver à produire de tels résultats, supposent cependant la création d'un danger de contagion effective.

III. QUESTIONS PENALES, CRIMINOLOGIQUES ET POLITICO-CRIMINELLES EN RELATION AVEC LA PROPAGATION DU SIDA.

Les principaux problèmes juridiques pénaux en relation avec les actions de propagation de la pathologie du SIDA ne sont pas substantiellement différents de ceux liés à la production de résultats lésionnants moyennant la transmission d'autres maladies contagieuses, spécialement celles de nature vénérienne. Pour ne citer que quelques-uns de ces problèmes il faudrait indiquer ce qui suit:

- a) Dans la contagion du SIDA peuvent se présenter aussi les mêmes difficultés techniques que comporte la qualification juridique pénale de n'importe quelle conduite délictueuse consistant en la lésion de l'intégrité physique à travers la transmission d'une maladie. De tels problèmes concernent tant la détermination toujours complexe de la véritable magnitude de la lésion produite, que l'éventuelle considération technique de la mort ayant lieu en conséquence du processus évolutif de la maladie. En somme, il s'agit de la difficulté de qualifier pénalement la conduite lésionnante qui consiste à la production d'une maladie physique ou psychique pouvant même générer — une fois passé un grand laps de temps et même quand a déjà eu lieu le jugement du fait illicite —, la mort de la victime de ce fait.
- b) Les comportements de transmission de la pathologie du SIDA — de la même façon que ceux de la propagation d'autres affections contagieuses — seront aussi normalement poursuivables à partir de ce titre d'imputation subjective connu comme "dolus eventualis". Evidemment c'est aussi le cas des conduites de propagation réalisées exprès, ce qui devrait se traduire — comme c'est le cas dans le Code Pénal espagnol — par une gravité majeure de la sanction pénale à imposer dans de telles hypothèses. Pourtant, criminologiquement, les hypothèses les plus fréquentes sont celles où l'agent, connaissant la maladie dont il souffre, exécute la conduite susceptible d'engendrer l'extension de celle-ci, et produit ce résultat.

La responsabilité pénale pour la conduite illicite à titre de dolus eventualis pose la question intéressante de savoir si la connaissance de l'affection pâmée doit procéder de la constatation médicale de celle-ci ou si, plus simplement, la conscience de la très probable contagion obtenue par les évidences de la symptomatologie appréciées est suffisante. Pour soutenir l'un ou l'autre critère, il est essentiel d'appuyer le jugement d'imputation criminelle sur les prescriptions surgies d'autres ordres normatifs — fondamentalement celui de la politique sanitaire —, de même que dans la quantité et la qualité des processus informatifs et divulgateurs en relation avec la connaissance, la prévention et le contrôle de la contagion.

- c) Pourtant, la nécessité de ce que le système de justice pénale dans ce domaine trouve de solides bases dans la réglementation sanitaire et dans la politique de divulgation de la santé, est encore plus clairement appréciée devant l'éventualité de l'incrimination imprudente des conduites de transmission de maladies contagieuses. Ici — comme dans n'importe quelle autre hypothèse d'extension de ce type d'affections — la sanction imprudente de tels comportements pourrait seulement trouver son fondement dans l'établissement préalable et catégorique du cadre de l'enquête voulue dont l'omission rendrait l'intervention pénale légitime.
- d) Finalement, la régulation de l'institution du consentement dans les lésions devrait servir à octroyer la conformité au droit à ces comportements de transmission de la pathologie contagieuse volontairement acceptés. Que l'on pense aux relations affectives pour lesquelles l'intervention coercitive de la législation punitive viendrait signifier une inexplicable intromission dans le cadre des conduites les plus intimes des sujets impliqués.

Du point de vue criminologique il ne semble pas exister non plus de catégorie substantiellement différentes à celles qui historiquement se sont situées dans le domaine des conduites de transmission de maladies contagieuses. En marge de ces hypothèses criminologiques aussi particulières que peu fréquentes dans lesquelles — de même que dans le contact sexuel — la transmission de l'affection vénérienne se justifie à des fins vexatoires, de rancoeur, ou par les ignorantes superstitions comme celle selon laquelle la contagion du mal servira à s'en libérer, on ne perçoit pas dans les conduites provoquant l'estension du SIDA des réalités criminologiques dissemblables à celles typiquement liées à la propagation de maladies sexuelles.

Cependant si, cela vaut la peine de faire quelques considérations sur la nécessité de ce que les politiques criminelles de répression des conduites auxquelles on a fait allusion, comme celles sanctionnant d'autres faits fortement liés à celles-ci — trafic et consommation de stupéfiants, exercice ou exploitation de la prostitution, etc. — différencient clairement le fondement de la sanction d'une part, et les indispensables critères préventifs qui, d'autre part, doivent encourager de telles politiques. En effet, il est difficile d'obtenir des résultats efficaces dans le contrôle sanitaire de l'extension du SIDA si les pouvoirs publics et les groupes sociaux réagissent face aux-

collectifs dénommés à risques (drogués par voie parentérale, homosexuels ou prostituées) avec des attitudes marginalisantes et faisant seulement recours à la coercition par la sanction. Comme le signalait déjà le Ministre espagnol de la Santé à la réunion mondiale au sommet de Ministres de la Santé sur des problèmes de prévention du SIDA, célébrée à Londres en Janvier dernier, il est capital d'éviter que nos concitoyens puissent percevoir l'existence d'attitudes hypocrites dans les politiques anti-SIDA. Et il y aurait au moins une forte dose d'hypocrisie dans la philosophie ayant pour base de réclamer la collaboration des personnes appartenant aux groupes sociaux à risques, sans leur offrir d'autres réponses que la margination et la menace législative.

Ce qui précède ne veut absolument pas dire qu'il faille relâcher la vigilance dans la lutte contre le trafic et la consommation de drogues, qu'il faut au contraire augmenter. Mais le message affirmant que le combat de la plaie des toxicomanies ne peut ni ne doit être opposé au rayonnement des politiques de santé sur ces collectifs doit rester bien clair. Les Ministres de la Justice Européens ont démontré leur sensibilité devant de tels problèmes. Bonne preuve en est l'importance octroyée à la culture de la santé au sein des établissements pénitentiaires. C'est précisément parce qu'existe la conscience de ce que la population recluse souffre, entre autres, d'importants déficits sanitaires, que l'attention et l'amélioration des conditions de santé de la population pénitentiaire occupe une place de premier choix pour la majorité des administrations pénitentiaires.

D'autre part, les réflexions antérieures ne sont pas purement spéculatives. Elles commencent à être au contraire empiriquement constatables. En effet, en Espagne on commence à noter que les personnes dépendantes de la drogue sont sensibles aux problèmes d'éducation sanitaire et qu'elles modifient leur comportement lorsqu'on se sert d'un langage et que l'on fait recours à des moyens de communication adaptés aux particularités culturelles de ce collectif. On a la même évidence dans notre pays après les expériences de diffusion informative sur la prévention du SIDA réalisées dans les Etablissements Pénitentiaires. A ce sujet, et bien que les problèmes pénitentiaires en relation avec l'extension de cette maladie ne soient pas abordés dans le rapport de la Délégation Portugaise, il faudrait signifier simplement à titre d'énoncé que l'administration pénitentiaire en Espagne s'affronte au contrôle de la propagation de cette affection dans les institutions relatives aux prisons à partir des trois principes suivants: information, fourniture de moyens prophylactiques et non-ségréation.

IV. CONCLUSIONS

Il semble donc indispensable d'attirer tous les efforts pour que les politiques sanitaires et aussi les politiques criminelles s'orientent quant aux unes et ne posent pas de difficultés quant aux autres pour sauvegarder et améliorer la propre valeur de la santé dans le respect scrupuleux des droits fondamentaux des personnes, fuyant la prétention censurable de prétendre à travers eux un changement radical dans les comportements les plus intimes des citoyens comme sont les comportements sexuels.

Comme on le manifestait dans la propre déclaration de Londres sur la prévention du SIDA du 28 Janvier de cette année, le composant le plus important des programmes nationaux contre cette maladie est la tâche d'information et d'éducation, consistant à expliquer sans tergiverser, même avec crudité, les précautions à prendre pour que la pratique de certaines conduites ne comporte aucun risque.

Ce qui précède devrait présider les aspects fondamentaux des politiques de prévention et de contrôle du SIDA. Car, pour le moment — et il ne semble pas qu'il existe des données permettant de conclure que dans les prochaines années se produisent d'importants changements — les manifestations criminelles en relation avec la propagation de cette maladie, au moins depuis la réalité juridique pénale espagnole, trouvent une réponse appropriée dans notre système de justice pénale, sans qu'existent des particularités ou des motifs d'alarme dans de telles expressions délictueuses suffisantes pour postuler des réactions nouvelles et différenciées de la part du système déjà cité. En définitive, le problème du SIDA, comme celui de n'importe quelle autre pathologie contagieuse, avant d'être criminel est un problème de santé individuelle et collective.

**LES QUESTIONS PENALES
ET CRIMINOLOGIQUES
SOULEVEES PAR LA PROPAGATION
DES MALADIES CONTAGIEUSES,
Y COMPRIS
LE PHENOMENE DU SIDA**

NOTE DE LA DELEGATION SUISSE

1. Le SIDA entraîne une foule de problèmes tant personnels, qu'éthiques, sociaux, économiques, techniques ou juridiques, qui démontrent la gravité de la situation et l'importance de ne négliger aucun champ de réflexion, tout en gardant à l'esprit l'interaction nécessaire entre tous ces domaines.

2. Puisque les maladies contagieuses peuvent porter atteinte à la vie, l'intégrité corporelle et la santé, il est logique de se demander dans quelle mesure une réaction pénale se justifie.

L'incrimination de la propagation de maladies contagieuses procède d'une longue tradition. C'est ainsi qu'en Suisse, même si la protection de la santé publique est assurée en première ligne par une abondante législation administrative et de police⁽¹⁾, et bien que nous ne puissions faire part d'aucune condamnation pénale de ce chef, le code pénal contient un certain nombre d'incriminations susceptibles de trouver application lorsqu'un individu atteint du SIDA contamine autrui.

En effet, le code pénal suisse compte expressément, au nombre des crimes ou délits contre la santé publique, le fait d'avoir propagé une maladie de l'homme dangereuse et transmissible⁽²⁾. Il n'est pas douteux que le SIDA rentre dans la catégorie des maladies visées par cette disposition, quand bien même il était inconnu à l'époque de l'élaboration du code.

Cette disposition permet de poursuivre non seulement celui qui a agi intentionnellement, mais encore celui qui entretient des rapports sexuels

(1) La loi fédérale sur les épidémies, principal instrument juridique de lutte contre les maladies contagieuses, prévoit bien certaines sanctions pénales, mais très légères.

(2) Article 231 du code pénal (CP).

sans prendre de précaution, tout en admettant ainsi que son comportement puisse entraîner la contamination de son partenaire (dol éventuel); celui qui agit par négligence — cas le plus fréquent — est aussi punissable.

En outre, si un individu atteint du SIDA contamine autrui, les dispositions réprimant les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle⁽³⁾ peuvent, le cas échéant, entrer en ligne de compte. On peut notamment envisager⁽⁴⁾, étant donné l'issue fatale du SIDA, l'application de la disposition punissant celui qui, sciemment⁽⁵⁾ et sans scrupule, me autrui en danger de mort imminent, sans qu'il soit besoin que la victime décède.

On rencontre cependant un certain nombre d'obstacles un niveau de l'application de ces dispositions: d'une part, la preuve de l'intention est difficile à établir; d'autre part, la preuve du lien de causalité entre le comportement délictueux et la contamination est fréquemment impossible à administrer, au vu notamment du nombre souvent élevé de partenaires différents des victimes du SIDA.

3. Confrontées au problème du SIDA, les autorités suisses ont mis sur pied une stratégie de lutte dans laquelle il n'est pas envisagé de modifier le droit pénal. En effet, l'accent a été porté sur la prévention, car on a jugé que les mesures classiques de lutte contre les maladies contagieuses, comme la mise en quarantaine des malades, la mise à l'écart des porteurs de virus ou de semblables procédés étaient actuellement hors de question, étant donné l'absence de vaccin ou de traitement curatif, et surtout, le fait que la maladie se répand de façon insidieuse. Les mesures prises en Suisse s'articulent donc autour de quatre axes:

- la surveillance de la situation épidémiologique, notamment par la déclaration anonyme des cas de SIDA, obligatoire depuis décembre 1987,
- la prévention, avant tout par le lancement de campagnes d'information depuis 1983, visant d'abord les groupes à risque, puis la population en général,

⁽³⁾ Articles 111 et suivants CP.

