

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**VII CONFERÊNCIA
DOS
TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS
EUROPEUS**

**LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
DANS LE CADRE DES POUVOIRS DE L'ÉTAT,
A LA LUMIERE DES MODALITES,
DU CONTENU ET DES EFFETS DES DECISIONS
SUR LA CONSTITUTIONNALITE
DES NORMES JURIDIQUES.**

RAPPORT BELGE.

Etienne GUTT

Président de la Cour d'arbitrage

Louis-Paul SUETENS

Juge à la Cour d'arbitrage

Jacques VELU

Avocat général à la Cour de cassation

SOMMAIRE

INTRODUCTION

- A. Les actes législatifs
- B. Les actes administratifs

I. LA COUR D'ARBITRAGE

§ 1 — Le contenu des arrêts

- A. Les arrêts d'annulation
- B. La suspension des lois et décrets
- C. Les questions préjudicielles
- D. Bilan de l'oeuvre de la Cour d'arbitrage

§ 2 — La force juridique des arrêts

- A. Les arrêts rendus dans le cadre du contentieux de l'annulation
- B. Les arrêts statuant sur une question préjudicielle
- C. Autorité des arrêts vis-à-vis de la Cour d'arbitrage elle-même

§ 3 — L'effet dans le temps des arrêts

- A. Les arrêts d'annulation
- B. Les arrêts statuant sur une question préjudicielle

§ 4 — Conclusions

- A. Les pouvoirs de la Cour d'arbitrage en ce qui concerne la définition du contenu et des effets de ses arrêts
- B. La signification de l'action de la Cour d'arbitrage vis-à-vis du Pouvoir législatif
- C. La signification de l'action de la Cour d'arbitrage vis-à-vis des juridictions nationales
- D. La signification de l'action de la Cour d'arbitrage vis-à-vis des juridictions internationales

II. LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES ET ADMINISTRATIVES

§ 1 — Le contenu des décisions

- A. Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes législatifs
- B. Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes administratifs

§ 2 — La force juridique des décisions

- A. Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes législatifs
- B. Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes administratifs

§ 3 — L'effet dans le temps des décisions

- A. Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes législatifs
- B. Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes administratifs

§ 4 — Conclusions

- A. Les pouvoirs des juridictions judiciaires et administratives en ce qui concerne la définition du contenu et des effets de leurs décisions
- B. La signification de l'action des juridictions judiciaires et administratives vis-à-vis du pouvoir législatif
- C. La signification de l'action des juridictions judiciaires et administratives vis-à-vis de la Cour d'arbitrage
- D. La signification de l'action des juridictions judiciaires et administratives vis-à-vis des juridictions internationales



INTRODUCTION

1. A l'heure actuelle, trois types de normes législatives coexistent en Belgique: les lois nationales, les décrets communautaires (depuis 1970) et les décrets régionaux (depuis 1980); elle ont la même force juridique. (1) Il n'y a pas de juridiction à laquelle est confié un contrôle complet de la conformité des normes de droit interne à la Constitution (2); tant les juridictions judiciaires et administratives que la Cour d'arbitrage n'exercent qu'un contrôle limité (3).

(1) Sur la distribution des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions, voy. J. VELU, *Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle*. Rapport belge, VI^e Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes, Madrid, 1984.

(2) Les Communautés et les Régions n'ont pas de Constitution propre.

(3) Nous écarterons le problème du contrôle de la conformité des normes de droit interne aux normes de droit international; rappelons simplement que depuis l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation, il est généralement admis que «lorsqu'un conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international conventionnel qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne la règle établie par le traité doit prévaloir» (*Pas.*, 1971, I, 886, avec les conclusions de M. le procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, et A.C., 1971, 959).

Voy. aussi: Cass., 14 janvier 1976 (*Pas.*, 1976, I, 538, et A.C., 1976, 547); 26 septembre 1978 (*ibid.*, 1979, I, 126, et A.C. 1978-1979, 117) et 4 avril 1984 (*ibid.*, 1984, I, 920, et A.C. 1983-1984, 1029).

En vertu de cette jurisprudence, *tout* juge belge doit garantir la primauté du droit international conventionnel sur les normes de droit interne.

Comp., notamment, Cass., 17 janvier 1984, R.G. 8405 (*Pas.*, 1984, I, n.° 259, et A.C. 1983-1984, n.° 259); Conseil d'État, 25 septembre 1986, n.° 26 933, non encore publié, voy. J. VELU, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droit de l'homme*, 1981.

A. Les actes législatifs.

2. Aucune disposition de la Constitution de 1831 ne prévoyait ni n'interdisait de manière expresse (4) le contrôle juridictionnel des lois postérieures à la date où elle est devenue exécutoire (5).

Une vingtaine d'arrêtés de la *Cour de cassation* antérieures à 1974 (6) ont énoncé en substance que les juridictions n'avaient pas qualité pour contrôler la constitutionnalité des lois. La motivation de la plupart de ces arrêts était des plus concises. La formule généralement utilisée était «qu'il n'appartient pas au Pouvoir judiciaire de rechercher si telle disposition légale est ou non en harmonie avec tel article de la Constitution...». Quatre arrêts de la Cour (7) précisait que «le Pouvoir législatif, souverain dans son domaine, apprécie seul la constitutionnalité des lois » et «qu'il n'appartient donc pas au Pouvoir judiciaire de rechercher si une loi est ou non conforme à la Constitution».

La même solution était adoptée par la Cour en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des arrêtés-lois pris par le Roi pendant la guerre 1914/1918 (8), des arrêtés-lois pris par les ministres réunis en conseil pendant la guerre 1940/1944 (9) et des arrêtés-lois pris en vertu des lois de pouvoirs extraordinaires (10).

(4) Les travaux préparatoires de la Constitution de 1831 ne contiennent pas d'éléments traitant explicitement du problème.

(5) Pour ce qui est des lois antérieures, l'article 138 de la Constitution dispose: «A compter du jour où la Constitution sera exécutoire, toutes les lois, décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui y sont contraires sont abrogés».

(6) Cass., 23 juillet 1849 (*Pas.*, 1849, I, 443); 16 juillet 1894 (*ibid.*, 1894, I, 267); 19 juillet 1921, deux arrêts (*ibid.*, 1921, I, 455 et 456); 10 décembre 1928 (*ibid.*, 1929, I, 36); 13 mai 1935 (*ibid.*, 1935, I, 247); 14 octobre 1935 (*ibid.*, 1936, I, 1); 21 février 1938 (*ibid.*, 1938, I, 61); 10 janvier 1939 (*ibid.*, 1939, I, 4); 29 juin 1939 (*ibid.*, 1939, I, 341); 23 octobre 1939 (*ibid.*, 1939, I, 434); 29 juin 1944 (*ibid.*, 1944, I, 245); implicite (Voy. note 3, *ibid.*, 1967, I, 241, et A.C., 1967, 242); 14 mai 1945 (*ibid.*, 1945, I, 160, et A.C. 1945, 160); 18 octobre 1949 (*ibid.*, 1950, I, 90, A.C. 1950, 84); 14 décembre 1950 (*ibid.*, 1951, I, 242, et A.C., 1951, 196); 26 novembre 1951 (*ibid.*, 1952, I, 157, et A.C. 1952, 142); 7 février 1956 (*ibid.*, 1956, I, 592, et A.C. 1956, 462); 20 septembre 1956 (*ibid.*, 1957, I, 22, et A.C. 1957, 12); 20 novembre 1962 (*ibid.*, 1963, I, 362) et 21 octobre 1966 (*ibid.*, 1967, I, 240, et A.C. 1967, 242).

(7) Cass., 13 mai 1935, 14 octobre 1935, 21 février 1938 et 10 janvier 1939 (cités à la note précédente).

(8) Cass., 19 juillet 1921, deux arrêts (*Pas.*, 1921 I, 455 et 456); cons. cass., 11 février et 4 juin 1919 (*ibid.*, 1919, I, 9 et 70, 97 et 153); 18 février et 27 avril 1920 (*ibid.*, I, 62, et 124).

(9) Cass., 14 mai 1945 (*Pas.*, 1945, I, 160, et A.C., 1945, 160); 18 octobre 1949 (*ibid.*, 1950, I, 90, et A.C., 1950, 84); cons. cass., 6, 13 et 27 novembre et 11 décembre 1944 (*ibid.*, 1945, I, 23, 33,

Hormis quelques décisions isolées ⁽¹¹⁾, la jurisprudence des *autres juridictions* et notamment du Conseil d'État ⁽¹²⁾ allait dans le même sens.

Certains commentateurs ont cru pouvoir déceler un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation dans un arrêt de 3 mai 1974 ⁽¹³⁾. M. le procureur général Ganshof van der Meersch avait soutenu, dans ses conclusions, que les juridictions judiciaires ont qualité pour contrôler la constitutionnalité des lois. L'arrêt, donc les termes permettent sur ce point des interprétations diverses, a suscité quant à sa portée de nombreuses controverses: s'il n'affirme plus expressément, comme les arrêts antérieures, que les juridictions n'ont pas qualité pour contrôler la constitutionnalité des lois, il ne se rallie pas non plus expressément à la thèse du ministère public. La Cour de cassation a rendu deux arrêts identiques à celui du 3 mai 1974, les 25 juin et 6 septembre 1974 ⁽¹⁴⁾. Quoi qu'il en soit, aucun arrêt ultérieur

54 et 65, et A.C., 1945, 26, 37, 46 et 60); 3 mars 1947 (*ibid.*, 1947, I, 94 et A.C., 1947, 69); et 15 mars 1948 (*ibid.*, 1948, I, 173, et A.C., 1948, 154).

⁽¹⁰⁾ Cass., 27 janvier 1943 (*Pas.*, 1943, I, 32, et A.C., 1943, 14); 7 octobre et 9 décembre 1946 (*ibid.*, 1946, I, 353 et 468, et A.C., 1946, 326 et 432); 27 février 1947 (*ibid.*, 1947, I, 92, et A.C., 1947, 68); 22 novembre 1948 (*ibid.*, 1948, I, 654, et A.C., 1948, 576); 17 octobre 1949 (*ibid.*, 1950, I, 81, et A.C., 1950, 75) et 28 novembre 1955 (*ibid.*, 1956, I, 295 et la note 3, et A.C. 1956, 239); cons. cass., 10 février, 28 juin et 5 juillet 1943 (*ibid.*, 1943, I, 61, 273 et 282, et A.C., 1943, 40, 150 et 157) et 20 mars 1947 (*ibid.*, 1947, I, 118, et A.C., 1947, 87).

⁽¹¹⁾ Corr. Mons. 30 mai 1928 (*Pas.*, 1928, III, 200); corr. Bruges, 21 juin 1928 (*ibid.*, 1928 III, 202); comm. Liège, 3 novembre 1937 (*Jurisprudence de la Cour d'appel de Liège*, 1938, 47); civ. Bruxelles 5 juin 1973 (*R.W.* 1972-1973, col. 1002; *Pas.*, 1974, III, 66); corr. Bruxelles, 14 décembre 1973 (*Pas.*, 1974, III, 69).
Voy. notamment L.P. SÜETENS, «De toetsing van de wet aan de Grondwet note sous civ. Bruxelles, 5 juin 1973, *R.W.*, 1973-1974, 1001.

⁽¹²⁾ C.E. 23 mars 1951 (*R.A.A.C.E.*, 1951, p. 123); 28 janvier 1953 (*ibid.*, 1953, p. 114); 14 juillet 1955 (*ibid.*, 1955, p. 669, *Pas.*, 1956, IV, 131 et note); 3 octobre 1957 (*R.A.A.C.E.*, 1957, p. 531); 11 avril 1961 (*ibid.*, 1961, p. 345); 20 mars 1964 (*ibid.*, 1964 p. 286); 19 novembre 1967 (*ibid.*, 1967, p. 955); 12 janvier 1968 quatre arrêts (*ibid.*, 1968, p. 34); 24 janvier 1969, deux arrêts (*ibid.*, 1969, p. 116); 31 janvier 1969, deux arrêts (*ibid.*, 1969, p. 143); 18 avril 1969 (*ibid.*, 1969, p. 405); 1^{er} février 1972 (*R.A.A.C.E.*, 1972, p. 79); 12 janvier 1973 (*ibid.*, 1973, p. 26); cons. également C.E., 1^{er} avril 1960 (*R.A.A.C.E.*, 1960, p. 312) et 19 décembre 1972 (*R.A.A.C.E.*, 1972, p. 985).

⁽¹³⁾ Cass., 3 mai 1974 (*Pas.*, 1974, I, 910, et A.C., 1974, 967; *J.T.*, 1974, 564, et les conclusions de M. le procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH). Voy. J. DE MEYER, note sous l'arrêt, *R.W.*, 1974-1975, col. 102; A. VANWELKENHUYSEN: «L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1974», *J.T.*, 1974, p. 577 et s. et p. 597 et s.

⁽¹⁴⁾ Cass., 25 juin 1974 (*Pas.*, 1974, I, 1114, et A.C., 1974, 496) et les conclusions de M. le procureur général DUMON, alors avocat général (*R.W.*, 1974-1975, col. 115); cass., 6 septembre 1974 (*Pas.*, 1975, I, 15, et A.C., 1976, 21). Voy notamment J. DELVA, «Actualiteit van de confrontatie van de rechter met de toetsing van de wet aan de Grondwet», *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 1978, p. 379 et s.

de la Cour de cassation n'a pris de manière explicite position sur le problème. Certains arrêts de la Cour ont parfois été considérés comme ayant exercé un contrôle implicite de la constitutionnalité de lois ou de décrets (15).

Par ailleurs, la Cour se reconnaît le pouvoir d'examiner si, en interprétant une disposition légale, le juge du fond n'a pas méconnu la Constitution (16).

Quelques décisions récentes de juridictions judiciaires de font ont rencontré l'exception d'inconstitutionnalité des lois et des décrets (17).

Quant à la jurisprudence du Conseil d'État, elle reste constante: les juridictions administratives sont incompétentes pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des actes législatifs qu'elle sont appelées à appliquer (18); à besoin, la haute juridiction administrative soulève cette incompétence d'office.

3. En 1980, le Constituant a ajouté à la Constitution l'article 107^{ter}, qui constitue la base pour la création de *la Cour d'arbitrage*. Cette juridiction, placée en dehors du Pouvoir judiciaire, exerce un contrôle de la constitutionnalité, qui est toutefois limité au contentieux de délimitation de compétences, c'est-à-dire celui de la régularité des lois (nationales) et des décrets (de la Communauté ou de la Région) par rapport exclusivement aux «règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions» (loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, article 1^{er}, § 1^{er}).

(15) Par exemple: cass., 11 juin 1979 (*Pas.*, 1979, I, 1166, et A.C., 1978-1979, 1192); 30 mars 1981, RG 2684 (*ibid.*, 1981, I, 818, et A.C., 1980-1981, 851) et 14 avril 1983, RG 6645 (*ibid.*, 1983, I, n.° 443, et A.C., 1982-1983, n.° 443).

(16) Cass., 20 novembre 1975 (*Pas.*, 1976, I, 347, et A.C., 1975, 359) et les conclusions de M. l'avocat général J. VELU et 16 novembre 1983, RG 3116 (*ibid.*, 1984, I, n.° 147, et A. C., 1983-1984, n.° 147).

(17) Trib. trav. Bruxelles, 11 mai 1976 (*R.W.*, 1975-1976, col. 107) et J. de P. Etterbeek, 4 novembre 1976 (*J.T.*, 1977, p. 257); comp. corr. Charleroi, 18 novembre 1980 (*J.T.*, 1981, p. 260 et note J. FALYS).

(18) C.E., 23 septembre 1975 (*R.A.C.E.*, 1975, p. 794); 30 mars 1977 (*ibid.*, 1977, p. 459); 11 avril 1979 (*ibid.*, 1979, p. 402); 6 juin 1979 (*ibid.*, 1979 p. 620); 28 novembre 1979 (*ibid.*, 1979 p. 1121); 28 mars 1980 (*ibid.*, 1980, p. 414); 6 juillet 1984 (*Administration publique — Mensuel*, 1984 p. 78); 23 avril, 14 mai et 18 juin 1985 (*ibid.*, 1985, p. 44, 60 et 92).

Ces règles sont principalement, d'une part, les articles 59bis (Communautés flamande et française), 59^{ter} (Communauté germanophone), et 107 quater (les Régions wallonne, flamande et bruxelloise) de la Constitution, et, d'autre part, les dispositions du titre II de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (19) et du titre II de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la communauté germanophone (20).

Le contrôle limité a posteriori de la Cour d'arbitrage connaît deux types:

a) Le contrôle *abstrait* des normes: il existe un recours direct au profit du Conseil des Ministres et de l'Exécutif d'une Communauté ou d'une Région, tendant à l'annulation, en tout ou en partie, d'une loi ou d'un décret (21).

b) Le contrôle *concret* des normes: la Cour d'arbitrage peut être interrogée par une juridiction ordinaire sur la question de la conformité d'une loi ou d'un décret aux règles constitutionnelles de répartition des compétences (22).

(19) Cour d'arbitrage, 22 octobre 1986. arrêt n.° 27, affaire n.° 22: «Les diverses dispositions de ce titre (II) constituent un ensemble et ne peuvent donc être considérées de manière isolée, en faisant abstraction des rapports qui existent entre elles et de leur objet général.

Après avoir procédé aux articles 4, 5, 6 et 7 à des attributions de compétences matérielles, le législateur spécial a traité pour l'essentiel, dans les articles suivants du titre II, des moyens par lesquels l'exercice effectif desdites compétences matérielles peut se réaliser. Parmi ces dispositions, certaines sont également directement attributives de compétences, d'autres, par contre, visent à limiter ou à moduler l'usage qui peut être fait de ces dernières par le législateur décréteur. Toutes ces dispositions doivent être considérées comme des règles déterminant les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions».

(*Moniteur belge*, 13 novembre 1986, p. 15 413)

(20) La loi spéciale du 8 août 1980 ne s'applique ni à la communauté germanophone ni à la région bruxelloise.

(21) Dans un stade ultérieur, c'est-à-dire après la mise en oeuvre des articles 24 et 25 de la loi spéciale du 8 août 1980 relative à la composition du Conseil flamand, du Conseil de la Communauté française et du Conseil régional wallon, un tel recours pourra également être introduit par le président d'une assemblée législative, à la demande des deux tiers de ses membres.

Le droit de saisine n'est pas accordé aux individus; le contrôle abstrait des lois et décrets est exercé indépendamment de toute contestation au sujet d'un droit subjectif d'une personne physique ou morale; *Doc. Parl.*, Sénat, 1981-1982, n.° 246-1, p. 3.

(22) En principe, toutes les juridictions, en ce compris les juridictions suprêmes (Cour de cassation, Conseil d'État), sont tenues de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage. Il n'y a dispense de poser une question que dans trois cas (article 15. § 2, loi organique):

a) lorsque la Cour a déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet;

b) lorsque l'action est irrecevable pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle;

c) lorsque la juridiction concernée estime que la réponse à la question n'est pas nécessaire pour rendre sa décision.

4. Un contrôle *préventif* de la constitutionnalité des lois et des décrets est exercé par la section de législation du *Conseil d'État*.

En vertu de l'article 2 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation donne un avis motivé sur le texte des projets et propositions de loi et de décret — ainsi que des projets d'arrêtés réglementaires.

Comme le souligne J. MASQUELIN, «l'examen de la concordance et de la compatibilité d'un projet avec une règle d'autorité supérieure, loin d'excéder les attributions du Conseil d'État, rentre au contraire dans ses attributions les plus normales; aucun argument de texte ou d'interprétation de texte n'exclut l'exercice de cette attribution lorsque la règle d'autorité supérieure est la Constitution» (23).

Par ailleurs, les Ministres et les membres des Exécutifs communautaires ou régionaux, chacun pour ce qui le concerne, peuvent soumettre à l'avis de la section d'administration «toutes questions et affaires d'ordre administratif, non litigieuses» (article 9, lois coordonnées sur le Conseil d'État). Dans ce cadre, la section d'administration peut être appelée à donner un avis notamment sur des problèmes relatifs à la distribution des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions.

On notera que les avis de la section de législation et de la section d'administration ne lient, en définitive, ni les différentes assemblées législatives, ni le Gouvernement national ou les Exécutifs communautaires et régionaux, ni les juridictions ordinaires (24).

(23) J. MASQUELIN, De la section de législation, in: *Le Conseil d'État Les Nouvelles*, Droit administratif, tome IV, 1975, n.° 518, p. 133.

(24) Toutefois, lorsque, selon l'avis de la section de législation, un avant-projet ou une proposition de loi ou de décret — ainsi qu'un amendement ou un projet d'amendement — excède, selon le cas, la compétence de l'État, de la Communauté ou de la Région, cet avant-projet, cette proposition ou cet amendement sont renvoyés au Comité de concertation, comprenant huit membres représentant le Gouvernement national et les Exécutifs communautaires et régionaux (article 3, § 3, lois coordonnées sur le Conseil d'État; article 31, loi ordinaire du 9 août 1980 de réformes institutionnelles); voir J. VELU, Rapport belge, *op. cit.*, numéros 56, 62 à 65, 86. «Mais il (le Comité de concertation) n'est pas en mesure de leur imposer une solution, ce qui confirme tout à la fois les principes d'autonomie et d'égalité qui caractérisent l'aménagement de l'État (F. DELPEREE, *Le nouvel État belge*, 1986, p. 147).

B. Les actes administratifs.

5. Il convient de distinguer parmi les contrôles de constitutionnalité susceptibles d'être exercés a posteriori sur les actes administratifs, le contrôle par voie d'exception et les contrôles par voie d'action.

6. Le *contrôle par voie d'exception* est prévu par l'article 107 de la Constitution, lequel dispose: «Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois».

Il existe donc un contrôle de la constitutionnalité et de la légalité des «normes subordonnées», c'est-à-dire les arrêtés et règlements du Gouvernement national, des Exécutifs communautaires et régionaux, des institutions provinciales et communales, des organes de l'agglomération bruxelloise, des organes de gestion de certains services publics.

Toute juridiction contentieuse a l'obligation de refuser d'appliquer dans le cas d'espèce les actes et règlements administratifs non conformes à la Constitution ou aux lois et décrets.

7. Il existe plusieurs types de *contrôle par voie d'action*: le recours en annulation qui relève de la section d'administration du Conseil d'État, la demande en réparation et la demande en référé qui relèvent des juridictions judiciaires.

a) En vertu de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section d'administration du Conseil d'État statue, par voie d'arrêtés sur *les recours en annulation* pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives ou contre les décisions contentieuses administratives.

Le Conseil d'État est toutefois incompétent pour connaître d'un recours en annulation à l'appui duquel est invoquée l'inconstitutionnalité ou l'illégalité d'un acte administratif lorsque le justiciable dispose devant les juridictions judiciaires, d'une action ayant le même objet que le recours en annulation devant le Conseil d'État.

La compétence du Conseil d'État se trouve ainsi écartée dans deux hypothèses: soit lorsqu'une disposition légale spéciale a attribué aux juridictions judiciaires la compétence de connaître de recours dirigés contre un acte administratif déterminé ou dans une matière administrative déterminée (exemple: en matière fiscale, en matière de sécurité sociale, en matière d'expropriation) soit, lorsque l'objet véritable du recours en annulation est de soulever une contestation sur des droits subjectifs dont les juridictions judiciaires seules peuvent connaître en vertu des articles 92 et 93 de la Constitution (25).

«Mais il va de soi que la simple possibilité de soulever l'exception d'illégalité devant les tribunaux laisse subsister entièrement la compétence du Conseil d'Etat en ce qui concerne l'annulation de ce règlement, si un requérant saisit de pareille demande la haute juridiction administrative» (26).

b) Sur la base des articles 92 et 93 de la Constitution, 1382 et suivants du Code civil, une personne qui prétend avoir subi un préjudice par l'effet d'un acte administratif illicite peut introduire devant la juridiction judiciaire compétente (normalment, le tribunal de première instance) *une demande tendant à obtenir la réparation de ce préjudice* par l'autorité administrative responsable.

Lorsqu'une juridiction judiciaire est saisie d'une demande en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir résultant de ce qu'une autorité administrative a méconnu des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée, et qu'elle considère que cet excès de pouvoir est établi, elle doit, sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, nécessairement décider que l'autorité administrative, auteur de l'acte incriminé, a commis une faute et, pour autant que le lien causal entre l'excès de pouvoir et le dommage soit établi, ordonner la réparation de celui-ci. Si cet excès de pouvoir a antérieurement entraîné l'annulation

(25) Ces articles sont ainsi libellés:

— art. 92: «Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux»;

— art. 93: «Les contestations qui ont pour objet des droits politiques, sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi».

(26) Le Conseil d'État, Les Nouvelles, *op. cit.*, n.° 782, p. 220.

de l'acte administratif par le Conseil d'État, la constatation, par ce dernier, de l'excès de pouvoir s'impose à la juridiction judiciaire (27).

c) L'article 584 du Code judiciaire, relatif aux *demandes en référé* confère au juge des référés, en l'occurrence le président du tribunal de première instance, le pouvoir de «statuer au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au Pouvoir judiciaire».

Celui-ci est compétent pour ordonner à l'autorité administrative «toutes mesures nécessaires à la sauvegarde des droits de ceux qui ne peuvent y pourvoir», notamment afin de prévenir ou de faire cesser un acte illicite de cette autorité.

8. On examinera successivement le contrôle de constitutionnalité tel qu'il est exercé par la Cour d'arbitrage, d'une part (I), et par les juridictions judiciaires et administratives, d'autre part (II).

I. LA COUR D'ARBITRAGE

§ 1. *Le contenu des arrêts.*

9. La mission de la Cour d'arbitrage est double:

a) Elle statue sur les recours tendant à l'annulation totale ou partielle d'une loi ou d'un décret pour cause de violation des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives

(27) Cass., 13 mai 1982, RG 6434 (*Pas.*, 1982, I, 1056, et A.C., 1981-1982, 1134) et les conclusions de M. l'avocat général J. VELU

de l'État, des Communautés et des Régions (article 1^{er}, § 1^{er}, loi organique du 28 juin 1983) (28).

b) Elle statue sur les questions préjudicielles posées par les juridictions ordinaires et relatives à:

- la violation par une loi ou par un décret des règles de répartition de compétence (article 15, § 1^{er}, a, loi organique du 28 juin 1983);
- «tout conflit entre décrets communautaires ou entre décrets régionaux émanant de deux législateurs distincts et pour autant que le conflit résulte de leur champ d'application respectif» (article 15, § 1^{er}, b, loi organique du 28 juin 1983).

A. *Les arrêts d'annulation.*

10. La constatation de la violation d'une règle constitutionnelle de compétence conduit normalement à l'annulation pure et simple des normes légales ou décretales entreprises.

Par annulation, il faut entendre:

«Une opération juridique par laquelle une juridiction... déclare qu'un acte ne satisfait pas aux conditions requises pour sa validité et que, dès lors, il est nul» (29).

«L'annulation a... un effet rétroactif, ce qui implique que la norme annulée, ou la partie annulée de la norme, doit être considérée comme n'ayant jamais existé» (30).

(28) On notera que les recours peuvent également tendre à l'annulation, en tout ou en partie, d'une loi ou d'un décret par lesquels un traité international reçoit l'assentiment.

En revanche, il n'est pas possible en Belgique, à l'encontre de l'Allemagne fédérale, de demander la confirmation de la validité de la loi et de son applicabilité.

(29) Conseil d'État, avis complém., *Doc. parl.*, Sénat, 1981-1982, n.° 246-2, p. 359.

(30) Cour d'arbitrage, 16 décembre 1986, arrêt n.° 30, non encore publié.

11. L'annulation peut être totale ou partielle.

Les pouvoirs de la Cour d'arbitrage sont limités par les termes mêmes de la requête dont elle est saisie; si la Cour peut invoquer d'office des moyens non invoqués dans la requête ⁽³¹⁾, elle ne peut statuer sur des dispositions non contestées par le requérant (*ultra petita*) ⁽³²⁾.

Il s'ensuit que, pour que l'annulation puisse être totale, deux conditions doivent être remplies:

a) Le recours tend à l'annulation totale de la loi entreprise ou du décret entrepris ⁽³³⁾;

b) La Cour estime que toutes les dispositions de l'acte législatif entrepris doivent être considérées comme non conformes aux règles constitutionnelles de compétence, ou que les dispositions «innocentes» en soi ne sont pas dissociables de l'ensemble de l'acte législatif entrepris et doivent donc être annulées par voie de conséquence ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ Article 73, loi organique du 28 juin 1983.

⁽³²⁾ Ainsi, dans l'affaire n.° 8, le recours en annulation était limité aux seuls mots «(personnes ... employant ou occupant ...) *des travailleurs d'expression française*» figurant à l'article 1^{er} du décret du Conseil de la Communauté française du 29 juillet 1982 «relatif à la protection de la liberté de l'emploi des langues et de l'usage de la langue française en matière de relations sociales entre les employeurs et leur personnel ainsi que d'actes et documents des entreprises imposés par la loi et les règlements». L'arrêt n.° 9 de la Cour du 30 janvier 1986 n'annule que les mots «des travailleuses d'expression française». S'estimant strictement liée par les termes mêmes de la requête dont elle était saisie, la Cour n'annule même pas l'article 1^{er}, deuxième alinéa, dudit décret, alors, que cette disposition, qui mentionne un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la qualité de travailleur d'expression française est présumée, est devenue clairement sans objet.

⁽³³⁾ Il va de soi que la partie requérante peut demander non seulement l'annulation totale, mais aussi, plus prudemment, l'annulation «totale ou partielle».

⁽³⁴⁾ Dans l'affaire n.° 17, le recours tendait à l'annulation *totale* du décret du Conseil régional wallon du 1^{er} février 1985 relatif à la rationalisation du secteur de la distribution de l'électricité et du gaz. La Cour, après avoir décidé que les articles 1^{er} et 2 dudit décret excèdent la compétence de la Région, estime que les dispositions des autres articles de ce décret «ne sont pas dissociables de l'ensemble du décret et doivent donc être annulés par voie de conséquence» (arrêt n.° 3 du 28 juin 1985).

Le même procédé est utilisé dans l'arrêt n.° 17 du 26 mars 1986, où il est explicitement justifié par la considération suivante: «Il ne se justifie pas de laisser subsister comme élément du droit positif, en tant que résultat d'une conjonction d'annulations partielles, un ensemble de normes dépourvues de toute portée réelle et d'imputer au législateur... la responsabilité de telles dispositions dont il est établi qu'elles ne correspondent pas à l'objectif recherché par lui».

Si tel n'est pas le cas, la Cour limite l'annulation aux seules dispositions qui conduisent la loi ou le décret au-delà de leurs compétences matérielles et territoriales. En outre, la Cour utilise, le cas échéant, la technique de l'annulation partielle «qualitative» (35).

12. Rien ne semble faire obstacle à l'utilisation par la Cour de la technique de l'interprétation conforme, pour autant qu'elle respecte clairement l'économie de la loi ou du décret. En considérant que la norme entreprise est conforme aux règles constitutionnelles de compétence et en la maintenant en vigueur, à condition que son interprétation soit conforme à celle donnée par la Cour, il est possible d'éviter la rigueur de la sanction d'annulation.

13. A l'encontre du tribunal constitutionnel fédéral allemand, la Cour d'arbitrage belge n'est pas à même d'utiliser la technique de la déclaration d'inconstitutionnalité sans annulation subséquente ou celle de l'annulation différée.

B. La suspension des lois et décrets.

14. Pour être complet, il faut faire observer qu'à la demande de la partie requérante — (demande formée dans la requête en annulation ou par un acte distinct) — , la Cour peut, par décision motivée, suspendre en tout ou en partie la

(35) Dans l'affaire n.° 24, la Cour était saisie d'une demande d'annulation *totale* du décret du Conseil culturel de la Communauté culturelle néerlandaise — (ainsi dénommé en 1973 — aujourd'hui le Conseil flamand) — du 19 juillet 1973 réglant l'emploi des langues en matière de relations sociales entre employeurs et travailleurs, ainsi qu'en matière d'actes et de documents d'entreprises prescrits par la loi et les règlements.

Dans l'arrêt n.° 10 du 30 janvier 1986, l'annulation reste limitée aux dispositions du décret conduisant celui-ci au-delà de ses compétences matérielles et territoriales (l'article 1^{er}, alinéa premier (partiellement); l'article 4, § 3; l'article 5, alinéa 1^{er} (partiellement)).

Mais la Cour utilise en outre la technique de l'*annulation partielle qualitative*: «le décret précité est annulé *dans le mesure* ou son champ d'application, tel qu'il est défini à l'article premier, comprend les communes ou groupes de communes de la région de langue néerlandaise contigus à une autre région linguistique et où la loi prescrit ou permet l'emploi d'une autre langue que celle de la région dans laquelle ils sont situés».

loi ou le décret qui fait l'objet d'un recours en annulation (article 8, loi organique du 28 juin 1983).

Deux conditions doivent être remplies pour que la suspension puisse être décidée:

a) Des moyens sérieux doivent être invoqués;

b) L'exécution immédiate de la loi ou du décret attaqués doit risquer de causer un préjudice grave difficilement réparable.

Comme ces deux conditions sont cumulatives, la constatation que l'une d'elles n'est pas satisfaite entraîne le rejet de la demande de suspension.

Si la suspension est décidée, la Cour doit se prononcer sur la demande principale dans les trois mois du prononcé de l'arrêt de suspension. Ce délai ne peut être prorogé. Si l'arrêt sur la demande principale n'est pas rendu dans ce délai, la suspension cesse immédiatement ses effets.

C. Les questions préjudicielles.

15. Le système de la question préjudicielle est un procédé juridique connu tant en droit interne qu'en droit international (36).

16. La Cour d'arbitrage est tenue de limiter son examen aux dispositions au sujet desquelles le juge du fond a posé la question préjudicielle.

17. En ce qui concerne les questions préjudicielles relatives à la violation d'une règle constitutionnelle de compétence — hypothèse de l'article 15, § 1^{er}, a, de la loi organique — R. SENELLE note, à juste titre:

(36) Article 51, arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État (l'inscription de faux);

— Article 6, traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux, approuvé par la loi du 18 juillet 1969 (questions d'interprétation des règles juridiques communes aux trois pays du Benelux);

— Article 177, traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne.

«L'objet du contrôle exercé par la Cour d'arbitrage dans le cadre d'une question préjudicielle ne diffère pas de celui qui entre dans le cadre d'un recours en annulation. Une question préjudicielle adressée par une juridiction à la Cour d'arbitrage est possible tant dans le cas d'un conflit actuel que dans le cas d'un conflit virtuel. Il s'agit du contrôle des mêmes normes et de la violation des mêmes règles de compétence» (37).