⁽⁴⁾ Article 129 CP dont l'application dépend de la probabilité qu'une personne séropositive développe la maladie, question qui, en l'état actuel de la médecine, n'est pas encore résolue.

⁽⁵⁾ Ce qui exclut l'hypothèse du dol éventuel.

- la mise sur pied de structures permettant de dispenser à la fois conseils et assistance aux personnes séropositives et aux malades du SIDA, ainsi qu'à leurs proches,
- la recherche scientifique, de l'épidémiologie à la psychologie.

Cela dit, abordons un aspect que le rapport introductif ne traite pas: la situation du SIDA dans les prisons.

Etant donné le nombre élevé de détenus toxicomanes (environ 25%), la proportion de séropositifs dans les prisons est nettement plus élevée que dans la population en général. Une enquête effectuée en 1985 dans 7 établissements pénitentiaires du canton de Berne et portant sur 387 détenus et 189 membres du personnel a révélé que 9,5% des détenus en moyenne étaient séropositifs (0% en ce qui concerne le personnel). Il y a tout lieu de penser que la moyenne dans les prisons suisses se situe un peu au-dessus de 10%, ce qui révèle l'ampleur du problème.

Dès 1986, des mesures ont été prises. Elles sont axées sur la prévention du fléau par la mise à la disposition du personnel pénitentiaire et des détenus d'une information complète et objective.

Cette campagne d'information et les manifestations auxquelles elle a donné lieu au niveau des cantons et des divers établissements pénitentiaires a contribué à dédramatiser la situation et à combattre la peur panique suscitée par le SIDA. Les collaborateurs de l'exécution des peines connaissent maintenant précisément les risques, limités, de contamination et la manière de se comporter avec les détenus porteurs du virus. Cela ne signifie naturellement pas qu'en Suisse le problème du SIDA dans les prisons soit résolu. Les questions soulevées engendrent des controverses tant dans les établissements pénitentiaires qu'à l'échelon des autorités d'exécution des peines et au plan politique.

4. Enfin, nous souhaiterions attirer l'attention sur certains problèmes pénaux, d'un autre type, soulevés par le phénomène du SIDA: notons celui du secret professionnel du médecin appelé à traiter un malade du SIDA qui refuserait de prendre des mesures protectrices ou d'informer ses proches de la situation. Ce médecin serait-il en droit de révéler cette situation aux personnes mises ainsi en danger?

5. Dernier-né des maladies contagieuses, le SIDA constitue un terrain propice aux réactions de panique. A l'heure où tous les pays européens se

sont vus ou se verront obligés de mettre sur pied une politique de lutte contre le SIDA, il convient de rappeler le caractère d'ultima ratio de la réaction pénale. Il faut agir dans le respect des principes fondamentaux qui doivent régir tout État de droit: le Conseil de l'Europe n'a-t-il pas jugé bon de rappeler que les programmes et les mesures de prévention du SIDA ne devraient pas empiéter inutilement sur les droits individuels des citoyens à l'information objective, à la liberté et à la vie privée⁽⁶⁾?

Devant l'inexorable propagation du SIDA et devant les incidences sociales du phénomène, il est important de poursuivre la réflexion de manière approfondie *au niveau international* sur les aspects pénaux et criminologiques de la propagation des maladies contagieuses. Il s'agira par exemple de définir en quoi le SIDA se singularise par rapport aux maladies contagieuses traditionnelles, en quoi la situation pourrait appeler de nouvelles incriminations et quel serait leur impact sur le public et sur les malades du SIDA. En effet, les comportements à incriminer que dénonce fort justement le rapport portugais ne datent pas de l'apparition du SIDA⁽⁷⁾.

La réponse qu'on donnera à ces questions dépend des options politiques et morales essentielles de notre société. Gardons-nous de céder à la panique et d'appliquer des remèdes plus dangereux que le mal.

(6) Voir la Recommandation N.º R (87) 25 du Comité des Ministres aux États membres, concernant une politique européenne commune de santé publique de lutte contre le syndrome d'immunodéficience acquise (SIDA), du 26 novembre 1987.

(7) Page 14 du rapport.

**FINLAND: SOME LEGAL ASPECTS
OF THE HIV-INFECTION**

Two facts determine the policy adopted in Finland towards the HIV-infection. Firstly, the legislation and the general control philosophy follow the general model of other Nordic countries. Another basic element is the fact that the problem remains a fairly small one in Finland. At the moment there are only 13 persons under treatment for AIDS, 19 persons have died of AIDS and 220 persons have been registered as carriers of the HIV-virus. The number of carriers not registered is estimated to be about one thousand.

Set in relation to the population this indicates a very low prevalence in comparison with the other European countries represented here.

We are thus in the privileged position of being able to take advantage of the experiences of other countries, where the problem has developed earlier. The basic legal instruments for dealing with the HIV-problem are ready and available.

The Law on Contagious Diseases given in 1986 is based on the idea of trichotomizing contagious diseases in

- a) contagious diseases representing a public danger
- b) disease which must be reported to the health authorities and
- c) other contagious diseases.

The criteria for classifying a disease are based on the virulence and seriousness of the disease and on its susceptibility to treatment or other intervention. The HIV-infection is both virulent and serious but there are

divergent views as to the efficacy of the means available to the medical authorities for checking the disease.

The HIV-infection is and will probably remain a reportable disease, even though the possibility of classifying it as a disease representing a public danger has been seriously considered.

A reclassification of the disease would allow the authorities to use certain measures, such as for example mandatory examinations and the isolating of diseased persons. As those who have been infected in Finland generally have cooperated with the medical authorities, the latter issue is, however, not a problem.

Deliberate or negligent transmission of an infection is punishable according to the Penal Code. The assault offences are so defined in the law that the inflicting of a disease on another person expressly is included in the definition. A separate statute stipulates severe punishment for the intentional spreading of an epidemic. In practice, offences involving the transmission of a disease are hardly ever dealt with by the courts.

Since the prevalence of the HIV-infection is low, the problems caused by discrimination against carriers of the disease are not very serious. The relevant legislation will, however, be reformed in connection with the total reform of the Finnish penal legislation. Preliminary drafts of a new general statute on discrimination would make discrimination based on issues related to an individual's private life a punishable offence, unless the perpetrator had 'satisfactory grounds' for his conduct. The statutes on the protection of privacy, which were added to the Penal Code in 1974, similarly make it an offence to disclose in mass media information concerning a person's private life.

Finally, why has Finland at least for the present time so few instances of HIV-infection? A common sense explanation would point to the relative geographical isolation of Finland and to the fact that there are few large metropolitan areas. The HIV-virus has primarily spread through sexual transmission, through blood transfusions and through the use of contaminated needles in intravenous drug use. At least until now most sexually transmitted HIV-infections have, in the Nordic countries, been transmitted in homosexual relations. Finland's relative isolation seems to signify lower exposure to the drug culture, which also means that there are fewer intravenous drug users. Furthermore, the lack of large metropolitan areas provide fewer opportunities for the kind of multiple-partner sexual contacts associated with the HIV-infection.

**16ème CONFERENCE
DES MINISTRES EUROPEENS DE LA JUSTICE**

RESOLUTION N.º 1

**Relative aux questions pénales et criminologiques
soulevées par la propagation des maladies contagieuses
y compris le phénomène du SIDA**

Les Ministres participant à la Seizième Conférence des Ministres européens de la Justice (Lisbonne, 1988),

Ayant examiné le rapport du Ministre portugais de la Justice relatif aux questions pénales et criminologiques soulevées par la propagation des maladies contagieuses y compris le phénomène du SIDA;

Conscients de l'importance du problème que pose pour les États membres du Conseil de l'Europe le danger de propagation des maladies précitées et de la nécessité d'établir une politique commune dans ce domaine;

Considérant que la lutte contre les maladies précitées nécessite en premier lieu des mesures de prévention y compris l'information et la sensibilisation du public;

Considérant, en outre, qu'il y a lieu de développer d'une part la recherche de santé publique et notamment la recherche de moyens de vaccination et de traitement et d'autre part l'étude des aspects sociologiques et criminologiques de ces maladies;

Considérant que l'intervention du droit pénal dans ce domaine doit être le dernier recours;

Considérant que toute intervention législative doit être inspirée par le respect des droits individuels et de la dignité humaine;

Vu la Recommandation n.º R (87) 25 concernant une politique européenne commune de santé publique de lutte contre le syndrome d'immuno-déficience acquise (SIDA).

RECOMMANDENT au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe d'inviter le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC):

1. à examiner les aspects criminologiques et de politique criminelle du SIDA;

2. à examiner, en vue de dégager une approche commune, les législations et les pratiques des États membres afin de vérifier si des solutions adéquates y existent pour faire face notamment aux comportements:

- a) des personnes déjà infectées qui, intentionnellement ou par négligence, transmettent, ou ont une conduite susceptible de transmettre la maladie;
- b) des médecins, dentistes, du personnel médical, paramédical ou de laboratoire et d'autres personnes qui travaillent dans le domaine de la santé qui ne prennent pas les précautions nécessaires pour éviter la propagation de la maladie ou qui n'accomplissent pas leurs devoirs dans ce domaine;

3. à établir sur la base des considérations qui précèdent et dans les meilleurs délais des principes de politique commune dans ce domaine en accordant une attention particulière à l'impact du SIDA notamment sur l'administration des prisons et d'y développer des campagnes d'information adaptées et des prescriptions d'hygiène spécifiques.

II

**LA PRIMAUTE
DE L'INTERET DE L'ENFANT
DANS LE DOMAINE
DU DROIT PRIVE**

**LA PRIMAUTE
DE L'INTERET DE L'ENFANT
DANS LE DOMAINE
DU DROIT PRIVE**

RAPPORT DE LA DELEGATION DU ROYAUME-UNI

INTRODUCTION

Na notion d'intérêt de l'enfant est extrêmement vaste. En limitant le débat au domaine du droit privé, l'idée était d'indiquer que la Conférence envisagerait l'intérêt de l'enfant dans ses rapports avec sa famille immédiate ou, si ces rapports ont cessé, avec les organes de l'État, chargés de la protection de l'enfance. Le rapport n'examinera donc pas l'intérêt de l'enfant par exemple dans les questions de protection du consommateur ou de droit de contrats, même si ces questions peuvent être considérées comme relevant du "droit privé". Le rapport essaiera dès lors de prendre en compte les procédures juridiques et quasi-juridiques concernant les enfants après divorce ou séparation des parents, les procédures de placement, c'est-à-dire celles par lesquelles une instance locale demande à un tribunal ou à un autre organe de décider de placer l'enfant qui lui a été confié, et enfin la procédure d'adoption. Le rapport, qui suit à peu près l'ordre adopté dans le questionnaire(*), examinera successivement les meilleurs moyens d'identifier l'intérêt de l'enfant, puis les procédures à suivre pour le prendre en compte et enfin les moyens de protéger, s'il le faut, les intérêts d'autrui (parents, famille, etc.) lorsqu'ils sont en contradiction avec ceux de l'enfant.

(*) Le présent rapport a été établi à l'aide des réponses au bref questionnaire qu'a bien voulu diffuser le Secrétariat du Conseil de l'Europe de façon à appuyer l'étude sur certaines des notions de base en usage dans d'autres États membres. La délégation du Royaume-Uni exprime sa reconnaissance pour l'aide ainsi reçue.

Identification de l'intérêt de l'enfant

a. *Note préliminaire*

Définir l'intérêt de l'enfant exige d'abord de définir en quelque sorte la société dans laquelle vit l'enfant. Nulle part ailleurs en droit les questions de moralité générale ne sont aussi étroitement liées à des questions de droit pur que dans la réglementation des rapports familiaux. On peut dès lors considérer que l'intérêt de l'enfant est synonyme de ce que la société pense, à un moment donné, qu'il doit être. Au siècle dernier, bon nombre de démocraties d'Europe occidentale ne voyaient dans les enfants de parents qui divorçaient que des éléments supplémentaires de la communauté à répartir entre les ex-époux en fonction de ce que l'on considérait alors comme approprié dans le cas concret. En droit romain — pierre angulaire de tous les systèmes européens — les droits de l'enfant étaient en général accessoires à ceux du père, le rôle de la mère étant minime. Ces idées et points de vue sur les intérêts de l'enfant sont aujourd'hui considérés comme erronés et l'on accorde davantage d'attention aux droits de l'enfant lui-même. Cependant, ces idées étaient parfaitement valables dans la société qui les avait engendrées.

La société contemporaine et sa définition de l'intérêt de l'enfant reflètent l'importance que nous accordons aux droits de l'individu. Peu importe que cet individu soit un bébé de trois semaines (voire fœtus dans la matrice), incapable de décider pour lui-même, ou un adolescent de 15 ans qui semble à des aînés terriblement compétent et empreint d'une sagesse universelle. Tous les systèmes juridiques des États membres du Conseil de l'Europe considèrent que l'intérêt de l'enfant en question est primordial; la seule différence de traitement entre le bébé et l'adolescent est que ce dernier peut faire entendre sa voix pour décider de son propre avenir, mais elle n'est pas nécessairement décisive.

b. *Processus d'identification des intérêts*

Tous les systèmes juridiques renvoient en des termes plus ou moins analogues à l'importance primordiale de l'intérêt, de l'enfant. De même, aucun ne définit comment identifier cet intérêt, si ce n'est en termes très

généraux, et tous, sans exception, laissent au juge le soin d'en décider. Cela confère au juge une charge très importante dont il doit s'acquitter avec discernement. Pourtant, il semble qu'aucun pays n'ait voulu limiter ce pouvoir discrétionnaire autrement qu'en donnant au juge des instructions d'ordre général. C'est là bien sûr une optique sensée, comme le disait en 1977 la Cour of Appeal en Angleterre:

“Si la sagesse des observations énoncées à propos d'affaires antérieures peut bien sûr être utile, les circonstances dans le cas d'enfants en bas âge et la personnalité des intéressés pouvant varier à l'infini, les conclusions du juge sur la marche à suivre dans une affaire donnée n'aideront guère à trouver la solution dans un autre.”

La majorité des textes législatifs traitant des intérêts de l'enfant exigent simplement du juge que toute décision de sa part soit conforme aux intérêts de l'enfant (par exemple, aux Pays-Bas, en France à Chypre et en Suisse). Certains textes essaient de guider plus précisément le juge, en Autriche par exemple où l'article 178A du Code civil énonce (traduction):

“Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, le juge doit prendre en compte la personnalité de l'intéressé, ses besoins, notamment ses talents, aptitudes, inclinations et possibilités d'épanouissement, ainsi que les conditions de vie de ses parents.”

En Allemagne, le Code civil indique clairement que le bien de l'enfant englobe des aspects physiques, mentaux et spirituels ou moraux et un texte analogue s'applique à l'Italie. Cependant, que le texte législatif essaie ou non de donner une indication sur ce que l'on entend par intérêt de l'enfant, les véritables considérations qui, selon la jurisprudence, sont prises en compte par le juge sont partout les mêmes dans les États membres du Conseil de l'Europe. Sans vouloir indiquer d'ordre de priorités, car il sera différent en fonction des cas, le juge tiendra compte des éléments suivants:

1. âge et sexe de l'enfant,
2. frères et soeurs,
3. protection matérielle et morale (notamment religieuse)
4. point de vue de l'enfant (voir ci-après les différents moyens de s'en assurer),

5. épanouissement futur, tant éducatif que “moral”,
6. status quo, c'est-à-dire examen du temps qu'un enfant a vécu dans un environnement donné et du bouleversement qu'un changement pourrait entraîner,
7. permanence et stabilité de la cellule familiale dans laquelle on envisage de faire vivre l'enfant.

Il ne s'agit là de rien de plus que d'orientations et l'importance que chaque juge leur accorde peut varier non seulement en fonction des pays, mais aussi en fonction des juges d'un pays. Il semble par exemple que dans certains États on estime que tout enfant sera généralement en meilleure situation s'il est avec son père, alors qu'ailleurs on considère plus ou moins systématiquement que l'enfant, particulièrement le jeune enfant, sera plus heureux avec sa mère. Ces éléments sont particulièrement bien illustrés dans le tableau établi par M. Kaplan des États-Unis et reproduit aux pages 56 et 57 des Actes de la 14.^e session de la Conférence de La Haye de droit international privé: 30 éléments pouvant s'ajouter pour constituer “les intérêts de l'enfant” y sont énumérés par ordre croissant en fonction de l'importance qui leur a été accordée dans les réponses à un questionnaire diffusé sur tout le territoire des États-Unis. La lecture du document est passionnante. Peut-être reflète-t-elle les préoccupations propres aux États-Unis et peut-on aussi contester l'ordre des priorités; par exemple, les tribunaux britanniques ne placeraient sans doute pas en 26.^e position seulement “la décision entraînant le bouleversement moindre pour la vie quotidienne de l'enfant” (c'est-à-dire le status quo).

Dans certains États, l'ordre des priorités des différents éléments peut changer en fonction du type de procédure mettant en jeu l'avenir de l'enfant. Dès lors, quand les parents se trouvent en concurrence pour réclamer la garde de l'enfant, il se peut (comme il apparaît dans certaines provinces du Canada) que le juge procède, de droit ou de fait, à une simple compilation sur formulaire de l'actif et du passif de chaque parent et “accorde” l'enfant au plus fortuné. Cependant, lorsqu'il s'agit de décider s'il faut ou non confier un enfant à l'Assistance publique et l'enlever à ses parents naturels, on tend à des considérations différentes. D'abord parce que la législation a tendance à être plus stricte dans les critères à appliquer. Là encore se reflète le but de la société de veiller à ce que, dans toute la

mesure du possible, les enfants soient élevés par leurs parents naturels et ne soient enlevés à la garde de l'un d'eux ou des deux que dans les cas très graves. Au Danemark par exemple, le système consistant à retirer un enfant du foyer parental comporte des garanties très rigoureuses. Cette décision ne peut intervenir que si elle est absolument essentielle au bien de l'enfant et, dans l'examen de cette question, l'organe responsable (la Commission de protection sociale) est renforcé par le juge du lieu et par un psychologue de l'éducation. Il peut être fait appel de leur décision à la Commission des recours sociaux d'abord, puis à la High Court qui s'assurera le concours de deux assesseurs complémentaires, dont l'un sera un expert des questions de l'enfance et l'autre un expert en psychiatrie ou en psychologie infantile ou juvénile.

Mais si les critères peuvent être plus rigoureux lorsqu'il s'agit de placer un enfant à l'Assistance publique, la tâche qui revient finalement au juge de peser les intérêts en présence avant de prendre sa décision demeure essentiellement la même. Il apparaît là encore que le juge dispose d'un grand pouvoir discrétionnaire et, à condition de respecter certaines formalités de procédure fondamentales, le tribunal décidera de l'avenir de l'enfant en se fondant surtout sur sa conviction personnelle.

Sur la question de l'adoption, le poids accordé aux différents éléments de la situation est là encore variable. Les législations nationales peuvent différer légèrement dans leur libellé et les tribunaux se montrent, semble-t-il, sensibles aux nuances. De nombreux textes (aux Pays-Bas par exemple) renvoient expressément non seulement aux intérêts de l'enfant, mais aussi au fait que le bien naturel parental en sera rompu et que le tribunal doit être convaincu que cela aussi est souhaitable.

Deux autres éléments sociologiques sous-tendent la législation sur l'adoption et méritent examen. Le premier concerne l'importance relative que chaque culture ou société accorde à la cellule familiale et aux rapports parents-enfants. Il apparaît par exemple dans certains pays très difficile, voire impossible, d'adopter un enfant contre le désir de l'un de ses parents naturels. Dans d'autres, l'adoption est possible dans ces mêmes conditions mais n'est pas une démarche à prendre à la légère. Deuxièmement, les tribunaux éprouvent de grandes difficultés à déterminer l'importance à accorder aux intérêts matériels de l'enfant. Il arrive souvent que de futurs parents adoptifs soient assez fortunés alors que les parents de l'enfant dont l'adoption est envisagée se situent peut-être au bas de l'échelle des revenus. Il est clair que si l'enfant est adopté, il aura une existence matérielle beau-

coup plus confortable auprès des parents adoptifs. En ce sens donc, son intérêt est d'être adopté. Mais comme on l'a noté précédemment, les intérêts matériels de l'enfant ne sont que l'un des nombreux facteurs à prendre en compte et diverses décisions dans l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe montrent assez clairement que, pour les juges, le profit matériel de l'enfant n'a pas une importance primordiale: il s'agit simplement d'un élément à rajouter dans la balance.

Moyens de répondre aux intérêts de l'enfant

Cette rubrique ne vise pas à répéter ce qui précède mais à mettre l'accent sur les questions de procédure. Si dès lors, après examen des questions susmentionnées, le juge décide que les intérêts de l'enfant seront respectés s'il est placé à l'Assistance publique, quelles procédures faut-il suivre pour que le placement bouleverse le moins possible la vie de l'enfant? Lorsque le parent non investi de la garde enlève l'enfant au parent gardien (et reste avec lui dans le même pays), des procédures existent pour rendre l'enfant au parent titulaire de la garde.

Il semble que tous les pays prévoient des procédures d'urgence, notamment pour la protection physique de l'enfant. Des certains États, l'autorité responsable décidera elle-même des mesures puis en demandera l'approbation au juge (de toute manière dès qu'il sera raisonnable de le faire): en France par exemple, le procureur a dans les cas d'urgence les mêmes pouvoirs que le juge; ailleurs, le seul organe qui puisse décider d'enlever un enfant à ses parents en cas de danger est un tribunal, mais des procédures d'urgence permettent de faire appel à un juge à tout moment, de jour comme de nuit (par exemple au Royaume-Uni).

Il semble malheureusement exact que tous les pays accusent une augmentation du nombre de cas de sévices à enfants. On ne saurait dire clairement s'il s'agit d'une augmentation réelle ou si davantage de cas de sévices à enfants sont signalés et dévouverts. Quoi qu'il en soit, cette augmentation est préoccupante et oblige les États à examiner soigneusement l'existence de procédures permettant de s'assurer qu'aucun enfant ne subit de violences, tout en protégeant les parents contre des décisions fantaisistes concluant sans preuves véritables à des violences sur leurs enfants. L'an

dernier en Angleterre, une collectivité locale a soudainement constaté qu'un très grand nombre d'enfants avaient été confiés à sa garde prétendûment pour violences sexuelles. L'enquête judiciaire menée pour en découvrir les raisons a montré que les médecins ayant diagnostiqué des violences sexuelles avaient certes bien agi, mais qu'il y avait eu néanmoins quelques excès de zèle et que les examens effectués n'étaient pas infaillibles. Dès lors, un grand nombre de ces enfants retirés à leurs parents n'avaient pas besoin de l'être. Avant ces événements cependant, toujours en Angleterre, deux jeunes enfants avaient été gravement maltraités et finalement tués par leurs parents alors que la collectivité local savait qu'ils appartenaient à une famille à risques. Là encore, les enquêtes menées ultérieurement ont montré que les autorités locales compétentes n'avaient pas fait tout le nécessaire et qu'une surveillance plus minutieuse de la famille en question aurait sauvé la vie de ces enfants. Cet aspect du problème ser développé dans la troisième partie du rapport.

L'un des moyens de répondre aux intérêts de l'enfant est de s'assurer de ce que désire l'intéressé lui-même. S'il s'agit d'un adolescent, la chose peut être relativement simple puisque l'enfant peut toujours "voter avec ses pieds", c'est-à-dire s'en aller physiquement vivre avec la personne qu'il choisit (sous réserve bien sûr de la nécessité de s'assurer que ce faisant, il ne sera pas en danger). Mais le point de savoir si le juge doit ou non interroger l'enfant reçoit des réponses variables. Dans certains pays, le juge peut — ou même doit — interroger l'enfant qui a atteint un certain âge. Aux Pays-Bas par exemple, le tribunal doit entendre un enfant de 12 ans ou plus; en Autriche, un enfant de plus de 10 ans et de plus de douze en Norvège peut avoir l'occasion d'exprimer sont point de vue. Ailleurs, en France et au Royaume-Uni par exemple, le juge peut décider d'entendre personnellement l'enfant si, vu son âge et son degré de compréhension et compte tenu des dommages pouvant résulter pour l'enfant lui-même, le juge estime utile d'entendre le point de vue de l'intéressé. Comme indiqué plus haut, ces pays ne fixent pas d'âge-limite précis pour entendre l'enfant, mais la jurisprudence donne à penser que le juge entend très rarement un enfant de moins de 10 ans et rarement un enfant de moins de 12 ans.

Après avoir établi qu'il existe, à un degré plus ou moins grand, des procédures de protection des enfants dans des cas d'urgence et aussi que les enfants eux-mêmes peuvent partout être entendus à ce sujet, le rapport va maintenant examiner le conflit parfois inévitable entre les intérêts de l'enfant et ceux de son entourage immédiat.