18. Après de longues discussions, notamment à la commission compétente du Sénat, le législateur avait estimé que des conflits de normes sans excès de compétence pourraient survenir, mais seulement entre soit deux décrets communautaires soit deux décrets régionaux émanant dans chaque cas de deux législateurs différents (article 15, § 1^{er} b) loi organique du 28 juin 1983) (38).

Dans son arrêt du 30 janvier 1986, la Cour d'arbitrage décide, en matière de l'emploi des langues dans les relations sociales, que les dispositions constitutionnelles «ont déterminé une répartition *exclusive* de compétence territoriale. Un tel système suppose que l'objet de toute norme adopté par un législateur communautaire puisse être localisé dans le territoire de sa compétence de sorte que toute relation et toute situation concrètes soient réglées par un seul législateur» (39).

A ce sujet, J. VELAERS observe: «La manière de voir de la Cour d'arbitrage que «toute relation et toute situation concrètes soient réglées par un seul législateur» paraît avoir enlevé sa raison d'être à l'article 15, § 1^{er}, b, de la loi du 28 juin 1983» (40).

On peut se demander si ce jugement n'est pas trop absolu.

(37) R. SENELLE, *La réforme de l'État belge*, t. IV, Bruxelles, 1985, p. 248.

(38) *Doc. parl.*, Sénat, 1981-1982, n.° 246-2, avec les avis rendus par les professeurs M. GOTHOT, J. MERTENS de WILMARS et J. VELU.

(39) *Moniteur belge*, 12 février 1986, p. 1712.

(40) J. VELAERS, «Het Arbitragehof herstelt de rechtszekerheid. De arresten van 30 januari 1986 inzake het taalgebruik in de sociale betrekkingen», *R.W.*, 1985-1986, 1963.

D. Bilan de l'oeuvre de la Cour d'arbitrage.

19. Depuis son installation, le 2 octobre 1984, jusqu'au 31 décembre 1986, la Cour a rendu trente arrêts.

Type de recours (1)	1985	1986
Recours en annulation	2	10
Demandes de suspension	2	—
Questions préjudicelles	—	13

(1) En outre, il y a eu trois arrêts relatifs à la composition de la Cour.

En ce qui concerne les douze arrêts rendus sur recours en annulation, le nombre d'annulations (totales ou partielles) s'élève à sept, ce qui donne un pourcentage d'annulations de lois ou de décrets de 58%.

Au 1^{er}, janvier 1987, la Cour restait saisie de sept recours en annulation, d'une demande de suspension et de dix questions préjudicielles.

§ 2. La force juridique des arrêts.

A. Les arrêts rendus dans le cadre du contentieux de l'annulation.

20. Les arrêts d'annulation ont autorité absolue de chose jugée et valent *erga omnes*, à partir de leur publication au Moniteur belge (article 7, § 1^{er}, loi organique du 28 juin 1983).

21. Les arrêts portant rejet d'un recours en annulation sont obligatoires pour les juridictions, mais seulement en ce qui concerne la question de compétence tranchée par ces arrêts (article 7, §2, loi organique du 28 juin 1983).

«Si la Cour rejette le recours pour des raisons étrangères à la question de compétence, par exemple parce qu'il est irrecevable, les juridictions ne sont pas liées par l'arrêt» (41).

22. Les arrêts ordonnant la suspension d'une loi ou d'un décret faisant l'objet d'un recours en annulation valent *erga omnes* à partir de leur publication au Moniteur belge (article 13, loi organique du 28 juin 1983) (42).

Comme nous l'avons déjà indiqué, la suspension cesse ses effets si la Cour ne rend pas son arrêt sur la demande principale dans les trois mois du prononcé de l'arrêt ordonnant la suspension (article 14, loi organique du 28 juin 1983).

B . *Les arrêts statuant sur une question préjudicielle.*

23. Les arrêts rendus para la Cour d'arbitrage em réponse à une question préjudicielle n'ont autorité de chose jugée que dans la mesure où ils concernent l'affaire qui a donné lieu à la question préjudicielle.

Aux termes de l'article 17 de la loi organique du 28 de juin 1983, la juridiction qui a posé la question préjudicielle ainsi que toutes autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire sont tenues de se conformer à l'arrêt de la Cour d'arbitrage pour la solution du litige à l'occasion duquel la question a été posée.

«Ainsi, lorsqu'une question a été posée par le premier juge, tant le juge d'appel que la Cour de cassation seront liés par l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage» (43).

C. *Autorité des arrêts vis-à-vis de la Cour d'arbitrage elle-même.*

24. Aucune disposition de la loi organique du 28 juin 1983 ne fait obstacle à des évolutions de la jurisprudence de la part de la Cour d'arbitrage. Jusqu'à présent, un tel revirement ne s'est pas produit.

(41) J. VELU, Rapport belge, *op. cit.*, n.° 98.

(42) Cette publication doit avoir lieu dans les cinq jours du prononcé.

(43) E. KRINGS, *Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage*, 1985, p. 50.

§ 3. *L'effet dans le temps des arrêts.*

A. *Les arrêts d'annulation.*

25. «L'annulation opérant avec effet rétroactif (*ex tunc*) est la seule sanction que puisse prononcer la Cour d'arbitrage à l'encontre d'une loi ou d'un décret ayant transgressé les règles constitutionnelles ou prises en vertu de la Constitution en vue de répartir les compétences entre l'État, les Communautés et les Régions»⁽⁴⁴⁾.

Toutefois, deux techniques ont été élaborées par le législateur afin de régler le sort des décisions juridictionnelles et des actes administratifs ayant perdu leur fondement normatif en raison de l'effet rétroactif de l'annulation, par la Cour d'arbitrage, de la norme qui en assurait le fondement.

26. Aux termes de l'article 6, deuxième alinéa, de la loi organique, la Cour d'arbitrage a la faculté d'indiquer «ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine».

L'article 1^{er} de la loi du mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage précise que la Cour ne peut restreindre la portée de l'annulation que par voie de disposition générale.

Il n'appartient pas à la Cour d'arbitrage de décider quels actes administratifs doivent être annulés ou non. Si la Cour d'arbitrage avait à se prononcer sur l'existence, la caducité ou l'annulation d'actes administratifs apparemment fondés sur une norme annulée, elle aurait également à examiner si ces actes ne demeureraient pas valables du fait de l'existence d'autres normes. La Cour d'arbitrage n'a pas été conçue et créée pour procéder à de tels contrôles ⁽⁴⁵⁾.

En revanche, la Cour peut décider que la validité ou l'existence d'un acte administratif devra être appréciée en tenant compte, pour la période que la Cour détermine, de la norme qu'elle annule ⁽⁴⁶⁾.

Jusqu'à ce jour, la Cour n'a pas encore fait usage de cette faculté.

⁽⁴⁴⁾ M.F. RIGAUX, «L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée», *J. T.*, 1986, p. 590, n.° 13.

⁽⁴⁵⁾ *Doc. parl.*, Sénat 1983-1984, n.° 579-3, p. 21.

⁽⁴⁶⁾ Le législateur a donc clairement écarté la théorie dite de «l'inexistence» des actes fondés sur des dispositions annulées.

27. En outre, la loi du 10 mai 1985 a créé une nouvelle voie de recours extraordinaire, la *rétractation*, qui peut être introduite tant contre les décisions rendues en matière pénale (article 2) que contre les décisions ordonnant l'internement (article 6), les décisions rendues en matière civile (article 8) et les arrêts du Conseil d'État (article 9) (47).

Le législateur a conçu cette voie de recours en se fondant principalement sur la considération «que c'est au juge qu'il appartient d'examiner dans quelle mesure l'annulation porte atteinte à la légalité de la décision qui a été prononcée originellement. Il ne peut donc être question d'automatisme» (48).

28. La rétractation présente les caractéristiques suivantes:

- a) La demande de rétractation doit être introduite auprès de la juridiction qui a prononcé la décision fondée sur une disposition d'une loi ou d'un décret, qui ensuite a été annulée par la Cour d'arbitrage, ou d'un règlement pris en exécution d'une telle loi ou d'un tel décret;
- b) La demande de rétractation doit être formée dans les six mois de la publication de l'arrêt de la Cour d'arbitrage au Moniteur belge;
- c) La rétractation n'est possible que pour les décisions passées en force de chose jugée (49);
- d) Elle peut être ou partielle.

29. En matière *pénale*, il incombe au ministère public de demander la rétractation. En outre, peuvent également demander la rétractation d'une décision contenant une condamnation pénale (50): le condamné; celui qui a fait l'objet d'une

(47) Sur l'ensemble de cette innovation, voy. l'excellente étude de E. KRINGS, citée à la note 43.

(48) E. KRINGS. *op. cit.*, p. 21.

(49) Article 28, Code Judiciaire: «Toute décision passe en force de chose jugée dès qu'elle n'est plus susceptible d'opposition ou d'appel, sauf les exceptions prévues par la loi et sans préjudice des effets des recours extraordinaires»; voy. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 1985, pp. 267-286.

(50) Ces personnes peuvent demander la rétractation indépendamment du ministère public.

décision ordonnant la suspension du prononcé de la condamnation; les proches parents (le conjoint, les descendants et ascendants, les frères et sœurs) agissant pour un condamné décédé ou représentant un condamné dont l'interdiction a été prononcée ou qui se trouve en état d'absence déclarée; la partie déclarée civilement responsable (51).

Dans les limites où elle est prononcée, la rétractation rend non avenues les condamnations pénales fondées sur une loi ou un décret annulé, ou sur un règlement pris en exécution d'une telle loi ou d'un tel décret, ainsi que les décisions de suspension du prononcé de telles condamnations. Mais si les faits qui ont donné lieu au jugement rétracté demeurent punissables en vertu de dispositions redevenues applicables par l'effet de l'annulation, le juge saisi de la demande de rétractation peut, sur les réquisitions du ministère public et pourvu que l'action publique ne soit pas prescrite, prononcer de nouvelles condamnations, sans toutefois qu'il puisse s'ensuivre une aggravation des peines.

«La rétractation de la condamnation sur le plan pénal annihile la base de la condamnation sur le plan civil.

La condamnation pénale disparaît mais le litige civil n'en est pas, pour autant, définitivement jugé. La partie civile peut, le cas échéant, donner un autre fondement à son action, comme elle peut le faire lorsque le prévenu est acquitté. Elle doit alors porter son action devant le juge civil» (52).

30. Aux termes de l'article 6 de la loi du 10 mai 1985, sont également susceptibles de rétractation, les décisions ordonnant l'*internement* des inculpés et accusés en état de démence, de déséquilibre mentale ou de débilité mentale, prononcées en vertu de la loi de défense sociale, à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude.

31. En matière *civile*, la rétractation peut être demandée par ceux qui ont été parties à la décision ou qui ont été dûment appelés à la cause (article 1147 bis, Code judiciaire).

(51) En revanche, la partie civile ne peut pas introduire une demande de rétractation.

(52) *Doc. parl.*, Sénat, 1983-1984, n.° 579-3, p. 35; E. KRIGS, *op. cit.*, p. 31.

Dans les limites de la rétractation, le juge peut rendre une décision nouvelle en se fondant sur une autre ou sur une qualification juridique différente d'un fait ou d'un acte invoqué à l'appui de la décision enterprise.

32. L'article 9 de la loi du 10 mai 1985 ajoute un article 31 bis aux lois coordonnées sur le Conseil d'État; il règle la procédure en rétractation pour les arrêts du Conseil d'État en matière *administrative*.

33. Ainsi que nous l'avons déjà signalé, la rétractation n'est possible que pour les décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée.

Qu'en est-il des décisions qui ne sont pas passées en force de chose jugée?

Il semble bien que la partie intéressée ait le choix entre, d'une part, intenter les recours ordinaires et, d'autre part, attendre l'épuisement de ces voies de recours pour introduire une demande en rétractation (pour autant que le délai de six mois ne soit pas expiré) ⁽⁵³⁾.

34. Enfin, l'article 10 de la loi du 10 mai 1985 règle le sort des *actes administratifs* et des *décisions juridictionnelles* autres que judiciaires et du conseil d'État, en rouvrant les délais de recours:

«Non obstant l'écoulement des délais prévus par les lois et règlements particuliers, les actes et règlements des diverses autorités administratives ainsi que les décisions de juridictions autres que celles visées à l'article 1147 bis du Code judiciaire peuvent, s'ils sont fondés sur une disposition d'une loi ou d'un décret qui a été ensuite annulée par la Cour d'arbitrage ou d'un règlement pris en exécution d'une telle loi ou d'un tel décret, faire selon le cas, l'objet des recours administratifs ou juridictionnels organisés à leur encontre dans les six mois à dater de la publication de l'arrêt de la Cour d'arbitrage au *Moniteur belge*».

Il convient de relever la différence fondamentale qui existe entre cette réouverture des délais de recours et la rétractation.

Dans le cas de l'article 10 de la loi du 10 mai 1985, «les droits des parties et les pouvoirs des juges sont identiques à ceux qu'ils possèdent dans le cadre des

⁽⁵³⁾ *Doc. parl.*, Sénat 1983-1984, n.° 579-3, p. 42; E. KRINGS, *op. cit.*, pp. 17-19; M.F. RIGAUX, *art. cit.*, n.° 24.

recours exercés conformément à la loi» (54); des faits nouveaux peuvent donc, en principe, être invoqués.

Par contre, la compétence du juge de rétractation est, en principe, limitée aux seuls faits qui étaient soumis au juge et acquis lors des débats.

Il importe, en conclusion, de rappeler, que ni les décisions juridictionnelles en question, ni les règlements et actes administratifs, ne sont considérés comme «inexistants». Pour qu'ils disparaissent de l'ordonnancement juridique, il faut qu'il y ait, dans chaque cas, une décision judiciaire particulière.

Ainsi donc, une décision prise par une autorité administrative sur base d'une norme annulée ultérieurement par la Cour d'arbitrage restera valable s'il n'y a pas eu de recours, et ce en vertu de l'application du principe général selon lequel aucun acte n'est annulé de plein droit (55).

35. On relèvera par ailleurs que la loi du 10 mai 1985 ne prévoit pas qu'une demande d'indemnité puisse être introduite contre l'État, une communauté ou une région pour les dommages occasionnés par les lois ou décrets annulés par la Cour d'arbitrage. Mais il ne faut pas oublier que la Cour d'arbitrage elle-même peut suspendre une loi ou un décret, s'il y a risque d'un préjudice grave difficilement réparable.

B. Les arrêts statuant sur une question préjudicielle.

36. Ainsi qu'il a déjà été exposé, les arrêts de la Cour d'arbitrage statuant sur une question préjudicielle n'ont autorité de chose jugée que dans la mesure où ils concernent l'affaire qui a donné lieu à la question préjudicielle.

Cela signifie que, lorsque la Cour d'arbitrage décide qu'une disposition légale ou décrétable est entachée d'excès de compétence, ladite disposition continue néanmoins à être en vigueur.

C'est pour résoudre ce problème que le législateur a prévu que l'arrêt rendu suite à une question préjudicielle ouvre, le cas échéant, un nouveau délai (de six mois) pour l'introduction d'un recours en annulation contre la loi ou le décret

(54) *Annales parl.*, Sénat, 14 mars 1985, p. 1838.

(55) *Doc. parl.*, Sénat, 1983-1984, n.° 579-3, p. 49.

qui est déclaré avoir violé une règle constitutionnelle de compétence (56). Cette réouverture du délai de recours contre cette loi ou ce décret doit permettre de faire disparaître de l'ordre juridique, en l'annulant, cette norme prise par un législateur qui n'y était pas autorisé (57).

§ 4. *Conclusions.*

A. Les pouvoirs de la Cour d'arbitrage en ce qui concerne la définition du contenu et des effets de ses arrêts.

37. Comme il a été précédemment indiqué, la définition du contenu et des effets des décisions de la Cour d'arbitrage résulte avant tout des textes de la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, d'une part, et de la loi du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage, d'autre part.

Il incombe à la Cour elle-même d'interpréter ces textes et d'effectuer la synthèse de ces dispositions légales.

B. La signification de l'action de la Cour d'arbitrage vis-à-vis du Pouvoir législatif.

38. Le nouvel État belge est caractérisé par le partage de compétences législatives entre des législateurs différents mais égaux en droit.

«La Cour d'arbitrage doit veiller au respect de la répartition des compétences dans l'exercice de la fonction législative» (58). Elle a donc pour seule mission de vérifier si les lois et décrets «n'excèdent ni leur compétence matérielle ni leur compétence territoriale» (59).

(56) Article 2, § 3, de la loi organique du 28 juin 1983.

(57) *Doc. parl.*, Chambre, 1982-1983, n.° 647-4; R. SENELLE, *op. cit.*, p. 245.

(58) Cour d'arbitrage, 22 janvier 1986, arrêt n.° 8, affaire n.° 9, *Moniteur belge*, 8 février 1986, p. 1618.

Le contrôle de la Cour est strictement limité aux problèmes de compétence: se trouvent exclus de ce contrôle «les conflits de compétence autres que ceux qui s'analysent en des conflits découlant d'une méconnaissance des règles constitutionnelles ou légales régissant la répartition des compétences entre le législateur national, les législateurs communautaires et les législateurs régionaux» (60).

Bien sûr, «entre les questions de compétence et les questions de fond, il n'existe pas toujours une frontière très nette» (61).

Il n'en reste pas moins que la Cour d'arbitrage ne peut juger que de l'excès de compétence de la loi ou du décret; à l'heure actuelle, elle doit s'abstenir d'exercer un contrôle de constitutionnalité complet, voire même «sélectif» (62).

C'est à ce prix que le contrôle de la Cour s'imposera et contribuera à «la pacification de la vie politique» (63).

C. La signification de l'action de la Cour d'arbitrage vis-à-vis des juridictions nationales.

39. De l'exposé qui précède on peut tirer la conclusion que la création de la Cour d'arbitrage n'a pas eu pour effet que toutes les questions relatives aux compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions sont tranchées par une seule juridiction.

Comme le souligne très bien le Professeur E. KRINGS, procureur général à la Cour de Cassation, «une étroite collaboration entre la Cour d'arbitrage et le Pouvoir judiciaire est indispensable» (64).

(59) Cour d'arbitrage, 30 janvier 1986, arrêt n.° 9, affaire n.° 8, *Moniteur belge*, 12 février 1986, p. 1704.

(60) Avis du professeur J. VELU, *Doc. parl.*, Sénat, 1981-1982, n.° 246-2, p. 401.

(61) F. DEHOUSSE, Observations sous Cour d'arbitrage, 22 janvier 1986, arrêt n.° 8, *J.T.*, 1986, p. 498.

(62) F. DEHOUSSE, *op. cit.*, p. 499.

(63) L. FAVOREU, Europe occidentale, in: L. FAVOREU et J.A. JOLOWICZ, *Le contrôle juridictionnel des lois*, 1986, p. 62.

(64) E. KRINGS, *op. cit.*, p. 54.

Ainsi, toute juridiction autre que la Cour d'arbitrage devrait s'abstenir de statuer elle-même sur la question si une disposition d'une loi ou d'un décret est viciée par un excès de compétence.

En revanche, la Cour d'arbitrage doit, en matière préjudicielle, s'abstenir de «trancher le litige qui a occasionné la question préjudicielle» ou de «se prononcer sur l'application aux faits de la cause des normes que son arrêt reconnaît éventuellement comme conformes à la répartition constitutionnelle des compétences» (65).

Ce n'est que dans le respect mutuel que le système de contrôle limité de la constitutionnalité instauré par l'article 107^{ter} de la Constitution peut fonctionner efficacement.

D. La signification de l'action de la Cour d'arbitrage vis-à-vis des juridictions internationales.

40. Du fait de la compétence limitée de la Cour d'arbitrage, on s'imagine mal qu'il puisse y avoir une interférence directe de la jurisprudence de la Cour avec celle de la *Cour de justice des Communautés européennes* ou de la *Cour de justice Benelux* relative à la procédure de renvoi préjudiciel à l'une de ces juridictions internationales.

Ceci n'empêche pas que dans un tout récent recours tendant à la suspension de certaines dispositions du décret de la Région wallonne du 7 octobre 1985 sur la protection des eaux de surface contre la pollution, le Conseil (national) des ministres invoqua, pour justifier que l'exécution immédiate de ces dispositions risquait de causer un préjudice grave difficilement réparable, «que la Cour de justice des Communautés européennes est saisie d'une action introduite contre l'État belge auquel il est reproché «de n'avoir pas mis en oeuvre dans le délai requis deux directives prévoyant l'élimination progressive des détergents non biodégradables».

La Cour d'arbitrage, après avoir constaté que les directives dont question auraient dû être mises en oeuvre au plus tard le 8 octobre 1983, et que les dispo-

(65) Cour d'arbitrage, 29 janvier 1987, arrêt n.° 32, affaire n.° 36, p. 20, non encore publié.

sitions entreprises du décret du 7 octobre 1985 étaient entrées en vigueur le 20 janvier 1986, considère «qu'il résulte de ces éléments, et notamment de la date d'entrée en vigueur des articles 40 et 70 du décret, que le préjudice allégué dans la requête ne peut être attribué à l'application immédiate de ces articles» (66).

41. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage ne semble pas en soi de nature à interférer directement avec celle de la *Cour européenne des droits de l'homme*.

Toutefois, il convient de rappeler que *tout* juge belge ne peut appliquer les lois et décrets, fussent-ils d'ordre public, qu'autant qu'ils soient compatibles avec les normes des traités internationaux ayant des effets directs dans l'ordre interne.

Par ailleurs, dans son arrêt n.° 32 du 29 janvier 1987, la Cour a tranché le problème de l'applicabilité de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à la procédure des questions préjudicielles devant la Cour d'arbitrage:

«Ainsi, bien que l'article 6, § 1^{er}, de la C.E.D.H. ne soit pas applicable comme tel à la Cour d'arbitrage en tant que juridiction parce qu'elle ne statue en rien sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale ou la détermination de droits et obligations de caractère civil, pourrait-on considérer que la période au cours de laquelle la Cour accomplit sa tâche relativement à une question préjudicielle intervient dans le calcul du délai à prendre en considération au regard de l'article 6, § 1^{er}, de la C.E.D.H. En effet, l'intervention de la Cour d'arbitrage retarde nécessairement le moment où il pourra être statué définitivement sur le litige qui a occasionné la question préjudicielle dont elle est saisie» (67).

(66) Cour d'arbitrage, 29 janvier 1987, arrêt n.° 33, affaire n.° 45, p. 6, non encore publié.

(67) Voy. note (65).

II. LES JURIDICTIONS JUDICIAIRES ET ADMINISTRATIVES

§ 1. *Le contenu décisions.*

A. Les décisions controlant la constitutionnalité des actes législatifs.

1. Régime général

42. Ainsi qu'il a été dit déjà, les juridictions judiciaires et administratives considèrent généralement qu'elles sont sans pouvoir pour contrôler la constitutionnalité des lois et des décrets.

Dans les rares décisions ayant procédé à un tel contrôle, celui-ci était exercé par voie d'exception, la sanction de la déclaration d'inconstitutionnalité étant le refus d'appliquer dans le cas d'espèce l'acte législatif jugé inconstitutionnel.

2. Régime spécial ayant existé entre 1971 et 1983

43. Pour être complet, il importe de relever qu'avant l'installation de la Cour d'arbitrage et pour la période allant de 1971 à 1983, le législateur national avait, afin d'assurer le règlement des conflits de compétence entre les lois (nationales) et les décrets (communautaires et/ou régionaux) et entre les décrets entre eux, établi successivement deux systèmes qui attribuaient à certaines juridictions la compétence de contrôler la régularité des lois et des décrets par rapport aux règles constitutionnelles et légales déterminant les compétences respectives de l'État, des communautés et (après 1980) des régions.

Etant donné que le pouvoir de dernier mot appartenait au Parlement national, ces systèmes n'étaient pas exclusivement juridictionnels.

Il s'agissait donc d'un contrôle limité de constitutionnalité des actes législatifs.

A cet égard, il convient de distinguer entre la période allant du 1^{er} décembre 1971 au 30 septembre 1980 et celle qui s'étend du 1^{er} octobre 1980 au 19 juillet 1983.

a) On s'arrêtera d'abord à la première de ces deux périodes.

Lorsqu'en 1970, le Constituant avait prévu la création de Conseils culturels ayant le pouvoir de prendre des décrets ayant force de loi, il avait expressément chargé le législateur national, par l'article 59 bis, § 8, de Constitution (24 décembre 1970) d'organiser la procédure tendant à régler les conflits entre les lois et les décrets ainsi qu'entre les décrets. Dans l'esprit du Constituant de 1970, les conflits ainsi visés étaient les conflits de compétence.

En application de cet article 59 bis, § 8, de la Constitution, la loi du 3 juillet 1971 instaura un système de règlement des conflits axé principalement sur une nouvelle section qui devait être créée au sein du Conseil d'État: la section des conflits de compétence. En réalité, cette section ne fut jamais constituée de sorte que le système de règlement des conflits prévu par la loi du 3 juillet 1971 resta inappliqué dans la mesure où il impliquait l'intervention de cette section.

Théoriquement, celle-ci pouvait être saisie par le Conseil des ministres ou par une juridiction. Le Conseil des ministres avait la faculté de la saisir par une requête signée par le Premier ministre s'il estimait qu'il y avait conflit ou possibilité de conflit (contrôle abstrait des normes ⁽⁶⁸⁾). Elle était compétente en outre pour statuer, à titre préjudiciel, sur les questions relatives à la contradiction entre une loi ou un décret ou entre décrets du conseil culturel français et un Conseil culturel néerlandais et qui lui étaient soumises par les cours et tribunaux ou par toute autre juridiction; chaque juridiction avait à la saisir de la question préjudicielle lorsqu'elle estimait que la réponse à cette question était nécessaire pour rendre sa décision (contrôle concret des normes) ⁽⁶⁹⁾.

Les arrêts que cette section était appelé à prendre étaient dénommés «arrêts de règlement». Ceux-ci n'acquiesçaient force exécutoire que s'ils n'étaient pas annulés par les Chambres législatives dans les nonante jours qui suivaient la notification qui en était faite au président de chacune des Chambres législatives ⁽⁷⁰⁾.

Une exception à ce système était prévue dans les cas où la question préjudicielle était soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation; en pareil

⁽⁶⁸⁾ Loi du 3 juillet 1971, art. 13.

⁽⁶⁹⁾ Loi du 3 juillet 1971, art. 14.

⁽⁷⁰⁾ Loi du 3 juillet 1971, art. 15 à 18.

cas, la Cour avait à transmettre la question pour décision aux Chambres législatives (71). Le système de règlement des conflits instauré par la loi du 3 juillet 1971 ne fonctionna que par l'application de cette exception (72). Il resta en vigueur jusqu'au 30 septembre 1980.

b) L'article 107^{ter} de la Constitution (inséré dans celle-ci le 29 juillet 1980), qui prévoyait la création de la Cour d'arbitrage, comportait une disposition transitoire prescrivant en substance qu'en attendant l'installation de cette Cour, le législateur national avait à organiser, à titre transitoire, une procédure tendant à régler les conflits entre les lois et les décrets ainsi qu'entre les décrets.

La loi ordinaire de réformes institutionnelles du 9 août 1980 instaura ainsi un système transitoire de règlement des conflits de compétence qui fut applicable du 1^{er} octobre 1980 jusqu'au 29 juillet 1983, date d'entrée en vigueur de la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage. Sous réserve d'un certain nombre de modifications, le système antérieur, d'une manière générale, se trouvait maintenu.

Comme le système antérieur, le système transitoire impliquait la création au sein du Conseil d'État, d'une section des conflits de compétence. Cette section, ainsi qu'on l'a exposé déjà, ne fut jamais constituée: dans la mesure où il sup-

(71) Loi du 3 juillet 1971, art. 20.

(72) Dans de cadre de ce système, un arrêt fut rendu par la Cour de cassation le 11 juin 1979 en matière d'emploi des langues (*Pas.*, 1979, I, 1166, et *A.C.*, 1978-1979, 1192).

Cet arrêt constate que le décret du 19 juillet 1973 du Conseil culturel néerlandais réglant l'emploi des langues en matière de relations sociales entre employeurs et travailleurs ainsi qu'en matière d'actes et de documents d'entreprise prescrits par la loi et les règlements, est contraire à l'article 52, §, 1^{er}, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, dans la mesure où il détermine la langue que les entreprises industrielles, commerciales ou financières dont le siège d'exploitation est établi dans la région de langue française, doivent utiliser pour les documents destinés au personnel qu'elles occupent dans la région de langue néerlandaise.

Dans sa motivation, l'arrêt avait notamment considéré qu'en tant qu'il prévoyait que l'application de la réglementation relative à l'emploi des langues en matière de relations sociales entre les employeurs et leur personnel était déterminée par l'occupation de ce personnel dans la région de langue néerlandaise, ledit décret satisfaisait à la condition de territorialité prévue par l'article 54, § 4, § 2, de la Constitution, en vertu duquel les décrets du Conseil culturel néerlandais réglant l'emploi des langues n'ont force de loi que dans la région de langue néerlandaise.

Le 1^{er} avril 1981, intervint une décision du Sénat suivant laquelle le décret du 19 juillet 1973 ne pouvait s'appliquer en l'espèce.

Au moment où la Cour d'arbitrage fut installée, la Chambre des représentants n'avait pas rendu sa décision sur la question.

posait l'intervention de cette section, le système transitoire, à l'égal du système antérieur, ne reçut point d'application dans les faits.

La principale innovation que comportait ce système transitoire se rapportait au cas où une question préjudicielle était soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation: alors que dans le système antérieur, la Cour de cassation devait, en ce cas, transmettre la question pour décision aux Chambres législatives, dans le système transitoire, la décision relevait de la Cour de cassation elle-même. Mais, le même que l'arrêt de règlement du Conseil d'État, l'arrêt de la Cour de cassation n'était définitif que s'il n'était pas annulé par les Chambres législatives dans les nonante jours qui suivaient la notification qui en était faite au président de chacune des Chambres (73).

Comme le système antérieur, le système transitoire ne put fonctionner que dans le cas où la question préjudicielle était soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation (74).

En vertu de l'article 107 de la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, toutes les dispositions légales qui se rapportaient au système transitoire de règlement des conflits de compétence en vigueur depuis de 1^{er} octobre 1980 se trouvèrent abrogées de 19 juillet 1983, date de l'entrée en vigueur de cette loi (75).

(73) Loi ordinaire de réformes institutionnelles, du 9 août 1980, art 28.

(74) Un arrêt fut rendu le 30 mars 1981, par la Cour de cassation dans le cadre de ce système. Il s'agissait à nouveau d'une contradiction entre une loi et un décret en matière d'emploi des langues. L'arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 1981 constate que l'article 10 du décret du Conseil culturel néerlandais du 19 juillet 1973 réglant l'emploi des langues en matière de relations sociales entre employeurs et travailleurs ainsi qu'en matière d'actes et de documents d'entreprises prescrits par la loi est contraire à l'article 59 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966, dans la mesure où des sanctions sont prévues en raison de l'emploi d'une langue autre que le néerlandais par des entreprises industrielles, commerciales ou financières privées dont le siège d'exploitation est établi à Bruxelles-capitale, pour la rédaction de documents destinés au personnel d'expression néerlandaise, occupé par ces entreprises dans la région de langue néerlandaise. Sans statuer plus avant sur le pourvoi, l'arrêt décide qu'en l'espèce, il doit être fait application de l'article 10 du décret et non de l'article 59 des lois coordonnées. Dans sa motivation, l'arrêt avait à nouveau considéré qu'il était satisfait à la condition de territorialité prévue par l'article 59 bis, § 4, al. 2, de la Constitution lorsque l'application de la réglementation sur l'emploi des langues en matière de relations sociales entre les employeurs leur personnel est déterminée, ainsi que le prescrit le décret du 19 juillet 1973, par l'occupation de ce personnel dans la région de langue néerlandaise. Les Chambres législatives n'ayant pas fait usage dans le délai légal de leur pouvoir d'annuler l'arrêt, celui-ci est devenu définitif.

(75) Comme la Cour d'arbitrage ne fut installée que le 2 octobre 1984, pendant plus d'un an, aucune autorité n'eut le pouvoir de régler les conflits de compétence entre lois et décrets et entre décrets.

B. Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes administratifs.

1. Le contrôle par voie d'exception.

44. Le contrôle par voie d'exception, fondé sur l'article 107 de la Constitution et susceptible d'être exercé par toutes les juridictions judiciaires et administratives, implique que si une juridiction considère que l'acte administratif dont se prévaut une partie est inconstitutionnel, elle a le pouvoir et le devoir de *refuser l'application de cet acte* pour la solution du litige dont elle est saisie.

Cette règle connaît toutefois un certain nombre de tempéraments:

a) Lorsqu'il apparaît que le vice d'inconstitutionnalité allégué découle d'un acte législatif, par exemple, de l'acte législatif en exécution duquel l'acte administratif a été pris, la plupart des juridictions se refusent à contrôler la constitutionnalité de l'acte législatif et, par voie de conséquence, de l'acte administratif.

Il leur appartient, le cas échéant, de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage.

b) Lorsque l'acte administratif est un arrêté pris par le Roi en vertu d'une loi de pouvoirs extraordinaires prévoyant que de tels arrêtés ont valeur de loi, les juridictions considèrent généralement que la constitutionnalité de ces arrêtés (appelés arrêtés-lois) ne peut être contrôlée.

c) Lorsque l'acte administratif dont l'inconstitutionnalité est alléguée a été confirmé par un acte législatif, la jurisprudence admet généralement que cet acte est soustrait au contrôle juridictionnel de constitutionnalité pour la période postérieure à date à laquelle la loi de confirmation produit ses effets.

d) Lorsque l'acte prétendument inconstitutionnel de l'autorité administrative revêt un caractère juridictionnel, les juridictions judiciaires devant lesquelles l'application de cet acte est demandée ont l'obligation de rechercher si cet acte n'est pas frappé d'un recours autorisé par la loi et s'il n'a pour objet de statuer

sur une contestation qui, est exclusivement du ressort des juridictions judiciaires. Sous ces réserves, l'autorité de la chose jugée s'attache à cet acte et s'impose au juge comme aux parties (76).

e) Devant la section d'administration du Conseil d'État, la constitutionnalité ou l'illégalité d'un acte administratif individuel ne peut plus être contestée par voie d'exception dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre une autre décision si la partie qui soulève l'exception ne s'est pas opposée contre cet acte dans le délai légal prévu pour les recours en annulation soit par un recours en annulation soit par une exception d'irrecevabilité soulevée dans le cadre d'un recours en annulation en cours d'examen (77).