Protection des intérêts d'autrui

Il conviendra d'examiner d'abord la protection des droits d'autrui dans le cas le plus simple: après divorce, la mère peut se voir confier la garde de l'enfant et le père recevoir un droit de visite. Si la mère — qui a le contrôle de la personne physique de l'enfant — refuse de laisser le père exercer son droit de visite, comment celui-ci peut-il faire respecter son droit? Diverses sanctions peuvent être décidées ou existent à l'encontre de la mère: emprisonnement pour défaut d'obtempérer à un ordre du tribunal, sanctions financières ou même retrait de l'enfant lui-même. Mais aucune de ces sanctions n'est censée être dans l'intérêt de l'enfant. Il n'est guère indiqué d'emprisonner le parent investi de la garde; de même, les sanctions financières peuvent nuire à l'enfant autant qu'à la mère et enlever l'enfant à sa mère anéantit l'effet d'avoir confié en premier lieu la garde à celle-ci. L'effet cumulatif de ce genre de mesures peut être que, tout en ayant été pleinement reconnus par le tribunal, les droits de visite du père ne sont pas en fait juridiquement protégés.

Le second conflit possible survient dans les circonstances brièvement décrites ci-dessus. On a déjà noté que travailleurs sociaux et assistance publique doivent faire face à un problème délicat: être blâmés pour n'avoir pas exercé une vigilance et une surveillance suffisantes sur les enfants éventuellement en danger mais être blâmés aussi pour s'être acquittés de leurs obligations avec trop de zèle et avoir pris en charge des enfants qui pouvaient être en danger mais ne l'étaient pas en réalité. C'est un conflit peut-être impossible à résoudre. D'une part, la société est à juste titre révoltée par la perspective de voir un enfant sans défense subir de blessures graves ou pire encore de la part de ses parents. Mais la société peut penser aussi que le système ne fonctionne pas comme il faut lorsqu'un enfant qui n'a souffert aucun mal est soudain retiré à ses parents et placé à l'Assistance publique jusqu'à ce que les parents apportent la preuve qu'il n'ont rien fait, ce qui est bien sûr pratiquement impossible. De plus, retirer un enfant à ses parents dans de telles conditions provoquera sans doute un traumatisme grave chez l'enfant et ne servira guère son intérêt, même si la collectivité locale qui a entamé la procédure pouvait valablement penser qu'il y avait des raisons suffisantes de décider de ces mesures. Il est remarquable à cet égard que dans de nombreux pays, dans les pays nordiques notamment, des Commissions de protection de l'enfance ou leur équivalent siègent comme organes quasi-judiciaires pour décider des intérêts de l'enfant. Tous

les pays, semble-t-il, font appel à des experts en psychologie infantile, soit pour conseiller soit pour juger, mais là encore un autre conflit peut surgir. Les experts sont par définition des gens occupés et cela peut prendre du temps de réunir l'ensemble des experts intéressés pour examiner un cas particulier. Si entretemps l'enfant concerné est soupçonné de faire l'objet de violences de la part de ses parents, faut-il le retirer à ces parents en attendant l'examen de l'affaire par les experts (qui conclueront peut-être qu'il n'y avait pas de raison de s'alarmer) ou doit-on le laisser à ses parents jusqu'à l'examen du dossier (au risque de le laisser subir peut-être d'autres dommages)? C'est là une question qui est finalement laissée à l'appréciation de l'autorité locale dans chaque cas d'espèce et il faut espérer que les éventuelles erreurs du passé ne se répèteront pas — mais c'est peut-être là une utopie.

Conclusions

On peut en conclure que la difficulté rencontrée dans ce domaine du droit de la famille est la même qu'ailleurs: comment le droit, qui opère dans un cadre relativement rigide, peut-il connaître des rapports affectifs des individus? Le procédé connu sous le nom de conciliation (à ne pas confondre avec la réconciliation) est souvent célébré comme une découverte. Dans certains pays, il semble qu'une forme de règlement amiable fasse partie du processus judiciaire depuis bon nombre d'années (et pas seulement dans le droit de la famille). Il existe essentiellement deux modes de conciliation: celui qui fait partie intégrante du processus judiciaire et celui qui est mené hors prétoire mais qui, espère-t-on, aboutira à mettre fin à la procédure. Les avantages et inconvénients de la conciliation échappent au domaine du présent rapport, mais il peut être juste de remarquer que deux conclusions générales découlent de ce qui semble être l'expérience de la plupart des pays à cet égard: d'abord que la conciliation profite souvent aux parties elles-mêmes (et peut conduire à leur épargner temps et argent); en revanche, reste la possibilité que certains parents soient tellement aveuglés par le traumatisme affectif de la séparation d'avec leur enfant — qu'il soit confié ensuite à l'autre parent ou à l'Assistance publique — qu'il ou

elle est incapable de voir l'autre aspect de l'argumentation. Pour ce genre de personnes, seule la décision officielle d'un tribunal leur fera peut-être accepter l'inévitable, même si elles ne sont pas d'accord avec le résultat. Cependant, la conciliation peu apparaître comme un progrès, au moins lorsque les parents se disputent la garde de leurs enfants.

Après avoir constaté que le processus de l'identification des intérêts de l'enfant est quasi-universel en ce qu'un grand pouvoir discrétionnaire est laissé au juge, il peut être utile plutôt que de poursuivre l'examen de la manière dont ce pouvoir est exercé, d'examiner comment les différents systèmes résolvent les conflits signalés plus haut. Que pourra-t-il ou devra-t-il arriver à la mère, qui refuse de consentir au père le droit de rendre visite à l'enfant? Peut-on prévoir dans la procédure d'urgence des garanties permettant de respecter pleinement les droits de parents et de veiller en même temps à ce que rien de nuisible n'arrive à l'enfant? Peut-être ces questions, comme celles qui ont été esquissées précédemment, ne trouveront-elles pas de solution, mais les Ministres auront sans doute avantage à connaître les expériences menées dans d'autres pays que le leur.

ANNEXE II

(traduction)

Family Law Newsletter
Volume 17. Número 2. Hiver 1977. pp. 30-3:

RAPPORT DU COMITE SUR LE DROIT DE GARDE / 1975-76

Selon toutes probabilités, la garde est, dans le domaine du droit de la famille, la manière qui donne lieu aux batailles judiciaires les plus acharnées, tant lorsque l'affaire est pendante qu'après le prononcé de la décision: et, en même temps, c'est sans doute le domaine du droit de la famille qui est le moins bien compris. Deux tendances semblaient se dessiner aux États-Unis, l'une pour considérer "l'intérêt supérieur et le bien-être de l'enfant" comme la question essentielle et le guide à suivre en statuant dans une affaire de garde d'enfant, l'autre découlant de l'apparition de l'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act*. Ce qui ressort des décisions prononcées dans plusieurs états différents que le soussigné a étudiées, c'est le désaccord total que l'on constate sur les aspects de l'existence qui constitueraient "l'intérêt supérieur et le bien-être", ainsi que la variété des opinions exprimées à ce sujet. A la suite de cette analyse, qu'elle soit exacte ou erronée, j'ai entrepris la tâche de dresser une liste de ce qui constitue "l'intérêt supérieur et le bien-être" à partir des données fournies par les membres de la Section du Droit de la Famille répartis sur tout le territoire des États-Unis. Comme certaines réponses reposaient sur une application purement subjective, et comme la continuité était d'une grande importance pour une analyse très complète de cette question, il ne m'a pas été possible de déléguer ce travail au Vice-président régional, ce qui aurait pourtant considérablement allégé ma tâche. En conséquence, j'ai dû passer au crible 414 réponses et consacrer quelque 75 heures à parcourir ces réponses. Le nombre des points figurant sur ma liste auxquels il était répondu allait d'un seul à vingt-six; parfois aussi, les réponses ne prenaient pas la peine d'indiquer de point quelconque et se contentaient de critiquer sévèrement ma demande et le travail à entreprendre.

Quelques réponses, heureusement, contenaient des commentaires positifs sur ce travail. Celles qui exprimaient une opinion favorable estimaient qu'un tel examen constituait une étape indispensable pour atteindre une certaine uniformité et pour que des règles fondamentales soient appliquées en matière de garde, ce qui réduirait éventuellement le nombre des cas limites en ce domaine. Ce dernier résultat, à son tour, pourrait atténuer l'acrimonie entre les parties en litige et, par voie de conséquence, réduire le trauma ressenti par les enfants.

A en croire l'opinion exprimée par une forte majorité des réponses, dix à douze questions reviennent plus fréquemment que les autres dans les litiges.

Je voudrais que l'année prochaine, le Comité sur le droit de garde conserve toute sa vitalité pour déterminer si, de l'avis de la plupart des membres de la Section sur le droit de garde, il faudrait un effort plus soutenu pour que l'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act* soit universellement adopté, et si l'expression "l'intérêt supérieur et le bien-être de l'enfant" doit porter en elle les résultats énumérés ici, pour qu'une certaine uniformité puisse être atteinte. Le Président serait très heureux de recevoir des suggestions portant sur d'autres points intéressants, et le soussigné souhaite qu'une réunion plénière du comité de travail du Vice-président soit tenue, afin que tous puissent profiter de ces efforts.

Soumis respectueusement par

STANLEY F. KAPLAN.

Président,

Comité sur le droit de garde.

Voici la liste telle qu'elle a été établie:

*Nombre
de voix*

Enumération par ordre d'importance

1	Equilibre affectif et bonne santé des parents	126
2	Préférence de l'enfant — en tenant compte de l'âge, de la maturité et de la motivation	117
3	Cadre de vie matériel, et comparaison	105
4	Milieu économique du parent gardien	101
5	Relations et rapports entre l'enfant et ses parents, ses frères et soeurs et d'autres personnes susceptibles d'affecter de façon significative l'intérêt supérieur de l'enfant	82
6	Un foyer qui assure une formation morale et spirituelle	81
7	Un foyer qui donnera plus de preuves d'amour et d'affection	76
8	Les besoins éducatifs et les occasions de les satisfaire	72
9	Le changement de garde obligera-t-il à abandonner l'environnement tant physique que familial: stabilité	65
10	Les besoins essentiels — repas, vêtements, soins de santé (bien-être physique)	61
	Emplois et heures de travail des parents et mode de surveillance de l'enfant	61
11	Surveillance, soins et conseils constants	58
12	Manière dont l'enfant s'adapte chez lui, à l'école et dans la collectivité où il vit	57
13	Santé mentale et physique de l'enfant	51
14	Age et sexe des parents/enfants	48
15	Aptitude des parents à exercer une discipline sur eux-mêmes et sur l'enfant	47
16	Besoins religieux	45

17	Habitudes personnelles du parent gardien que l'enfant est susceptible d'acquérir par l'exemple (caractère)	40
18	Manière dont chacun des parents montre comparativement ses sentiments envers l'enfant	37
19	Milieu économique du parent non gardien	33
20	Lequel des parents pourrait établir les meilleurs liens entre l'enfant et le parent non gardien	31
	Cadre de vie des parents (éducation et culture)	31
21	Adaptation sociale (emploi, résidente)	30
22	Encouragement donné aux talents particuliers de l'enfant et motifs de ceux-ci — cadre de vie	29
23	Que souhaite le parent de l'enfant?	26
	Remariage possible	26
24	Séparation des frères et soeurs — doit-elle se produire?	25
25	Recommandation des travailleurs sociaux professionnels, des conseillers des tribunaux de famille, des psychiatres et des psychologues	24
	Durée du temps pendant lequel l'enfant a été sous la garde d'un des parents	24
	Présence d'un "parent psychologique"	24
26	Foyer où l'enfant trouve des camarades de jeu	15
	L'un des parents accable l'enfant de sentiments ou de soins physiques excessifs	15
	Décision qui apporte le moins de changements dans la routine habituelle de l'enfant	15
27	Motifs des parents pour demander la garde	14
28	Causes du divorce	12
29	Doctrine de "l'âge tendre"	9
	Aptitude des parents	9
30	Quels ont été jusqu'ici les idées et les sentiments de l'enfant	8

31	La communication que les parents sont capables d'établir avec les gens en général et les enfants en particulier	7
32	La sécurité	5
	Visites régulières	5
	Causes et besoins d'un changement de garde	5
33	Révision par le tribunal à date régulière	4
	Absence d'abus à l'égard d'enfants	4
	Passé du gardien	4
34	Intérêt d'un tiers	3
35	Cadre de vie économique de l'enfant	2
	Race	2
	Garde accordée à un seul — aucun droit de visite, sauf si le parent non gardien manifeste un intérêt de l'enfant	2
	Décision judiciaire prononcée rapidement	2
36	Enfant avec la mère avant l'âge de la scolarité — fille avec la mère, garçon avec le père après l'âge scolaire	1
	Placement sans conditions	1
	Tendances des parents à boire	1
	Parent biologique	1

QUESTIONNAIRE ETABLI PAR LE COMITÉ SUR LE DROIT DE GARDE

En cherchant à déterminer si des lois uniformes sur la garde sont possibles, j'estime, en ma qualité de Président du Comité sur le droit de garde, que l'adoption d'une loi uniforme telle que l'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act* serait pour le moins souhaitable. Afin de nous rendre compte quelle valeur les spécialistes du droit de la famille accordent à l'*Uniform Act*, je sollicite une réponse positive ou négative, que je vous serais reconnaissant d'indiquer sur la ligne appropriée (voir ci-dessous) et de me faire parvenir à mon bureau, pour me permettre de calculer les résultats, et de leur donner la forme d'un rapport à soumettre à chaque comité d'état qui étudie la question de l'adoption et de la mise en vigueur de l'*Uniform Child Custody Jurisdiction Act*. Je vous remercie pour votre aimable et rapide collaboration.