2. Le contrôle par voie d'action.

45. Aux différents types de *contrôle par voie d'action* correspondent des décisions de nature diverse.

a) *Le recours en annulation devant le Conseil d'État.*

Lorsque le Conseil d'État déclare fondé le recours en annulation formé contre un acte d'une autorité administrative, au motif que celui-ci est incompatible avec la Constitution, *il annule l'acte*. Il n'est compétent ni pour donner des injonctions à l'administration, ni pour réformer la décision attaquée, ni pour ordonner le rétablissement ou la réparation d'un droit lésé d'une matière illicite. (78) Mais l'arrêt d'annulation peut, dans ses motifs déterminants, définir concrètement l'obligation qui découlait pour l'administration de la disposition constitutionnelle violée. Lorsqu'un arrêt formule ainsi une obligation concrète à charge de l'autorité administrative, il ne fait que constater cette obligation sans être lui-même générateur de celle-ci

(76) Cass., 12 mars 1942 (*Pass.*, 1942, I, 63, et A.C. 1942, 23).

(77) Voy. notamment C.E. 11 avril 1978, n.° 18 880 (*R.A.C.E.*, 1978, p. 407).

(78) Cass., 23 mars 1984, ch. réunies, RH 3800 (*Pas.*, 1984, I, n.° 423) et les conclusions de M. le procureur général Krings publiées dans A.C., 1983-1984, n.° 423, avant l'arrêt précité.

Le Conseil d'État peut parfois annuler partiellement une décision à condition que la partie annulée puisse être dissociée du reste de la décision, de sorte que l'annulation partielle ne modifie pas la portée de la partie qui subsiste. Dans certains cas cependant, les effets d'une annulation partielle se rapprochent fort d'une réformation.

Les actes qui sont la conséquence de l'acte annulé suivent le sort de cet acte. A cet égard, la doctrine distingue entre trois types d'annulation par voie de conséquence:

- lorsque l'acte-conséquence constitue une mesure d'application de l'acte initial (rapport de subordination)
- lorsque l'acte-conséquence trouve sa condition de l'existence dans l'acte initial (rapport de causalité)
- lorsque l'acte-conséquence et l'acte initial constituent des éléments d'une même opération juridique complexe (rapport d'intégration).

Que ce soit ou non dans le cadre d'un recours en annulation, *le Conseil d'État n'est pas compétent pour ordonner qu'il soit sursis à l'exécution* d'un acte administratif dont l'inconstitutionnalité ou l'illégalité est alléguée.

Il existe toutefois quelques exceptions à cette règle.

Ainsi, en vertu de l'article 70 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, «lorsque le Conseil d'État est saisi d'un recours en annulation formé contre un arrêté de renvoi ou d'expulsion, il peut, à la demande du requérant, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de l'arrêté si, à l'appui de son recours, le requérant invoque des moyens qui, dans les circonstances de l'affaire, paraissent sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée et si l'exécution immédiate de celle-ci risque de causer à l'étranger un préjudice grave difficilement réparable».

b) *La demande en réparation devant une juridiction judiciaire.*

Seules les juridictions judiciaires sont compétentes pour connaître d'une telle demande. Si le juge judiciaire considère que la demande tendant à obtenir répa-

ration du préjudice causé par un acte administratif illicite est fondée, il *condamne cette autorité à réparer le préjudice.*

Aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, la juridiction judiciaire a le pouvoir d'accorder à celle-ci des dommages-intérêts ou, le cas échéant, d'ordonner la réparation en nature du préjudice et de prescrire à l'autorité administrative des mesures destinées à mettre fin à l'inconstitutionnalité ou à l'illégalité dommageable. (79)

Elle ne peut annuler ni réformer l'acte.

c) La demande en référé devant le président du tribunal de première instance.

Lorsqu'il statue au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, le juge des référés peut, dans les limites de sa mission, prescrire à l'autorité administrative les mesures et notamment les défenses nécessaires aux fins de *prévenir ou de faire cesser une atteinte paraissant portée illicitement par cette autorité à des droits subjectifs* dont la sauvegarde relève des juridictions judiciaires (80).

§ 2. ° *La force juridique des décisions*

A. Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes législatifs.

1. Régime général

46. Les juridictions judiciaires et administratives se refusent généralement à connaître des exceptions d'inconstitutionnalité des actes législatifs soulevées devant elles, sauf, s'il échet, à poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage.

(79) Cass., 26 juin 1980 (*Pas.*, 1980, I, 1341, et A.C., 1979-1980, 686), et les conclusions de M. l'avocat général J. VELU.

(80) Cons. Cass., 21 mai 1981 (*Pas.*, 1981, I, 1096, A.C., 1980-1981, nr 545); 9 septembre, RG 6644, et 21 octobre 1982, RG 6636 (*ibid.*, 1983, I, n.° 28 et 127, et A.C., 1983, n.° 28 et 127); 29 septembre 1983, RG 6678 (*ibid.*, 1984, I, n.° 54, et A.C., 1983-1984, nr 54) et 21 mars 1985, RG 7189 (*ibid.*, 1985, I, n.° 445) et les conclusions de M. l'avocat général J. VELU.

Dans l'optique des rares décisions ayant déclaré la juridiction compétente pour connaître d'une telle exception, le contrôle de constitutionnalité ne pouvait avoir d'effet qu'«*inter partes*» et seulement en rapport avec le cas concret dont le juge était saisi: en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, le juge se bornait à ne pas faire application de l'acte législatif pour la solution du litige qu'il avait à trancher.

2. Régime spécial ayant existé entre 1971 et 1983

47. Dans les systèmes organisés successivement par les lois des 3 juillet 1971 et 9 août 1980 en vue d'assurer le règlement des conflits de compétence entre les lois et les décrets, ainsi qu'entre les décrets, *ni la section des conflits de compétence du Conseil d'État, ni la Cour de cassation, ni le Parlement n'avaient le pouvoir d'annuler la norme déclarée contraire aux règles constitutionnelles* ou légales relatives à la répartition des compétences entre l'État, les Communautés et (après 1980) les Régions.

Il appartenait au Roi de présenter aux Chambres législatives ou au Conseil communautaire ou régional compétent, selon le cas, un projet de loi ou de décret tendant à l'abrogation ou à la mise en concordance de la disposition incriminée, soit avec l'arrêt de règlement, soit avec la décision des Chambres législatives. ⁽⁸¹⁾.

B. Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes administratifs.

1. Le contrôle par voie d'exception

48. S'agissant du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, que toutes les juridictions peuvent être appelées à exercer par voie d'exception, la décision statuant sur la contestation relative à la constitutionnalité de l'acte administratif n'apparaît normalement que dans la motivation du dispositif du jugement ou de l'arrêt.

⁽⁸¹⁾ Loi du 3 juillet 1971, art. 21; Loi du 9 août 1980, art. 28 et 29.

L'autorité de la chose jugée s'attache tant au dispositif du jugement ou de l'arrêt ⁽⁸²⁾ qu'aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et notamment au motif contenant la déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité de l'acte administratif.

L'étendue de cette autorité varie suivant la matière dans laquelle le jugement ou l'arrêt intervient.

Ainsi, en matière civile, en vertu de l'article 23 du Code judiciaire l'application du principe de l'autorité de la chose jugée est subordonnée à la réunion des conditions suivantes: il faut que la chose demandée soit la même que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité.

En matière pénale, l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision sur l'action publique est considérée comme inhérente à la nature même de cette action et découlant d'un principe général du droit. Elle se distingue de l'autorité de la chose jugée au civil notamment par son caractère erga omnes. Mais même en matière pénale, on ne saurait considérer que le motif relatif à la constitutionnalité ou à l'inconstitutionnalité de l'acte administratif, fût-il le soutien nécessaire du dispositif, a une valeur de chose jugée erga omnes.

Par ailleurs, les juridictions judiciaires et administratives ne sont pas liées par leur propre jurisprudence.

2. Le contrôle par voie d'action.

49. Il y a lieu de distinguer suivant les différents types de contrôle.

a) *Le recours en annulation devant le Conseil d'État.*

Les arrêts du Conseil d'État qui annulent un acte administratif ont une *autorité absolue de chose jugée*, que l'acte annulé soit un acte réglementaire ou un acte individuel.

(82) Toutefois, les arrêts de la Cour de cassation n'ont pas l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne le «fond» des affaires: ils n'ont d'effet définitif que sur un seul point: la cassation ou le rejet.

Comme le souligne M. le procureur général Ganshof van der Meersh, «une doctrine et une jurisprudence unanimes admettent qu'une décision d'annulation ne peut être remise en question ni par les mêmes moyens ni par d'autres moyens, ni par le requérant ni par les tiers ni devant une juridiction administrative ni devant les tribunaux» (83).

Pas plus les autres juridictions, le Conseil d'État n'est lié par sa propre jurisprudence.

b) *La demande en réparation devant une juridiction judiciaire.*

La décision qui statue sur une telle demande a autorité de la chose jugée dans les conditions qui sont prévues à l'article 23 du Code judiciaire et que l'on a déjà évoquées.

c) *La demande en référé devant le président du tribunal de première instance.*

L'ordonnance en référé ne faisant aucun préjudice au principal, ses motifs et son dispositif ne lient pas les autres juridictions et notamment le juge de l'instance au principal (84). En ce sens, *cette ordonnance n'a pas autorité de chose jugée*. Toutefois, le juge des référés lui-même ne peut rapporter ou modifier son ordonnance que si les circonstances ont changé (85).

Lorsque la Cour rejette le pourvoi, c'est la décision attaquée qui acquiert définitivement autorité de la chose jugée.

Lorsque, ayant cassé une décision, la Cour renvoie à une juridiction souveraine du même rang que celle qui a rendu la décision attaquée, cette juridiction n'est pas liée par l'arrêt de la Cour en ce qui concerne le point de droit jugé par celle-ci.

Si la décision de la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens que ceux du premier pourvoi, la cause est portée devant la Cour de cassation siégeant chambres réunies. Ce n'est que dans le cas où la deuxième décision est casée pour les mêmes motifs que ceux de la première cassation, que la juridiction de renvoi a l'obligation, de se conformer à l'arrêt de la Cour de cassation en ce qui concerne le point de droit jugé par celle-ci (Code judic., art. 1119 et 1120; Voy. toutefois lois coordonnées sur le Conseil d'État, art. 33).

(83) Conclusions de M. le procureur général W.J. GANSHOP VAN DER MEERSCH avant cass., 22 octobre 1970 (*Pas.*, 1971, I, 144, spéc. p. 161-162, et A.C., 1971, 168).

(84) Cass., 14 mai 1965 (*Pas.*, 1965, I, 989).

(85) Cass., 28 septembre 1979 (*Pas.*, 1979, I, 141, et A.C., 1978-1979, 131).

§ 3. *L'effet dans le temps des décisions.*

A. *Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes législatifs.*

50. Lorsque — fait exceptionnel — , des juridictions ont procédé à un contrôle de la constitutionnalité d'un acte législatif, leur décision n'avait — on l'a dit — qu'une autorité relative de chose jugée: dans la cause dont il était saisi, *le juge refusait d'appliquer l'acte mais celui-ci restait en vigueur.*

B. *Les décisions contrôlant la constitutionnalité des actes administratifs.*

1. **Le contrôle par voie d'exception.**

51. Lorsqu'une juridiction judiciaire ou administrative, ayant constaté qu'un acte administratif dont l'application est demandée par une partie est inconstitutionnel, refuse d'appliquer l'acte, *sa décision n'affecte pas l'existence de l'acte, lequel continue à être en vigueur.*

La déclaration d'inconstitutionnalité de l'acte n'équivaut pas à une déclaration de sa nullité; elle n'entraîne pas non plus son annulation ex tunc ou ex nunc.

2. **Le contrôle par voie d'action.**

52. Ici aussi, des distinctions s'imposent.

a) *Le recours en annulation devant le Conseil d'État.*

L'arrêt du Conseil d'État annulant un acte administratif, notamment en raison de son inconstitutionnalité, rétroagit au jour où l'acte a été pris: celui-ci est censé n'avoir jamais existé.

La règle de la rétroactivité de l'annulation comporte toutefois certains aménagements inspirés par l'équité, les exigences du service ou les impératifs de la sécurité juridique.

b) *La demande en réparation devant une juridiction judiciaire.*

La décision qui condamne une autorité administrative à réparer le dommage causé par la faute que constitue l'inconstitutionnalité d'un acte administratif, ne peut annuler ou réformer cet acte. Elle n'affecte donc pas l'existence de celui-ci: *l'acte reste en vigueur.*

c) *La demande en référé devant le président du tribunal de première instance.*

Si le juge de référé peut prescrire à l'autorité les mesures qui lui paraissent nécessaires pour prévenir ou faire cesser une atteinte paraissant portée illicitement par un acte administratif à des droits subjectif, il n'est pas toutefois en son pouvoir d'annuler ou de réformer l'acte qu'il juge illicite.

L'exercice de cette voie de droit n'est donc *pas susceptible d'affecter l'existence de l'acte administratif incriminé.*

§ 4. *Conclusions.*

A. *Les pouvoirs des juridictions judiciaires et administratives en ce qui concerne la définition du contenu et des effets de leurs décisions.*

53. Ainsi qu'on l'a souligné déjà, sous réserve de l'article 107^{ter}, qui constitue la base constitutionnelle de la Cour d'arbitrage, aucune disposition de la Constitution ne prévoit ni n'interdit de manière expresse le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des actes législatifs postérieurs à 1831.

Par contre, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des actes administratifs trouve son fondement dans plusieurs dispositions constitutionnelles et légales, principalement les articles 92, 93 et 107 de la Constitution, 14 des

lois coordonnées sur le Conseil d'État, 1382 et suivants du Code civil et 584 du Code judiciaire.

Dans le cadre de ces dispositions, la définition du contenu et des effets du contrôle de constitutionnalité exercé par les juridictions judiciaires et administratives est largement tributaire de la dialectique interprétative de celles-ci.

B. La signification de l'action des juridictions judiciaires et administratives vis-à-vis du pouvoir législatif.

54. Etant donné que l'action des juridictions judiciaires et administratives en matière de justice constitutionnelle n'a que très exceptionnellement porté sur les actes législatifs, elle n'a pour ainsi dire guère eu d'incidence sur celle du Pouvoir législatif ⁽⁸⁶⁾.

C. La signification de l'action des juridictions judiciaires et administratives vis-à-vis de la Cour d'arbitrage (Renvoi).

55. Pour éviter des redites, on se référera ici à ce qui a été exposé au sujet des rapports de collaboration existant entre les juridictions judiciaires et administratives, d'une part, et la Cour d'arbitrage d'autre part, dans la première partie de ce rapport (voy. *supra*, n.° 39).

D. La signification de l'action des juridictions judiciaires et administratives vis-à-vis des juridictions internationales.

56. Il existe de nombreuses interférences entre l'action des juridictions judiciaires et administratives et celle des juridictions internationales, notamment de la Cour de Justice des Communautés européennes, de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice Benelux.

⁽⁸⁶⁾ En juin 1975, le Sénat adopta une proposition de loi interdisant aux cours et tribunaux de juger la constitutionnalité des lois et décrets (*Doc. Parl. Sénat*, s. 1974-1975, n.° 602-1). Le projet fut transmis à la Chambre qui n'y donna aucune suite..

Les principales interférences avec l'action de la Cour de Justice des Communautés européennes et celle de la Cour de Justice Benelux trouvent leur origine dans la procédure de renvoi préjudiciel à l'une ou l'autre de ces juridictions. Elles ne soulèvent pas en général de problèmes particuliers.

Par contre, les interférences avec l'action de la Cour européenne des droits de l'homme ont donné lieu ces dernières années, à quelques difficultés en rapport avec la force obligatoire des arrêts de cette Cour ⁽⁸⁷⁾, difficultés dans le détail desquels on se saurait, sans doute, entrer ici.

⁽⁸⁷⁾ Voy. notamment cass., 21 janvier 1982, aud. plénière, n.° 6445 et 6458 (*Pas.*, 1982, I, 623, et A.C. 1981-1982, 647) et les conclusions de M. le procureur général F. DUMON; 3 octobre 1983, RG 3618 (*ibid.*, 1984, I, N.° 62, et A.C., 1983-1984, n.° 62) et 27 Janvier 1987, RG 115, aud. plénière, n.° (non encore publié) et les conclusions de M. l'avocat général J. VELU.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.C. — Verzameling van de arresten van het Hof van Cassatie.

Ann. parl. — Annales parlementaires (Chambre ou Sénat).

Doc. parl. — Documents parlementaires (Chambre ou Sénat).

J.T. — Journal des tribunaux.

Pas. — Pasicrisie belge, Ire partie, Arrêts de la Cour de cassation

R.A.A.C.E. — Recueil des arrêts et avis du Conseil d'État.

R.A.C.E. — Recueil des arrêts du Conseil d'État.

R.W. — Rechtskundig Weekblad.

FINLAND

**ROLE OF THE JUDICIARY
IN THE CONTROL OF NORMATIVE
ACTS IN FINLAND**

by

MIKAEL HIDÉN

Professor of Constitutional Law

University of Helsinki

I. JUDICIAL CONTROL OF LEGISLATIVE ACTION

In the supervision of the constitutionality of legislation in Finland, the focus is quite clearly on advance control, before the President assents to the legislation. Of the elements which form the actual content and significance of this system of control, the most important are 1) the provisions on control in the Constitution, 2) the practice of enacting exceptions to the Constitution (in which legislation conflicting with the Constitution is passed in the procedure prescribed for the enactment of constitutional provisions without, however, amending the text of the Constitution itself) and 3) the role that the Constitutional Law Committee of Parliament has assumed in practice. In the following, I shall deal with these factors in the above order. I shall conclude this chapter by presenting, as point (4), some comments on certain developmental trends which can be seen in the operation of the system of control, and in the attitude towards the development of the system. (1)

1. The Relevant Constitutional Provisions

For historical reasons, the Finnish Constitution has long been constituted of several acts, which are called basic or constitutional laws (*perustuslaki*) and which can only be amended through a special legislative procedure. The law with the broadest scope and, doubtless, the greatest significance is the Constitution Act, which was passed in the summer of 1919, in other words less than two years after

(1) In addition to the literature presented below, general and relatively recent articles in a major language on the subject include *Hidén, Mikael*: Constitutional rights in the legislative process: The Finnish system of advance control of legislation. *Scandinavian Studies in Law* 1973, pp. 95/125, and *Hidén*: Die präventive Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze. Funktionsfähigkeit und Voraussetzungen der Funktionsfähigkeit des Kontrollsystems im Lichte der praktischen Erfahrungen in Finnland. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 30, 1979, pp. 91/104.

Finland's declaration of independence. Due to the influence of old traditions, essential provisions on the functions of Parliament and on the system of elections have been given in a separate constitutional law, the Parliament Act. The present Parliament Act dates from 1928, but its substantive content corresponds to the 1906 Parliament Act. In addition to these two constitutional laws, there are two separate constitutional laws from 1922, one of which is the High Court of Impeachment Act and the other of which deals with the procedure to be followed in initiating charges in Parliament against a minister.

The most important provision in the Constitution Act on the control of the constitutionality of legislation is article 92, section 2, which decrees as follows:

If a provision in a decree is contrary to a constitutional or other law, it shall not be applied by a judge or other official.

In regards to the review of the constitutionality of provisions below the level of acts of Parliament, the provision can be considered to be free of problems. It is considered to cover the review of the constitutionality not only of decrees (which are administrative enactments given by the President of the Republic) but also of enactments on an even lower level, for example of enactments given by the Council of State. Furthermore, the provision is seen to contain the obligation to examine whether enactments below the level of decrees are compatible with enactments on the level of decrees. It is also incontestable that in principle the provision places upon all authorities the official obligation to refrain from applying an administrative enactment if it is in conflict with an act of Parliament or with the Constitution.

The significance of the provision from the point of view of a review of the constitutionality of acts of Parliament, on the other hand, is somewhat more problematic. The wording of the provision in itself does not apply to an evaluation of the constitutionality of such acts. Some scholars have interpreted the provision to mean that the framer of the Constitution, in his choice of wording, has only wanted to avoid stating *expressis verbis* anything about the review of the constitutionality of acts of Parliament, and thus had not intended to specifically prohibit such review. Certain justification can be found for this interpretation in the legislative history of this provision. However, in practice — and princi-

pally also in the literature — the provision has generally been interpreted *a contrario* to mean that the provision excludes the possibility of reviewing, in the application of the law, the constitutionality of a provision contained in an act of Parliament. In the argumentation regarding this provision the point of departure has been that in manifest situations of conflict between an act of Parliament and the Constitution, the provision in the act must not be applied. Understandably, however, this opinion has not had any visible significance in, for example, court praxis. ⁽²⁾

Also the provisions in articles 18 and 19 of the Constitution Act have significance in principle and, depending on the case, also in practice in this control. According to these provisions, the Council of State or the President of the Republic may decide, before sending a bill to Parliament, first to request the opinion of the Supreme Court or the Supreme Administrative Court or of both on the bill, and correspondingly the President may decide to request the opinion of one or both of these courts on acts passed by Parliament before the President decides on whether or not to give his assent to them. The adoption of such a procedure in the Constitution Act is explained by the fact that during the period of Autonomy, the role of the Supreme Court was held by the Law Department of the «Finnish Government», the Senate, and it was this Law Department which participated for example in the handling of all legislative questions in the full session of the Senate. When, after Finland became independent, the Law Department of the Senate was replaced by two separate highest courts, it was understandable from the point of view of institutional continuity that the new Constitution act made it possible to obtain the opinion of the highest courts on both the Government bills to be given to Parliament and on the acts of Parliament that were awaiting the assent of the President. ⁽³⁾

⁽²⁾ Regarding the provision in article 92, subsection 2 of the Constitution Act, its background and interpretation, cf. *Kastari, Paavo*: Korkeimpien oikeuksiemme aseman muodostuminen ja kysymys lakien perustuslainmukaisuuden tutkimisesta (The development of the position of our supreme courts and the question of the interpretation of the constitutionality of laws), *Lakimies* 1964, pp. 909/921; *Hidén, Mikael*: Näkökohtia lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollista (comments on retroactive control of the constitutionality of laws), *Lakimies* 1968, pp. 459/487. For another source in a major language, cf. *Kastari, Paavo*: Verfassungsgerichtsbarkeit in Finnland. Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Länderberichte und Rechtsvergleichung. Heidelberg 1961. Köln-Berlin 1962, pp. 198/229.

⁽³⁾ The historical background of this arrangement and the adoption of these provisions in the Constitution Act is described in, among other sources, *Hidén, Mikael*: Säädosvalvonta Suomessa I Eduskuntalait (The control of enactments in Finland I Acts of Parliament), *Vammala* 1974, pp. 292/309.

Later on, the significance of the supreme courts as a source of authoritative opinions has been somewhat diminished by the fact that a separate Commission for the Examination of Legislation was established in 1959, partly in order to ease the workload of these supreme courts. Two Supreme Court justices and one Supreme Administrative Court justice, each appointed by the court in question, are full members of the Commission. The members are appointed for a two-year term, during which period they are relieved of their duties as justices, with the exception of their duties in full sessions of their court in dealing with legislative questions.

The framework of articles 18 and 19 of the Constitution Act could have led to the development of a praxis according to which the two supreme courts would have obtained a significant position in the advance control of the constitutionality of legislation, in other words in the control which takes place before the President assents to such legislation and before it is promulgated. Such development has not taken place. Presently, the supreme courts are requested to issue such opinions relatively rarely. Generally, the opinions which have been given have only dealt with questions related to the principles of legislation, due process and legislative technique, while the constitutionality of legislation has been dealt with rarely. However, even today one could not say that the possibility of obtaining an opinion would be insignificant from the point of view of the control of constitutionality. In practice there have been cases in which the opinions have expressed a position specifically on the constitutionality of the legislation in question, and in which the critical position expressed by the supreme courts has led to amendment of the legislative proposal or to the vetoing of a bill which had already been passed by Parliament. It is not possible to give clear examples of this from the most recent past. Even so, the examination of the constitutionality of acts of Parliament in this form continues to have a fully realistic scope. (4)

In this connection it is worth mentioning that according to provisions in the Supreme Court Act and the Supreme Administrative Court Act the two supreme courts, if they find that provisions in an act of Parliament or in a normative act

(4) A very extensive description of the significance of the supreme courts as issuers of opinions up to 1973 is to be found in *Hidén 1974: op. cit.*, pp. 292/309.

of a lower need changes or clarifications, can on their own initiative make presentation in the matter to the Government. In principle it is possible that the Court in such a presentation adopts the view that a change in an act of Parliament is advisable because of doubts concerning the conformity of its provisions with the Constitution. There may have been cases where i. a. such doubts have been voiced but to the knowledge of the author in no case has a presentation significantly been based on doubts concerning the constitutionality of provisions in an act of Parliament.

In connection with the Council of State, the Chancellor of Justice has functioned as a controlling body that has the support of a long constitutional tradition and which is prescribed in several provisions of the constitutional laws. The control of the legality of the acts of the Council of State and of the President of the Republic is a central part of his duties. The control of the constitutionality of those governmental decisions which are connected to acts of Parliament is also part of his supervisory functions. There is no formal barrier to the Chancellor of Justice taking a position on the constitutionality of a Government bill already before it is presented to Parliament. This takes place now and then. However, when the Chancellor of Justice controls the constitutionality of acts of Parliament, this primarily does not take place until the bill has been passed by Parliament and is presented to the President for assent. Also at this stage, there are very few cases in which the Chancellor of Justice controls the constitutionality of acts of Parliament, this primarily does not take place until the bill has been passed by Parliament and is presented to the President for assent. Also at this stage, there are very few cases in which the Chancellor of Justice has specifically referred to the constitutionality of an act. Even so, such cases have appeared to the extent that one could certainly not say that the broad powers of supervision which the letter of the Constitution provides the Chancellor of Justice would have lost their significance through *desuetudo*. ⁽⁵⁾

⁽⁵⁾ To my knowledge the most recent interesting cases are from 1977. In January of that year the Chancellor of Justice requested that his opinion be noted in the minutes of the Council of State, according to which it was his view a law passed by Parliament and sent for the assent of the President (the law concerned a marketing fee on hen eggs) had been dealt with in Parliament in the incorrect procedure, and because of the unconstitutionality of the law the President should

The provisions in the Parliament Act which would have significance from the point of view of the examination of the constitutionality of legislation are primarily only those which deal with the Constitutional Law Committee and the procedure to be used when passing constitutional provisions. I shall deal with these in the following section.

2. The Possibility of Enacting Exceptions to the Constitution

Perhaps the most significant factor formulating the advance control of the constitutionality of legislation in Finland is the possibility of passing so-called exception laws. These are acts of Parliament which in themselves do not complement or amend the constitutional laws, nor are they new constitutional laws; even so, the contents of such laws differ from the constitutional laws and so they must be passed through the procedure which has been prescribed for constitutional laws. We are thus speaking precisely of the possibility which came in a bad light in connection with the fate of the Constitution of the Weimar Republic, and which has been specifically excluded in article 79 of the Constitution of the Federal Republic of Germany.

The reasons for the adoption of this procedure in the Finnish Constitution can be found in the history of the years preceding Finnish independence. As has been noted in the foregoing, from 1809 on Finland belonged to the Russian Empire. However, Finland was not ruled as a part of the Empire, but as an autonomous Grand Duchy, which was governed in accordance with the old Swedish constitutional laws (from 1772 and 1789) brought over from the period when Finland was under Swedish rule. The autonomous position of the country meant not only that Finland had its own constitutional laws, but also that it had its own legislation, domestic government, court system and administration, languages, monetary system, army, religion and church. One condition for the willingness of the czars to agree to rule Finland as constitutional Grand Dukes was the strong

be requested to refrain from giving his assent. In accordance with the position of the Chancellor of Justice, the law was vetoed. During July of the same year the Chancellor of Justice brought forth his opinion that another law that had been passed by Parliament and sent for the assent of the President (this one dealt with the expropriation of real estate) included some points of dubious constitutionality and other points where the draftmanship had been unsuccessful, and that therefore the President should be requested to first request the opinion of the Supreme Court and the Supreme Administrative Court before giving his assent to the law. The constitutionality of the bill had specifically been considered by the Constitutional Law Committee of Parliament. The President decided not to request these opinions and gave his assent to the law. This latter case led to a lively debate in the press. Both cases are reported in the Annual Report of the Chancellor of Justice for 1977, pp. 24/30.

position of the sovereign in the old constitutional laws as well as the vagueness of the phrasing of these laws. — At the end of the last century, a difficult dilemma arose in the passing of legislation in Finland. The development in the society demanded a great number of new laws. In practice, one could scarcely conceive of the possibility of amending the text of the constitutional laws; this was already partly due to the fact that any amendment of the documents that defined the powers of the sovereign would have roused doubts in St. Petersburg. As it was precisely these old constitutional laws which formed the legal basis for the special position of Finland, it would also have been risky from the point of view of Finnish interests to begin to amend the texts of constitutional laws in order to meet current needs. At the same time, the attempt to maintain the system outlined by the constitutional laws as intact as possible, made it impossible to water down the constitutional laws by adapting them to the current needs through loose interpretation.

The way out of this dilemma did not appear all at once; instead, it was the result of gradual development. However, in retrospect one can observe that the solution was to pass those laws considered necessary as ordinary acts, but to follow the procedure for constitutional laws if a conflict with these constitutional laws was seen. From the point of view of Finnish interests this procedure could be considered successful: the necessary laws were passed, there was no need to change the text of the constitutional laws, the constitutional laws were not watered down through loose interpretation, and on the other hand the Russians could not say that the legislative procedure used was a bypassing of the constitutional laws.

This procedure would scarcely have developed had the procedure for passing constitutional laws not been simple and, if needed, very rapid. The 1869 Diet Act, which was still based on a division into Estates, called for the approval of all the Estates for the passing of a constitutional law, and according to the general rule the matter had to be decided in one and the same session of the Diet. When the Estates were replaced by a unicameral legislature in the 1906 Parliament Act, the possibility of rapid approval of laws through the constitutional procedure was retained. However, according to the letter of the constitutional law, the main rule was that amendments to the constitutional laws first had to be approved by

a majority vote to be held over until after the next general elections, after which it had to be approved by two thirds of the votes cast. However, in addition there was the possibility of passing the legislation during the same parliamentary session: if the matter was declared urgent by a five-sixths majority, it could then be passed by a two-thirds majority during the same session. The word «urgent» in this connection has been understood in established praxis to be empty of meaning in that the procedure can be used totally regardless of the actual urgent nature of the matter. The provision in question in the 1906 Parliamentary Act has as such been adopted in the present Parliament Act passed in 1928. In practice, the urgent procedure has become the main procedure used when following the procedure for constitutional provisions, especially when passing exception laws. Since, in substance, the urgent procedure differs from the normal legislative procedure only in respect of the necessary majority, the procedure for passing constitutional provisions is as simple and speedy as the normal legislative procedure as long as the necessary support can be gathered behind the bill.

The early development of the exceptional procedure began at the end of the 1870s. At the time the Constitution Act was passed the procedure had become stabilized to the extent that this possibility was also referred to in the final provision of the Constitution Act. Later on, the passing of exception laws has become part of the daily routine of the enacting of new legislation; today, the number of exception laws passed during the period of Finland's independence already exceeds 800. This amount is partly explained by the exceptional conditions of the war-years and by the fact that the sum includes a large number of exception laws passed for a limited period, and which were then renewed by later exception laws. Today, an average of about ten exception laws are passed each year. The practice of passing exception laws is now a significant element in the Finnish control of the constitutionality of legislation and especially of the application of the provisions on fundamental rights. It would scarcely have been possible for the advance control of the constitutionality of legislation to function as it does today without the possibility of passing exception laws. ⁽⁶⁾

⁽⁶⁾ There is no extensive presentation of the procedure used in passing exception laws, as well as its adoption in the Finnish constitution, in any of the major languages. Finnish-language articles on the early years which can be mentioned include *Kastari, Paavo: Perustuslainsäätämisen järjestyksen varhaisvaiheista ja sen käyttämistarkoitusten kehittymisestä* (On the early stages of the procedure for the passing of constitutional laws and on the development of its uses), *Lakimies* 1960, pp. 75/108, and in general on the system of exception laws, *Hidén* 1974; *op. cit.*, and exception laws in connection with fundamental rights, *Pohjalainen, Teuvo: Kansalaisten perusoikeudet ja poikkeuslainsäädäntö* (Fundamental rights of citizens and exception legislation), Tampere 1980.

One detail connected with the use of the exception law procedure which should be mentioned is that according to article 20 of the Constitution Act the preamble of the law should state whether it has been passed in accordance with the procedure for constitutional legislation. In accordance with established practice, the wording of the (proposed) preamble is given already when giving the Government bill to Parliament. This means that already the Government must at least implicitly take a position on whether or not the bill is in conflict with the constitutional laws, and thus whether or not it should be passed in the procedure for constitutional legislation. The preamble and the position contained therein on the legislative procedure to be followed is thus to be found in the bill during the entire period it is being discussed in Parliament.

3. The Role of the Constitutional Law Committee of Parliament

Since the 1906 Parliament Act, one of the special parliamentary committees has been the Constitutional Law Committee. Its formal duties have included the preparation of laws affecting the constitutional laws, the discussing of certain reports, the resolving of conflicts between the full session of Parliament and the Speaker, and questions of ministerial responsibility. In addition to these concrete tasks the Committee has gradually taken on an even more general controlling role in Parliament in respect of constitutionality; the significance of this role may be even greater than the concrete tasks mentioned above. The development of this role began already at the end of the period of autonomy, when the Diet was a central body in the defense of Finland's position, and when there was special reason to ensure that the constitutional rights of the Diet were not trampled underfoot. The role of the Committee as a body interpreting the Constitution in Parliament has latter on become so stabilized that even though its interpretations are not formally binding, in fact they decide the position of the entire Parliament on what is and is not constitutional in the matter in question. As there is no effective retroactive control of legislation, the interpretation of the Committee on the various matters has in fact a very authoritative position in guiding interpretation of the constitutional laws also outside of Parliament.

The Committee may not itself decide what bills shall be sent to the Committee for an examination of their constitutionality. The decision to send a bill to the

Constitutional Law Committee for its opinion can be made either by another Committee dealing with the matter or by the full session of Parliament. Generally, the full session of Parliament makes such a decision in accordance with the recommendation of the Speaker's Council. One factor influencing which matters are thus sent to the Committee is how the question of the proper procedure may have been dealt with by the Government. Annually, the Committee presents its interpretative opinions on about 10 to 20 matters.