STANLEY F. KAPLAN,
Chairman of Custody,

GRANT, KAPLAN & GRANT, P.C.,
*69 West Washington Street,
Chicago, Illinois 60602*

_____ Réponse affirmative _____ Réponse négative

**16.º CONFERENCE
DES MINISTRES EUROPEENS DE LA JUSTICE**

RESOLUTION N.º 2

**Sur la primauté de l'intérêt de l'enfant
dans le domaine du droit privé**

Les Ministres participant à la Seizième Conférence des Ministres européens de la Justice (Lisbonne, 1988),

Ayant examiné le rapport de la délégation du Royaume-Uni présenté par le Lord Chancellor de Grande-Bretagne sur la primauté de l'intérêt de l'enfant dans le domaine du droit privé;

Constatant que tous les systèmes juridiques des États membres du Conseil de l'Europe mettent au premier plan l'intérêt de l'enfant;

Estimant que le respect de l'intérêt de l'enfant fait partie des idéaux et des principes qui constituent le patrimoine commun des États membres du Conseil de l'Europe;

Considérant que l'enfant est une personne qui doit être traitée avec tout le respect dû à la dignité humaine et dont le bien-être physique, mental et moral doit être intégralement protégé au sein de la famille et de la société;

Conscients du fait que plusieurs affaires importantes relatives aux droits et à l'intérêt de l'enfant ont été portées devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme;

Prenant note de l'appel lancé par l'Assemblée Parlementaire au Conseil de l'Europe et à ses États membres, dans ses Recommandations 1071 et 1074 (1988) pour que le bien-être de l'enfant soit garanti;

Conscients de l'importance de la sauvegarde des intérêts de l'enfant en matière d'adoption et notamment d'adoption internationale, y compris d'enfants du tiers monde;

ESTIMENT particulièrement important que le Conseil de l'Europe encourage les États à prendre ou à renforcer les mesures destinées à protéger les intérêts de l'enfant et les intérêts de la famille dans son ensemble,

RECOMMANDENT au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe:

I. d'inviter les États membres à servir les intérêts de l'enfant

- i. en signant, en ratifiant et en mettant pleinement en oeuvre dans les meilleurs délais les conventions qui protègent ces intérêts, en particulier la Convention sur la reconnaissance des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (STE N.º 105);
- ii. en examinant l'application de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (STE N.º 58) et les raisons qui empêchent sa ratification;

II. de charger le Comité européen de coopération juridique (CDCJ), à la lumière du rapport de la délégation du Royaume-Uni et des débats de la présente conférence, de consacrer une attention particulière à l'intérêt de l'enfant, dans le cadre de ses activités relatives au droit de la famille.

Dans ce contexte, il conviendra de prendre en considération les éléments suivants:

- amélioration et accélération des procédures des tribunaux ordinaires, lorsque les intérêts de l'enfant sont en jeu;
- création de tribunaux de la famille ou de chambres spécialisées des tribunaux ordinaires, et d'autres instances similaires, disposant de moyens renforcés pour protéger les intérêts de l'enfant;
- audition de l'enfant et représentation appropriée de l'enfant;

- droit de l'enfant à avoir accès à ses deux parents après leur séparation ou divorce;
- recours à la procédure de règlement amiable (conciliation) pour protéger les intérêts de l'enfant;
- adoption d'une approche multidisciplinaire à la solution de problèmes relatifs à l'intérêt de l'enfant;

III. de porter la présente résolution à la connaissance de tous les Comités au sein du Conseil de l'Europe qui traitent de questions relatives à l'intérêt de l'enfant;

IV. d'assurer l'entière coopération entre le Conseil de l'Europe et les autres Organisations intergouvernementales et non-gouvernementales concernées, notamment dans le domaine de l'adoption internationale.

III

**L'EXPLOITATION SEXUELLE,
LA PORNOGRAPHIE ET LA PROSTITUTION,
AINSI QUE LE TRAFIC D'ENFANTS
ET DE
JEUNES FEMMES**

**L'EXPLOITATION SEXUELLE,
LA PORNOGRAPHIE ET LA PROSTITUTION,
AINSI QUE LE TRAFIC D'ENFANTS
ET DE
JEUNES FEMMES**

RAPPORT DE LA DELEGATION DE LA NORVEGE

1. Introduction

On sait depuis un certain temps que l'exploitation sexuelle des enfants et des jeunes femmes est un problème qu'il ne faut pas prendre à la légère, bien que son ampleur semble avoir été sous-estimée. Les travaux récents de recherche aboutissent à des conclusions alarmantes, qui suggèrent que des millions d'individus vulnérables et sans défense en sont peut-être les victimes. Certaines sources indiquent que les problèmes les plus graves se rencontrent dans d'autres régions du monde que l'Europe, mais il ne fait pas de doute que l'exploitation sexuelle des enfants constitue également un problème en Europe. En tout état de cause, il s'agit là d'un problème mondial qui exige un effort commun. L'exploitation des enfants ne connaît pas de frontières nationales. Le monde entier se trouve confronté à un problème grave dont l'ampleur ne cesse de croître. Les États membres du Conseil de l'Europe doivent faire de leur mieux pour donner une protection efficace aux enfants qui en sont les victimes.

2. Le problème de l'exploitation sexuelle des enfants et des jeunes femmes: formes, ampleur, causes et conséquences

2.1 Introduction

Le problème de la traite et de l'exploitation des enfants semble prendre de l'ampleur. Les résultats de différentes études sont alarmants. Parmi beaucoup d'autres, le journaliste norvégien Alf G. Andersen a établi un

rapport sur le problème, financé par le Ministre norvégien de la Justice, qui a été diffusé en mai 87 sous le titre "Rapport international sur la pornographie, la prostitution et la traite des enfants". Il contient une confirmation inquiétante de l'existence d'une exploitation sexuelle organisée de la sorte la plus grave. Il décrit également comment des enfants sont traités comme de la marchandise et transportés par delà les frontières et d'un continent à l'autre. Les résultats de ce rapport se fondent essentiellement sur des études régionales et mondiales effectuées par plusieurs organisations internationales non gouvernementales de grande réputation.

2.2 Différentes formes d'exploitation

On peut distinguer l'exploitation physique de l'exploitation psychologique des enfants.

L'exploitation sexuelle physique d'un enfant englobe les actes suivants:

- a) Rapports sexuels: génitaux, oraux ou anaux, soit partiels, soit complets;
- b) Se livrer à des attouchements sur les organes génitaux d'un enfant, ses seins ou ses mamelons (autrement que par des gestes de routine ou lors d'un examen médical);
- c) Inciter un enfant à pratiquer des attouchements sur les organes génitaux d'un adulte.

L'exploitation sexuelle psychologique d'un enfant englobe les actes suivants:

- a) Menaces explicites ou implicites d'exploitation sexuelle physique par un adulte;
- b) Forcer l'enfant à assister à des actes sexuels en vue de procurer un plaisir sexuel à des adultes;
- c) Préparer, former ou exposer des enfants en vue de leur exploitation par d'autres adultes.

La production de matériel pornographique peut être l'objet d'exploitation d'un enfant. La pornographie infantile peut être définie comme toute image, sur papier, sur pellicule ou sur disquette, qui représente l'enfant de façon telle qu'objectif principal de cette représentation est probablement de stimuler ou de provoquer des sensations ou des activités sexuelles chez la personne qui regarde l'image.

2.3 Ampleur

Il est difficile de déterminer l'ampleur de l'exploitation sexuelle des enfants. Les données numériques dont on dispose sont modestes, occasionnelles et discontinues. Il n'existe pas d'études systématiques et complètes sur l'exploitation sexuelle des enfants réalisées par les autorités d'un ou plusieurs pays. Dans certains cas, néanmoins, les autorités ont essayé d'évaluer l'ampleur du phénomène. Les chiffres qu'elles ont établis sont très inférieurs à ceux qui ont été avancés par certaines organisations privées. Aussi ne faut-il considérer les chiffres obtenus jusqu'ici que comme des estimations qui donnent une idée de l'ampleur possible du phénomène. Les rapports indiquent qu'il s'agit là d'un phénomène mondial.

Traite des enfants

On estime que chaque année un million d'enfants sont enlevés, achetés ou contraints par d'autres moyens d'entrer dans le marché du sexe.

On prétend que le traite des enfants se fait essentiellement dans le cadre de cinq grands réseaux:

- a) d'Amérique latine en Europe et au Proche-Orient
- b) de l'Asie du Sud-Est à l'Europe du Nord et au Proche-Orient
- c) sur un marché régional européen qui utilise des petites filles d'Amérique latine ou d'Europe
- d) par l'exportation d'enfants provenant de diverses régions d'Afrique de l'Ouest
- e) sur un marché régional arabe.

Cependant, il existe aussi d'autres itinéraires.

L'Organisation internationale de défense de l'enfant (Defence for Children International - DCI) soutient qu'il existe au moins quatre formes de traite organisée des enfants. Des intermédiaires et des organisations criminelles livrent des enfants à de riches clients ou à des maisons de passe à l'intérieur et à l'extérieur du pays. Les pédophiles se procurent individuellement des enfants pour leur propre usage et des organisations de pédophiles procurent des enfants à leurs membres.

Les responsables disposent de moyens financiers énormes et la traite leur rapporte des milliards de dollars chaque année. Dans un rapport de 1986, l'Organisation internationale de défense de l'enfant estime que la traite des enfants rapporte chaque année 5 milliards de dollars.

Néanmoins, comme il est indiqué dans le rapport établi en 1987 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la traite et les autres formes d'exploitation des enfants, les renseignements dont on dispose sur la traite des enfants en Europe sont rares. La plupart des rapports se fondent sur des articles de journaux plutôt que sur des enquêtes complètes.

Prostitution

La prostitution des enfants aux États-Unis a été étudiée par différentes organisations. En se fondant sur ces études on a essayé de calculer le revenu annuel brut de la prostitution des enfants. Les résultats de ces calculs varient de 156 millions de dollars à 1,89 milliard de dollars.

Les informations obtenues de l'Amérique latine au cours des dernières années indiquent que la prostitution des enfants y est plus répandue que l'on pouvait s'y attendre. Une grande partie de la population est très pauvre et l'expérience montre que c'est une condition favorable à l'exploitation sexuelle des enfants.

L'attention s'est beaucoup portée sur l'Asie du Sud-Est en ce qui concerne la prostitution des enfants. La Thaïlande figure au nombre des pays dans lesquels l'exploitation sexuelle des enfants atteindrait un niveau élevé. Même si les chiffres varient également ici et si les autorités thaïlandaises assurent que la prostitution ne constitue pas un problème, il ne fait pas de doute que l'ampleur de cette exploitation est considérable. Des sources thaïlandaises estiment qu'il y a en Thaïlande plus d'un million de prostituées, dont la grande majorité sont des jeunes femmes. Le marché du sexe

est également très développé aux Philippines et en Corée du Sud. L'Inde, en revanche, ne figure pas au nombre des pays d'Asie connus pour la prostitution des enfants. Néanmoins, les enfants y sont également exploités sexuellement. La prostitution fonctionne en partie dans le cadre du système religieux des "devadasi". Ce n'est qu'un des différents moyens d'utiliser des jeunes filles pour la prostitution sacrée; en effet les "devadasi", dès leur plus jeune âge, vendent leur corps aux hommes. La prostitution sévit en partie dans les villes et en particulier parmi les enfants de rues.

L'ampleur de l'exploitation sexuelle des enfants en Europe est très mal connue. Selon un rapport de l'Organisation internationale de défense de l'enfant, un millier d'enfants se prostitueraient aux Pays-Bas. Le rapport établi en 1987 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la traite et les autres formes d'exploitation des enfants évalué à quelque 5000 garçons et à 4000 filles le nombre des enfants qui se prostituent à Paris seulement. Bien que les statistiques disponibles soient très peu concluantes, on considère qu'il existe des preuves irréfutables de l'existence d'une prostitution infantile en Europe également. Les quartiers où les clients peuvent trouver des personnes qui se prostituent sont bien connus, ce qui permet aussi aux mineurs de trouver aisément ces endroits et de se livrer à la prostitution.

Des rapports récents indiquent que l'exploitation sexuelle des enfants commence à se développer également en Afrique. Cependant, on ne dispose pas d'enquêtes complètes à ce sujet.

Pornographie infantile

Rares ont été les efforts, si tant est qu'il y en ait eu, visant à déterminer le volume de la production de pornographie infantile, l'ampleur de la consommation et le nombre d'enfants exploités à cette fin.

Traditionnellement, certains pays d'Europe avaient adopté une position libérale vis-à-vis du commerce de la pornographie infantile, ce qui avait abouti à un développement considérable de la production technique et du commerce. Dans le rapport Andersen de 1987, il est indiqué que, sur le plan mondial, la plus grande partie des photographies et des films pornographiques est produite en Europe, bien que certains documents viennent des États-Unis. Dans le rapport de la réunion européenne en matière d'exploitation de la prostitution et de la pornographie organisée par Interpol à St. Cloud les 28 et 29 septembre 1987, il est indiqué que les films

pornographiques, semble-t-il, sont souvent produits en République Fédérale d'Allemagne et diffusés aux États-Unis par l'intermédiaire des Pays-Bas et du Royaume-Uni.

Au cours de 1986, un changement marquant est intervenu dans le commerce de la pornographie infantile en Europe. La publicité accrue faite à la question de l'exploitation sexuelle des enfants et l'interdiction qui a frappé aux Pays-Bas le commerce de la pornographie infantile ont fait disparaître en quelques mois vidéo-cassettes et magazines des rayons des sex-shops en Europe. Le délégué des Pays-Bas à la réunion organisée en 1987 para Interpol a pu indiquer que les enquêtes menées à partir d'informations provenant des États-Unis n'avaient pas permis de découvrir de véritables réseaux de production ou de distribution de matériel pornographique. Néanmoins, on ne peut pas écarter l'hypothèse que ce soit uniquement la méthode de distribution qui ait été changée.

On considère que les États-Unis sont le plus grand consommateur de pornographie infantile du monde. On estime que le chiffre d'affaires annuel de l'industrie de la pornographie infantile aux États-Unis a été d'un milliard de dollars en 1980.

En raison de l'accroissement de la demande et de l'augmentation des risques liés à la production sur les marchés traditionnels, les enfants des pays en développements ont également été utilisés à cette fin ces derniers temps. C'est là une évolution que l'on s'attend à voir se poursuivre.

On peut en outre s'attendre à voir deux facteurs entraîner une expansion de la pornographie en général et de la pornographie infantile en particulier. Tout d'abord, les caméras vidéo modernes ont considérablement simplifié le processus de production. Aujourd'hui, n'importe qui peut produire un vidéo film, techniquement satisfaisant. En d'autres termes, l'offre de pornographie infantile s'en trouve facilitée. En second lieu, la propagation du SIDA peut également exercer une influence sur la situation. Les risques de contracter cette maladie mortelle pourraient inciter les pédophiles à faire preuve d'une plus grande prudence en matière d'exploitation des enfants, ce qui aurait pour avantage manifeste de réduire la prostitution infantile. Cependant, il en résultera un accroissement de la demande de stimulants sexuels "sans danger", comme la pornographie infantile.

2.4 Causes

Il existe un ensemble de causes, de conditions et de coutumes qui s'ajoutent les unes aux autres pour créer des situations où les enfants sont

exploités. Néanmoins, l'extrême pauvreté est probablement la cause la plus importante qui conduit les enfants à se prostituer ou à se soumettre à d'autres formes d'exploitation sexuelle.

L'existence des proxénètes, des entremetteurs, des maisons de passe, de la pornographie, etc. peut s'expliquer d'autre part par les énormes sommes d'argent en jeu. Les activités sexuelles utilisant des enfants sont un tabou dans presque tous les pays du monde. Dans de nombreux pays, les relations sexuelles entre adultes et enfants sont sévèrement réprimées. Les pédophiles sont souvent prêts à voyager d'un continent à un autre pour satisfaire leurs désirs sexuels. En conséquence, ils sont aussi prêts à dépenser beaucoup d'argent.

Le Secrétariat général d'Interpol a indiqué qu'il existe des liens étroits entre un large éventail d'activités criminelles (contrefaçon, faux, fausse monnaie, vol, trafic d'armes, jeu) et l'exploitation de la prostitution. Il a également indiqué que les proxénètes cherchent parfois à augmenter leurs revenus en se livrant au trafic de drogues, parce que cette activité est facilitée par le caractère semi-clandestin de la prostitution

Pauvreté

La forme la plus tragique de la prostitution des enfants est celle dans laquelle les parents vendent leurs enfants, qui sont revendus ensuite à l'industrie du sexe. En pareil cas, l'ignorance accompagne habituellement l'extrême pauvreté. Surtout dans les pays en développement, il semble que des individus se spécialisent dans l'achat d'enfants en vue de leur exploitation sexuelle. Certains soutiennent que ce commerce et la prostitution des enfants sont contrôlés par la pègre locale et qu'il existe des liens entre les pègres américaine, australienne et asiatique. Les enfants se retrouvent souvent dans des maisons de passe où ils contractent des dettes dès le début et où leurs gains ne leur permettent jamais de recouvrer la liberté.

Une autre méthode consiste à attirer les enfants dans la prostitution en leur promettant des emplois attrayants et des possibilités de gains, soit dans leur propre pays, soit à l'étranger. Ce sont surtout, dit-on, des petites filles des pays en développement que l'on attire ainsi en Europe. Dans une autre variation du même thème, les parents acceptent de confier leurs enfants à des étrangers pour que ceux-ci leur procurent une éducation qu'ils ne sont pas eux-mêmes en mesure de leur offrir.

Cependant les enfants entrent aussi souvent dans la prostitution en toute connaissance de cause. Ils vivent dans une situation où il n'ont pas le choix. Ils sont contraints de vendre leur corps pour survivre et pour aider leur famille à survivre.

Les enfants des rues sont particulièrement souvent l'objet d'une exploitation sexuelle. L'existence d'enfants des rues dans les pays riches comme les pays d'Europe n'est pas due seulement à la pauvreté de la famille. Beaucoup d'enfants souffrent d'un manque d'affection, ils souffrent parce que leur foyer est en décomposition ou que leurs parents ont de graves problèmes d'alcoolisme ou de toxicomanie. Ces enfants ont le sentiment qu'ils sont de trop, que personne ne s'intéresse à eux, et ils fuguent. Ils se retrouvent dans la rue, sans ressources, et finissent souvent par chercher refuge auprès de pédophiles qui n'ont pas besoin d'utiliser la violence ou la force pour les attirer. Ceux-ci se bornent à profiter de l'effondrement des mécanismes de défense des enfants, et n'ont aucune difficulté à les persuader d'avoir des relations sexuelles avec eux.

Dans les pays industrialisés, il arrive aussi que des enfants et des adolescents augmentent leur argent de poche en se livrant à la prostitution.

Circulation des travailleurs et tourisme du sexe

Dans plusieurs pays en développement où la main d'oeuvre se déplace d'un district à l'autre, où le chômage est important et la sécurité sociale inexistante, les conditions sont favorables à la prostitution. L'exode rural des hommes réduit le nombre des jeunes hommes en âge de se marier, ce qui fait que les jeunes femmes se marient tard. Les jeunes femmes qui deviennent enceintes hors mariage compromettent définitivement leur carrière scolaire et se retrouvent donc sans compétences utilisables sur le marché du travail. De même, l'histoire de l'exploitation des ressources naturelles de certains pays, affirme-t-on, s'est accompagnée du développement de la prostitution dans la même région. Les migrants de courte durée vivent dans des camps ou dans des enclaves et les sociétés qui les emploient leur fournissent des prostituées pour leurs besoins sexuels. Il a également été établi que la présence de bases militaires a entraîné une augmentation de la prostitution des enfants dans de nombreux pays en développement.

Le tourisme du sexe est apparu en Corée du Sud, au Sénégal, en Thaïlande, au Pérou, au Ghana, aux Philippines, au Kenya, à Singapour

et dans d'autres pays du tiers monde dans les années 70. Cependant, son histoire remonte aux premières années après la deuxième guerre mondiale. Les premiers voyages du sexe avaient pour destination l'Asie du Sud-Est. Là, on trouvait autour des bases militaires des centres de récréation qui offraient un large éventail de services sexuels, y compris des enfants qui se prostituaient. C'est surtout pendant les guerres de Corée et du Vietnam que ces centres sexuels sont devenus courants. Une fois ces guerres terminées, les soldats rentraient chez eux et les centres ont eu des "places libres". Rentrés chez eux, les soldats parlaient de leurs expériences, en décrivant les possibilités sexuelles qui existaient. Cela a coïncidé avec le développement du tourisme de masse. Il a donc fallu peu de temps pour que le tourisme du sexe à destination de pays exotiques devienne chose courante. Aujourd'hui, il existe dans les pays industrialisés, y compris l'Europe occidentale, une industrie touristique en expansion qui se spécialise dans le tourisme du sexe à destination de l'Orient et d'autres parties du monde.

Drogues

Une autre cause de l'exploitation sexuelle des enfants et des adolescents est le développement de la toxicomanie parmi eux.

L'attitude des autorités

Finalement, il ne faut pas négliger l'attitude des autorités envers le problème. Il ne s'agit pas de se demander ici qui est responsable de la pauvreté et de l'absence de sécurité sociale, néanmoins il convient de relever que l'absence d'enquêtes sur l'exploitation sexuelle des enfants, qui auraient dû être entreprises par les autorités, pourrait être l'une des principales raisons qui expliquent pourquoi la société n'a pas voulu reconnaître la gravité de la situation et accepte implicitement le status quo.

2.5 Conséquences

Les conséquences de l'exploitation sexuelle de mineurs des deux sexes sont nombreuses.

Les conséquences généralement néfastes pour le développement éducatif et intellectuel qui résultent de cette forme d'activité économique forcée sont comparables à beaucoup de celles des pires formes de travail des enfants.

En outre, les troubles physiques et mentaux qui en résultent sont dans la plupart des cas bien plus grands. Des recherches ont montré que les troubles psychologiques provoqués par des expériences sexuelles précoces conduisent à l'autisme et à des psychoses, et parfois même au suicide. Physiquement, les effets des relations sexuelles d'un adulte avec une personne immature peuvent être dévastateurs. Les maladies vénériennes qui peuvent conduire à la stérilité et même à la mort, sont très répandues parmi les enfants qui se prostituent et les rapports médicaux font état de troubles graves. En outre, il existe un très grand nombre de preuves de l'existence de liens entre la prostitution des enfants et la toxicomanie.

3. Législation en vigueur en ce qui concerne l'exploitation sexuelle des enfants et des jeunes femmes

3.1 Instruments internationaux

Il existe déjà un grand nombre d'instruments internationaux qui traitent de l'exploitation sexuelle des enfants.

Les premières initiatives internationales remontent au début du siècle: *Arrangement international du 18 mai 1904 pour la répression de la traite des blanches*, *Convention internationale du 4 mai 1910 relative à la répression de la traite des blanches* et *Convention internationale du 30 septembre 1921 pour la répression de la traite des femmes et des enfants*.

Dans son article 3, la *Convention européenne des droits de l'homme* dispose que:

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

Aux termes de l'article 4(1) et(2):

“Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude” et “Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.”

Aux termes de l'article 5:

“Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté”.

Dans la *Déclaration des droits de l'enfant* proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 novembre 1959, le principe 9 est ainsi libellé:

“L'enfant doit être protégé contre toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation. Il ne doit pas être soumis à la traite, sous quelque forme que ce soit.

L'enfant ne doit pas être admis à l'emploi avant d'avoir atteint un âge minimum approprié; il ne doit en aucun cas être astreint ou autorisé à prendre une occupation ou un emploi qui nuise à sa santé ou à son éducation, ou qui entrave son développement physique, mental ou moral.”