The Committee has 17 members. As is the case with the other Committees, the members are members of Parliament. Also the way in which the Committee works is the same as in other Parliamentary Committees. It is thus very clearly a political body. The setting in which it works — the Parliament and, in general, specifically the legislative procedure — is of course also emphatically political. However, there are some factors offsetting this political nature which to at least a reasonably reliable extent ensure the legal nature and coherence of the interpretations given by the Committee. The Committee already has many decades of traditions in this interpretative role. A typical feature of constitutional bodies in Finland and, perhaps in general, of public life in Finland is a heightened legality, care and exactitude in constitutional questions. It has been said that this attitude has received part of its strength from the experience that the Finnish population had in the years of oppression towards the end of the period of autonomy, when strict adherence to the constitutional laws and to legality were central elements in the defence of the rights of the population. It is also significant that in formulating its interpretations, the Committee regularly hears outside experts on constitutional law, primarily university teachers.

4. Concluding observations

As was referred to at the beginning of this paper, the control of the constitutionality of laws in Finland takes place primarily only before the laws are promulgated. It is due to the possibility of passing exception laws and to the technical ease with which the constitutional procedure can be utilized that, in practice, this control is focused on the following question: should the bill before Parliament be passed in accordance with the constitutional procedure? This question may be present in its concrete form from the early stages of the drafting of the legislation. When the law is being drafted, the Chancellor of Justice, the Supreme Court and the Supreme Administrative Court may have to take an authoritative

position in this question; when the bill is before Parliament, the Constitutional Law Committee may have to take such a position and when the act comes for the assent of the President once again the Chancellor of Justice and the two supreme courts may have to formulate their views. It is the Constitutional Law Committee which has the most significant role in the interpretation of the Constitution, just as it has also had the most influence on the trend these interpretations have taken. However, it is not alone: also the other bodies mentioned influence the interpretations, nor should it be considered out of the question that the interpretation of the Constitutional Law Committee would be questioned later on, when the law is to receive the assent of the President. (7)

The greater weakness in principle of this system of control can be seen to be the fact that it does not make retroactive control possible. This may lead to drawbacks for example when the bill has not been dealt with at all by the Constitutional Law Committee, or if a law is already rather old, and during the period it has been in force the interpretation of the Constitution has changed significantly. In practice, however, there have rarely been cases in which significant criticism has been directed at legislation passed by Parliament. If our attention is only directed at the functioning of the system of advance control, its most significant weaknesses can be seen to be on one hand the fact that there are insufficient guarantees that all bills requiring consideration of their constitutionality are brought to the Constitutional Law Committee, and on the other hand the fact that in connection with politically «hot» laws the system is clearly open to political pressure.

To my knowledge, there has been no separate analysis of how the legitimacy of this system of control has been experienced. However, it would appear that the trust that has been placed in the system remains rather strong. Already the

(7) In practice there have been some, although very few cases in which the question of the constitutionality of a bill that had also been dealt with in the Constitutional Law Committee would have led to a request for an opinion from one or both of the supreme courts at the stage before the President assents to the law. There have only been two cases in which at this stage there was a clear discrepancy between the interpretation thus obtained and that of the Constitutional Law Committee; these occurred in 1923 and 1925. In both cases the President vetoed the law on the grounds of its unconstitutionality. In 1946, the Supreme Court, in an opinion given before the President was to assent to a law, specifically reviewed the constitutionality of a law already dealt with by the Constitutional Law Committee, and concurred with the view of the Committee. For a more detailed discussion of these questions, see *Hidén 1974, op. cit., pp. 292/309*. In the case mentioned above in note 5 in fine the President of the Republic did not consider it necessary to obtain the opinion of the supreme courts on the constitutionality of the bill after the Constitutional Law Committee had already dealt with the matter.

fact that there is a working mechanism which specifically, publicly and authoritatively examines interpretative questions and which constantly produces official interpretative positions with which the legal validity and development of the interpretation can be followed at least to a reasonable extent, explains this in part. Perhaps the political composition of the Constitutional Law Committee has positive significance in this respect in that all significant political groups have a clear representation, and no group can thus at least to any large extent say that it has been left outside of the formulation of interpretative decisions. The fact that at least in the long run and in the general perspective the system has been experienced as relatively legitimate, is also demonstrated by the fact that there has not been any strong pressure leading towards a constitutional court or in general towards the realization of retroactive control. The most important right-wing party, the Conservative Party, however, has during the recent years often suggested the establishment of a constitutional court.

Judicial review by the courts exists to some extent in the form of opinions given during the drafting of legislation or at the stage the assent of the President is to be given to the laws. In some cases, these opinions have been of significance. Whether or not such opinions are requested, however, depends on the discretion of the Government. In situations where the law is to be applied there is no judicial review. However, it may be mentioned that the supreme courts have in some cases over the recent few years justified the interpretations they have adopted with specific reference to the fact that another interpretation left open by the text of the law would lead to a conclusion which would be in conflict with the Constitution. ⁽⁸⁾

⁽⁸⁾In this connection two examples from the recent practice of the Supreme Court may be mentioned. In the Yearbook of the Supreme Court a decision cited as 1979 II 28 is reported concerning the duty of the state to pay compensation for parcels of land not included in the area covered by the road but which are nevertheless included in the plan as being part of the traffic areas, and which therefore in practice become useless for the owner («waste-wedges»). In its decision the Supreme Court held that the impossibility of using those areas for a particular purpose denoted a loss for the owner which came within the scope of Article 6 of the Constitution Act on the right to the protection of property. Referring to the fact that these areas could not be expropriated on the basis of the law on public roadways the Supreme Court held that in accordance with Building Act the state is under a duty to pay compensation for this particular area «because it cannot be assumed that the law was in conflict with the above-mentioned paragraph of the Constitution Act». In case 1981 II 157 the Supreme Court argued that as the Compensation Act was enacted in accordance with the normal legislative procedure (and not as an exception law, which has been described above in the previous part of this paper) it did not limit the right of the individual according to Article 93,2 of the Constitution Act to bring a charge directly against a public official in conjunction with a claim for damages.

II. REMARKS ON THE JUDICIAL CONTROL OR NORMATIVE ACTS UNDER THE LEVEL OF ACTS OF PARLIAMENT

As has been pointed out at the beginning of the main part of this paper, Article 92,2 of the Constitution Act forbids the application by a judge or other official of a provision in a decree which is contrary to a constitutional or other law. Although the article is worded so as to refer only to decrees, that is to say legislative enactments passed by the President of the Republic, it is to be understood as applying to all administrative enactments, including those on a lower level than decrees. Although the article only states «contrary to a constitutional or other law» it is to be understood as also covering situations in which an administrative enactment is in conflict with a higher administrative enactment. Thus, for example, a ministerial regulation which conflicts with a decree may not be applied.

The generality of Article 92 of the Constitution Act may be taken as a distinct advantage. It applies to all administrative enactments without making distinctions based, for example, on the source or the contents of the enactments. Thus it applies equally well to rule-making decisions of the Council of State or of the National Board of Taxation or of a municipal council. It applies to all rule-making decisions regardless of whether they are classified by their contents as substantive or procedural or whether they are considered as binding private citizens or only the internal workings of a public body. The provision of the Constitution Act is general also in that it is binding on all public authorities: any public body, whether it is of the state or a municipality or perhaps in the service of the Church and whether its duties are administrative or judicial or, say, from the prosecutor's office, is not, according to the Constitution Act, to apply administrative enactments if their application would be in conflict with an enactment emanating from a higher source. The generality of Article 92,2 of the Constitution Act also means that there are no limitations to the way in which the question of the non-application of an enactment may be taken up by an official. It can be a question, for example, of a case being brought before the court either by the aggrieved party or by the public prosecutor or a case brought before a public authority by an individual or other official or an appeal to an administrative court from a decision by a public authority.

From the point of view of judicial procedure the generality of this constitutional law provision also means that the question of the non-application of an administrative enactment can arise in all types of judicial proceedings, that is to say equally well in administrative proceedings or criminal proceedings or civil proceedings. Article 92,2 of the Constitution Act must generally be applied also as meaning that the question of leaving an administrative enactment unapplied may arise regardless of whether it is or is not considered as the principal matter at issue from the point of view of initiating proceedings or deciding the case. Thus what may be at issue is, for example, the setting aside of a taxation assessment, partly on the ground that the provision of the regulation on which the assessment is based is not in accordance with the law, or the decision, according to which a charge against a civil servant could not be dealt with in a certain law-court, because the enactment on the basis of which the matter was raised was in this question in conflict with the existing forum-provisions in the law. At issue may also be the prosecution of a civil servant expressly for that he has, contrary to Article 92 of the Constitution Act, applied an administrative enactment which contradicts a law.

Although the generality of Article 92 of the Constitution Act as described above may be considered as in principle laudable it is perhaps not an advantage from the point of view of the development of control *post hoc* of the legality of administrative decrees in that there are no detailed provisions at all for this control, for example as regards procedure. Without belittling the importance of a general rule like that contained in Article 92 of the Constitution Act it may be assumed that the rule in which there would be arranged an express duty for some public body to examine the legality of an administrative enactment with a certain procedure would perhaps be better suited to develop knowledge and attitudes towards the control of enactments.

No mention is made in Article 92,2 of what consequences follow the non-application of an administrative enactment. As to the practice, no rules or generally accepted opinions have merged concerning e. g. the *ex tunc* or *ex nunc* effect of the illegality of a provision. The relatively scarce Court practice may be characterized so, that the courts do just and only what has been provided for in the Article 92,2: they do not apply provision in question in that particular case

before the court. It depends on the particulars of the case what is the effect of such a decision in the functioning of other authorities and in the other cases where the administrative enactment in question were to be applied. Another thing is that, as mentioned above, the Supreme Court and the Supreme Administrative Court have the competence to make presentations to the Government concerning the need to change administrative enactments which are considered to be in conflict with constitutional or other laws.

No broad study has been made so far on the practical significance of Article 92,2 of the Constitution Act within the judiciary. Some general information about the application of the Article in the Supreme Court and the Supreme Administrative Court can be found in the short case reports included in the year books of these courts. One can assume that such cases are rather rare where a Court of Appeals has left a provision in a decree or other administrative enactment unapplied because it has been found to conflict with an act of Parliament or with an administrative enactment of higher level. The situation is probably even more so in the district courts.

On the basis of the indexes of the yearbooks of the Supreme Court and Supreme Administrative Court and in the data registers (FINLEX) containing more recent decisions of these two supreme courts one can find, depending on the criteria followed, around 30 such decisions of the Supreme Administrative Court and a few such decisions of the Supreme Court, where the court has explicitly adopted a view on the conformity with law — and thus also on the applicability in the case — of a decree or lower level administrative enactment. The scarcity of such cases may be partly explained by unwillingness of the courts to give an explicit opinion on the lawfulness of, say, a decree, if the decision can be based on some other ground, e. g. on the requirement that a provision in a decree be interpreted in accordance with provisions in an act of Parliament. The relatively greater amount of cases in the Supreme Administrative Court is probably due to the fact a great volume of lower level regulation is rather typical for the field of administration but not for matters belonging to the competence of ordinary courts of law. About half of these cases in the Supreme Administrative Court concerned city ordinances or other regulations issued by a communal authority. There have been five such cases in the Supreme Administrative Court, where a decree, i. e. a normative act issued by the President of the

Republic, has been deemed to be in conflict with an act of Parliament. The corresponding figure for the Supreme Court is two.

Compared with the praxis of the two supreme courts one can find in the practice of the highest guardians of the law — the Chancellor of Justice and the Parliamentary Ombudsman — a relatively great amount of cases where the authority in question has explicitly dealt with the question of the conformity of an administrative enactment with a normative act of a higher level. In many of these cases one has also come to the conclusion that there indeed exists a conflict between provisions on different level of norm making. There are different reasons for this relative «abundance». While there does not exist, practically speaking, a possibility to bring an administrative enactment as such, i. e. the abstract question of its legality, before the court, the conformity of an administrative enactment with acts of Parliament or with higher level administrative enactments can be brought before a court only in connection with a concrete case and as a question of applicability in that case. This limitation does not concern the highest guardians of the law. One can complain to them also only about the administrative enactment being unconstitutional or otherwise in conflict with higher level normative acts.

In this connection it is significant that the Chancellor of Justice and the Ombudsman figure in the attitudes and expectations of the people as authorities who are controlling the legality of the workings of the official machinery as a whole and to whom one can complain without formalities, without delays and without expenses. The Chancellor of Justice and the Ombudsman also have the prestige and standing needed for effectively criticizing possible legal faults in administrative enactments.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL
DE
FRANCE

**LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
DANS LE CADRE DES POUVOIRS DE L'ETAT,
A LA LUMIERE DES MODALITES, DU CONTENU ET
DES EFFETS
DES DECISIONS SUR LA CONSTITUTIONNALITE
DES NORMES JURIDIQUES**



1. Introduction

Le Conseil constitutionnel est une création originale de la V^e République qui a subi une profonde évolution. Conçu au départ comme étant essentiellement «une arme contre la déviation du régime parlementaire» (1), il est devenu, progressivement, un véritable juge constitutionnel.

Dans l'esprit des inspirateurs de la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel devait avoir pour mission première de veiller au respect, par les assemblées parlementaires (Assemblée nationale et Sénat), du partage des compétences entre matières législatives et réglementaires réalisé par les articles 34 et 37 de la Constitution, et plus généralement, des règles du «parlementarisme rationalisé».

C'est dans cette perspective que la Constitution du 4 octobre 1958, d'une part, a prévu l'intervention du Conseil constitutionnel pour la détermination du domaine de la loi, et, d'autre part, a soumis à un contrôle de constitutionnalité préalable les règlements des assemblées parlementaires ainsi que les lois organiques, qui ont pour objet de préciser, de compléter ou même de fixer les conditions d'application de différents articles du texte constitutionnel.

Prévu à l'origine pour encadrer l'exercice par le Parlement de ses compétences, le Conseil constitutionnel est peu à peu devenu un juge constitutionnel exerçant une mission de contrôle a priori de la constitutionnalité des textes de lois les plus importants et ceci sous l'influence de deux facteurs.

(1) Déclaration du garde des Sceaux lors de la présentation du projet de Constitution devant le Conseil d'État le 27 août 1958 (Rev. Fr. Sc. Pol. mars 1959 p. 16).

En premier lieu, le contrôle exercé sur les lois ordinaires avant leur promulgation, conçu initialement comme un moyen parmi d'autres de vérifier que le Parlement n'empiète pas sur la compétence réglementaire, a considérablement évolué.

Depuis une décision de principe n.° 71-44 DC du 16 juillet 1971 (Rec. p. 29), il porte sur le respect par le législateur des droits et libertés garantis par le Préambule de la Constitution de 1958.

En second lieu, la loi constitutionnelle n.° 74-904 du 29 octobre 1974 a accru très sensiblement les possibilités de saisine du Conseil constitutionnel. Alors qu'antérieurement, le Conseil ne pouvait, en règle générale, être saisi de la constitutionnalité d'un texte qu'à l'initiative du Président de la République, du Premier ministre ou du Président de l'une ou l'autre assemblée, il peut, depuis octobre 1974, être saisi des lois, avant leur promulgation, par soixante députés ou soixante sénateurs. C'est à ce dernier titre que le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur des questions à la fois très variées et d'une grande importance. Sa jurisprudence s'est par là même considérablement enrichie.

1.1 L'organe de la justice constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel exerce à titre exclusif le contrôle de la conformité à la Constitution des actes fondamentaux de l'État que sont les lois organiques, les lois, les conventions internationales et les règlements des assemblées parlementaires.

Il est de moins en moins contesté que, dans ses fonctions de contrôle de la constitutionnalité, le Conseil constitutionnel, malgré sa dénomination, statue comme une juridiction.

Les garanties dont disposent les membres du Conseil assurent à cet organe l'indépendance nécessaire à toute juridiction.

En vertu de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel comprend, d'une part, neuf membres nommés et, d'autre part, des membres de droit qui sont les anciens Présidents de la République.

Les autorités ayant pouvoir de nomination sont au nombre de trois: le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du

Sénat. Leur choix peut se porter sur toute personne jouissant de ses droits civils et politiques, sans qu'aucune qualité particulière soit requise.

Le mandat des membres nommés, d'une durée de neuf ans, n'est pas renouvelable. Toutefois, en cas de vacance, le remplaçant est nommé pour la durée restant à courir sur le mandat de son prédécesseur et si ce remplaçant a occupé ses fonctions pendant moins de trois ans, il peut être nommé pour une durée de neuf ans. Le Conseil se renouvelle par tiers tous les trois ans.

La cessation de fonction d'un membre nommé ne peut résulter que du fait du décès, d'une démission volontaire ou d'une démission d'office prononcée par le Conseil lui-même pour incapacité physique ou exercice par l'intéressé d'une activité incompatible.

Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de membre du gouvernement, de parlementaire, de membre du Conseil économique et social et de dirigeant ou responsable d'un parti politique.

Les obligations des membres nommés sont définies dans le serment qu'ils prêtent devant le Président de la République: «bien et fidèlement remplir leurs fonctions, les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, garder le secret des délibérations et des votes, et ne prendre aucune position publique, ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil».

Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil, sont, sous la seule réserve de la dispense de serment, soumis aux mêmes obligations que les autres membres du Conseil constitutionnel (n.° 84-983 du 7 novembre 1984, Rec. p. 117). En conséquence, leur appartenance au Conseil est suspendue s'ils exercent des fonctions incompatibles.

Le Président du Conseil constitutionnel est nommé, parmi l'ensemble des membres, par le Président de la République. Il a le pouvoir de convoquer le Conseil, de désigner le rapporteur d'une affaire et de présider les séances. Sa voix est prépondérante en cas de partage égal des voix [cf. infra 1-2. e, 3)].

Enfin, le Conseil constitutionnel dispose de son autonomie financière: son président est l'ordonnateur des dépenses.

1.2 Les modalités et les voies de procédure du contrôle de la constitutionnalité

Le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel est un contrôle préventif à caractère abstrait.

S'il est obligatoire pour certains textes, il est le plus souvent facultatif et ne peut être alors mis en oeuvre que par des autorités politiques déterminées. La procédure applicable se trouve enserrée dans des délais très brefs.

a) Un contrôle qui est en principe préventif

Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité de certaines normes peut être qualifié de préventif ou de préalable, en ce sens qu'il n'est susceptible d'être mis en oeuvre qu'au stade de l'édiction de la norme contrôlée et avant toute mise en application de celle-ci.

Cette règle joue de façon absolue, s'agissant du contrôle de constitutionnalité exercé à l'égard des lois organiques, des règlements des assemblées parlementaires et des engagements internationaux.

De la même façon, le contrôle de constitutionnalité exercé sur la loi ordinaire joue dans sa plénitude une fois la loi votée (n.° 76-69 DC du 8 novembre 1976 - Rec. p. 37) et avant sa promulgation par le Président de la République.

Ce dernier dispose d'un délai de quinze jours au maximum à compter de la transmission au gouvernement de la loi adoptée pour la promulguer, sauf à demander, avant l'expiration de ce délai, au Parlement une nouvelle délibération.

Comme on le verra plus avant (cf. infra 1-3), le gouvernement peut néanmoins déférer au Conseil constitutionnel un texte de forme législative déjà entré en vigueur, aux fins de faire constater que ce texte est intervenu dans une matière qui relève de la compétence réglementaire.

b) Un contrôle abstrait

Préalable à toute mise en application de la norme en cause le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel est, par voie de conséquence, un contrôle abstrait.

Le Conseil a ainsi eu l'occasion de souligner que «la seule éventualité d'abus contraires à la Constitution dans l'application d'une disposition législative n'entraîne pas l'inconstitutionnalité de celle-ci» (n.° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983-Rec. p. 49 et plus spécialement p. 63).

Les abus dans l'application de la loi sont justiciables de l'intervention des autorités judiciaires et administratives et de celle des tribunaux compétents auxquels il appartient «de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables» (n.° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Rec. p. 15 et, plus spécialement, p. 27).

On notera que même, dans l'hypothèse où le Conseil est invité à constater le caractère réglementaire d'une disposition de forme législative antérieurement promulguée, le contrôle exercé demeure un contrôle abstrait puisqu'il porte uniquement sur le point de savoir si la disposition en cause ressortit ou non à la compétence réglementaire.

c) Le contrôle est, sauf exception, facultatif.

Le contrôle de constitutionnalité ne revêt un caractère obligatoire que pour deux séries de textes: d'une part, pour les règlements des assemblées parlementaires, qui ne peuvent être mis en application qu'après examen préalable de leur constitutionnalité, d'autre part, pour les lois organiques dont la promulgation est subordonnée pareillement à leur soumission au Conseil.

Mis à part ces deux cas, le contrôle de constitutionnalité revêt un caractère facultatif. Le Conseil n'est appelé à statuer sur la constitutionnalité d'une loi ou celle d'un engagement international que s'il est saisi par l'une des autorités habilitées à cet effet.

d) Le contrôle ne peut être mis en oeuvre que par des autorités politiques déterminées

Seules quelques autorités publiques, limitativement énumérées, ont qualité pour saisir le Conseil, qui ne dispose d'aucun pouvoir d'autosaisine.

Les quatre plus hautes autorités de l'État disposent d'un pouvoir de saisine étendu: le Président de la République, qui veille au respect de la Constitution en vertu de l'article 5 de celle-ci; le Premier ministre qui dirige l'action du gouvernement et exerce le pouvoir réglementaire; le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat.

L'une ou l'autre de ces autorités peut saisir le Conseil constitutionnel de la conformité à la Constitution, soit d'un engagement international, par application de l'article 54 du texte constitutionnel, soit d'une loi votée et non encore promulguée, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution.

En cours de procédure législative, s'il y a désaccord entre le gouvernement et le Président de l'Assemblée saisie d'un amendement ou d'une proposition de loi sur la compétence du législateur, le Conseil constitutionnel peut être saisi, à la demande du Premier ministre ou du Président de l'assemblée intéressée (article 41 de la Constitution).

Seul le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel de la question de savoir si un texte de forme législative déjà promulgué ne ressortit pas à la compétence du pouvoir réglementaire (article 37, alinéa 2, de la Constitution).

La loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 a permis la saisine du Conseil constitutionnel à des intervenants autres que les quatre plus hautes autorités de l'État. Ce texte permet en effet à soixante députés ou à soixante sénateurs de saisir le Conseil des lois votées, avant leur promulgation. Il a même été interprété comme s'appliquant aux lois qui autorisent la ratification ou l'approbation d'un engagement international (cf. infra 1-3 b).

La saisine doit être signée des autorités qualifiées. À la suite d'une saisine opérée par soixante députés ou soixante sénateurs, des membres d'une assemblée parlementaire agissant, soit isolément, soit collectivement, mais sans atteindre le nombre de signatures exigées par l'article 61, alinéa 2 ne sont pas recevables à contester la constitutionnalité de dispositions législatives autres que celles contestées par les auteurs de la saisine régulièrement effectuée (n.° 77-89 DC du 30 décembre 1977, Rec. p. 46).

En revanche, le Conseil, qui se considère en tout état de cause saisi de l'ensemble de la loi déferée, se réserve le pouvoir de soulever d'office la question de la constitutionnalité de dispositions non critiquées dans la saisine (n.° 82-146 DC du 18 novembre 1982, Rec. p. 66).

D'ailleurs, il admet la recevabilité d'une saisine ne comportant l'énoncé d'aucun moyen particulier (n.° 86-211 DC du 26 août 1986 - JO 27 août).

e) La procédure applicable devant le Conseil Constitutionnel.

(1) Des *délais* impératifs pour statuer sont impartis par les textes au Conseil constitutionnel. Ils sont, selon le cas d'une durée *d'un mois* ou de *huit jours* seulement.

Selon l'article 41 de la Constitution, s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une loi habilitant le gouvernement à intervenir dans des matières déterminées, le Conseil constitutionnel, qui est saisi en cas de désaccord entre le Président de l'assemblée intéressé et le gouvernement, doit statuer dans un délai de huit jours.

En vertu de l'article 61 de la Constitution, lorsque le Conseil constitutionnel est appelé à examiner la constitutionnalité d'une loi organique ou celle d'une loi avant sa promulgation, ou encore celle du règlement d'une assemblée parlementaire, avant sa mise en application, il doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Les mêmes délais sont applicables:

- au cas d'appréciation de la conformité à la Constitution d'un engagement international, comme cela ressort des dispositions combinées de l'article 54 de la Constitution et des articles 18 et 19 de l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel;
- à l'examen du point de savoir si un texte de forme législative ne ressortit pas à la compétence réglementaire (cf. l'article 25 de l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958).

(2) La brièveté de ces délais explique le caractère *inquisitorial* de la procédure. Les textes sont peu contraignants à l'égard du Conseil. L'ordonnance n.° 58-1067 lui impose simplement, lorsqu'il est saisi de la constitutionnalité d'une loi ou d'un engagement international, d'en aviser immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ces derniers en informent les membres des assemblées.

Le membre du Conseil désigné par le Président comme rapporteur peut décider de procéder à toute mesure d'instruction qu'il juge utile. Le plus souvent, il invite, au cours d'une réunion de travail préliminaire, les services du Secrétariat général du Gouvernement qui dépendent du Premier ministre, à préciser un certain nombre de points.

Les observations écrites présentées à la suite de la réunion de travail par les services du Premier ministre sont elles-mêmes communiquées aux auteurs de la saisine. Par ce biais, la procédure suivie revêt un caractère contradictoire.

(3) Les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité d'un texte sont prises sur le rapport d'un membre du Conseil, à l'unanimité ou à la majorité. Le quorum requis pour délibérer est de sept membres. En cas de partage égal des voix celle du Président est prépondérante.

1.3 Domaine et objet de contrôle de la constitutionnalité

a) Les actes juridiques obligatoirement soumis au contrôle de constitutionnalité

Ainsi qu'il a déjà été indiqué (cf. supra 1-2. d), le contrôle du Conseil constitutionnel n'est obligatoire que pour deux catégories de normes juridiques: les règlements des assemblées parlementaires; les lois organiques.

Sur le premier point, le Conseil a reconnu sa compétence, non seulement à l'égard du règlement de l'Assemblée nationale ou de celui du Sénat, mais également en ce qui concerne le règlement du Congrès. Ce dernier, qui consiste en la réunion des deux Chambres appelées à examiner un projet de révision constitutionnelle, a été assimilé à une assemblée parlementaire et son règlement a été soumis au Conseil constitutionnel avant sa mise en application (n.° 63-24 DC du 20 décembre 1963 - Rec. p. 16).

Sur le second point, en revanche, la compétence du Conseil constitutionnel n'a pu s'exercer, au moins initialement, dans toute sa plénitude. Les premières lois organiques ont été édictées par voie d'ordonnances dans les quatre mois suivant la promulgation, le 4 octobre 1958, de la Constitution et n'ont pu de ce fait être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel car celui-ci n'a exercé ses compétences qu'à compter de son installation, en mars 1959. Depuis cette date, toutes les lois organiques qui modifient ou complètent les ordonnances portant loi organique promulguées entre le 4 octobre 1958 et le 4 février 1959, sont soumises au contrôle du Conseil.

b) *Les actes juridiques facultativement soumis au contrôle de constitutionnalité.*

L'objet du contrôle de constitutionnalité varie en fonction tant de la nature juridique du texte soumis au Conseil que du mode de saisine.

Le cas des *engagements internationaux* est relativement simple.

Dès lors qu'un engagement international a été signé, l'une ou l'autre des quatre plus hautes autorités de l'État (cf. supra 1-2 d) peut saisir le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, de la question de savoir si cet engagement international comporte une clause contraire à la Constitution. En cas de réponse affirmative, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

En sus de cette procédure, le Conseil constitutionnel a admis qu'il pouvait être saisi, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, à l'initiative, soit de l'une des quatre plus hautes autorités de l'État, soit de soixante députés ou de soixante sénateurs, de la loi autorisant la ratification d'un traité ou son approbation, après le vote de cette loi et avant sa promulgation. En pareil cas, le Conseil exerce son contrôle, non seulement sur la régularité de la procédure législative mais également sur le point de savoir si l'engagement international en cause ne contient pas une clause contraire à la Constitution (n.° 80-116 DC du 17 juillet 1980, Rec. p. 36).

Toutefois, dès lors qu'un engagement international a été introduit dans l'ordre juridique interne, sa constitutionnalité ne peut plus être contestée (n.° 77-90 DC du 30 décembre 1977, p. 44).

Les problèmes touchant à un éventuel *empiètement d'un texte législatif sur la compétence réglementaire* peuvent être examinés par le Conseil constitutionnel dans deux hypothèses distinctes qui sont régies respectivement par les articles 41 et 37, alinéa 2, de la Constitution.

En vertu de l'article 41 de la Constitution, le Conseil peut être saisi de la recevabilité d'une proposition de loi ou d'un amendement d'initiative parlementaire. Cette voie de procédure suppose l'existence d'un désaccord entre le gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée. Elle ne peut être engagée que si le désaccord s'est cristallisé avant la clôture de la discussion devant l'assemblée devant laquelle a été présenté le texte litigieux. La discussion est alors suspendue jusqu'à ce que le Conseil ait statué. Cette saisine en cours de procédure législative permet

uniquement au Conseil de déterminer la répartition des compétences respectives du Parlement et du Gouvernement (n.° 79-10 FNR du 26 avril 1979, Rec. p. 55).

La procédure dite de «délégalisation» des textes de forme législative intervenus dans le domaine réglementaire, qui est régie par l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, présente une triple originalité. Elle porte exclusivement sur un problème de répartition des compétences entre la loi et le règlement. Elle ne peut être mise en oeuvre que par le Premier ministre, en sa qualité de titulaire du pouvoir réglementaire. Elle autorise le Premier ministre à déférer au Conseil, non seulement des lois qui, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, ont empiété sur la compétence réglementaire, mais, plus généralement, *tous les textes de forme législative* intervenus après le 4 octobre 1958 dans une matière réglementaire. Cela vise concrètement, outre les lois les ordonnances prises sur le fondement de l'article 92 de la Constitution lors de la mise en place des institutions de la Ve République, ainsi que les ordonnances prises en application d'une loi d'habilitation, une fois ratifiées.

Le champ d'application du *contrôle de constitutionnalité de la loi* a été précisé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Le Conseil *a décliné sa compétence* pour connaître des *lois adoptées par voie de référendum*. Invoquant la lettre des textes, et plus encore «l'esprit de la Constitution», il a jugé que sa compétence était limitée aux lois votées par le Parlement et ne saurait s'étendre à la vérification de celles qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale (n.° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Rec. p. 27).

Le Conseil estime de même qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la conformité à la Constitution d'une loi qui a été promulguée, que ce soit au titre d'une demande d'avis présentée par le Premier ministre (n.° 80-113 L du 14 mai 1980, Rec, p. 61 et plus spécialement p. 64), ou par voie d'action.

Mais tout récemment, le Conseil s'est reconnu la *possibilité d'apprécier, par la voie de l'exception, la constitutionnalité d'une loi antérieurement promulguée*. Il résulte de la décision n.° 85-187 DC du 25 janvier 1985 (Rec. p. 43) que «la régularité, au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée, peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine».

L'extension du contrôle ainsi réalisé, qui revient sur la jurisprudence antérieure (cf. n.° 78 -96 DC du 27 juillet 1978, Rec. p. 29), ne saurait cependant avoir d'incidence directe que sur la loi nouvelle qui modifie ou complète la loi ancienne antérieurement promulguée.

A cette extension du contrôle dans le champ des normes législatives correspond une extension du contrôle en direction du domaine réglementaire à l'occasion de l'examen des *lois d'habilitation*. Après avoir précisé les obligations qui incombent au Gouvernement à l'égard du Parlement auquel il demande, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, l'autorisation de prendre par voie d'ordonnances pendant une durée limitée des mesures qui sont normalement du domaine de la loi, le Conseil vérifie que la loi d'habilitation, soumise à son contrôle, «ne comporte aucune disposition qui permettrait de méconnaître des règles et principes de valeur constitutionnelle et déclare n'admettre sa conformité à la Constitution que sous l'expresse condition qu'elle serait interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution (n.° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, JO 27 juin; n.° 86-208 DC des 1er et 2 juillet 1986, JO 3 juillet).

c) Les omissions du législateur

Les omissions ou lacunes d'une loi ne sont pas justiciables d'une voie de droit particulière. Il n'y a pas en droit constitutionnel français de «recours en carence» analogue à celui qui existe en droit communautaire en vertu de l'article 175 du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne.

Cependant, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité qu'il exerce au titre de l'article 61 de la Constitution sur la loi organique ou la loi, après leur vote et avant leur promulgation, le Conseil constitutionnel a dégagé deux types de raisonnement lui permettant de censurer les omissions imputables au législateur.

Un premier type de raisonnement se fonde sur les *règles de partage des compétences entre la loi et le règlement* telles qu'elles sont fixées par la Constitution de 1958. En vertu des règles posées par ce dernier texte, le législateur, qu'il agisse par voie de lois organiques ou de lois n'exerce qu'une compétence d'attribution. Mais l'exercice de cette compétence revêt pour lui un caractère obligatoire, hors le cas particulier des lois habilitant le gouvernement à prendre par ordonnances, dans un domaine et pour une période limitée, des mesures qui sont du domaine de la loi. Le fait pour le législateur de rester en deçà de sa compétence est en lui-même un motif d'inconstitutionnalité (n.° 67-31 DC du 26 janvier 1967 p. 19; n.° 83-168 DC du 20 janvier 1984, p. 38; n.° 84-173 DC du 26 juillet 1984, p. 63.)

Le Conseil constitutionnel a également été conduit à censurer les lacunes d'une loi par le biais d'un *contrôle de l'abrogation* des lois anciennes opérée par la loi nouvelle. Dans la tradition juridique française, le législateur ne peut lui-même se lier pour l'avenir. Il s'ensuit, qu'en principe, une loi peut toujours abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger (n.° 82-142 DC du 27 juillet 1982-Loi portant réforme de la planification - Rec. p. 52)

Néanmoins, le Conseil constitutionnel a été progressivement conduit à juger que le pouvoir d'abrogation de la loi antérieure n'était pas absolu (n.° 83-165 DC du 20 janvier 1984, loi relative à l'enseignement supérieur, Rec. p. 30; n.° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Rec. p. 36) et qu'en particulier, «l'exercice de ce pouvoir *ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel*», comme le relève la décision n.° 86-210 DC du 29 juillet 1986, rendue à propos de la loi portant réforme du régime juridique de la presse.