La Convention des Nations Unies du 21 mars 1950 pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, dans son article 1^{er}, dispose que:

“Les Parties à la présente Convention conviennent de punir toute personne qui, pour satisfaire les passions d'autrui:

1. embauche, entraîne ou détourne en vue de la prostitution une autre personne, même consentante;
2. exploite la prostitution d'une autre personne, même consentante.”

L'article 2 dispose que:

“Les Parties (...) conviennent également de punir toute personne qui:

1. tient, dirige ou, sciemment, finance ou contribue à financer une maison de prostitution;
2. donne ou prend sciemment en location, en tout ou en partie, un immeuble ou un autre lieu aux fins de la prostitution d'autrui.”

Aux termes des articles 3 et 4, les tentatives de commettre ces infractions, les actes préparatoires et la participation intentionnelle à ces actes doivent aussi être punis.

L'article 14 dispose que:

“Chacune des Parties à la présente Convention doit créer ou maintenir un service chargé de coordonner et de centraliser les résultats des recherches relatives aux infractions visées par la présente Convention. Ces services devront réunir tous les renseignements qui pourraient aider à prévenir et à réprimer les infractions visées par la présente Convention et devront se tenir en contact étroit avec les services correspondants des autres États.”

Aux termes de l'article 16, les Parties conviennent également “de prendre ou d'encourager, par l'intermédiaire de leurs services sociaux, économiques, d'enseignement, d'hygiène et autres services connexes, qu'ils soient publics ou privés, des mesures propres à prévenir la prostitution et à assurer la rééducation et le reclassement des victimes de la prostitution et des infractions visées par la présente Convention.”

En 1985, cette Convention n'avait été ratifiée que par 53 États. Cela tient en partie, prétend-on, au fait que certains États ne s'intéressent pas à la lutte contre la prostitution, ou préfèrent fermer les yeux sur le problème. Cependant, certains États éprouvent peut-être des difficultés en raison de l'article 2 de la Convention, qui prévoit la punition de toute personne qui possède, gère ou finance une maison de prostitution et de l'article 6, qui condamne l'inscription sur des registres spéciaux des personnes qui se livrent à la prostitution.

Aux termes de l'article 24(1) du *Pacte international des Nations Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques*:

“Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.”

Il ne fait pas de doute que la traite des enfants en vue de leur exploitation sexuelle viole des dispositions internationales bien établies relatives aux droits de l'homme en général et des dispositions qui traitent plus spécifiquement de l'exploitation sexuelle. Néanmoins, ces dispositions ne constituent pas, semble-t-il, une protection suffisante contre l'exploitation des enfants.

3.2 *Législation nationale*

La traite des enfants est généralement considérée comme un phénomène inconnu en Europe. La traite des esclaves est réprimée par les différents codes pénaux. L'enlèvement est puni soit parce qu'il constitue une infraction pénale en lui-même soit parce qu'il constitue une privation illicite de liberté. La loi protège les enfants contre l'exploitation sexuelle au même titre que les adultes. En outre, les législations nationales imposent un âge minimum au-dessous duquel il est interdit d'avoir des relations sexuelles avec un enfant.

4. Initiatives récentes

4.1 *Initiatives du Conseil de l'Europe*

L'exploitation sexuelle des enfants a été l'un des sujets examinés lors d'une conférence des ministres nordiques de la Justice qui s'est tenue au Danemark en août 1986. Les ministres sont convenus de proposer au Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) que cette question soit inscrite à l'ordre du jour du Conseil et qu'un comité restreint d'experts soit créé. En même temps, le Conseil scientifique criminologique a examiné la question de la traite et de l'exploitation des enfants. Lors d'une réunion commune qu'ils ont tenue en mars 1987, le Bureau du CDPC et le Conseil scientifique criminologique sont convenus de proposer que le sujet soit inscrit sur la liste des activités futures du CDPC.

Lors de la 36^e session plénière du CDPC, qui s'est tenue du 22 au 26 juin 1987, le sujet de l'exploitation sexuelle, de la pornographie infantile et de la prostitution et de la traite des enfants et des jeunes femmes s'est vu attribuer la priorité la plus élevée. Le CDPC a approuvé le mandat d'un nouveau comité restreint d'experts dans sa décision CDPC/78/260687.

Le mandat est ainsi libellé (c'est nous qui soulignons):

“Le Comité restreint d'experts devrait examiner:

- a) *La situation dans les États membres en ce qui concerne l'exploitation sexuelle des enfants et des jeunes femmes, notamment l'ampleur et les formes de cette exploitation et les recherches relatives aux facteurs contribuant à ce phénomène.*

- b) *La législation et la pratique existant dans les États membres en ce qui concerne la lutte contre l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes femmes.*
- c) *Les accords internationaux spécifiques ou généraux applicables dans ce domaine.*
- d) *Les réformes envisagées ou souhaitables.*

Le Comité restreint devrait tenir compte des travaux du colloque d'Interpol en la matière (septembre 1987) ainsi que des conclusions de la 16^e Conférence des Ministres européens de la Justice (juin 1988).

Le Comité restreint devrait élaborer une recommandation fixant des principes directeurs pour la législation et la pratique nationales dans ce domaine.”

Le Comité des Ministres a approuvé la création du comité restreint. Lors de leur 413^e réunion, en novembre-décembre 1987, les Délégués des Ministres ont adopté une décision concernant la traite et les autres formes d'exploitation des enfants, qui contient entre autres les remarques générales suivantes:

“Le Comité des Ministres partage l'avis de l'Assemblée que la traite internationale des enfants à des fins telles que la prostitution, la pornographie, l'esclavage, l'adoption illégale, etc. est un phénomène inacceptable dans la société actuelle qui doit tendre par tous les moyens à assurer la protection des droits et le développement harmonieux des enfants. Il considère que l'exploitation sexuelle, la pornographie, et la prostitution ainsi que la traite des enfants constituent des formes de criminalité grave, en général de nature internationale, dont la prévention et la répression doivent être assurées par une coopération interétatique intensive.”

4.2 *Initiatives d'Interpol*

Interpol a organisé à St. Cloud en septembre 1987, une réunion européenne en matière d'exploitation de la prostitution et de la pornographie.

Les participants de cette réunion ont commencé par reconnaître qu'elle devait se proposer:

“de passer en revue les changements intervenus récemment (depuis 1980) en ce qui concerne... la situation concernant l'étendue et la nature de ce type d'activité criminelle dans la région européenne et la situation dans d'autres régions géographiques où cette activité actuellement une incidence sur la situation en Europe”

et:

“d'identifier et de définir les éléments

- a) susceptibles de revêtir une certaine valeur pour le Conseil de l'Europe pour l'étude qu'il a entreprise en vue de l'unification de la législation dans la région européenne;
- b) à inscrire à l'ordre du jour du colloque international que l'OIPC se propose d'organiser en 1988 sur la traite des êtres humains.”

Ainsi, la coopération entre le Conseil de l'Europe et Interpol a déjà commencé dans ce domaine.

Les participants à la réunion ont recommandé certaines mesures spécifiques contre l'exploitation de la prostitution et contre la pornographie:

1. Il a été recommandé que les pays envisagent d'adopter une législation permettant de rechercher et de confisquer les avoirs financiers provenant de l'exploitation de la prostitution et de la pornographie. Dans ce contexte, l'attention a été attirée sur la législation-type établie par l'OIPC-Interpol.
2. Il a été recommandé également que, dans le cadre des législations existantes, les autorités nationales renforcent leurs activités visant à la recherche, au gel, à la saisie, et, pour finir, à la confiscation des avoirs financiers provenant de ce type de criminalité.
3. Il paraît opportun que les pays de la région européenne, dans le cadre de leurs législations nationales, améliorent l'échange d'in-

formations sur les individus connus pour avoir des activités relatives à l'exploitation de la prostitution ou à la pornographie ou soupçonnés d'en avoir.

4. Les pays devraient aussi mieux rendre compte au Secrétariat général des enquêtes spécifiques ayant des implications internationales, afin de permettre à l'OIPC de compléter sa banque de données internationales sur les malfaiteurs se livrant à ces activités.
5. Il a été recommandé également d'envisager la réunion de groupes de travail pour aider certaines enquêtes spécifiques ayant des implications internationales.
6. Les participants sont tous convenus, d'une manière générale, qu'il fallait suivre de près le développement des activités dites de "tourisme du sexe", qui semblent prendre de l'ampleur en Europe."

4.3 Initiatives des Nations Unies

La question de l'exploitation sexuelle des enfants est inscrite à l'ordre du jour des Nations Unies depuis quelques années.

Dans la *Résolution 1983/30*, le Conseil économique et social (ECO-SOC) a condamné la prostitution internationale et a encouragé les États membres à ratifier et à mettre en oeuvre la *Convention de Genève du 12 septembre 1923 pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes*

Au cours de la 43^e session de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, qui s'est tenue en 1987, un *projet de Convention sur les droits de l'enfant* a été examiné.

Le groupe de travail chargé d'élaborer le projet de Convention a adopté en janvier 1987 la disposition spécifique ci-après sur la protection contre l'exploitation sexuelle (article 18 ter):

"Les États Parties à la présente Convention s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes l'exploitation sexuelle et contre le viol. A cet effet, les États prennent en particulier toutes les mesures nécessaires sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher:

- a) qu'un enfant soit incité ou contraint de se livrer à une activité sexuelle illégale;

- b) l'exploitation d'enfants dans la prostitution ou d'autres pratiques sexuelles illégales;
- c) l'exploitation d'enfants dans des représentations et des productions à caractère pornographique."

Dans le rapport du groupe de travail qui a été adopté lors de la 43^e session de la Commission des droits de l'homme, il est clairement indiqué que l'interdiction des productions à caractère pornographique utilisant des enfants englobe la production, la distribution et la vente de ces matériels.

Lors de sa 44^e session, la Commission des droits de l'homme a adopté sans vote la Résolution 1988/42 sur le rapport du groupe de travail sur l'esclavage de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

La Résolution présentée par les Pays-Bas, la Norvège, la Belgique, Costa Rica, la France et les Philippines invite le groupe de travail à établir un plan d'action pour ses travaux futurs concernant l'élimination des formes contemporaines d'esclavage y compris la traite des êtres humains et la prostitution d'autrui en portant une attention particulière à la lutte contre la prostitution infantile et la pornographie infantile. Elle recommande l'adoption à la première session du Comité économique et social d'une résolution dans laquelle tous les États membres sont invités à établir un programme spécial de lutte contre la prostitution des enfants. Elle encourage l'UNESCO à effectuer *l'étude sur la protection juridique et effective des mineurs contre la pornographie* qui a été recommandée par les experts nationaux réunis à Madrid du 9 au 21 mars 1986; elle invite également les États membres qui appartiennent à l'*Organisation internationale de police criminelle* à demander que l'Organisation inscrive le combat contre la traite internationale des enfants au nombre de ses priorités.

On peut voir dans tout cela l'expression d'une large reconnaissance politique de la nécessité de consacrer une attention particulière au problème de la prostitution et de la pornographie infantiles. L'adoption de la résolution par la Commission des droits de l'homme devrait servir en outre d'encouragement au groupe de travail lorsque celui-ci établira un plan d'action pour ses travaux futurs et pour les efforts contemporaines d'esclavage et des pratiques similaires. La Norvège se félicite de ces développements.

5. Action à mener

Le Comité restreint d'experts sur l'exploitation sexuelle, la pornographie et la prostitution, ainsi que la traite des enfants et des jeunes femmes présentera différentes réformes juridiques envisagées ou souhaitables. Le présent rapport n'approfondira donc pas cette question. Deux autres points, néanmoins, restent à souligner: la nécessité des recherches et celle de l'information.

5.1 Recherche

La quasi-totalité des organisations et des individus qui ont étudié le problème de l'augmentation de l'exploitation sexuelle des enfants regrettent le manque de documentation et d'information en la matière. De temps à autre on a essayé de dresser un tableau de la situation, mais rien de systématique n'a été fait sur une grande échelle. Tant que l'on saura si peu de choses sur l'ampleur du problème, au moins en Europe occidentale, il sera difficile d'engager une action efficace en la matière.

5.2 Information

L'information sur l'exploitation sexuelle des enfants est peut-être l'arme la plus efficace contre le phénomène. Plusieurs rapports soulignent que les autorités de tous les pays sont très sensibles aux allégations concernant l'exploitation des enfants. Ces allégations font aux pays en question une publicité dont ils se passeraient volontiers. Il est donc indispensable de mener des campagnes d'information d'envergure sur le plan national et international, visant à la fois l'opinion publique et les décideurs et faisant état des effets néfastes des violences sexuelles exercées à l'encontre des enfants tant sur les victimes que sur l'ensemble de la société. L'expérience montre que l'attention du public peut entraîner des réactions de la part des autorités.