1. L'étalon de contrôle.

Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité ne sont pas les mêmes, selon que ce contrôle porte sur les lois, les lois organiques, les engagements internationaux ou les règlements des assemblées parlementaires.

a) Cas des lois.

Dans le cadre de la compétence qu'il exerce sur le fondement de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, le Conseil constitutionnel vérifie que la loi qui lui est déférée n'est contraire à aucun principe, non plus qu'à aucune règle de valeur constitutionnelle. «Principes et règles de valeur constitutionnelle» constituent ce que la doctrine française appelle parfois «bloc de constitutionnalité».

Il importe de préciser d'une part, de quoi se compose ce bloc de constitutionnalité, et d'autre part, quelles sont les normes juridiques qui n'y figurent pas.

Au nombre des règles ou principes de valeur constitutionnelle, il convient de ranger tout d'abord, *les articles de la Constitution* qui énoncent aussi bien des règles touchant aux pouvoirs publics et à leurs rapports que certains principes (égalité devant la loi; égalité de suffrage; indépendance de l'autorité judiciaire; liberté individuelle; libre administration des collectivités territoriales).

Il y a, ensuite, *le texte du Préambule*, qui se réfère lui-même d'une part, à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, d'autre part, au

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 lequel comporte, et un renvoi aux «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» et la proclamation de «principes particulièrement nécessaires à notre temps».

La référence faite par le constituant de 1946, à la suite d'un amendement, aux «*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*» a eu pour objet de rendre hommage à l'oeuvre de la III^{ème} République en matière de libertés publiques et de lois sociales. Pour sa part, le Conseil constitutionnel a fait figurer au nombre de ces principes: la liberté d'association (n.° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec. p. 29); le principe des droits de la défense (n.° 76-70 DC du 2 décembre 1976, Rec. p. 39); la liberté de l'enseignement (n.° 77-87 DC 23 novembre 1977, Rec. p. 42); l'indépendance de la juridiction administrative (n.° 80-119 DC du 22 juillet 1980, Rec. p. 46); l'indépendance des enseignants (n.° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Rec. p. 30).

Beaucoup plus précise est, par comparaison, la notion de «*principes particulièrement nécessaires à notre temps*» qui a, elle aussi, son siège dans le Préambule de la Constitution de 1946. Elle est introduite par le deuxième alinéa du texte en ces termes: «Il (le peuple français) proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques économiques et sociaux ci-après:...».

Les principes dont il s'agit ont donc été limitativement énumérés par le constituant lui-même, sous la forme des alinéas 3 à 18 du Préambule. Cette énumération comprend entre autres: le principe de l'égalité des sexes; le droit d'asile; le droit au travail; le droit syndical; le droit de grève; la participation des travailleurs à la gestion des entreprises; la nationalisation des services publics nationaux et des monopoles de fait; la définition des obligations de la Nation dans les domaines familiaux, éducatifs, sanitaires et culturels.

Abstraction faite des dispositions des préambules des Constitutions de 1946 et 1958, les principes de valeur constitutionnelle peuvent trouver leur origine dans des *principes généraux du droit de valeur constitutionnelle* dont le Conseil constitutionnel peut être amené à constater l'existence. Significative à cet égard, est la décision n.° 79-105 DC du 25 juillet 1979 relative à l'exercice du droit de grève à la radiodiffusion-télévision française, où il est énoncé, sans rattachement à un texte, que le principe de la continuité du service public est un principe de valeur constitutionnelle (cf. Rec. 1979, p. 33).

La jurisprudence récente a consacré également la notion «*d'objectifs de valeur constitutionnelle*» (n.° 82-141 DC du 27 juillet 1982, Rec. p. 48; n.° 84-181 DC

des 10 et 11 octobre 1984, Rec. p. 78; n.° 86-210 DC du 29 juillet 1986; n.° 86-217 DC du 18 septembre 1986). Les objectifs de valeur constitutionnelle, au nombre desquels figurent la sauvegarde de l'ordre public, le pluralisme des courants d'opinion et le respect de la liberté d'autrui, paraissent avoir pour fonction d'éviter de conférer un caractère absolu aux principes de valeur constitutionnelle, de la même façon qu'en droit communautaire, les objectifs d'intérêt général poursuivis par les Communautés peuvent justifier que des limites soient apportées aux droits fondamentaux (C.J.C.E. 14 mai 1974 NOLD, aff. 4/73).

Enfin, le « bloc de constitutionnalité » comprend les *lois organiques* qui, dans les cas prévus par la Constitution, définissent ses conditions d'application (n.° 60-8 DC du 11 août 1960, Rec. p. 25; n.° 86-217 DC du 18 septembre 1986).

En revanche, le Conseil constitutionnel estime qu'il ne lui appartient pas de vérifier, dans le cadre du contrôle qu'il exerce au titre de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, la conformité d'une loi :

— aux traités et engagements internationaux (n.° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19);

— aux règlements des assemblées parlementaires (n.° 79-104 DC du 23 mai 1979, Rec. p. 27; n.° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Rec. p. 15).

Par ailleurs, depuis la décision n.° 82-143 DC du 30 juillet 1982 (Rec. p. 57), le Conseil considère qu'un empiètement éventuel du législateur sur la compétence réglementaire est justiciable, non du contrôle de constitutionnalité qu'il exerce en vertu de l'article 61 de la Constitution, mais des procédures spéciales de fin de non recevoir et de « délégalisation » régies respectivement par les articles 41 et 37, alinéa 2 (cf. supra 1-3. b).

b) — *Cas des lois organiques.*

Une loi organique est soumise au respect des mêmes règles et principes que la loi ordinaire, à l'exception, bien entendu, des différentes lois organiques.

c) — Cas des engagements internationaux.

Depuis une décision n.° 85-188 DC du 22 mai 1985 (Rec. p. 15), le Conseil constitutionnel paraît considérer qu'un engagement international ne serait contraire à la Constitution que s'il porte atteinte aux «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale» et qu'il n'en est ainsi que si cet engagement est, par hypothèse, «incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens».

d) — Cas des règlements des assemblées parlementaires.

Il ressort de la décision n.° 69-37 DC du 20 novembre 1969 que «la conformité à la Constitution des règlement des assemblées parlementaires doit s'apprécier tant au regard de Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu du premier alinéa de l'article 92 de la Constitution». Cette dernière formule vise en pratique le texte de l'ordonnance n.° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

2. Le contenu des décisions.

Les décisions doivent être *motivées* en la forme, comme l'exige expressément l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958 dans ses articles 20, 26 et 28.

A cet effet, chaque décision comporte des visas, des motifs — appelés considérants — et un dispositif qui indique le sens de la décision.

Toute déclaration d'inconstitutionnalité est précédée d'une motivation circonstanciée. Le Conseil s'attache également à répondre explicitement aux moyens d'inconstitutionnalité invoqués par le ou les auteurs de la saisine. Mais, une fois qu'il a conclu à la non-conformité d'une disposition, il n'est pas tenu de se prononcer sur d'autres moyens dirigés contre elle.

La motivation adoptée est beaucoup plus succincte en ce qui concerne l'examen de ceux des articles d'un texte dont la contitutionnalité n'est contestée par

aucun moyen et n'apparaît pas davantage contestable aux yeux du Conseil. En pareil cas, la décision comporte in fine un considérant qui énonce «qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen».

Le dispositif de la décision du Conseil prescrit sa publication au Journal officiel, bien que cette dernière ne soit exigée par les textes que pour les décisions prises en vertu des articles 54 ou 61 de la Constitution.

Conformément au principe du secret du délibéré, qui est traditionnel en droit français (2), il n'est jamais précisé si la décision a été rendue ou non à l'unanimité. Ne sont pas davantage mentionnées les opinions discordantes ou dissidentes.

Si la présentation formelle des décisions est immuable, leur contenu varie en fonction du sens de la solution adoptée.

2.1 — *Les types extrêmes*

Deux cas extrêmes peuvent se présenter selon que le texte déféré au Conseil constitutionnel est, *dans son ensemble*, soit entaché d'inconstitutionnalité, soit non contraire au texte constitutionnel.

a) Décision d'inconstitutionnalité.

A diverses reprises, le Conseil constitutionnel a été amené à déclarer, non conforme à la Constitution ou contraire à celle-ci, dans son intégralité, un texte qui lui était soumis.

Il s'est prononcé en ce sens à quatre reprises en raison d'irrégularités affectant la procédure suivie pour l'élaboration d'une loi (n.° 77-91 DC du 18 janvier 1978 — Aide à l'enseignement agricole privé, p. 19, n.° 79-110 DC du 24 décembre 1979 — loi de finances pour 1980 — p. 36; n.° 80-122 DC du 22 juil-

(2) Cf. C.E. 17 novembre 1922 — LE GILLON — Rec. p. 849, Cass. Soc. 9 novembre 1945 — Gaz. Pal. 1946.1.22 Cass. Crim. 25 janvier 1968. D. 1968. 153.

let 1980 — application du Code de procédure pénale dans les territoires d'outre-mer, p. 49; n.° 85-190 DC du 24 juillet 1985 — loi portant règlement définitif du budget de 1983, p. 53).

Dans d'autres cas, la décision prise par le Conseil a eu pour fondement le non respect d'une règle de fond de valeur constitutionnelle, soit par une loi organique (n.° 77-80 et 77-81 DC du 5 juillet 1977, p. 24), soit par une loi (n.° 76-72 DC du 12 janvier 1977, p. 31); n.° 82-147 DC du 2 décembre 1982, p. 70).

Sur le plan formel, la décision rendue par le Conseil, énonce, dans l'article 1^{er} du dispositif que la loi déférée «est déclarée non conforme à la Constitution», ou, ce qui revient au même, lui est contraire (n.° 77-80 et 77-81 DC du 5 juillet 1977).

b) Décision de conformité à la Constitution.

Dans la majeure partie des cas, le Conseil constitutionnel est conduit à déclarer que l'ensemble d'une loi est conforme à la Constitution ou ne lui est pas contraire.

Ainsi, dans sa décision n.° 86-212 DC du 12 août 1986 sur la loi organique relative au régime électoral de la collectivité territoriale de Saint-Pierre et Miquelon, le Conseil, après avoir considéré que la loi organique, prise dans le respect des règles de forme et de procédure imposées par la Constitution, n'est contraire à aucune disposition de celle-ci, décide que «la loi organique relative au régime électoral de la collectivité territoriale de Saint-Pierre et Miquelon est déclarée conforme à la Constitution» (article premier du dispositif).

De même, dans sa décision n.° 86-214 DC du 3 septembre 1986, sur la loi relative à l'application des peines, le Conseil écarte dans les motifs de sa décision, le moyen soulevé par les requérants et constate qu'il n'y a pas lieu de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen. En conséquence, il décide que « la loi relative à l'application des peines n'est pas contraire à la Constitution» (article premier du dispositif).

Ces cas de conformité à la Constitution sont très fréquents, notamment pour les lois organiques. Ils se caractérisent par le fait que la déclaration de conformité n'est accompagnée d'aucune réserve d'interprétation ni dans les motifs de la décision ni dans son dispositif.

2.2 Les types intermédiaires.

En dehors des deux cas extrêmes que l'on vient de recenser, les décisions peuvent revêtir des formes intermédiaires. Entrent en ligne de compte des éléments particuliers qui tiennent à ce que le texte déféré n'est que partiellement entaché d'inconstitutionnalité, au lien qui existe éventuellement entre une disposition déclarée non conforme à la Constitution et d'autres dispositions du même texte, à ce que l'admission de la constitutionnalité du texte est conditionnée par son interprétation dans un sens déterminé, au souci du Conseil d'apporter des précisions sur les moyens de remédier à une inconstitutionnalité, ou d'orienter ses modalités d'application.

a) Décision d'inconstitutionnalité partielle.

Il advient fréquemment que le Conseil constitutionnel déclare que certaines dispositions d'un texte sont contraires à la Constitution et que les autres ne le sont pas.

Dans ce cas, le dispositif de la décision indique dans un article 1^{er}, quels sont le ou les articles de la loi, ou les alinéas ou membres de phrases d'un article qui sont déclarés «non conformes à la Constitution», ou, ce qui est équivalent, qui lui sont contraires. Dans un souci de clarté, un article du dispositif, distinct du précédent, précise que les autres dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont pas contraires à la Constitution ou lui sont conformes.

b) Cas des dispositions inconstitutionnelles qui sont inséparables de tout ou partie d'un texte.

Une disposition législative déclarée contraire à la Constitution peut, dans certains cas, être déclarée inséparable de l'ensemble d'une loi, ou même d'une partie seulement de cette loi.

En vertu de l'article 22 de l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, c'est au Conseil qu'il appartient de préciser, s'il y a lieu, qu'une disposition qu'il juge contraire à la Constitution est inséparable de l'ensemble de la loi.

Dans sa décision n.° 81-132 DC du 16 janvier 1982 (Rec. p. 18), le Conseil a estimé que les dispositions des articles 6, 18 et 32 de la loi de nationalisation qui fixaient les modalités d'indemnisation des actionnaires des entreprises nationalisées étaient tout à la fois contraires à la Constitution et *inséparables* de l'ensemble de la loi.

Comme on le verra plus avant, une semblable décision a pour conséquence de faire obstacle à la promulgation de l'ensemble de la loi et pas seulement des articles déclarés non conformes.

Il peut arriver également que des articles d'une loi, jugés non conformes à la Constitution, soient inséparables non de l'ensemble de la loi, mais uniquement d'autres articles.

Ainsi, dans sa décision n.° 86-217 DC du 18 septembre 1986, concernant la loi relative à la liberté de communication le Conseil, après avoir déclaré non conformes à la Constitution les articles 39 et 41 de la loi, a estimé qu'étaient inséparables de ces articles, d'une part, les articles 28 à 31 qui, en eux-mêmes, n'étaient cependant pas contraires à la Constitution et, d'autre part, les articles de la même loi qui abrogeaient la législation antérieure au motif qu'il ne lui appartenait pas de déterminer dans quelle mesure le législateur aurait prononcé de telles abrogations au vu de la déclaration de non conformité à la Constitution des articles 39 et 41. Sur ce dernier point, la décision du Conseil participe du souci, précédemment indiqué (cf. supra 1-3-c), d'éviter que l'usage fait par le législateur du pouvoir d'abrogation n'aboutisse à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel.

c) Décisions procédant à une interprétation.

Il est fréquent que le Conseil constitutionnel n'admette la conformité à la Constitution de dispositions législatives ou de celles du règlement d'une assemblée qu'au bénéfice de leur interprétation dans un sens déterminé. Ni la Constitution, ni l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958, ne prévoient expressément ce type de décisions qui s'analysent en droit comme des décisions de conformité. Mais dans la mesure où l'interprétation donnée de la norme par le Conseil conditionne l'admission de la constitutionnalité du texte, cette interprétation revêt un caractère juridiquement obligatoire.

Déjà couramment appliquée par le juge administratif (cf. C.E. 4 janvier 1957 — Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de droit, p. 9) la technique dite de l'interprétation neutralisante d'un texte a été mise en oeuvre par le Conseil constitutionnel pour la première fois dans sa décision n.° 59-2 DC des 17, 18 et 24 juin 1959 relative au règlement de l'Assemblée nationale (Rec. p. 58). Elle est depuis lors d'une pratique courante (n.° 68-35 DC du 30 janvier 1968, Rec. p. 19; n.° 77-83 DC du 20 juillet 1977, Rec. p. 39).

Dans la période récente, le Conseil n'a pas hésité à mettre l'accent sur le caractère obligatoire de l'interprétation qu'il donne, soit dans les motifs de la décision en soulignant que « toute autre interprétation serait contraire à la Constitution » (n.° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, p. 73; n.° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986; n.° 86-215 DC du 3 septembre 1986; n.° 86-217 DC du 18 septembre 1986), soit dans le dispositif de la décision en relevant que les dispositions en cause ne sont pas contraires à la Constitution « sous les strictes réserves d'interprétation ... » énoncées dans les motifs de la décision.

Inaugurée par la décision n.° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, relative à la loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, cette rédaction a été reprise dans les décisions n.° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 et n.° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986. Ces dernières décisions ont été rendues à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de lois d'habilitation qui, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, autorisent le gouvernement à prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Le Conseil a posé en principe qu'il ne pouvait admettre la conformité à la Constitution d'une loi d'habilitation que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution (cf. supra 1 — 3 b).

On relèvera par ailleurs que peuvent être rattachées à la technique de l'interprétation neutralisante les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel constate que les dispositions qui lui sont soumises sont dépourvues de tout effet juridique et que, dès lors, en raison même de leur *caractère inopérant*, il n'y a pas lieu d'en faire l'objet d'une déclaration de non conformité à la Constitution (n.° 82-142 DC du 27 juillet 1982 — loi portant réforme de la planification; n.° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986).

d) Décisions apportant des précisions sur les moyens de remédier à une inconstitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer que l'article 61 de la Constitution ne lui conférerait pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement et qu'il lui donnait seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen (n.° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19; n.° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, p. 15). En conséquence, le Conseil constitutionnel s'interdit d'adresser des injonctions au législateur.

Néanmoins, lorsqu'il déclare non conforme à la Constitution une disposition législative, le Conseil peut s'efforcer de fournir au législateur les éléments lui permettant dans l'avenir d'élaborer une loi répondant aux exigences constitutionnelles. On peut citer, à titre d'exemple la décision n.° 83-164 DC du 29 décembre 1983 (Rec. p. 67) qui, tout en déclarant «en l'état» non conformes à la Constitution des dispositions donnant à l'administration fiscale un pouvoir de perquisition, a indiqué avec précision en quoi le texte ne satisfaisait pas aux exigences constitutionnelles, ce qui a permis par la suite au législateur d'adopter un dispositif nouveau de contrôle fiscal conforme à la Constitution (n.° 84-184 DC du 29 décembre 1984, p. 94).

De la même façon, dans sa décision n.° 86-217 DC du 18 septembre 1986, concernant la loi relative à la liberté de communication, le Conseil en indiquant en quoi les dispositions des articles 39 et 41 de la loi ne satisfont pas à l'exigence constitutionnelle de préservation du pluralisme, ni dans le secteur de la communication audiovisuelle, ni dans celui de la communication en général, a posé par là même des repères à l'action du législateur.

e) Décisions qui évoquent les conditions d'application d'une norme

Ainsi qu'il a été précédemment indiqué (cf. supra 1-2 a) et b)), le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel revêt un caractère à la fois préalable et abstrait. L'appréciation de la constitutionnalité d'une norme juridique est indépendante des conditions ultérieures de son application.

Il peut arriver cependant que le Conseil évoque dans ses décisions, les conditions d'application d'une norme ou ses prolongements.

On en trouve une illustration lorsque le Conseil constitutionnel souligne la nécessité pour les textes pris pour assurer l'application dans l'ordre interne d'un engagement international, de respecter des principes de valeur constitutionnelle (n.° 76-71 DC du 30 décembre 1976 p. 15) et plus encore, lorsqu'il s'attache à préciser le contenu d'ordonnances prises sur le fondement d'une loi d'habilitation (cf. les décisions n.° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 et n.° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986).

Au terme de cette analyse des décisions de type intermédiaire, il y a lieu de souligner qu'une même décision peut déclarer certaines dispositions d'une loi contraires à la Constitution, préciser dans le même temps qu'elles sont inséparables d'articles déterminés de la loi, tout en procédant par ailleurs à une interprétation neutralisante d'autres articles (cf. n.° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, p. 73; n.° 86-217 DC du 18 septembre 1986).

2.3. *Décisions à «valeur integrative» et à «valeur substitutive».*

Le Conseil constitutionnel ayant une compétence d'attribution, il lui appartient seulement d'examiner la constitutionnalité de celles des normes juridiques soumises à son examen (engagements internationaux, lois organiques, lois, règlements des assemblées parlementaires).

Dans le cadre de cette mission et sous réserve de ce qui a été dit ci-dessus, au sujet des décisions de type intermédiaire (cf. 2-2), le Conseil n'a pas le pouvoir de modifier la norme qui fait l'objet de son examen, pour y intégrer des dispositions nouvelles ou y substituer d'autres dispositions.

3. **La force juridique des décisions**

La force juridique des décisions du Conseil constitutionnel est définie par la Constitution, sur un plan général, en son article 62, et sur des points particuliers, dans ses articles 54 et 37, alinéa 2.

L'article 62 de la Constitution comporte deux alinéas qui se situent sur deux plans légèrement différents.

Aux termes du premier alinéa de cet article: «Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée, ni mise en application». Cet alinéa se rattache bien évidemment aux dispositions de l'article 61 et implique qu'une loi organique ou une loi déclarée inconstitutionnelle ne puisse être promulguée et que le règlement d'une assemblée parlementaire qui serait déclaré contraire à la Constitution ne puisse être mis en application par l'assemblée qui l'a voté.

Selon le deuxième alinéa de l'article 62: «Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles».

Ces dernières dispositions ont une portée générale en ce qu'elles affirment l'autorité des *décisions* rendues par le Conseil constitutionnel, non seulement dans le cadre du contrôle de constitutionnalité qu'il exerce en vertu de l'article 61, mais pour l'ensemble des décisions qu'il prend sur fondement de la Constitution.

Sur des points particuliers, la Constitution a précisé elle-même les implications d'ordre juridique des décisions du Conseil.

Lorsque, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel déclare qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

En revanche, le fait pour le Conseil constitutionnel de reconnaître le caractère réglementaire d'une disposition figurant dans un texte de forme législative postérieur à l'entrée en vigueur de la Constitution, autorise le gouvernement à modifier ou abroger une telle disposition par décret en Conseil d'État, sans lui en faire cependant une obligation (cf. article 37, alinéa 2 de la Constitution).

C'est en fonction des principes ainsi posés par la Constitution qu'il est possible d'apporter des éléments de réponse aux questions ayant trait, à l'effet erga omnes des décisions, à la force de chose jugée des décisions et à leur autorité vis-à-vis du Conseil constitutionnel lui-même.

a) *L'effet erga omnes.*

Dans la mesure où le Conseil constitutionnel est appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de normes juridiques au titre d'un contrôle préalable et abs-

trait, il s'ensuit logiquement que les décisions qu'il est amené à rendre ont un effet «erga omnes» et non pas seulement «inter partes». C'est là une conséquence nécessaire du caractère objectif du contentieux constitutionnel porté devant le Conseil.

Une telle solution est, au demeurant, consacrée par les dispositions du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution en vertu desquelles les décisions du Conseil «s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles».

b) L'autorité de chose jugée.

L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, telle qu'elle ressort des dispositions du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, a été affirmée à plusieurs reprises par le Conseil.

Dans une décision n.° 62-18 L du 16 janvier 1962 (Rec. p. 31), le Conseil, après avoir rappelé qu'aux termes de l'article 62 in fine, ses décisions «s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles», précise «que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même».

La motivation ainsi adoptée aboutit à conférer aux décisions du Conseil constitutionnel une autorité comparable à l'autorité de la chose jugée, telle qu'elle est affirmée tant par le juge judiciaire que par le juge administratif.

Le Conseil constitutionnel en a tiré comme conséquence que dans le cas où il a décidé qu'une matière n'appartenait pas au domaine réservé à la loi, le Gouvernement est fondé à prendre par décret les dispositions qu'il juge utiles en cette matière sauf à obtenir, au préalable, la déclaration du caractère réglementaire de toute disposition de forme législative intervenue, après l'entrée en vigueur de la Constitution, pour régler ladite matière et dont serait envisagée la modification par ce décret. Hormis ce cas, le Conseil considère qu'il n'y a lieu pour lui de statuer sur une demande portant sur un objet sur lequel il s'est antérieurement prononcé. (cf. 62-18 L du 16 janvier 1962; n.° 79-109 L du 13 septembre 1979, Rec. p. 47).

Dégagée à propos des problèmes de répartition de compétences entre la loi et le règlement, cette solution a été appliquée en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois exercé au titre de l'article 61 de la Constitution.

Dans sa décision n.° 85-197 DC du 23 août 1985, le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas lieu pour lui de procéder à un nouvel examen de la constitutionnalité de dispositions législatives qui reprenaient des dispositions identiques à celles que, dans sa décision n.° 85-196 DC du 8 août 1985, il avait déclarées conformes à la Constitution.

On notera enfin que c'est en s'appuyant sur les dispositions de l'article 62 (alinéa 2) de la Constitution que le Conseil constitutionnel a écarté, comme irrecevable, une requête dirigée contre une décision rendue par lui en tant que juge des élections législatives (n.° 82-963 du 30 juillet 1982, Rec.p. 113).

c) Autorité des décisions vis-à-vis du Conseil constitutionnel.

L'article 62 de la Constitution n'a pas été interprété comme faisant obstacle à des évolutions de jurisprudence de la part du Conseil constitutionnel.

Ainsi, après avoir, dans un premier temps, soulevé d'office l'irrecevabilité au regard de l'article 42 de l'ordonnance organique n.° 59-2 du 2 janvier 1959, d'un amendement apporté à un projet de loi de finances (n.° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Rec. p. 25) le Conseil a estimé, ultérieurement qu'une telle irrecevabilité ne pouvait être invoquée devant lui que si elle avait été soulevée lors des débats parlementaires (n.° 80-126 DC du 30 décembre 1980, Rec. p. 53).

Dans d'autres cas, lorsqu'une même question lui est posée sous un angle différent, le Conseil peut être amené à adopter une position nouvelle sans que l'on puisse considérer qu'il opère un revirement de jurisprudence. On en trouve une illustration avec les décisions n.° 78-98 DC du 22 novembre 1978 (Rec. p. 33) et n.° 86-215 DC du 3 septembre 1986, qui sont relatives au régime juridique de la «période de sûreté».

4. L'effet dans le temps des décisions

Comme il a été précédemment indiqué, le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel revêt un caractère préventif et a pour conséquence,

au cas où une inconstitutionnalité est relevée par le Conseil, de faire obstacle à la promulgation ou à la mise en application de la norme en cause.

Dans la pratique, aucun problème particulier ne s'est fait jour s'agissant du contrôle de constitutionnalité exercé sur les engagements internationaux en vertu de l'article 54 de la Constitution. Il n'y a eu que peu de saisines à ce titre et elles n'ont pas donné lieu à des déclarations de non conformité à la Constitution (n.° 70-39 DC du 19 juin 1970, p. 15; n.° 76-71 DC du 30 décembre 1976 p. 15; n.° 85-188 DC du 22 mai 1985, p. 15).

Si, à diverses reprises, des dispositions des règlements des assemblées ont été déclarées contraires à la Constitution, l'Assemblée intéressée a, postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel, adopté une résolution tenant compte de la chose jugée par le Conseil et n'encourant plus de critique sur le plan constitutionnel (n.° 59-4 DC du 24 juillet 1959, p. 63; n.° 69-38 DC du 15 janvier 1970, p. 21).

Les problèmes, liés à l'effet dans le temps du contrôle de constitutionnalité des lois, sont plus complexes. Dans la mesure où ce contrôle s'exerce sur la loi, *avant sa promulgation*, l'effet dans le temps des décisions du Conseil se limite à leur incidence sur la promulgation du texte.

La Constitution, tout comme l'ordonnance organique n.° 58-1067 du 7 novembre 1958, apportent sur ce point diverses précisions.

L'article 10 de la Constitution dispose que le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. Toutefois, dans ce délai, le Chef de l'État peut demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles.

En vertu du quatrième alinéa de l'article 61 de la Constitution, le délai de promulgation est suspendu en cas de saisine du Conseil constitutionnel.

Corrélativement, le premier alinéa de l'article 62 prévoit qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée (cf. supra 3).

A ces dispositions constitutionnelles s'ajoutent celles des articles 21 à 23 de l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

L'article 21 de cette ordonnance précise que la *publication* d'une décision du Conseil constitutionnel constatant qu'une disposition n'est pas contraire à la Constitution met fin à la suspension du délai de promulgation.

Selon l'article 22 de l'ordonnance, dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution qui est inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée.

L'article 23 de l'ordonnance règle le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution, sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi. Dans cette hypothèse, une option est ouverte au Président de la République qui peut, soit promulguer la loi à l'exception de la disposition déclarée non conforme à la Constitution, soit demander aux Chambres une nouvelle lecture.

Il résulte de ces diverses dispositions qu'une décision du Conseil constitutionnel rendue sur le fondement de l'article 61 de la Constitution peut conduire, soit à la promulgation de la loi, soit à sa non promulgation, soit à sa promulgation partielle, soit à une nouvelle délibération préluce possible à une promulgation différée.

a) La promulgation de la loi.

Conformément à l'article 21 de l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958, la publication au Journal officiel d'une décision du Conseil Constitutionnel déclarant qu'une loi est conforme ou n'est pas contraire à la Constitution a pour effet de mettre fin à la suspension du délai de promulgation.

Le plus souvent, la loi est promulguée sans délai. Dans le cas des lois de finances, la loi est promulguée dès qu'intervient la décision du Conseil et est publiée au Journal officiel en même temps que ladite décision.

Dans certains cas, au contraire, lorsqu'il est nécessaire de mesurer avec soin toutes les implications de la décision rendue par le Conseil constitutionnel, le Président de la République peut choisir de ne promulguer la loi qu'à l'expiration du délai qui lui est imparti. Tel a été le cas, par exemple, à la suite de la décision n.° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 (Rec. p. 15), pour la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes qui n'a été promulguée que le 2 février 1981.

Une fois promulguée, la loi est juridiquement incontestable. Les juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif ne peuvent contester sa conformité à la Constitution, alors même que la loi n'aurait pas été antérieurement déférée au Conseil constitutionnel.

Il ressort cependant de la décision n.° 85-187 DC du 25 janvier 1985, que la régularité des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée devant le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen par lui de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine (cf. supra 1 3 b)).

b) La non-promulgation.

Les dispositions combinées de l'article 62 de la Constitution et de l'article 22 de l'ordonnance n.° 58-1067 font obstacle à la promulgation d'une loi, aussi bien lorsqu'elle est déclarée, dans son ensemble, non conforme à la Constitution que dans l'hypothèse où les dispositions de cette loi déclarées non conformes sont inséparables de l'ensemble du texte (cf. supra 2-2. b)).

Le Parlement peut néanmoins être saisi d'un nouveau projet ou d'une disposition de loi qui tient compte de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. C'est ce qui s'est produit, par exemple, en 1982 à la suite de la décision n.° 81-132 DC du 16 janvier 1982 qui avait déclaré non conformes à la Constitution les articles de la loi de nationalisation fixant les modalités d'indemnisation des actionnaires et indiqué, en même temps, que ces articles n'étaient pas séparables de l'ensemble de la loi. Le Parlement a immédiatement été saisi d'un nouveau projet de loi qui, une fois adopté, a été à son tour déféré au Conseil constitutionnel. Le nouveau texte a été déclaré conforme à la Constitution par la décision n.° 82-139 DC du 11 février 1982, Rec. p. 31.

De la même façon, à la suite de la décision n.° 82-147 DC du 2 décembre 1982 (Rec. p. 70) déclarant non conforme à la Constitution une loi relative à l'organisation administrative de certains départements d'outre-mer, un nouveau projet a été élaboré puis adopté (cf. loi n.° 82-1171 du 31 décembre 1982).

c) La promulgation partielle.

Il résulte de l'article 23 de l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958 que dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater, en même temps, qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette loi, le Président de la République peut soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux Chambres une nouvelle lecture.

En pareil cas, le Président de la République décide le plus souvent de promulguer la loi, à l'exception bien entendu des dispositions déclarées non conformes à la Constitution et des dispositions que le Conseil constitutionnel a, par hypothèse, déclarées inséparables des précédentes.

Cette façon de procéder ne fait d'ailleurs pas obstacle au dépôt ultérieur devant de Parlement d'un projet ou d'une proposition de loi qui reprend, sous une forme modifiée, les dispositions qui avaient été déclarées contraires à la Constitution. C'est ce qui s'est produit à la suite de l'intervention de la décision n.° 85-198 DC du 13 décembre 1985 (Rec. p. 78) qui a déclaré non conforme à la Constitution l'article 3-II de la loi modifiant la loi n.° 82-652 du 20 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle. Une fois amputée de son article 3-II, qui concernait uniquement l'institution d'une servitude administrative, la loi nouvelle a été promulguée (cf. loi n.° 85-1317 du 13 décembre 1985). En outre, le Parlement a adopté, peu après, une disposition législative nouvelle instituant sur des bases juridiques tenant compte de la décision du Conseil constitutionnel, une servitude administrative (cf. loi n.° 85-1361 du 23 décembre 1985).

d) La demande de nouvelle délibération.

Dès lors qu'une décision d'inconstitutionnalité rendue par le Conseil n'affecte qu'une partie de la loi et non le texte pris dans son ensemble, le Président de la République tient des dispositions combinées de l'article 10 de la Constitution et de l'article 23 de l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958 la possibilité de demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi, plutôt que de la promulguer amputée des dispositions qui ont encouru la censure du juge constitutionnel.

Semblable faculté a été mise en oeuvre par le Chef de l'État lorsque le Conseil constitutionnel a, par sa décision n.° 85-196 DC du 8 août 1985 (Rec. p. 63), déclaré non conforme à la Constitution l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. Le lendemain de l'intervention de la décision, le Président de la République a convoqué le Parlement en session extraordinaire avec pour ordre du jour une nouvelle délibération de la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. Au cours des débats devant l'Assemblée nationale, l'article 4, alinéa 2 de la loi a été amendé. A l'initiative de l'opposition parlementaire

la loi, une fois modifiée, a été de nouveau déférée au Conseil constitutionnel. Elle a été jugée conforme à la Constitution par une décision n.° 85-197 DC du 23 août 1986 (Rec. p. 70).

En la circonstance, le Conseil s'est attaché à définir la finalité du contrôle qu'il exerce sur les lois dans des termes qui méritent d'être cités: «Considérant que le contrôle de constitutionnalité établi par la Constitution du 4 octobre 1958 s'exerce, à titre préventif, après le vote de la loi et avant sa promulgation; que le Conseil constitutionnel doit se prononcer dans le délai d'un mois à compter du jour où il est saisi et, s'il y a urgence, dans un délai de huit jours; qu'ainsi l'objet de ce contrôle est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution, et, le cas échéant, lorsqu'une loi n'est pas déclarée dans sa totalité contraire à la Constitution, d'en permettre la promulgation, soit après amputation des dispositions déclarées contraires à la Constitution, soit après substitution à celles-ci de nouvelles dispositions réalisant une mise en conformité avec la Constitution».

5. Les pouvoirs des organes de la justice constitutionnel en ce qui concerne la définition du contenu et des effets de leurs décisions.

Les développements qui précèdent ont mis en évidence l'originalité et l'importance du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel.

L'originalité du contrôle tient au fait qu'il s'exerce à titre préventif dans des délais très brefs. Par là même, il s'insère harmonieusement dans la tradition juridique française qui a fait de la loi, une fois promulguée, un acte juridiquement incontestable.

Ce contrôle a, incontestablement, gagné en importance en raison du nombre de cas où, depuis l'élargissement du mode de saisine réalisé par la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974, il peut être effectivement mis en oeuvre.

Il importe, en conclusion, de répondre à deux questions complémentaires:

- l'une vise à déterminer quelle est, dans la définition du contenu et des effets des décisions rendues par le Conseil, la part des textes et celle de la jurisprudence;

— l'autre interrogation porte sur la signification réelle de l'action du Conseil constitutionnel vis-à-vis du pouvoir législatif et des juridictions nationales ou internationales.

5.1 *La part respective des textes et de la jurisprudence dans la définition du contenu et des effets des décisions du conseil constitutionnel*

Si la définition des effets des décisions résulte avant tout des textes, en revanche, leur contenu est largement commandé par l'action du Conseil.

a) Effets des décisions

Il résulte de l'analyse de la force juridique des décisions et de leurs effets dans le temps (cf. supra 3) et 4)), que les règles essentielles ont été fixées par le texte de la Constitution (article 62) et par celui de l'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (art. 21, 22 et 23).

Lorsqu'il lui a fallu préciser les effets de ses décisions, le Conseil constitutionnel n'a pas eu à faire oeuvre prétorienne. Il a pu se borner à tirer les conséquences nécessaires de textes constitutionnels et organiques qui puisaient eux-mêmes leur logique et leur cohérence dans l'institution d'un contrôle de constitutionnalité à caractère préventif.

La situation est à cet égard très différente de celle qui existe en droit administratif français où la définition des effets des décisions rendues par les juridictions administratives, spécialement dans le contentieux de l'excès de pouvoir, résulte, pour l'essentiel, de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

b) — Contenu des décisions.

Les textes régissant l'intervention du Conseil constitutionnel ne se sont guère attachés, en revanche, à préciser le contenu des décisions rendues par le Conseil. L'ordonnance n.° 58-1067 du 7 novembre 1958 lui fait simplement obligation de motiver en la forme ses décisions.

Dans la tradition juridique française, la motivation d'une décision ou d'un acte implique que son auteur énonce les considérations de droit et de fait qui en constituent le fondement.

C'est en s'appuyant dans ses décisions sur des considérations de droit que le Conseil constitutionnel a, par sa jurisprudence, précisé les normes de référence servant de base au contrôle de constitutionnalité (cf. supra 1-4) et dégagé des modes de raisonnement lui permettant de censurer les lacunes éventuelles de la loi (cf. supra 13 c).

Le tournant essentiel à cet égard résulte de la décision n.° 44 DC du 16 juillet 1971 (Rec. p. 29) qui a fait, du Préambule de la Constitution de 1958 et par là même des textes auxquels il se réfère, une partie intégrante du « bloc de constitutionnalité ».

5.2 La signification de l'action du conseil constitutionnel vis-à-vis du pouvoir législatif et des juridictions

a) Le pouvoir législatif

L'action du Conseil constitutionnel, vis-à-vis du pouvoir législatif, doit être envisagée différemment suivant que l'on se situe sur un plan technique ou sur un plan pratique.

Sous un angle théorique, on ne peut que souligner la novation que représente la création par la Constitution de 1958 du Conseil constitutionnel et l'émergence progressive d'un contrôle préventif de constitutionnalité des lois.

Mais il faut bien voir qu'en pratique ce contrôle s'exerce sur une norme juridique qui est en fait très largement d'origine gouvernementale. Sans doute, l'article 34 de la Constitution énonce-t'il que la loi est votée par le Parlement. Mais, sous la V^e République, la plupart des lois ont pour origine des projets déposés par le Gouvernement, que celui-ci a pu mener à bonne fin en s'appuyant politiquement sur l'existence d'une majorité à l'Assemblée nationale, et techniquement, sur des mécanismes constitutionnels qui lui confèrent des prérogatives importantes dans la procédure législative.

Ainsi, le contrôle de constitutionnalité des lois aboutit moins à contrecarrer le pouvoir législatif du Parlement qu'à rappeler l'étendue des exigences de l'État de droit, tant au gouvernement qu'à sa majorité parlementaire.

L'intervention du Conseil constitutionnel, qui est provoquée le plus souvent par l'opposition parlementaire et qui suit immédiatement le vote de la loi, suscite parfois des réactions diverses de la part de certains hommes politiques de la majorité. Cela a pu être vérifié tant en 1982 qu'après les élections de mars 1986.

Il n'en demeure pas moins que le contrôle de constitutionnalité qu'exerce le Conseil s'est imposé en droit comme en fait. En particulier, les différents pouvoirs publics se sont toujours conformés aux décisions déclarant tout ou partie d'une loi inconstitutionnelle.

De son côté, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement (n.° 74-54 DC du 15 janvier 1975. Rec. p. 19; n.° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Rec. p. 15). En conformité avec cette idée, le Conseil constitutionnel a décidé, par exemple, qu'il n'exerce qu'un contrôle restreint, c'est-à-dire limité à une éventuelle erreur manifeste, sur la nécessité des peines attachées aux infractions définies par la loi (n.° 80-127 DC, précitée), sur l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité de nationalisations (n.° 81-132 DC du 16 janvier 1982) ou sur le point de savoir si des entreprises publiques, ainsi que leurs filiales, ne constituent pas des monopoles de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (n.° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986).

b) *Les juridictions nationales.*

Vis-à-vis des juridictions, tant de l'ordre administratif que de l'ordre judiciaire, les décisions rendues par le Conseil constitutionnel ont une autorité comparable à l'autorité de la chose jugée. Comme on l'a vu plus haut (cf. 3-b)), l'autorité des décisions du Conseil, affirmée par l'article 62 de la Constitution, s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même.

L'autorité ainsi définie ne s'impose cependant sur le plan juridique que dans les limites de l'affaire où le Conseil constitutionnel a statué.

Mais il va de soi que les juridictions administratives et judiciaires, même lorsqu'elles n'y sont pas juridiquement tenues, se réfèrent à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

La seule limite sérieuse à l'application des solutions juridiques dégagées par le Conseil peut résider en ce que, dans certains cas, une loi peut faire écran entre la Constitution, telle qu'elle est interprétée par le Conseil constitutionnel, et la décision réglementaire ou individuelle d'application dont la légalité ou le bien-fondé est soumis à l'appréciation du juge administratif ou du juge judiciaire.

En effet, dans la mesure où une loi, une fois promulguée, est incontestable devant les juridictions administratives et judiciaires, ces dernières ne peuvent qu'en faire application même si elle est, par hypothèse, inconstitutionnelle.

Cela s'est vérifié à propos de la fixation, par décret, de peines d'emprisonnement en matière de contravention. Par sa décision n.° 73-80 L du 28 novembre 1973, le Conseil constitutionnel a estimé que si la Constitution laisse au pouvoir réglementaire le soin de déterminer de contravention, et s'il est loisible au Gouvernement de prévoir que leurs auteurs seront passibles de peines d'amendes, il ne peut cependant édicter de peines d'emprisonnement. Ni la Cour de Cassation (Cass. Crim. 26 février 1974), ni le Conseil d'État (C.E. 3 février 1978 C. F. D. T. et C. G. T. p. 47), n'ont pu donner à cette jurisprudence son plein effet car la possibilité pour le Gouvernement de prévoir une peine d'emprisonnement deux mois maximum en matière de contravention trouve son fondement dans un texte à caractère législatif toujours en vigueur dont il n'appartient ni au juge administratif, ni au juge judiciaire, d'apprécier la constitutionnalité.

c) *Les juridictions internationales.*

(1). Ce n'est que de façon limitée que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est susceptible d'interférer avec celle de la *Cour de Justice des Communautés Européennes*.

Pour le Conseil, la conformité à la Constitution du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne ne peut plus être contestée car ce traité a été introduit dans l'ordre juridique interne. Cela ressort nettement de la décision n.° 77-90 DC du 30 décembre 1977 (Rec. p. 44). Cette dernière décision a jugé également, en conformité aussi bien avec l'article 189 du traité de Rome qu'avec la jurisprudence de la Cour de Justice, que les règlements arrêtés par le Conseil et la Commission des Communautés européennes «sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans tous les États membres», (cf. dans le même sens; n.° 77-89 DC du 30 décembre 1977, p. 46).

Le Conseil ne se considère cependant pas comme étant justiciable des stipulations de l'article 177 du traité de Rome, relatives à la procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice des questions touchant à l'interprétation ou à l'appréciation de validité du droit communautaire.

Dans le cadre du contrôle préventif qu'il exerce au titre de l'article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a estimé que ne comprenaient pas de clause contraire la Constitution; le traité de Luxembourg du 22 avril 1970 et la décision du Conseil des communautés du 21 avril 1970 relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux communautés (n.° 70-39 DC du 19 juin 1970, p. 15) ainsi que la décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des communautés au suffrage universel direct (n.° 76-71 DC du 30 décembre 1976, p. 15).

Toutefois, si la décision n.° 76-71 DC du 30 décembre 1976 admet l'éventualité de limitations de souveraineté de la part de la France, elle se montre réservée à l'égard de «transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit».

Cette prise de position a été largement commentée, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice selon laquelle les institutions communautaires disposent de pouvoirs «issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la communauté» et que ceux-ci ont ainsi limité «bien que dans des domaines restreints leurs droits souverains» (C.J.C.E. 15 juillet 1964, COSTA c/ E.N.E.L. p. 1141).

(2). Il y a lieu de relever enfin, que l'activité du Conseil constitutionnel s'est développée de façon autonome par rapport à celle de la *Cour Européenne des droits de l'homme*.

En effet, dès 1975, dans une hypothèse où il était argué qu'une loi était contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil constitutionnel a considéré, de façon très générale, qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international (n.° 74-54 DC du 15 janvier 1975, p. 19).

Cette jurisprudence n'implique nullement que le Conseil s'abstienne de prendre en considération les principes dégagés, pour l'application de la convention de sauvegarde, par la Cour de Strasbourg.

En particulier, un parallèle peut être établi entre le souci de la Cour de conférer un caractère effectif aux droits garantis par la Convention (cf. C.E.D.H.

9 octobre 1979, AIREY) et la jurisprudence du Conseil qui considère que, s'agissant d'une liberté fondamentale, le législateur ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle (n.° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, p. 78).

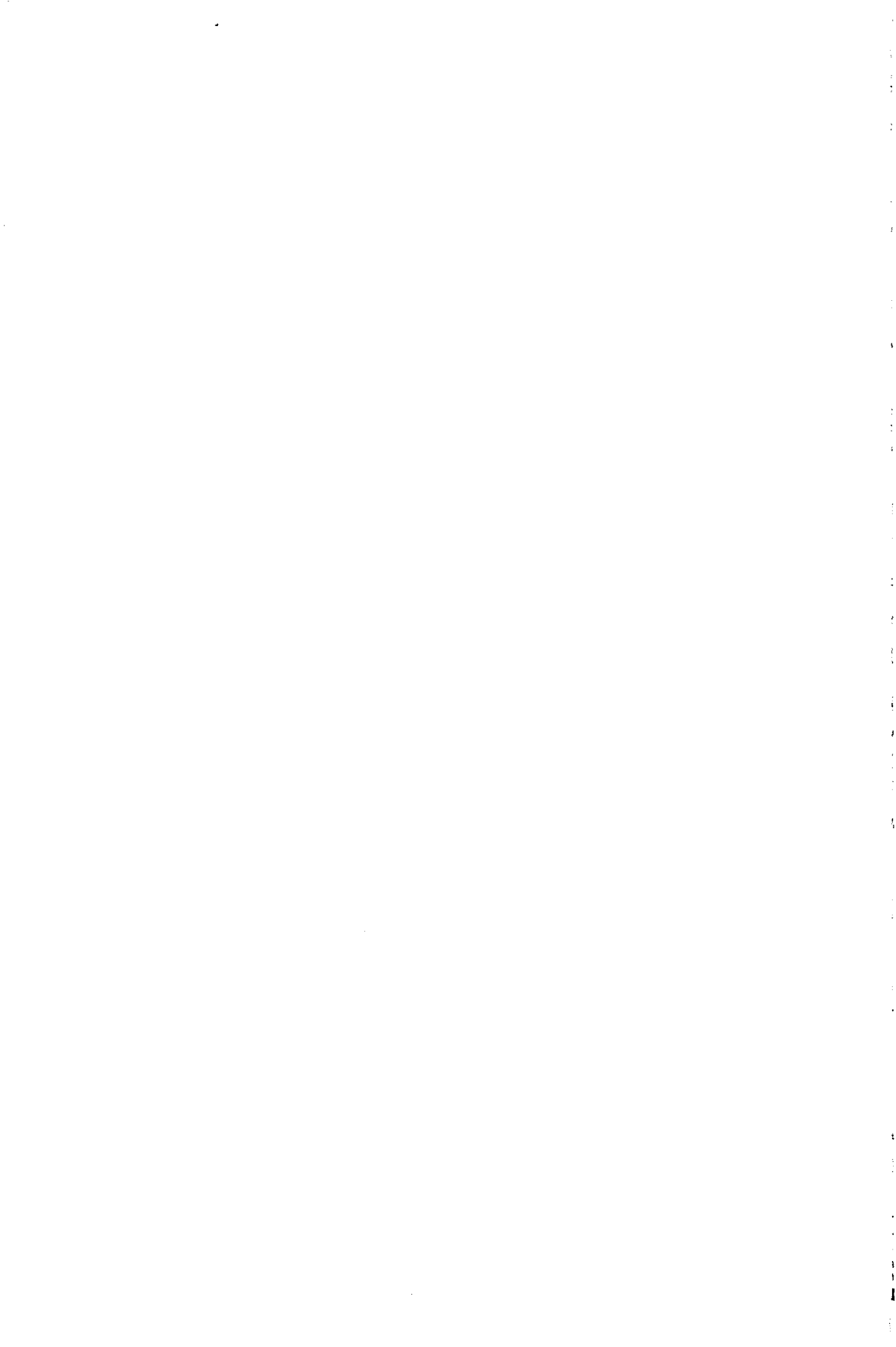
En sens inverse, on peut relever que la jurisprudence dégagée en matière de nationalisation par le Conseil dans sa décision n.° 81-132 DC du 16 janvier 1982 (Rec. p. 18) a été invoquée devant la Cour Européenne des droits de l'homme dans l'affaire des nationalisations britanniques (C.E.D.H. 8 juillet 1986, LITHGOW).

Il apparaît souhaitable, en définitive, que sans que s'établisse un quelconque lien de subordination, les jurisprudences dégagées par les plus hautes juridictions s'enrichissent mutuellement.

Paris, 31 octobre 1986

GRECE

**LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
DANS LE CADRE
DES POUVOIRS DE L'ÉTAT**



La Constitution de la Grèce, en vigueur depuis 1975, dispose dans son article 93 § 4 que les tribunaux ne doivent pas appliquer une loi dont le contenu s'oppose à la Constitution.

D'après cette disposition, tous les juges, même les juges de paix et toutes les juridictions civiles, pénales ou administratives sont autorisés et en même temps obligés à contrôler la constitutionnalité des lois et à refuser l'application des lois non compatibles à la Constitution.

Cette compétence des juges a été reconnue par la jurisprudence depuis la fin du XIX siècle, même en absence de textes constitutionnels la consacrant explicitement.

Il s'agit donc d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois généralisé, qui d'autre part est un contrôle incident. Le juge n'annule pas la loi ou la disposition de la loi jugée inconstitutionnelle et ne déclare pas l'inconstitutionnalité de celle-ci. La norme jugée inconstitutionnelle n'est pas appliquée dans le cas porté devant ce juge. Mais la même norme pourrait être jugée conforme à la Constitution et appliquée par un autre juge dans une autre affaire.

Toute fois la portée d'un tel jugement, lorsque surtout ceci est rendu par une des Cours suprêmes du pays, n'est pas aussi limitée qu'elle paraît; en effet, dans une telle hypothèse, le législateur serait pratiquement obligé, par la force des choses, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par une cour suprême, en abolissant ou en modifiant la norme entachée de ce vice.

Pendant, l'existence des trois cours suprêmes dans le système judiciaire grec, le Conseil d'État (cour suprême administrative), l'Arios Pagos ou Cour de Cassation (cour suprême civile et pénale) et la Cour des Comptes (cour suprême en

matière de pensions et de gestion des fonds publics) donnait lieu, certains fois, à des décisions contradictoires, lorsque, par exemple, la même loi était jugée inconstitutionnelle, par l'une de ces cours suprêmes, tandis que les deux autres la trouvaient tout à fait compatible aux dispositions de la Constitution.

Pour répondre au besoin de lever l'incertitude qui se produisait dans l'ordre juridique par cette situation, la Constitution de 1975 a fondé une nouvelle juridiction, *la Cour Suprême Spéciale*. La première tâche confiée à cette cour fut de trancher, en cas de conflit entre cours suprême concernant le sens ou la constitutionnalité d'une loi formelle.

D'après l'art. 100 de la Constitution, cette Cour est composée de 11 à 13 membres. Les présidents des trois cours suprêmes sont les membres stables de la Cour. La présidence est assumée soit par le Président du Conseil d'État soit par le Président de la Cour de Cassation, d'après l'ordre d'ancienneté à leurs postes. Ils y siègent également 4 Conseillers d'État et 4 Juges à la Cour de Cassation, dont le choix est réalisé par tirage au sort. Leur mandat dure deux ans et il est renouvelable. De la même façon sont choisis deux membres ayant la qualité de Professeur de Faculté de Droit. Ceux-ci siègent à la Cour lorsqu'elle remplit la tâche ci-mentionnée.

Outre cette tâche, qui est sa tâche principale et la plus importante, à la Cour Suprême Spéciale appartient, d'après l'art. 100 de la Constitution, la tâche de trancher en cas de conflits de compétence entre tribunaux et autorités administratives, ainsi qu'entre tribunaux d'ordre différent.

Il lui est confié, d'autre part, le contentieux des élections générales, le contrôle de la validité des référendums, ainsi que le contrôle de la validité des mandats parlementaires (cas d'incompatibilités ou de déchéances). Elles sont enfin renvoyées à la Cour Suprême Spéciale les questions soulevées devant les tribunaux ou les autorités administratives relatives à la qualité d'une norme comme faisant partie du bloc que constituent les principes généraux du droit international.

En égard à sa tâche principale, la Cour Suprême Spéciale a le caractère de Cour Constitutionnelle. Le contrôle de la constitutionnalité des lois est effectué par la voie d'un recours direct, ouverte à toute personne, physique ou morale, qui pourrait justifier d'un intérêt légal. La même voie est ouverte au Ministre de la justice et à certains dignitaires de la magistrature énumérés dans la loi organique de la Cour (Loi n.º 345/1976). D'autre part, les cours suprêmes

ci-mentionnés doivent renvoyer à la Cour Suprême Spéciale toute question soulevée devant elles relative à la constitutionnalité d'une loi, dans le cas où leur point de vue serait contraire au point de vue exprimé par l'une des autres cours suprêmes dans un ou plusieurs arrêts.

Les arrêts de cette Cour statuant, sur la constitutionnalité d'une loi ou d'une ou plusieurs dispositions de celle-ci ont d'effets erga omnes. Les dispositions d'une loi quelconque déclarées inconstitutionnelles par un tel arrêt cessent de produire d'effets à partir de la publication de l'arrêt ou à partir de la date antérieure désignée par ce même arrêt.

Cependant le pouvoir de cette Cour est limité, dans la mesure où celle-ci ne peut trancher les questions de constitutionnalité des lois qu'en cas de conflit entre cours suprêmes. Et ces conflits ne sont pas, bien sûr, très fréquents.

C'est pourquoi le contrôle incident de la constitutionnalité des lois, effectué par tous les tribunaux, a continué d'avoir toute sa valeur après la mise en vigueur de la Constitution de 1975.

Mais en ne pourrait pas nier que l'existence d'une cour suprême, dotée du pouvoir, même limité, de contrôler par la voie de recours direct, aussi largement ouverte, la constitutionnalité des lois, a apporté un élément décisif à l'évolution de la notion de la justice constitutionnelle en Grèce.

Enfin, on doit noter que le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi, indépendamment de son caractère direct ou incident, a une portée assez vaste. La norme contenue dans l'act législatif ne doit être incompatible à aucune des dispositions de la Constitution. Ils n'échappent pas au contrôle certains vices de forme. Mais, selon un vieux principe, tenant lieu de coutume constitutionnelle, d'après l'opinion de certains auteurs, les tribunaux s'abstiennent à contrôler si elles ont été observées les règles de la procédure d'élaboration de la loi par le Parlement, prévues par la Constitution (théorie des *interna corporis*).

Toutefois on ne saurait pas terminer sans tracer quelques lignes sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des actes réglementaires (lois au sens matériel). Il y a aussi dans ce domaine un contrôle incident, exercé par toutes les juridictions et concernant le cas concret porté devant le juge. Mais il y a surtout le recours en annulation pour excès de pouvoir, porté devant le Conseil d'État ou, dans certain cas, devant les tribunaux administratifs, qui constitue la voie la plus importante de contrôle direct. Le recours est formé par toute personne pouvant justifier d'un intérêt légal, tandis que l'arrêt prononçant l'annulation de l'acte réglementaire attaqué a d'effets erga omnes et ex tunc, faisant disparaître la norme

illégale de l'ordre juridique. Il y a enfin dans ce domaine un contrôle préalable de la légalité, voire de la constitutionnalité des décrets (actes réglementaires du Président de la République), exercé par la Section Administrative du Conseil d'État.

SUPREME COURT
OF
IRELAND

**CONSTITUTIONAL JURISDICTION
IN THE CONTEXT OF STATE POWERS
AS REGARDS THE MODALITIES, CONTENTS
AND EFFECTS OF THE DECISIONS
ON THE CONSTITUTIONALITY
OF LEGAL STANDARDS**

INTRODUCTION

1. In Ireland the administration of justice is confined to the courts set up under the Constitution. Judicial review is part of the administration of justice as indeed are all rulings of a constitutional nature given in the course of any proceedings in the courts. In this context the word «courts» is to be understood as meaning tribunals or courts of first instance as well as appellate courts. While the Executive and the Legislature are bound, as are all citizens and persons within the State, to observe the provisions of the Constitution, they have no competence to make any adjudication in respect of any constitutional matter.

2. The Council of State, which in Ireland is an advisory body to the President of Ireland with very few functions, does not enjoy any judicial powers either in the constitutional area or any other area. Unlike the Councils of State of civil law countries which contain administrative tribunals, the Council of State in Ireland is not in any way concerned with the administration of any type of law.

3. In Ireland there are four levels of courts, namely, the District Court, the Circuit Court, the High Court, and finally the Supreme Court. The District Court and the Circuit Court and the High Court are courts of first instance. The Circuit Court is also a court of appeal from decisions of the District Court as the High Court is a court of appeal from decisions of the Circuit Court. All decisions of the High Court, subject to a few exceptions provided for by law, can be appealed to the Supreme Court, which is the court of final appeal in the State and from whose decisions no other appeal exists. The Constitution of Ireland came into force on December 29th 1937 and the Constitution provides, in Article 34, that any question relating to the validity of laws enacted by the Legislature since that date can be raised only in the High Court or in the Supreme Court.

4. There was of course a great body of statutory law in existence before the coming into force of the Constitution and any question as to the consistency of such legislation with the provisions of the Constitution may be raised in any court. Similarly any question of the constitutionality of any common law doctrine or common law procedure may be raised in any court.

5. The majority of questions concerning the constitutionality of statutes enacted by the Legislature arise in cases between parties. However in all such cases if the Attorney General is not a party to the case notice of the proceedings must be served upon him under the Rules of Court so that he has an opportunity of coming into court to appear and to be heard upon the challenge to the statute. All such cases are adversary proceedings and are generally, though not exclusively, connected with some other issue in the case. There are however from time to time instances where the only issue in the adversary proceedings may be the constitutionality of the statute. In such actions the plaintiff is the party challenging the validity of the statute and the defendant is the Attorney General. In all adversary proceedings of this nature the relief sought is usually in the form of a declaration by the court that the legislation in question, or some part of it, is unconstitutional.

6. Similar issues may also, of course, arise in the prosecution of criminal offences where the defence may raise a point about the constitutionality of some procedure which has been followed; or whether the accused person has been treated in some way which is unconstitutional; or whether the law under which he is being prosecuted is unconstitutional. These points will always arise in cases where the legislation is already in force.

There is a special procedure created by Article 26 of the Constitution by which the President of Ireland can refer a Bill which has been passed by both Houses of the Legislature to the Supreme Court for an opinion as to whether or not it, or any part of it, is repugnant to the provisions of the Constitution. If the President exercises this power he must do so before he signs the Bill. If the Supreme Court holds that the Bill, or any part of it, is unconstitutional the President may not sign it and the Bill does not become law. This procedure is rarely used. Secondary legislation in the form of statutory rules or orders may also be challenged for unconstitutionality.

7. There has been no case of any legislative Act being held to be unconstitutional on the sole ground of an omission in the legislation. However it is possible for statutory provisions conferring powers on some body to be held unconstitutional because the legislative Act did not, for example, provide for a proper procedure and, in the appropriate case, compensation for the persons to be affected by the power. If the Legislature chooses to leave some piece of legislation incomplete and the only result is to make it either unenforceable or pointless it will not be unconstitutional on that account.

8. It would however be possible to have legislative provisions declared unconstitutional because the particular provisions did not take into account differences of conditions between the citizens on the grounds that to apply absolute equality in certain instances will itself produce an unconstitutional inequality. The approach would be rather the Aristotelean approach to justice, namely, that equals are to be treated equally and unequals are to be treated unequally. For example: income tax laws which in effect caused a married couple, both of whom worked, to pay more tax than an unmarried couple living together earning the same money. Such legislation was held to be unconstitutional because it militated against family life and produced unconstitutional inequalities. The Constitution in Article 40 speaks of:-

«All citizens shall, as human persons, be held equal before the law».

It goes on in the same Article to provide that

«the State may in its enactments have due regard to differences of capacity, physical and moral, and of social function.»

In respect of all legislation enacted since 1937 there is a presumption that such legislation is valid and the onus is upon the person challenging the legislation to establish the contrary. The jurisprudence of the Supreme Court has established that if a piece of such legislation is ambiguous or is capable of more than one interpretation but if one of the possible interpretations is constitutional and the alternative is unconstitutional the courts will presume that Parliament intended

only the constitutional interpretation and the legislation will be construed accordingly. If however the post-1937 legislation is found to be incapable of any construction but an unconstitutional one then it would be held to be invalid, having regard to the provisions of the Constitution. It would therefore cease to be in force. In the cases arising out of pre-1937 legislation this presumption does not apply and if the statute is capable of having an unconstitutional meaning it would be held to be inconsistent with the Constitution.

9. In so far as pre - 1937 legislation is concerned any piece of such legislation which is held to be inconsistent with the Constitution ceases to be part of the law and is deemed never to have been part of the law since the enactment of the Constitution in 1937.

Contents of decisions

10. If legislation is found to be unconstitutional then the usual procedure is that a declaration is made by the court to that effect. The decision will be based upon the actual ground upon which the declaration was sought. If the court finds that the ground is not sustainable or, in other words, that the challenge to the constitutionality of the legislation in question is not well founded, it will dismiss the claim. It does not make a declaration to the effect that the legislation in question is constitutional.

11. The effect of such a dismissal is that the particular ground has failed to satisfy the court that the legislation can be impugned. However it is still open to another litigant at some other time mount another challenge to the same piece of legislation in different grounds. This is in sharp contrast to the provisions of the special procedure applied by Article 26 of the Constitution by which the Pre-

sident of Ireland can refer a matter directly to the Supreme Court. In such a case the Constitution expressly provides that any such piece of legislation which has been found not to be repugnant to the Constitution may never again be challenged on any ground in any court.

There are occasions when a piece of legislation may be condemned without a formal declaration but as part of the reasons for deciding a case. The opinion of the courts concerned to the effect that the piece of legislation is unconstitutional may be incorporated in the general ruling of the case.

12. Depending upon type of legislation and on the manner in which it was drafted, sometimes the effect of holding even part of it to be unconstitutional may cause the rest of it to fall because all the parts may be interdependent. On the other hand, it is possible, and has frequently occurred, that only one particular provision of the legislation falls and this may leave all the rest of it undisturbed. Even on some occasions the courts have been content to delete a few words from a section of the legislation and to allow the rest to continue in force provided that the result of the deletion is not to give the legislation a meaning which would be obviously at variance with the aims of the basic objective of the legislation. In such a case the whole section would fall; but in other cases a section may be still workable with a few words deleted.

Very occasionally the courts, in the course of their written judgments or opinions will in effect indicate to the legislative power how the matter could be dealt with without infringing the Constitution.

The effects of the decisions

13. Any decision given is of course effective between the parties; but even in a simple inter-party action, if the courts hold some piece of legislation or of secondary legislation to be unconstitutional, then it is unconstitutional for everyone, not simply for the parties concerned. Any such constitutional decision would be effective against all parties present or future and will have a binding force in all litigation unless and until it is changed by a subsequent decision of the court or

perhaps even by an amendment of the Constitution itself. The latter is possible only by means of a national referendum.

14. There have been a few occasions on which the Supreme Court has departed from an earlier view in the sense that some action or rule of common law which at some earlier period the court found to be not unconstitutional at a later period it found it to be unconstitutional. There has never been a case where the court having found some legislative measure to be unconstitutional has at a later stage held it to be constitutional. It is somewhat doubtful if this could even be done because the effect, for example, of holding that a piece of legislation is invalid having regard to the provisions of the Constitution is to say that it never has been valid; so for all practical purposes that takes the legislation off the statute book. It would be quite inconsistent then at a later stage to say that what has been legally dead ever since the day it was enacted by the Legislature has suddenly acquired life after an interval of several years.

15. In general all courts are bound by the decisions of courts which are superior to them and therefore in the last analysis all courts in the State are bound by the decisions of the Supreme Court, unless and until the Supreme Court alters such decision. Courts of a particular level are not necessarily bound by their own decisions but, generally speaking, it will follow them unless there is some good reason to change them and will regard as persuasive authority the decisions of other courts or tribunals of the same level.

16. Any judicial decision striking down legislation will be retrospectively effective to the date of the enactment of that legislation, if it was enacted subsequent to 1937. So far as pre-1937 legislation is concerned it would be effective as from 1937. If it has also been found to have been unconstitutional in regard to the Constitution which preceded the 1937 Constitution then it is unconstitutional since the commencement of the earlier Constitution and thus would be deemed not to have been in force at the commencement of the 1937 Constitution.

17. In practice, in certain types of cases, the result may be equivalent to an *ex nunc* ruling. For example, a person who has already paid his taxes under legislation subsequently found to be unconstitutional could not recover them from the State. A person who had not paid his taxes could not be obliged to pay them under the unconstitutional legislation. Generally speaking rights which have been acquired, or defended, under the legislation in question prior to its being found unconstitutional will not be set aside. But obligations acquired under the legislation and which have not been fulfilled or discharged cannot be enforced after the legislation has been condemned.

Having regard to the fact the nature of the court order is that legislation is held to be invalid having regard to the provisions of the Constitution, it is necessarily unconstitutional *ex tunc*. Irish constitutional jurisprudence cannot entertain the concept of prospective invalidity, such as has occurred in the United States constitutional jurisprudence.

Powers of the Courts in deciding constitutional questions

18. The right or the power of the courts to entertain judicial review is expressly provided for in the Constitution itself, unlike the position in the United States of America. That Constitution does not contain any such express provision. Nevertheless in the United States since the famous decision of *Madison v. Marbury* the United States courts have been able to decide upon the validity of law as if such power had in fact been written into the Constitution.

It is not open to the Legislature in Ireland to interfere in any way with the exercise by the courts of this power of judicial review. The Constitution itself provides that the jurisdiction of the High Court shall be to determine all matters and questions whether of law or fact, civil or criminal. In Irish jurisprudence «civil» includes constitutional litigation.

The Constitution also provides that Parliament may not enact any law to remove from the appellate jurisdiction of the Supreme Court cases which involve the constitutionality of laws passed since 1937. The Constitution also provides that the decisions of the Supreme Court shall in all cases be final and conclusive.

19. There is one matter of procedure in the Supreme Court in constitutional cases dealt with by the Constitution itself. Constitutional cases of the type referred to must be heard by a court of not less than five judges. Five members is normally the full complement of the Court. The Constitution however also provides that only one opinion may be pronounced and it must be read by the Chief Justice, who is the President of the Supreme Court, or by some other member of that Court as the Court shall direct. The Constitution prohibits the disclosure of any other opinion on the matter, whether it be assenting or dissenting. The same procedure is laid down in respect of constitutional cases referred by the President of Ireland to the Supreme Court. This «one opinion» procedure is an exception to the general procedure of the Supreme Court. In all other cases the Court's decision consists of the individual decisions of each judge. On many occasions five opinions are pronounced, and the decision of the Court would then be the opinion which is common to the majority, if the members of the Court are not unanimous.

20. In view of the fact that the Constitution can be amended only by way of a national referendum the decisions of the Supreme Court cannot really be modified or changed in any way save by the Court itself unless the Parliament and the Government agree upon a referendum to amend the Constitution in some way so as to avoid the decision. This has never been done.

21. In the rare instances where the President of Ireland refers a case to the Court, Article 26 of the Constitution provides that the validity of such legislative provision so referred can never again be challenged. The reason for this, as has been stated in one of the decisions of the Supreme Court, is that the Bill or proposed law does not become law unless the Supreme Court says it does not in any way infringe the Constitution. That being the case it would appear quite inappropriate for the Court at a later stage to hold some part of that legislation to be unconstitutional, when in fact it only became law upon the *nihil obstat* of the Court itself.

22. As already mentioned, in all other cases where the validity of a law is in question and the Court finds that it is invalid it says so, and strikes down the legislative provision in question. But when it finds that it is not unconstitutional it does not declare it to be constitutional because if it is valid its validity depends

upon the fact that Parliament enacted it within its own powers. The Court's opinion is not necessary to give it validity. Therefore the validity of the law depends upon Parliament having observed the Constitution. If in a particular case the challenge to some particular provision of the law has been shown not to establish unconstitutionality, it is because of the failure of the particular grounds advanced and as already mentioned, it does not in any way stop some other party challenging the same provision at a later date upon different grounds. Thus the Court in dismissing the earlier challenge does not itself confer any validity on the statute. If it has to consider again the legislation it would not in any way be estopped or embarrassed by the fact that it has already considered it in a context in which the only question was whether it was invalid on a particular ground rather than whether it was valid.