5.3 Nouvelles initiatives du Conseil de l'Europe

Il est de la plus haute importance que les autorités prennent des initiatives. Les organisations non gouvernementales ne peuvent à elles seules éliminer les violences sexuelles exercées à l'encontre des enfants. En premier lieu elles ne disposent pas de pouvoirs leur permettant de lutter contre le phénomène par la législation et par l'action de la police. En second lieu,

leur influence directe sur la politique sociale ou l'action sociale en général est faible. Dans des régions où des dizaines ou même des centaines de milliers d'enfants sont victimes de violences sexuelles, les projets d'assistance de ces organisations ne suffisent pas à éliminer le phénomène et à modifier radicalement la situation.

Les campagnes doivent être mondiales. Il sera impossible de briser les associations criminelles qui sont derrière la prostitution et la pornographie infantiles si la solidarité internationale n'entre pas en jeu. C'est ainsi qu'il faut également exercer des pressions dans les pays d'où viennent les adeptes du tourisme du sexe. Dans ce contexte, il serait extrêmement utile que les Ministres européens de la Justice expriment leur position sur ce problème et condamnent ce genre de violation des droits de l'homme.

Dans le texte soumis par les délégations norvégienne, danoise, suédoise et islandaise (appuyées par l'observateur finlandais) au Comité européen pour les problèmes criminels, il est proposé que les Ministres de la Justice recommandent notamment aux États membres:

- “i. de ratifier la Convention des Nations Unies sur la traite des êtres humains ou d'harmoniser leur législation nationale sur l'exploitation sexuelle des enfants en fonction des principales dispositions de cette Convention;
- ii. d'adopter une peine minimale pour les personnes qui participent à la prostitution des enfants;
- iii. d'examiner l'opportunité de permettre à tous les États de poursuivre et de punir les personnes qui organisent ou facilitent la traite des enfants, indépendamment de la question de savoir si l'infraction est commise en dehors du territoire national ou à l'intérieur de celui-ci;
- iv. d'envisager la possibilité de confisquer les bénéfices provenant de l'infraction;
- v. de s'engager à améliorer leur contrôle des lieux où les enfants peuvent se livrer à la prostitution et d'intensifier leur étude de cette infraction. La surveillance dans les gares, les aéroports, les ports maritimes et les autres lieux publics devrait faire l'objet de

mesures appropriées, en vue d'empêcher la traite internationale des enfants à des fins de prostitution, etc.;

- vi. dans la mesure où les États membres sont affectés, d'établir des contacts bilatéraux avec les pays d'origine des mineurs soumis à une exploitation sexuelle, afin de les encourager à porter aux problèmes l'attention qu'ils méritent."

La rareté des informations dont on dispose actuellement ne devrait pas empêcher la mise en oeuvre de ces propositions, étant donné que les conséquences néfastes de ces abus sont évidentes.

BIBLIOGRAPHIE

Alf G. Andersen: "Rapport international sur la pornographie infantile, la prostitution et la traite des enfants", Rapport établi sous l'autorité du Ministère norvégien de la Justice, mai 1987.

Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire: "Rapport sur la traite et les autres formes d'exploitation des enfants", 10 septembre 1987, Doc. 5777.

Interpol: Rapport de la "Réunion européenne en matière d'exploitation de la prostitution et de la pornographie", St. Cloud, 28-29 septembre 1987.

D'autres références, notamment à l'Organisation internationale de défense des enfants ("Defence for Children International"), sont indiquées dans ces rapports.

**16^e CONFERENCE
DES MINISTRES EUROPEENS DE LA JUSTICE**

RESOLUTION N.º 3

**sur l'exploitation sexuelle, la pornographie et la prostitution,
ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes adultes**

Les Ministres participant à la Seizième Conférence des Ministres européens de la Justice (Lisbonne, 1988),

Ayant examiné le rapport du Ministre de la Justice de la Norvège, relatif à l'exploitation sexuelle, la pornographie et la prostitution, ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes femmes;

Conscients de l'importance du problème de la protection des enfants et des jeunes adultes contre toute exploitation de leur inexpérience ou de leurs conditions économiques éventuellement précaires aux fins de la prostitution ou de la pornographie ou de toute autre forme d'abus sexuel;

Considérant que le trafic d'enfants ou de jeunes adultes, venant notamment des pays les plus défavorisés, aux fins de leur exploitation sexuelle constitue une forme particulièrement grave de la criminalité internationale;

Considérant les effets particulièrement néfastes de ces comportements criminels sur le développement physique et psychique des enfants ou des jeunes adultes;

Considérant la nécessité d'établir, dans le cadre du Conseil de l'Europe, une politique commune et une coopération internationale pour la prévention et la répression des comportements criminels précités;

Vu la Recommandation n.º 1065 (1987) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe ainsi que le rapport y relatif (Doc. 5777);

Tenant compte des travaux des Nations Unies ainsi que de l'Organisation Internationale de Police Criminelle — INTERPOL dans ce domaine;

Se félicitant de la création par le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) d'un Comité restreint d'experts sur l'exploitation sexuelle, la prostitution, la pornographie ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes adultes,

RECOMMANDENT au Comité des Ministres:

I. d'inviter les États membres à:

1. mettre tout en oeuvre pour obtenir des informations précises et actualisées sur la nature et l'ampleur de l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes adultes dans leur pays;
2. rendre l'opinion publique et les autorités compétentes conscients du problème en diffusant des informations adéquates;
3. prendre des mesures préventives adéquates y inclus le contrôle des lieux où les enfants et les jeunes adultes peuvent se livrer à la prostitution ou être livrés à d'autres formes d'exploitation sexuelle;
4. examiner l'opportunité de permettre à tous les États de poursuivre et de punir les personnes qui organisent ou facilitent la traite des enfants et des jeunes adultes, indépendamment de la question de savoir si l'infraction est commise en dehors du territoire national ou à l'intérieur de celui-ci;
5. prévoir dans leur législation une peine sévère pour les personnes qui organisent la prostitution des enfants;

envisager la possibilité de confisquer les produits des infractions dans ce domaine;

harmoniser leurs législations nationales sur l'exploitation sexuelle des enfants et des jeunes adultes à la lumière des instruments internationaux existants, entre autres de la Convention des Nations Unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui (1950), en même temps en examinant l'opportunité de réviser les instruments existants ou d'élaborer une Convention européenne dans ce domaine;

dans la mesure où les États membres sont affectés, établir des contacts bilatéraux avec les pays d'origine des enfants ou des jeunes adultes soumis à une exploitation sexuelle, afin de les encourager à porter aux problèmes l'attention que ceux-ci méritent.

II. d'inviter le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), par l'intermédiaire de son Comité restreint d'experts sur l'exploitation sexuelle, la prostitution, la pornographie ainsi que le trafic d'enfants et des jeunes filles adultes (PC-R-SE), à se pencher sur les points 1. à 8. ci-dessus en vue de faciliter l'adoption et la mise en oeuvre des mesures adéquates dans ces domaines.



ÍNDICE

VII CONFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS

(Relatórios Nacionais)

ITÁLIA

- La Giustizia Costituzionale nel quadro delle funzioni dello Stato
(con particolari riguardo alle specie ai contenuti ed effetti
delle decisioni sulla costituzionalità delle norme giuridiche) 9

REPÚBLICA SOCIALISTA FEDERATIVA DA JUGOSLÁVIA

- Verfassungsgerichtsbarkeit im macht — und selsterwaltungssystem
der SFRJ — arten, inhalt und Wirkung der entscheidungen
uber verfassungsmassigkeit und gesetzmassigkeit 51
- A jurisdição constitucional no sistema político e autogestor da
República Socialista Federativa da Jugoslávia — tipos,
conteúdo e efeito das decisões sobre a constitucionalidade e
a legalidade 81

PORTUGAL

A justiça constitucional no quadro das funções do Estado

Luís Nunes de Almeida 109

La justice constitutionnelle dans le cadre des fonctions de l'État

Luís Nunes de Almeida 147

SUIÇA

Die verfassungsrechtsprechung im Rahmen der Staatlichen Funktionen in Besug auf Arten, inhalt und wirkungen der entscheidungen uber die verfassungsmassigkeit von rechtsnormen

Peter Alexander Muller 185

A Justiça constitucional no quadro das funções do Estado, em especial tipos, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas

Peter Alexander Muller 223

DIREITO COMUNITÁRIO

Vias de recurso das empresas comunitárias: o processo por incumprimento previsto no artigo 169 do tratado CEE e a sua aplicação pela Comissão

A. Mattera 263

Les participations de l'Etat dans le capital d'entreprises constituant-elles des aides au sens de l'art. 92 du traité CEE

Aurelio Pappalardo 289

A aplicação do Direito Comunitário às relações entre os Estados membros e às suas empresas públicas — o artigo 90.º do Tratado CEE

Luis Miguel Pais Antunes 311

Anexo: Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades

Ministério Público Luxemburguês contra Madeleine Muller e outros (pedido de decisão prejudicial apresentado pelo “Tribunal prejudicial apresentado pelo “Tribunal d’arrondissement” do Luxemburgo) (Processo 10/71, Acórdão de 14 de Julho de 1971) 343

Giuseppe Sacchi (pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Biella) (Processo 155/73, Acórdão de 30 de Abril de 1974) 346

República Francesa, República Italiana e Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra a Comissão das Comunidades Europeias. Empresas públicas — transparência das relações financeiras com o Estado (Processos 188 a 190/80, Acórdão de 6 de Julho de 1982) 351

Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana. “Transparência das relações financeiras entre os Estados membros e as empresas públicas” (Processo 118/85, Acórdão de 16 de Julho de 1987) 359

Corine Bodson/PFRL (Pedido de decisão prejudicial da “Cour de Cassation” francesa). “Concorrência — serviço de cerimónias fúnebres — direitos especiais exclusivos”. (Processo 30/87, Acórdão de 4 de Maio de 1988) 362

Comissão das Comunidades Europeias contra a Grécia (Processo 226/87, Acórdão de 30 de Junho de 1988) 371

Disciplina comunitária da concorrência bancária

José Simões Patrício 375

La libre prestation des services dans le secteur de l'assurance
directe

Brigitte Dirik 447

*Anexo: Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades
— Commission C. Allemagne (Acórdão de 4 de Dezembro
de 1986)*

471

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Aplicação da Convenção europeia dos Direitos do Homem.

Pinheiro Farinha

Sumário das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do
Homem n.^{os} 116 a 120:

Agosi contra o Reino Unido 487

Gillow contra o Reino Unido 489

Unterpertinger contra a Áustria 491

Bozano contra a França 493

Johnston e outros contra a Irlanda 495

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Sumário e texto da decisão proferida no caso Unterperthinger contra a Áustria 498

Comissão Europeia dos Direitos do Homem

Sumário e texto da decisão proferida na queixa de P. contra Portugal 515

Comité de Ministros

Sumário e texto da resolução DH (85) 1 relativa as queixas de C. Medway e Ball contra o Reino Unido 518

Sumário e texto da Recomendação R (85) 8 sobre a objecção de consciência ao serviço militar obrigatório 521

Estudos sobre os direitos do Homem

Quelques réflexions au sujet d'un recours préjudiciel éventuel devant la Cour européenne des Droit de l'Homme

Dean Spielmann 527

CONSEIL DE L'EUROPE

16.^{ème} Conférence des Ministres européens de la Justice — Lisboa, 21/22 de juin 1988.

I — Questions pénales et criminologiques soulevées par la propagation des maladies contagieuses y compris de phénomène du SIDA.

Rapport présente par la délégation du Portugal 551

Note de la délégation espagnole 573

Note de la délégation Suisse	583
Finland: some legal aspects of HIV — infection	589
Résolution n.º 1 relative aux question pénales et criminologiques soulevées par la propagation des maladies contagieuses y compris le phénomène du SIDA	593
II — La primauté de l'intérêt de l'enfant dans le domaine du droit privé.	
Rapport de la délégation du Royaume-Uni	597
Résolution n.º 2 sur la primauté de l'intérêt de l'enfant dans le domaine du droit privé	615
III — L'exploitation sexuelle, la pornographie et la prosti- tution ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes femmes.	
Rapport de la délégation de la Norvege	621
Résolution n.º 3 sur l'exploitation sexuelle, la pornographie et la prostitution ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes adultes	643

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 Fax 67 47 79) — Telex 42701 PROCUR P

Composto
e impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
Lisboa