23. Ireland is a Member State of the Council of Europe and has been a party to the European Convention on Human Rights and to the Protocol allowing individual petition since the Convention was signed in 1950. Nevertheless the Convention is not part of the domestic or internal law of Ireland. Therefore so far as its direct application is concerned Ireland is answerable only to the Commission on Human Rights or the European Court of Human Rights, but not in the Irish courts. While many of the Member States of the Council of Europe have incorporated the Convention on Human Rights into their domestic law, many other States including Ireland have not done so. Therefore the Irish courts could never be called upon to interpret the Convention or to apply it, or indeed to execute or put into force any judgment of the Court of European Rights which might be directed against Ireland. Since the foundation of the latter Court only three cases have been taken against Ireland before that Court. Nonetheless the jurisprudence of that Court can indirectly at least, influence the development of jurisprudence in Ireland in so far as there are areas not already confined to the established domestic law in the form of well established common law jurisprudence, in the constitutional or statute law.

24. On the other hand Ireland has been a Member State of the European Communities since 1st January 1973. Therefore all Community law is automatically

part of the Irish law. Any Irish court is competent to decide whether or not some Irish national law is incompatible with or inconsistent with Community law.

Article 177 of the Treaty of Rome enables every Irish judge to ask for a preliminary opinion from the European Court of Justice at Luxembourg on any question on interpretation of community law. The Supreme Court as the court of final appeal, or any other court which may be a court of final appeal, must do so.

25. To enable this to be done the Constitution of Ireland had to be amended in 1972 because the Constitution provides that the Irish Parliament is the only body which can make law for Ireland and that the decisions of the Supreme Court are final and unappealable. The Article of the Constitution, namely, Article 29 dealing with international relations, was amended to provide that nothing in the Constitution invalidates any Community law - more precisely, any Act or law *necessitated* by our membership of the European Communities. That refers only to Community law as such and not to conventions or agreements voluntarily entered into by Member States of the Community.

26. Apart from that amendment the Constitution provides that no international treaty can become part of the domestic law of the State unless expressly adopted by Parliament, or to the extent determined by Parliament. While under the Constitution the Executive is free to enter into treaties, it is not free to make them part of the domestic law unless they comply with the Constitution. Apart from whether or not they become part of the domestic law the Constitution also provides, in the same Article, that the State shall not be bound by any international agreement involving a charge upon public funds unless the terms of the agreement have been approved by the Chamber of Deputies of the Parliament. In a recent case the Supreme Court decided that an extradition agreement with the United States was unconstitutional because it involved a charge upon public funds the terms of which had not been approved by the Chamber of Deputies.

27. So far as international relations are concerned the constitutional jurisdiction of the courts is to see that the Constitution has been observed if it is sought

to make any international agreement part of the domestic law and to ensure that no international agreement contravenes any provision of the Constitution.

Therefore the exclusive jurisdiction of the Irish courts, and particularly the Supreme Court contained in the Constitution, has been modified only to the extent set out in the amendment to Article 29 to enable Ireland to become a member of the European Communities. Although Community law is part of Irish law, nevertheless the final interpretation of it must be decided by the Court of Justice at Luxembourg.

28. So far as the legislative power is concerned the courts have no power to intervene while the legislation is going through Parliament. When it has been enacted into law then the courts may be called upon to adjudicate upon it. The courts would not make any order to prevent the operation of Parliament in its legislative function, but would wait until the Parliament had completed its own task. The one apparent exception to this is the special provision already mentioned whereby the President of Ireland may refer to the Supreme Court directly a piece of proposed legislation which has passed through Parliament but has not yet become law.

29. The courts cannot initiate any litigation and they never intervene with regard to the validity of legislation unless at the instance of some party.

STAATSGERICHTSHOF
DES
FÜRSTENTUMS LIECHTENSTEIN

**DER STAATSGERICHTSHOF
DES FÜRSTENTUMS LIECHTENSTEIN
— FUNKTION UND KOMPETENZEN**

JOSEF KÜHNE

* O. Univ. Prof. Dr. iur. Josef Kühne, Mitglied des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein in Vaduz und Vorstand des Instituts für Rechtswissenschaften Technische Universität in Wien

GLIEDERUNG

Vorbemerkung

1. Verfassung 1921 — Verfassungsgerichtsbarkeit
2. Staatsgerichtshofgesetz 1925
3. Verfassungsrechtsprechung — Staatsgerichtshof
4. Staatsgerichtshof — Wahlgerichtshof
5. Staatsgerichtshof als Verwaltungsgerichtshof
6. Entscheidungsinhalte — Verbindlichkeit
7. Wirkung der Entscheidungen
8. Schlussbemerkung

Rechtsquellen und Literaturhinweise

Vorbemerkung

Verfassungsrechtsprechung ist Ausprägung und Gewähr des Rechtsstaates. Institution und Funktion, Umfang und Wirkung der Verfassungsgerichtsbarkeit sind im jeweilig Staat aus dessen Verfassungsentwicklung zu ergründen und in bezug seiner Rechtsordnung zu beurteilen.

Stellt Liechtenstein in mehrfacher Hinsicht, in Entstehung und Bestand des Kleinstaates als «konstitutionelle Erbmonarchie auf demokratischer und parlamentarischer Grundlage» (Art. 2 der Verfassung), sowie im Zollanschluss von 1852 bis 1919 an die Habsburgermonarchie Oesterreich und seit 1923 an die Schweizerische Eidgenossenschaft, eine staatsrechtliche Besonderheit dar, trifft dies auch für die schon vor 60 Jahren geschaffene Verfassungsgerichtsbarkeit zu. Zu all dem ist auch zu beachten, dass Liechtenstein durch Rezeption und Adaption österreichischen und schweizerischen Rechtes mit eigenständigen Entwicklungen eine wirklich «föderative Rechtsordnung» besitzt. Ein umfassender Katalog verfassungsmässiger Grund- und Freiheitsrechte, Verfahrensgarantien und die weitreichende Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit gewähren Rechte über dem Mindeststandard der EMRK.

Zur besonderen Verfassungs- und Rechtentwicklung Liechtensteins und zur Struktur seiner «föderativen Rechtsordnung» sei auf den Bericht zur VI. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte 1984 in Madrid verwiesen ⁽¹³⁾. Allein aus den Gegebenheiten der Verfassungsentwicklung und der geltenden Rechtsordnung lässt sich die Verfassungsrechtsprechung als institutionelle und verfahrensrechtliche Voraussetzung der Verfassungsgewähr aus deren Einrichtung, Umfang und Wirkung erfassen.

1. Verfassung 1921 — Verfassungsgerichtsbarkeit

Als Verwirklichung und Krönung der «demokratischen und parlamentarischen Grundlagen» der Verfassungsreform von 1921 bestimmen Art. 104 bis 106 der Verfassung die Einrichtung des Staatsgerichtshofes durch eigenes Gesetz. Mit seiner verfassungsrechtlichen Konstituierung, mit der Regelung von Bestellung, Kompetenzen und Verfahren im Staatsgerichtshofgesetz 1925 ist ein beachtenswerter evolutionärer Verfassungsakt gegenüber der vorangehenden Staatsordnung zum demokratischen Rechtsstaat gesetzt.

1.1 *Die konstitutionelle und absolutistische Behördenorganisation*

Hatte schon die konstitutionelle Verfassung von 1862, nach den fehlgeschlagenen Reformbestrebungen von 1848/49, Grund- und Freiheitsrechte verankert (Zweites Hauptstück: Von den allgemeinen Rechten und Pflichten der Landesangehörigen, § 4 bis 22 der Verfassung 1862), so fehlte es an Entscheidungsanspruch vor unabhängiger Institution in geordnetem Verfahren, ohne die jede programmatische Garantie unwirksam bleibt.

Schuf der Konstitutionalismus vorrangig die parlamentarische Vertretung und Mitwirkung des Volkes an der Gesetzgebung, lag «die Regierungsgewalt in der Hand des Fürsten» (§ 27 Verfassung 1862) und auch die dem Landtag eingeräumten Beschwerden wegen Verfassungsverletzung (§§ 40 und 42 Verfassung 1862) sind «unmittelbar an den Landesfürsten zu bringen und dessen Abstellung zu beantragen», «die erfolgte Abstellung der Beschwerde oder das Ergebnis der Untersuchung wird dem Landtag eröffnet» (§ 42 Verfassung 1862). Diese dem österreichischen Vorbild folgende «absolutistisch-konstitutionelle» Stellung der «Regierungsgewalt» ist im Fürstentum Liechtenstein bis 1921 noch durch Organisation und Sitz der Staatsbehörden und der oberen Gerichtsinstanzen ausserhalb des Landes in Wien verstärkt. «Das Haupt der fürstlichen Regierung» (Pkt. 4 Fürstl. Erlass vom 7.4.1848) war ein bis dahin «Landvogt» und dann «Landesverweser» benannter, in fürstlichen Diensten stehender österreichischer Beamter, der dem «Oberamt», seit 1848 «Regierungsamt», vorstand. Administrative Instanzen waren als «politische Rekursinstanz» die Hofkanzlei und der Fürst mit

sitz in Wien. In Justizsachen war ebenfalls nur die erste Instanz das Landgericht in Vaduz, bis zur Trennung von Justiz und Verwaltung 1871 in Vollzug der konstitutionellen Verfassung 1862 unter Aufsicht des Landesverwesers auch mit Verwaltungsagenden betraut. Appellationsinstanz ist die Hofkanzlei ab 1871 das Appellationsgericht in Wien, 1912 wird mit Sitz im Lande das Obergericht Appellationsinstanz. Als Oberster Gerichtshof für Liechtenstein war aufgrund der Uebereinkünfte von 1818 und 1884 das österreichische Oberlandesgericht Innsbruck tätig.

1.2 Behörden- und Gerichtsorganisation aufgrund der Verfassung 1921

Die politischen Veränderungen als Folge des ersten Weltkrieges, besonders der Zerfall der österr. -ungarischen Monarchie, mit der Liechtenstein vielfältig verbunden war, führten zu der grundlegenden Verfassungsreform zur «konstitutionellen Erbmonarchie auf demokratischer und parlamentarischer Grundlage» und zu neuer staatspolitischer Orientierung im Zollanschluss 1923 an die Schweiz.

Die Verfassung 1921 verwirklicht wesentliche liberale, rechtssatliche Postulate:

Ausbau der politischen Volksrechte, wirksame Garantie der Grund- und Freiheitsrechte und der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, Sitz der Behörden und Gerichte im Lande zur Selbständigkeit im Staats- und Verwaltungsrecht und der Gerichtsbarkeit.

Dass Selbständigkeit, Sitz im Lande mit Amtsvoraussetzung «gebürtige Liechtensteiner» in der neuen Verfassung *expressis verbis* verankert werden, ist aus der historischen Entwicklung nur zu verständlich.

Eine für die Zeit, einen Kleinstaat und eine Erbmonarchie überraschend und erstaunlich umfassende Gestaltung haben Verwaltungs- und Verfassungsgewähr in der Verfassung 1921, ausgehend von einem verfassungsrechtlich garantierten Beschwerderecht gefunden:

«Art. 43

Das Recht der Beschwerdeführung ist gewährleistet. Jeder Landesangehörige ist berechtigt, über das seine Rechte oder Interessen benachteiligende verfassung-, gesetz- oder ordnungswidrige Benehmen oder Verfahren einer Behörde bei der ihr unmittelbar vorgesetzten Stelle

Beschwerde zu erheben und dies nötigenfalls bis zur höchsten Stelle zu verfolgen, soweit nicht eine gesetzliche Beschränkung des Rechtsmittelzuges entgegensteht. Wird die eingebrachte Beschwerde von der vorgesetzten Stelle verworfen, so ist diese verpflichtet, dem Beschwerdeführer die Gründe ihrer Entscheidung zu eröffnen.»

Ein «Recht der Beschwerdeführung bei der unmittelbar vorgesetzten Stelle... nötigenfalls bis zur höchsten Behörde» hatte schon die konstitutionelle Verfassung von 1862 normiert, doch fehlte es an unabhängigen Instanzen ebenso wie an einem geregelten Verfahren, der Beschwerdezug ging letztlich an Hofkanzlei und Landesfürst mit Sitz in Wien.

Mit Einrichtung der vollen gerichtlichen Instanzenfolge im Land (Art. 101 der Verfassung 1921) und besonders in der Neuschaffung einer gesonderten Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsbeschwerdeinstanz (Ar. 97) und der umfassenden Verfassungsrechtsprechung des Staatsgerichtshofes (Art. 104 bis 106) werden die Erfordernisse des Rechtsstaates erfüllt.

1.3 *Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsverfahren*

Die gesamte Verwaltung, «sämtliche Entscheidungen oder Verfügungen der Regierung» wird einer gerichtsmässig organisierten Verwaltungsrechtsprechung zur vollen instanzmässigen Kontrolle der Verwaltungsakte unterstellt.

«VII. Hauptstück

Von den Behörden

C. Die Verwaltungsbeschwerde-Instanz

Art. 97

Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, unterliegen sämtliche Entscheidungen oder Verfügungen der Regierung dem Rechtsmittel der Beschwerde an die Verwaltungsbeschwerde-Instanz. Dieselbe besteht aus einem vom Landesfürsten über Vorschlag des Landtages ernannten rechtskundigen Vorsitzende und dessen Stellvertreter sowie vier vom Landtage gewählten Rekursrichtern mit ebensovielen Stellvertretern. Der Vorsitzende und sein Stellvertreter müssen gebürtige Liechtensteiner sein.»

Die näheren Bestimmungen über Einrichtung, Zuständigkeit und Verfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Prüfung der Gesetzmässigkeit wurden mit dem Landesverwaltungspflegegesetz (LVG) vom 21. April 1922, LGBl 1922 Nr. 24 erlassen. Damit erhielt Liechtenstein, basierend auch auf Vorentwürfen zu einem erst 1925 ergangenen österreichischen Verfahrensrecht, wohl als eines der ersten Länder ein umfassend geregeltes Verwaltungs-Prozessrecht als Voraussetzung eines rechtsstaatlichen und wirksam kontrollierbaren Verwaltungshandelns. Das «Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege» war schon als Vorleistung für die durch gesondertes Gesetz 1925 erfolgte Einrichtung und Verfahrensregelung der Verfassungsrechtsprechung durch den Staatsgerichtshof erlassen.

Der Kommissionsbericht zum Gesetzesentwurf über die allgemeine Landesverwaltungspflege ⁽¹⁾ besagt einleitend:

«Die neue Verfassung lässt den Geist des *Rechtsstaates* erkennen, d.h. es muss die gesamte Verwaltung nach Rechtsgrundsätzen geführt werden. Der einzelne ist nicht nur ein der Verwaltungsbehörde Unterworfenen, ihr Untertan, Objekt der Verwaltungstätigkeit, sondern er ist Untertan des Gesetzes und hat zugleich derselben Verwaltung gegenüber subjektive Rechte und anerkannte rechtlich geschützte Interessen...

Eine der wichtigsten Forderungen des Rechtsstaates und mithin unserer Verwaltung, neben der Schaffung eines Verfassung-Gerichtshofes (Art. 104), ist, dass gerade das Verfahren in Verwaltungssachen... eine allgemeine... Regelung erfahre.»

Der Bericht schliesst mit der selbstbewussten Feststellung:

«Durch diese Vorlage erhält Liechtenstein eine neuzeitliche und zeitgemässe Regelung des Verfahrens vor den Verwaltungsbehörden, um die uns manche Staaten beneiden dürften.»

Gegen die Entscheidung der Verwaltungsbeschwerdeinstanz steht wegen behaupteter Verletzung verfassungsmässig gewährleisteter Rechte die Beschwerde an den Staatsgerichtshof offen.

1.4 Verfassungsgerichtsbarkeit, Staatsgerichtshof

Als «Kronung des liechtensteinischen Rechtsschutzsystems» (12, S. 49) bestimmt die Verfassung 1921 den Staatsgerichtshof:

«E. Der Staatsgerichtshof

Art. 104

Im Wege eines besonderen Gesetzes ist ein Staatsgerichtshof als Gerichtshof des öffentlichen Rechtes zum Schutz der verfassungsmässig gewährleisteten Rechte, zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden und als Disziplinargerichtshof für die Mitglieder der Regierung zu errichten.

In seine Kompetenz fallen weiter die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen und der Gesetzmässigkeit der Regierungsverordnungen; in diesen Angelegenheiten urteilt er kassatorisch. Endlich fungiert er auch als Verwaltungsgerichtshof und als Wahlgerichtshof.

Art. 105

Der Staatsgerichtshof besteht aus einem Präsidenten und vier weiteren Stimmführern; seine Mitglieder werden vom Landtage gewählt, und zwar so, dass er mehrheitlich mit gebürtigen Liechtensteinern besetzt ist; zwei Mitglieder müssen rechtskundig sein. Die Wahl des Präsidenten, der ein gebürtiger Liechtensteiner sein muss, unterliegt der landesfürstlichen Bestätigung.

Art. 106

Die Mitglieder des Staatsgerichtshofes stehen unter dem Schutze der richterlichen Unabhängigkeit.

IX. Hauptstück

Verfassungsgewähr

Art. 112

Wenn über die Auslegung einzelner Bestimmungen der Verfassung Zweifel entstehen und nicht durch Uebereinkunft zwischen der Regierung und dem Landtage beseitigt werden können, so hat hierüber der Staatsgerichtshof zu entscheiden.»

Diese Statuierung einer umfassenden Verfassungsrechtsprechung zeigt am anschaulichsten den Wandel zum demokratischen Rechtsstaat.

«Ist die Staatsgewalt im Fürst und im Volk verankert und wird von beiden nach Massgabe der Bestimmungen dieser Verfassung ausgeübt» (Art. 2 der Verfassung), wird neben Gesetzgebung und Vollziehung (Verwaltung und Gerichtsbarkeit) eine dritte fundamentale Staatsfunktion zur Kontrolle der Staatsgewalt bestellt. Im Vergleich zur bisherigen konstitutionellen Staatsform und ihrer noch absolutistischen Regierungsform und Behördenstruktur ist für die damalige Zeit eine Verfassungsrechtsprechung diesen Umfanges eine Schöpfung eines wahrhaft evolutionären staatspolitischen Entwicklungssprunges. Mochte auch der aus dem Reichsgericht entwickelte neue Verfassungsgerichtsof des republikanischen Oesterreich Vorbild gewesen sein, findet ein Staatsgerichtshof einer Monarchie und eines Kleinstaates in der wissenschaftlichen Literatur gebührende Beachtung:

«Was die Verfassungsgerichtsbarkeit anbelangt, muss das Lebensrecht des Kleinstaates auf jeden Fall bejaht werden. Nicht nur, dass Liechtenstein als einer der ersten Staaten überhaupt die Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt hat, also die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für das Rechtswesen, für das Zusammenleben der Menschen im Staat erkannt wurde, lange bevor andere, weit grössere Staaten sich auf die Wichtigkeit dieses Instruments besannen; auch die Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit im einzelnen darf anderen Staaten als Beispiel dienen. Mit bewundernswerter Feinfühligkeit ist im Staatsgerichtshofgesetz das Instrumentarium «des Schutzes des öffentlichen Rechtes» (Art. 104 der Verfassung) den Verhältnissen Liechtensteins angepasst worden. In einer Periode, da die Umwälzungen im Zusammenleben der Menschen auch vor Kleinstaaten wie Liechtenstein nicht halt machen; da der Gesetzgeber dazu neigt, die persönliche Freiheit der Menschen immer weiter durch Gesetze einzuengen, wacht der Staatsgerichtshof darüber, dass die in der Verfassung festgelegten Grundsätze auch eingehalten werden (10, S. 120; 14, S. 241).

Im Bericht zum Zollanschlussvertrag 1923 an die eidgenössischen Räte stellt der Bundersat in bezug auf die politischen Rechte und die Grund- und Freiheitsrechte der Verfassung von 1921 fest:

«Liechtenstein ist ausgestattet mit demokratischen Rechten, wie sie wohl kein anderes monarchisches Staatswesen und manche Republik nicht besitzt» (3).

2. Staatsgerichtshofgesetz 1925

Mit dem Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 5. November 1925, LGBl 1925 Nr. 8, werden entsprechend Art. 104 der Verfassung die näheren Bestimmungen über die Einrichtung, Funktion und Kompetenzen, Verfahren und Entscheidungswirkung getroffen.

2.1 Bestellung

Art. 105 der Verfassung legt die Zahl der Mitglieder, einen Präsidenten und vier weitere Stimmführer und deren Wahl durch den Landtag, mehrheitlich Liechtensteiner, fest. Das Gesetz bestimmt im einzelnen die Bestellung der gleichen Anzahl von Stellvertretern die Funktionsdauer von fünf Jahren; Wählbarkeit in den Landtag, mit Ausnahme der Staatszugehörigkeit der Minderheit der Mitglieder. Seit Bestand des Staatsgerichtshofes gehören ihm jeweils ein schweizerisches und ein österreichisches rechtskundiges Mitglied an.

Das Gesetz regelt Befangenheit und Ausstand und statuiert gemäss Art. 106 der Verfassung die richterliche Unabhängigkeit. Die Mitglieder üben ihre Richterfunktion im Nebenamt aus.

2.2 Verfahren

Soweit nicht für einzelne Zuständigkeitsbereiche besondere Verfahrensregeln bestimmt sind, findet das Landesverwaltungspflegegesetz Anwendung. Der Kommissionsbericht zum Gesetzentwurf über den Staatsgerichtshof verweist ausdrücklich auf die rechtsstaatliche Zielsetzung des Verwaltungspflegegesetzes auch für die Verfassungsrechtsprechung durch einen Gerichtshof zum Schutz des öffentlichen Rechtes (2).

Der Gesetzesbeschluss des Landtages vom 5. November 1925 über den Staatsgerichtshof wird dem Landesfürsten zur verfassungsmässigen Sanktion mit dem Bericht vorgelegt:

In Ausführung der Art. 104 f der Verfassung habe der Landtag das Gesetz über den Staatsgerichtshof beschlossen und angenommen und sich damit eines Auftrages der Verfassung entledigt.

«Er entspricht einem wiederholt vorgebrachten Wunsche der Bevölkerung und ist dazu berufen, dem Bürger Recht zu gewähren, Unrecht zu verhindern und die Verfassungsmässigkeit der Gesetze und Verordnungen zu überwachen. Demgemäss kommt dem Gesetz eine ganz besondere Wichtigkeit zu.»

Das Staatsgerichtshofgesetz hat einige durch Rechtsentwicklung oder eigene Entscheidungen bedingte, im gesamten nicht wesentliche Aenderungen und Ergänzungen erfahren.

Die Entscheidungen des Staatsgerichtshofes sind, soweit sie Aufhebung von Gesetzen und Verordnungen verfügen, im Landesgesetzblatt kundzumachen, ausserdem ganz oder auszugsweise zu veröffentlichen (5).

2.3 Abgrenzung Verfassungs- Verwaltungsgerichtsbarkeit

Da dem Staatsgerichtshof auch bestimmte Aufgaben der Verwaltungsrechtssprechung übertragen sind, ist der scheinbare Dualismus zwischen Staatsgerichtshof und Verwaltungsbeschwerdeinstanz zu erklären.

Der Verwaltungsbeschwerdeinstanz als Verwaltungsgericht unterliegen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, sämtliche Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Regierung (Art. 97 der Verfassung). Dies ist eine Generalklausel mit individuell negativer Enumeration.

In die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofes als Verwaltungsgericht fallen nach individueller Zuordnungsregel nur die im Gesetz ausdrücklich benannten Materien.

Wegen behaupteter Verletzung verfassungsmässiger Rechte steht gegen Entscheidungen der Verwaltungsbeschwerdeinstanz Beschwerde an den Staatsgerichtshof als Verfassungsgericht offen.

3. Verfassungsrechtsprechung — Staatsgerichtshof

Nach Massgabe der Verfassungsgrundlage (Art. 104 und 112) gliedert das Staatsgerichtshofgesetz (Art. 10) die Funktionen des Staatsgerichtshofes:

- a) in erster und einziger Instanz,
 - b) als Rechtsmittelinstanz,
 - c) als gutachtende Instanz,
- in den folgenden Bereichen.

3.1 *Schutz der verfassungsmässig gewährleisteten Rechte der Bürger*

(Art. 11 Ziff. 1 und Art. 23 STGHG)

3.1.1. *Die klassischen Grund- und Freiheitsrechte der Bürger bestimmt die Verfassung im einzelnen:*

Art. 28: Das Recht der Niederlassung und des Vermögenserwerbes;

Art. 31: Grundsatz der Rechtsgleichheit;

Art. 32: Freiheit der Person, Hausrecht, Brief- und Schriftgeheimnis, Anspruch auf volle gerichtlich zu bestimmende Entschädigung an unschuldig Verhaftete oder Verurteilte;

Art. 33: Grundsatz des gesetzlichen Richters, Verbot von Ausnahmegerichten, Strafen nur gemäss Gesetz und Recht der Verteidigung;

Art. 34: Unverletzlichkeit des Privateigentums;

Art. 35: Enteignung nur für das öffentliche Wohl gegen angemessene, streitigenfalls durch Gericht festzusetzende Schadloshaltung;

Art. 36: Handels- und Gewerbebefreiheit;

- Art. 37:* Glaubens- und Gewissensfreiheit;
- Art. 40:* Recht der freien Meinungsäusserung;
- Art. 41:* Vereins- und Versammlungsfreiheit;
- Art. 42:* Petitionsrecht;
- Art. 43:* Umfassendes Recht der Beschwerdeführung mit Begründungspflicht ablehnender Entscheidungen.

Es bedarf keiner weiteren Kommentierung, um nach diesem Katalog der Grundrechte im Zusammenhang mit den eingangs genannten Prinzipien von Rechtsschutz und Rechtsstaatsgewähr in weitestem Umfang zu sprechen.

3.1.2. Nach Art. 23 STGHG kann wegen Verletzung verfassungsmässig garantierter Rechte durch Entscheidung oder Verfügung eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde, sei es infolge unrichtiger Gesetzes- oder Verordnungsanwendung oder Verfassungs- bzw. Gesetzwidrigkeit von Gesetzen bzw. Verordnungen, Beschwerde beim Staatsgerichtshof als Verfassungsgerichtshof nach Erschöpfung des Instanzenzuges innerhalb vierzehn Tagen erhoben werden. Die Verfassungsbeschwerde kann entweder von Amts wegen oder über Antrag zur Gesetzes- oder Verordnungsprüfung führen, wenn die betreffend Vorschrift anzuwenden ist (Art. 24 Abs. 3 und Art. 25 Abs. 1 STGHG).

Die weitreichende Antragsberechtigung gegenüber gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Entscheidungen und darin implizierte Gesetzes- oder Verordnungsprüfung lassen in Rechtsprechung und Verwaltung die Grundrechte so beachten, dass der Staatsgerichtshof Verletzungen in eher seltenen Fällen feststellen muss.

3.1.3 Der umfassenden verfassungsgerichtlichen Kontrolle der gesamten Staatstätigkeit auf Beachtung der Grundrechte entspricht es auch, letztinstanzliche gerichtliche Entscheidungen in Beschwerde zu ziehen. In ständiger Rechtsprechung hat der Staatsgerichtshof diese Zuständigkeit dahin verstanden, dass eine Ueberprüfung letztinstanzlicher gerichtlicher Entscheidungen sich ausschliesslich auf die Beachtung der in Art. 28 ff der Verfassung gewährleisteten Rechte zu beschränken hat. Behauptete unrichtige Anwendung eines Gesetzes allein ist keine

Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes, sofern nicht eine qualifizierte so grob unsachliche Rechtsverletzung erweislich ist, die einer Verletzung des Gleichheitsgebotes gleichkommt. Der Staatsgerichtshof kann nicht als weitere Instanz zur Anfechtung von Entscheidungen der letzten gerichtlichen Instanz verwendet werden (STGH 1982/65 vom 9.2.1983 in LES 1984 S. 1 unter Bestätigung der ständigen Rechtsprechung, zuletzt in LES 1982 S. 55).

3.1.4 Die Verfassung gewährleistet die Grundrechte gemäss Art. 28 ff der Verfassung primär den Landesangehörigen, Rechte der Ausländer werden durch Staatsverträge, allenfalls durch Gegenrecht bestimmt (Art. 28 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 2 der Verfassung). Der Staatsgerichtshof hat noch im Urteil STGH 1981/6 vom 9.12.1981 (nicht veröffentlicht) dieses Prinzip vorrangig beachtet und der Tendenz entgegengestellt, im Sinne der EMRK unterschiedliche Behandlung von Staatsbürgern und Fremden möglichst auszuschalten, und hat bezügliche Analogien zum Grundrechtsschutz im Verfassungsrecht der Schweiz und Oesterreich verneint.

3.1.5 Am 8. September 1982 ist die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte in Liechtenstein in Kraft getreten (LGBl 1982 Nr. 60) und mit LGBl 1982 Nr. 57 ist dem Staatsgerichtshof auch die Prüfung der Beachtung der EMRK übertragen (Art. 23 neu STGHG).

Entsprechend dieser Aenderung der Rechtslage hat der Staatsgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung geändert und abweichend von STGH 1981/6 festgestellt, dass nunmehr die von Liechtenstein ratifizierte EMRK zu beachten ist. Danach sichern die Vertragsparteien allen ihrer Jurisdiktion unterstehenden Personen (Staatsbürgern und Ausländern) die in Abschnitt 1 der Konvention niedergelegten Rechte zu. Somit stehen die in Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK niedergelegten Rechte zur Einlegung einer wirksamen Beschwerde bei einer nationalen Instanz den Landesangehörigen wie den Ausländern zu. Die Art. 31 und 43 der Verfassung sind inskünftig im Lichte der EMRK auszulegen (STGH 1982/65 vom 9.2.1983 in LES 1984 S. 1; STGH 1982/121).

Diese jüngere Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes sowie seine erweiterte Zuständigkeit für Beschwerden gegen Konventionsverletzungen verstärken das

staatspolitische und verfassungsrechtliche Gewicht der Grund- und Freiheitsrechte, auch wenn die Konventionsrechte im weitesten Umfang in der Verfassung schon gewährt sind, vor allem durch das Beschwerderecht an die europäischen Instanzen (jüngste Rechtsprechung in bezug EMRK: STGH 1981/18 in LES 1983 S. 39; STGH 1982/31 in LES 1983 S. 105; STGH 1982/6 in LES 1983 S. 107; STGH 1982/31/V in LES 1983 S. 118). Damit hat sich Liechtenstein einmal mehr dem Standard einer Europäischen Rechtsordnung unterworfen, der sie mit der «föderativen Rechtsordnung» ohnedies zugeordnet und integriert ist.

3.2 Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze

(Art. 11 Ziff. 2 und Art. 24 STGHG)

3.2.1 Ein Gesetz als verfassungswidrig ganz oder zum Teil aufzuheben, kann jederzeit von der Regierung oder einer Gemeindevertretung mit hiefür sprechenden Gründen beantragt werden.

3.2.2 Ueber die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen erkennt der Staatsgerichtshof jederzeit von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei, wenn diese Bestimmung im betreffenden Fall anzuwenden ist.

3.2.3 Jedes Gericht kann, wenn in einem anhängigen Verfahren die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes behauptet wird, das Verfahren unterbrechen und dem Staatsgerichtshof die Frage zur Prüfung unterbreiten.

3.3 Prüfung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit von Verordnungen

3.3.1 Aus Anlass der Anwendung einer Verordnung kann sie der Staatsgerichtshof von Amts wegen, über Antrag einer Partei, eines Gerichtes oder einer Gemeindebehörde in Prüfung ziehen.

3.3.2 Hundert Stimmfähige können ohne ein besonderes Interesse nachzuweisen Verordnungen oder einzelne Bestimmungen anfechten.

3.4 Auslegung der Verfassung auf Antrag der Regierung oder des Landtages

(Art. 112 der Verfassung und Art. 11 Ziff. 3 und Art. 29 STGHG)

Der Staatsgerichtshof hat über Zweifel in der Auslegung einzelner Bestimmungen der Verfassung, die genau zu unschreiben sind, über Antrag von Regierung oder Landtag zu entscheiden. Diese Schiedsgerichtsfunktion hatte ein Vorbild in § 122 der Verfassung 1862, wo im Zweifelfall «eine Entscheidung beim Bundesschiedsgericht eingeholt werden soll»

3.5 Gutachten

Der Staatsgerichtshof hat gemäss Art. 16 STGHG auf Verlangen der Regierung oder des Landtages Gutachten über allgemeine Fragen des Staats- und Verwaltungsrechts über Gegenstände der Gesetzgebung und über Gesetzentwürfe zu erstatten.

3.6 Kompetenzkonflikte

(Art. 104 der Verfassung, Art. 29 bis 32 STGHG)

Der Staatsgerichtshof entscheidet über positive (bejahende) oder verneinende Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten und Verwaltungsberhöden.

3.7 Ministeranklage, Disziplinarverfahren

(Art. 104 der Verfassung, Art. 44 bis 53 STGHG)

Der Staatsgerichtshof ist Disziplinargericht für Anklagen gegen Mitglieder der Regierung.

3.8 Vorsorgliche Massnahmen

(Art. 35 STGHG)

In einem vor dem Staatsgerichtshof behängenden Verfahren kann der Präsident oder die mit dem Ermittlungsverfahren betraute Amtsperson auf Ansuchen einer Partei vorsorgliche Anordnungen treffen; um den bestehenden Zustand festzuhalten oder bedrohte rechtliche Verhältnisse einstweilen sicherzustellen. Es können für die Verfahrensdauer Zwangsvollstreckungen aufgeschoben werden. Gerichts- oder Verwaltungsverfahren sind durch zulässige Anrufung des Staatsgerichtshofes, wenn nichts anderes bestimmt ist, unterbrochen.

3.9 Vorstellung, Wiedereinsetzung

(Art. 41 STGHG idF LGBl 1979 Nr. 34)

Hat der Staatsgerichtshof in erster und einziger Instanz entschieden oder verfügt, kann das nicht aufsteigende ausserordentliche Rechtsmittel der Vorstellung erhoben werden. Im übrigen kann in jedem Verfahren Wiederherstellung unter den Voraussetzungen des Verwaltungsverfahrens geltend gemacht werden.

4. Staatsgerichtshof als Wahlgerichtshof

Gemäss Art. 104 Abs. 2 der Verfassung idF des Gesetzes LGBl 1964 Nr. 10 fungiert der Staatsgerichtshof als Wahlgerichtshof nach den einschlägigen Vorschriften des Landtags- und Gemeindewahlrechtes.

5. Staatsgerichtshof als Verwaltungsgerichtshof

(Art. 104 Abs. 2 der Verfassung und Art. 35 STGHG idF LGBl 1949 Nr. 24)

Wie schon in Punkt 1.3 in Abgrenzung genannt, kommt dem Staatsgerichtshof in besonders gesetzlich bestimmten Bereichen die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu, als solche sind hervorzuheben:

- 5.1 Landes- oder Gemeindebürgerrecht;
- 5.2 Grenzstreitigkeiten oder öffentlichkeitsrechtliche Ansprüche zwischen Gemeinden;
- 5.3 In Steuersachen wegen Berchwerden gegen die Landessteuerkommission bei einmaligem Steuerbetrag von Fr. 2000, — oder jährlicher Steuer von Fr. 500, —.

6. Entscheidungsinhalte — Verbindlichkeit

Entscheidungen und Verfügungen des Staatsgerichtshofes haben je nach ihren Funktionen und Kompetenzbereichen unterschiedliche Wirkungen.

6.1 Im allgemeinen ist bestimmt:

6.1.1 Entscheidungen sind gemäss Art. 1 Abs. 2 STGHG endgültig, insoweit nicht letzte eigene Ueberprüfung im Vorstellungs- oder Wiederaufnahmeverfahren (Art. 41 STGHG; siehe Punkt 3.9) erfolgt oder nun Beschwerde nach EMRK zulässig ist.

- 6.1.2 Die Entscheidung ist mit Ablauf von vierzehn Tagen nach Zustellung rechtskräftig und vollstreckbar (Art. 42 Abs. 1 STGHG).
- 6.1.3 Soweit Gerichts- oder Verwaltungsbehörden aufgrund eines Entscheides des Staatsgerichtshofes zu entscheiden haben, sind sie an dessen Rechtsanschauung gebunden (Art. 42 Abs. 2 STGHG).
- 6.1.4 Durch Verfahren vor dem Staatsgerichtshof unterbrochene Verfahren vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden sind nach Rechtskraft des Entscheides des Staatsgerichtshofes von Amts wegen oder auf Parteiantrag fortzusetzen (Art. 42 Abs. 4 STGHG).

6.2 Bezüglich einzelner Kompetenzen ist bestimmt:

- 6.2.1 Bei Verfassungsbeschwerde (Punkt 3.1) ist gemäss Art. 38 Abs. 1 STGHG auszusprechen, ob eine Verletzung stattgefunden hat, bejahendenfalls ist die verfassungswidrige Entscheidung oder Verfügung ganz oder teilweise aufzuheben (Kassation).
- 6.2.2 Als verfassungswidrig festgestellte Gesetze und Verordnungen (Punkt 3.2) oder einzelne Bestimmungen sind aufzuheben (Art. 38 Abs. 2 bis 4 STGHG idF LGBl 1979 Nr. 34). Lautet die Entscheidung des Staatsgerichtshofes auf Kassation von Gesetzen oder Verordnungen, so hat die Regierung die Aufhebung im Landesgesetzblatt mit Rechtskraftwirkung kundzumachen (Art. 43 Abs. 2 STGHG idF LGBl 1979 Nr. 34).
- 6.2.3 Auslegungsentscheide (Punkt 3.4) haben den Sinn der Bestimmungen zu interpretieren.
- 6.2.4 Kompetenzentscheide (Punkt 3.6) bestimmen die Zuständigkeit.
- 6.2.5 In Verwaltungsgerichtsbarkeiten ist in der Sache selbst als Tatsachen- und Rechtsinstanz nach der einschlägigen gesetzlichen Regelung meritorisch zu entscheiden (z. B Art. 25 Steuergesetz).

7. Wirkung der Entscheidungen

Wie aus Entstehung, Funktion, Verfahren und einzelnen Kompetenzen ersichtlich, lassen sich die Entscheidungsfolgen und Bindungswirkungen zusammenfassend gliedern (Art. 38 und 39, Art. 42 und 43 STGHG):

7.1 Allgemeine Verbindlichkeit, Verbindlichkeit erga omnes haben kassatorische Entscheidungen bei, aus welchem gesetzlichen Anlass immer, festgestellter Verfassungs- bzw. Gesetzeswidrigkeit von Gesetzen oder Verordnungen. Die Aufhebung kann an eine sechs Monate nicht übersteigende Frist gebunden werden (Art. 43 STGHG idF LGBl 1979 Nr. 34).

7.2 Verbindlichkeit begrenzt auf den Einzelfall, rechtskräftige Entscheidungen in Verfahren zum Schutz der Grund- und Freiheitsrechte wirken inter partes. Bei festgestellter Verfassungswidrigkeit werden an gefochtene Entscheidungen der Verwaltungsbehörden oder Gerichte aufgehoben, sie haben in Bindung an die Rechtsansicht des Staatsgerichtshofes in der Sache zu entscheiden.

7.3 Verbindlichkeit begrenzt auf den Einzelfall mit Rechtskraftwirkung in der Sache nach Massgabe des materiellen Rechtes, haben Entscheidungen des Staatsgerichtshofes als Verwaltungsgericht. Die Entscheidung ist auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht endgültig; eine gesonderte weitere Beschwerde steht mit Ausnahme von Fällen der Wiederaufnahme oder der Vorstellung nicht offen (Art. 1 Abs. 2 STGHG).

7.4 Kassation von Gesetzen und Verordnungen sind auch für den Staatsgerichtshof bindend, die aufgehobenen Bestimmungen sind nicht mehr Rechtsbestand.

Bei Entscheiden im Einzelfall zum Schutz der Grundrechte oder als Verwaltungsgerichtshof ist der Staatsgerichtshof nur an die rechtskräftige Entscheidung gebunden, eine Präzedenzbindung sieht das Gesetz nicht vor. Im Interesse der Rechtsicherheit und Rechtskenntnis (ständige Rechtsprechung), sind die Ents-

cheidungen, soweit nicht gesetzliche Einschränkungen geboten sind, zu veröffentlichen, bis 1978 erfolgt Publikation jahrgangsweise in den Berichten der Regierung, seit 1978 in der amtlichen Liechtensteinischen Entscheidungssammlung (LES) (5) in der Liechtensteinischen Juristenzeitung (LTZ) (4).

7.5 Entscheidung von Kompetenzkonflikten bindet Gerichte und Verwaltungsbehörden.

7.6 Entscheidung über Verfassungsauslegung im Zweifel gemäss Art. 112 der Verfassung ist für Regierung und Landtag bindend. Weitergehende Begutachtung im Sinne Art. 16 STGHG hat Verbindlichkeit nur präjudiziell für folgende Rechtsetzung oder Entscheidung der zuständigen Staatsorgane.

7.7 In Verfahren von Ministeranklagen oder politischen Disziplinarverfahren erfolgt urteilsmässig Schuld- oder Freispruch mit Folgen von Amtsverlust, Anspruchsverlust oder Kürzung (Art. 50 STGHG), Ersatzleistungen und Auslagenersatz. Gegen solche Entscheidungen ist Vorstellung sowie Wiederaufnahme zulässig, die Entscheidung hierüber (Art. 51 iVm Art. 41 STGHG).

8. Schlussbemerkung

8.1 Auch ein so positives Bild der Regelung von Rechts- und Verfassungskontrolle in der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit darf nicht übersehen lassen, dass auch das überschaubare liechtensteinische Staatsleben in den 60 Jahren des Bestandes des Staatsgerichtshofes von den gewaltigen äusseren politischen Wandlungen, wie den inneren gesellschaftlichen Spannungen nicht unberührt geblieben ist. Politische, gesellschaftliche Strömungen und Gewichtungen haben den Staatsgerichtshof nicht nur vor aktuell schwierige Fragen gestellt, sondern ihn fallweise auch in Besetzungs- und Entscheidungsprobleme verstrickt, die letztlich seine Bewährung erwiesen haben.

8.2 Im Verlauf der sechs Jahrzehnte haben die Entscheidungsschwerpunkte gewechselt, was sich aus der Folge der Erkenntnispublikationen ablesen lässt. Ohne auf die instruktiven Rechtsgestaltungen richterlicher Rechtsfortbildung hier im Detail eingehen zu können, seien als markante Zeit- und Rechtsfragen genannt:

8.2.1 Die junge parlamentarisch - demokratische Staatsordnung stellt dem Staatsgerichtshof oft Gutachtensanträge im Sinne Art. 16 STGHG, worin er sehr wesentlich zur Rechtsanwendung und Fortentwicklung beizutragen hatte. Schon im ersten Publikationsjahr 1931 sind drei umfangreiche Gutachten veröffentlicht:

a) 18. April 1931 zur Auslegung der Verantwortlichkeitsbestimmung von Aufsichts- und Verwaltungsorganen der öffentlich - rechtlichen Sparkassa für das Fürstentum Liechtenstein.

b) 29. Juni 1931 zur Auslegung des Gemeindegesetzes über Einberufung und Wirkungskreis der Gemeindeversammlung.

c) 25. September 1931 über die Voraussetzungen der Wahl zum Präsidenten und Mitglied des Staatsgerichtshofes.

8.2.2 Das selbe Jahr 1931 lässt allein mit sieben von zehn Entscheiden zur Beurteilung von Verantwortlichkeit und Schadensfolgerungen aus Finanzschwierigkeiten der Sparkassa für Liechtenstein zeitbedingte exemplarische Entscheidungskomplexe erkennen, vor die der Staatsgerichtshof gestellt werden kann.

8.2.3 Ein bedeutsames Rechtsproblem stellt sich dem Staatsgerichtshof in einer Entscheidungsreihe der letzten Jahre aus Beurteilung der Rechtsverbindlichkeit schweizerischer Erlässe und deren Kundmachung aus dem Zollanschlussvertrag. Aus einer Reihe von einschlägigen Entscheidungen und zwei Gutachten ist ein Kundmachungsgesetz mit Rechtsbereinigungsfrist erwachsen.

8.3 Sind wirk same Beschwerden (Art. 43 der Verfassung, Art. 13 EMRK) vor unabhängigem und unparteiischem auf Gesetz beruhendem Gericht (Art. 97 und 104 bis 106 der Verfassung, Art. 6 EMRK) Voraussetzung und Verwirklichung des Rechtsstaates, so erfüllen verfassungsrechtliche Stellung, Funktion, Entscheidungsumfang und Wirkung, wie Verfahrensordnung des Staatsgerichtshofes und der Verwaltungsbeschwerdeinstanz in Liechtenstein diese Erfordernisse in vollem Umfang. Das Zusammenwirken der Staatsgewalten Fürst und Volk (Art. 2 der Verfassung), Gesetzgebung und Vollziehung, Landtag, Regierung und Rechtsprechung mit einer so weit ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit im Staatsgerichtshof, gewährleistet die Staatsaufgabe «Förderung der gesamten Volkswohlfahrt» (Art. 14 der Verfassung), die Freiheit der Bürger (Art. 32 der Verfassung) und den Schutz der Rechte (Art. 104 der Verfassung) und verwirklicht «das Fürstentum Liechtenstein als konstitutionelle Erbmonarchie auf demokratischer und parlamentarischer Grundlage» (Art. 2 der Verfassung) als Rechtsstaat.
Vaduz, Oktober 1986.

Rechtsquellen und Literaturhinweise

- Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5. Oktober 1921, LGBl 1921 Nr. 15, in der gültigen Fassung. Textausgabe der Regierungskanzlei 1981 mit Beitrag «Zur liechtensteinischen Verfassungsgeschichte»
- Landesverwaltungspflegegesetz (LVG) vom 21. April 1922, LGBl 1922 Nr. 24, in der gültigen Fassung.
- Staatsgerichtshofgesetz (STGHG) vom 5. November 1925, LGBl 1925 Nr. 8, in der gültigen Fassung.
- Vertrag vom 29. März 1923 zwischen Liechtenstein und der Schweiz über den Anschluss an das Schweizerische Zollgebiet (Zollanschlussvertrag), LGBl 1923 Nr. 24.
- Gesetz vom 30. Januar 1961 über die Landes- und Gemeindesteuern (Steuergesetz), LGBl 1961 Nr. 7, in der gültigen Fassung.
- Beitritt zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK), LGBl 1982 Nr. 60; Beachtung der EMRK durch den Staatsgerichtshof LGBl 1982 Nr. 57.

- Systematische Sammlung der liechtensteinischen Rechtsvorschriften (LR) Inhaltsverzeichnis, Hrsg. Regierungskanzlei 1979, Nachträge 1980, 1981.
- Verfassungstexte 1808 — 1918, Politische Schriften Band 8, 1981, S. 245 ff.

Literatur

- 1 Kommissionsbericht und Begründung zum Gesetzesentwurf über die Allgemeine Landesverwaltungspflege, 1922
- 2 Kommissionsbericht zum Gesetzesentwurf über den Staatsgerichtshof, 1925
- 3 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Vertrag zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet vom 1.6.1923
- 4 Liechtensteinische Juristenzeitung (LJZ), Vaduz
- 5 Liechtensteinische Entscheidungssammlung (LES) ab 1978 in LJZ
- 6 Bericht und Antrag an den Hohen Landtag betreffend EMRK, 1. Juni 1982
- 7 Batliner, Gerard — Hrsg. Liechtenstein Politische Schriften, Vaduz (laufende Folgen)
- 8 Beck, Wilhelm — Das Recht des Fürstentums Liechtenstein, Zürich 1912
- 9 ders Kommissionsberichte zum LVG und STGHG (s. 1 und 2)
- 10 Brandstätter, Johann — Verfassungsgerichtsbarkeit im Fürstentum Liechtenstein, Diss. Salzburg 1970
- 11 Kieber, Walter — Die Praxis der von der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein garantierten Grund - und Freiheitsrechte in Veiter/Klein, Hrsg. Die Menschenrechte, Wien 1966

12 ders

Verfassungs- und Verwaltungsaufbau im Fürstentum Liechtenstein Hrsg.
Kranz Walter 1976, S. 46 - 55

13 Kühne, Josef

Liechtenstein — Einheitsstaat und föderative Rechtsordnung
Bericht zur VI. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte in Madrid,
Oktober 1984

14 Ospelt, Alois

Die geschichtliche Entwicklung des Gerichtswesens in Liechtenstein
Politische Schriften, Band 8, 1981, S. 217 ff

15 Ritter, Karlheinz

Die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Fürstentum Liechtenstein,
Diss. Bern 1958

16 Steger, Gregor

Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit als Garantie des Rechtsstaates
in Liechtenstein
in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1962, S.
520 ff

17 Wille, Herbert und Beck, Marzell

Liechtenstein und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) in
Liechtenstein
Liechtenstein Politische Schriften, Band 10, S. 228 ff

CONSEIL D'ÉTAT
DE
LUXEMBOURG

**LE CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE
DES LOIS
AU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG**

Par
FRANÇOIS GOERENS,
Président du Conseil d'État



1. Le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas de Cour constitutionnelle. A l'instar des juridictions belges et françaises, les juridictions luxembourgeoises, tant celles de l'ordre judiciaire que les juridictions administratives, se sont toujours refusé le droit de contrôler la constitutionnalité des lois.

A l'appui de cette jurisprudence, ils ont notamment invoqué deux arguments. En premier lieu, le principe de la séparation des pouvoirs, lequel interdirait au pouvoir judiciaire d'empiéter sur le pouvoir législatif, d'examiner ses actes quant à leur conformité à la Constitution, voire de les écarter en cas d'incompatibilité. Les tribunaux, selon cet argument, s'ils contrôlaient la constitutionnalité des lois, s'immisceraient dans les attributions du pouvoir législatif, ils feraient oeuvre de législateur et contreviendraient à la Constitution dont l'objet principal est précisément d'éviter la confusion des pouvoirs afin d'empêcher la tyrannie et l'anarchie. Les tribunaux ont pour mission d'appliquer les lois et non de les juger. Des applications de ce grand principe seraient faites par l'article 1^{er} du code civil qui dit que les lois sont exécutoires en vertu de leur seule promulgation, par l'article 5 du même code qui défend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire, enfin par l'article 237 du code pénal qui punit le juge qui se sera immiscé dans l'exercice du pouvoir législatif. (1)

Le deuxième argument se dégage a contrario de l'article 95 de la Constitution, aux termes duquel «les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux ou locaux qu'autant qu'ils sont conformes à la loi». Aucune disposition constitutionnelle ne conférant aux juridictions, ou à une juridiction spéciale, la mission de contrôler la conformité des lois à la Constitution, se contrôler leur serait interdit.

2. L'absence d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois n'implique pas pour autant l'absence de tout contrôle en cette matière.

(1) Marc Modert: Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge (Feuille de liaison de la Conférence St. Yves, n.° 44, avril 1979).

En effet, la Constitution a institué le Conseil d'État comme gardien de la Constitution.

L'article 76 de la Constitution donne au Conseil d'État la mission, entre autres, «de délibérer sur les projets de loi et les amendements qui pourraient y être votés». Aucune projet de loi, aucune amendement à une projet de loi, ne peut être voté par la Chambre des députés sans que le Conseil d'État l'ait examiné et ait émis son avis à son sujet. Cet avis est donné dans un rapport motivé, contenant des conclusions et, le cas échéant, un contreprojet.

L'examen du Conseil d'État porte sur la constitutionnalité du projet, sur la forme et sur son opportunité. Mais c'est surtout la compatibilité des projets de loi avec la Constitution qui retient l'attention du Conseil d'État. Cet examen est fait d'autant plus rigoureusement qu'il n'y a pas de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité d'une loi une fois promulguée.

Toutes les fois que le Conseil d'État constate qu'une disposition d'un projet de loi ou d'un amendement est inconstitutionnelle, il s'oppose formellement à son adoption par la Chambre des députés. Dans ce cas il est de règle que le Gouvernement modifie la disposition critiquée dans le sens préconisé par le Conseil d'État ou la retire purement et simplement, ou bien que la Chambre des députés refuse de la voter.

Si la Chambre des députés passait outre à l'opposition exprimée par le Conseil d'État et votait la disposition incriminée, le Conseil d'État dispose encore d'une arme très efficace, sinon pour empêcher, du moins pour retarder le vote définitif de la loi. L'article 59 de la Constitution pose en effet le principe du second vote constitutionnel. Cette règle s'explique par le fait que les constituants luxembourgeois, depuis 1848, ont adopté et maintenu le système unicaméral. Ils ont cependant eu le souci d'éviter que le législateur, en principe tout-puissant, ne vote des lois qui n'auraient pas été mûrement réfléchies. C'est pourquoi, en règle générale, tout projet de loi doit subir l'épreuve d'un second vote, lequel ne peut intervenir, au plus tôt, que trois mois après le premier. Il appartient cependant à la Chambre des députés de dispenser un projet du second vote, mais la dispense ne devient effective que si le Conseil d'État y consent. C'est ce qui a fait que le Conseil d'État joue le rôle d'une Chambre de réflexion. (2)

(2) Félix Welter: Le Conseil d'État luxembourgeois, Rapport non publié.

Les séances du Conseil d'État où il délibère sur la disposition du second vote sont publiques. Si le Conseil refuse la dispense du second vote, la Chambre des députés se rend généralement aux arguments du Conseil d'État et abandonne la disposition taxée d'inconstitutionnalité.

Il est vrai que la Chambre peut, à l'expiration du délai de réflexion de trois mois, voter de nouveau la loi malgré l'opposition du Conseil d'État. Si elle le fait, la loi entre en vigueur et aucune juridiction ne peut refuser de l'appliquer au motif qu'elle serait inconstitutionnelle. Il en suit que le contrôle préalable du Conseil d'État s'il empêche normalement l'adoption d'une loi inconstitutionnelle, ne la rend toutefois pas impossible.

3. Nombreuses sont les voix qui réclament un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Les uns admettent que notre Constitution actuelle n'exclut pas un tel contrôle, d'autres demandent une révision de la Constitution prévoyant la création d'une Cour constitutionnelle.

Ceux qui considèrent le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois possible sous l'empire de la Constitution actuelle, font valoir que la Constitution est la loi fondamentale dont la supériorité à la loi ordinaire ne peut être contestée. D'une part, sa supériorité matérielle: la Constitution définit les compétences et est donc nécessairement supérieure aux organes qui les exercent. D'autre part, sa supériorité formelle: elle ne peut être établie ou modifiée que selon une procédure différente, plus rigide et plus solennelle que celle des lois ordinaires. En appliquant une loi contraire à la Constitution, le juge omettrait d'appliquer la disposition constitutionnelle violée qui par définition serait d'essence supérieure à la loi.

«Le juge qui refuse d'appliquer une loi, en indiquant dans son jugement, par une démonstration juridique, que le législateur a violé la Constitution, ne commet pas, à proprement parler, un empiètement sur le pouvoir législatif. Il assure le respect d'une loi constitutionnelle supérieure, émanant d'une chambre constituante, et non du simple législateur. C'est faire violence au juge que de lui défendre de garantir le respect de la loi fondamentale avant toute autre loi et même contre une pareille loi. Il a la mission constitutionnelle et souveraine de juger les

litiges; cela ne veut pas dire qu'un tabou doive entourer la Constitution et que le juge, en appliquant et en interprétant les lois ordinaires, devrait s'abstenir d'appliquer la loi constitutionnelle de préférence à un acte législatif contraire ou incompatible.» (3)

L'argument a contrario tiré de l'article 95 de la Constitution serait de peu de poids. Si cet article ne prévoit pas le contrôle de la constitutionnalité des lois, il ne l'exclut pas non plus expressément.

D'autre part la Constitution, et spécialement les articles 84 et 85, confieraient au pouvoir judiciaire plénitude de juridiction, ce qui comprendrait, à défaut d'exclusion formelle, les conflits possibles entre les différentes normes. (4)

Cette opinion a reçu au Grand-Duché un appui considérable par l'évolution de la jurisprudence sur l'effet des traités. De par son exigüité et sa situation géographique, le Grand-Duché a été amené très tôt à avoir des traités d'union économique avec un ou plusieurs États voisins. Il en résultait la possibilité de conflits entre les dispositions d'un traité et la loi nationale. Sans établir une hiérarchie entre ces deux normes, les juridictions luxembourgeoises ont admis dès le siècle dernier qu'il faut présumer, dans le cas d'une contrariété apparente entre un traité et une loi postérieure, que le législateur national a entendu respecter les engagements internationaux existants. Elle a en conséquence interprété la loi nationale de manière à la mettre en harmonie avec les obligations contractuelles internationales. (cass. civ. 13 juin 1890, Actien-Brauerei CölnNiedermendig c. Schwartz, Pas. II, p. 621).

Le 17 mars 1917 déjà la Cour d'appel affirma la prédominance de la loi douanière, loi commune de l'Union douanière, sur la législation interne.

Depuis 1950, les juridictions luxembourgeoises sont plus formelles en déclarant que les traités internationaux (en espèce le Traité d'union économique belgo-luxembourgeoise) priment la loi nationale même postérieure et en écartant, en cas de conflit, la loi nationale en faveur du traité (Cass. cr. 8-6-1950. Pas. XV. 255; CE 28-7-1951, Pas. XV. 263).

Dans son arrêt du 14 juillet 1954, la Cour de cassation a formulé sa jurisprudence en des termes plus explicites:«... attendu que s'il est vrai qu'en principe l'effet des lois successives dépend de la date de leur mise en vigueur, les dispositions contraires aux lois antérieures abrogeant celles-ci, il ne saurait pourtant en être ainsi lorsque les deux lois sont d'une inégale valeur, c'est-à-dire, lorsque l'une

(3) Pierre Bermes: Contrôle de la constitutionnalité des lois et organisation judiciaire. (Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves, n.44, avril 1979)

(4) Modert: Op. et loc. cit.

lois est un traité international incorporé dans la législation interne par une loi approbative; qu'en effet, pareil traité est une loi d'une essence supérieure ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne; qu'en conséquence, en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi nationale postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale...» (cass. 14 juillet 1954, Chambre des Métiers c. Paganini, Pas. XVI, p. 150).

Sans doute la prééminence des traités par rapport à la loi nationale a-t-elle aux yeux de la jurisprudence un double fondement, à savoir le caractère contractuel et le caractère international des traités. (5) Toutefois l'abandon de la théorie de l'équivalence des sources du droit sur le plan juridictionnel a amené nombre de juristes à se demander si «la digue traditionnelle qui s'opposait jusque là à l'exception d'inconstitutionnalité comme moyen de recours juridictionnel ne devait pas céder à son tour». (6)

Ceci paraît d'autant plus vrai que l'application des deux principes admis par la jurisprudence, d'une part, l'obligation de contrôler la compatibilité d'une loi avec un traité et, d'autre part, l'impossibilité de contrôler la compatibilité de cette même loi avec la Constitution, peut aboutir à une situation pour le moins étrange. En effet, les principaux droits reconnus aux citoyens par la Constitution luxembourgeoise sont également garantis par certaines conventions, notamment par la Convention européenne des droits de l'homme. Par le biais du contrôle de la conformité d'une loi à une convention, les juridictions peuvent dès lors contrôler le respect d'un droit constitutionnel dans la mesure où ce même droit est garanti par la convention. Elles s'interdisent toutefois de contrôler le respect des droits constitutionnels non garantis par un traité. (7)

On ne peut que constater que jusqu'ici les juridictions n'ont pas modifié leur attitude négative concernant le contrôle de l'inconstitutionnalité des lois.

4. Le Gouvernement vient de mettre à l'étude l'opportunité de la mise en place d'une juridiction constitutionnelle. D'autre part, la Chambre des députés a déclaré qu'il y a lieu de procéder à la révision de l'article 95 de la Constitution pour prévoir notamment la création d'une juridiction appelée à connaître des conflits entre la Constitution et une loi ordinaire.

(5) Pour les citations et le développement, voir Pierre Pescatore: L'autorité, en droit interne, des traités internationaux (Pas. lux. 1962).

(6) Tony Biever: De l'irrecevabilité de l'État législateur. Livre jubilaire.

(7) Alex Bonn: Réflexions sur la révision de la Constitution, 1978.

Il échet de relever que même parmi les partisans d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois la question de la mise en oeuvre de ce contrôle reste controversée.

Convient-il de reconnaître à chaque juge le droit de contrôler la constitutionnalité des lois tout comme il est habilité à contrôler la conformité de la loi à une convention internationale ou la conformité d'un règlement à la loi, ou faut-il au contraire réserver ce contrôle à une juridiction spéciale?

L'inconstitutionnalité d'une loi devra-t-elle être invoquée par les justiciables par voie d'exception devant la juridiction devant laquelle ils sont appelés à comparaître ou les justiciables sont-ils admis à soumettre le moyen d'inconstitutionnalité directement à la juridiction constitutionnelle? Ne devra-t-on pas réserver plutôt à la juridiction devant laquelle la constitutionnalité d'une loi est contestée de renvoyer la question à la juridiction constitutionnelle pour y être statué à titre préjudiciel?

Quelle sera la juridiction chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois? Sera-ce la Cour de cassation ou conviendra-t-il de créer une juridiction ad hoc? Comme la création d'une juridiction nouvelle est toujours malaisée dans un petit pays aux moyens personnels et financiers réduits, il a été suggéré de confier le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution à une juridiction spéciale composée de trois membres de la Cour de cassation et de trois membres du Comité du contentieux du Conseil d'État. Cette solution aurait l'avantage de soustraire la juridiction constitutionnelle aux contingences politiques et d'exiger une majorité qualifiée de quatre voix pour décider qu'une loi serait contraire à la Constitution. En cas de parité de voix le recours serait rejeté. ⁽⁸⁾

Autant de questions qu'il restera à trancher une fois admis le principe du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

⁽⁸⁾ Rapport du groupe d'experts chargé d'élaborer des propositions en vue d'une révision de la Constitution (6 décembre 1982).

SOURCES

Pierrem Bermes: Contrôle de la constitutionnalité des lois et organisation judiciaire, dans Feuille de liaison de la Conférence St.-Yves, avril 1979

Tony-Biever: De l'irrecevabilité de l'État législateur, dans Livre jubilaire du Conseil d'État, 1956.

Alex Bonn: Réflexions sur la révision de la Constitution, 1978. Der Staatsrat des Grossherzogtums Luxemburg, 1984.

Alphonse Huss: Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg (Sixièmes journées d'études juridiques Jean Dabin, Larcier 1973).

Marc Modert: Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge, dans Feuille de liaison de la Conférence St.-Yves, avril 1979.

Louis Schiltz: Atteintes actuelles ou possibles à l'ordre constitutionnel et aux droits fondamentaux, dans Feuille de liaison de la Conférence St.-Yves, avril 1979.

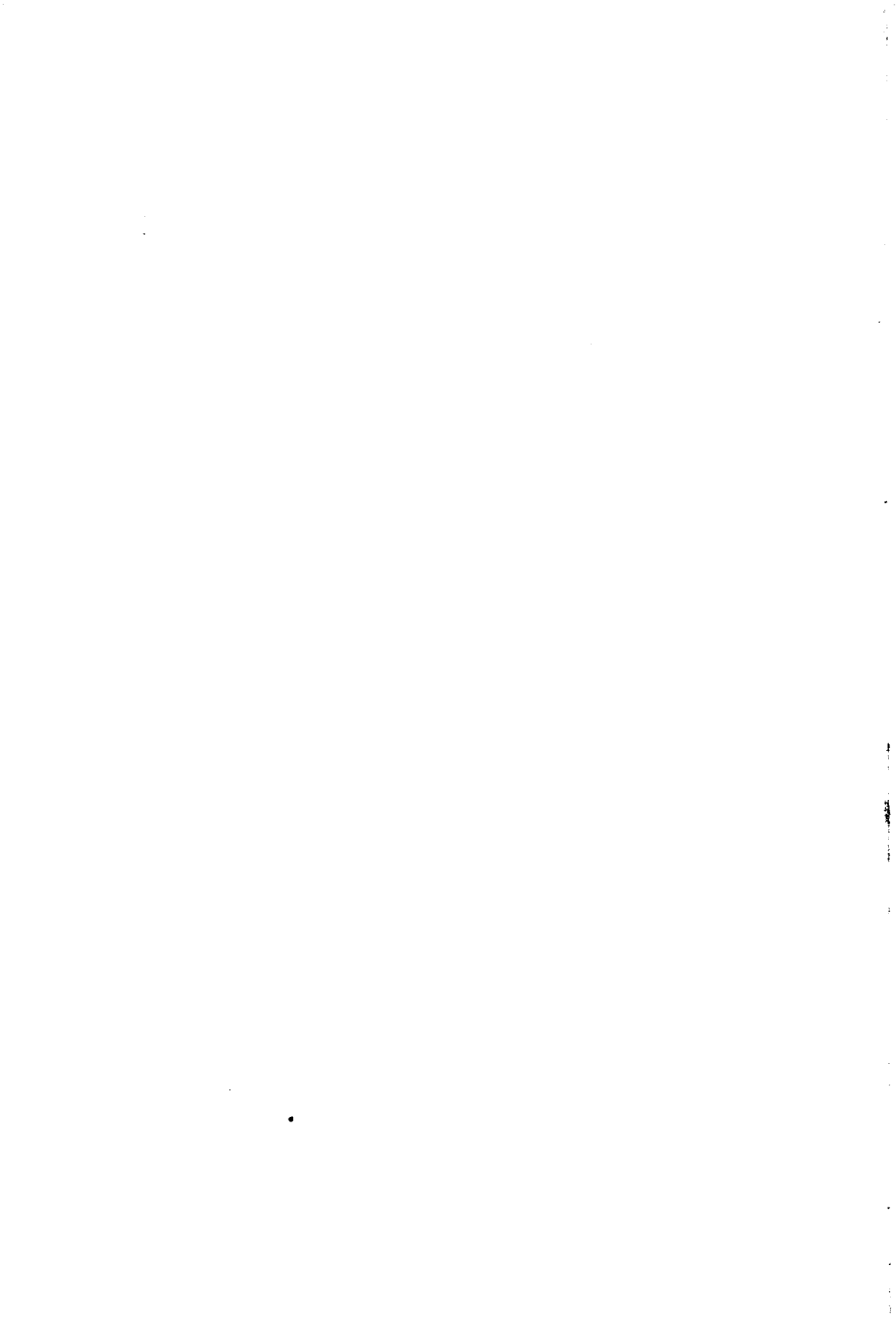
Félix Welter: Le Conseil d'État luxemburgeo. Rapport (non publié) présenté à la réunion des Conseils d'États italien et Luxembourg 9 lois, novembre 1967.
Rapport du groupe d'experts chargé d'élaborer des propositions en vue d'une révision de la Constitution (6 décembre 1982).

THE NETHERLANDS

**CONSTITUTIONAL JURISDICTION
IN THE CONTEXT OF STATE POWERS:
TYPES, CONTENTS AND EFFECTS
OF DECISIONS ON THE CONSTITUTIONALITY
OF JURIDICAL RULES**

by

P. REHORTS



INTRODUCTION

The Netherlands does not have a constitutional court as such, nor does it have a constitutional jurisdiction in the true sense of the word. In the Netherlands, as elsewhere, however, juridical rules and administrative decisions must of course comply with the requirement of constitutionality. Review to ensure compliance with this requirement takes place at various administrative and judicial levels. The consequence (in law) of a finding at a given level that a juridical rule or an administrative decision is not in accordance with the constitution depends on the context in which the finding is made.

To understand the way in which the question of the constitutionality of juridical rules and administrative decisions comes up for consideration in the Dutch legal system, it is necessary to know something about the constitutional framework in which the legislature, the executive and the judiciary function.

It should be noted at the outset that there is no watertight division in the Netherlands between for example administrative law and constitutional law, either in terms of the division of the subject matter between the constitution and the various acts of parliament or in terms of the division of jurisdiction between judicial and administrative bodies. It follows, therefore, that all judicial bodies, whether the various administrative courts or the civil courts, may be confronted with questions of constitutional and administrative law. The two areas overlap. Even in cases where legal relationships are clearly governed by private law, questions can arise regarding constitutional law, for example the horizontal operation of provisions of the constitution (i.e. the extent to which such provisions can be invoked in disputes between private litigants).

The following subjects are dealt with successively below. The principles of the inviolability of acts of parliament and the supremacy of treaties over national

law, both of which apply in the Netherlands (section I); judicial review of legislation in the substantive sense (section II); the standards applied in administrative law (section III); and forms of administrative supervision, administrative appeal and the administration of justice by the administrative and civil courts (section IV).

SECTION I

a. The inviolability of statute law

Article 120 of the 1983 Constitution of the Kingdom of the Netherlands reads as follows: «The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts».

This article is one of the cornerstones of Dutch constitutional law. The principle it contains is sometimes referred to as the inviolability of statute law. Determination of the constitutionality of statute law (by which is meant a joint decision of the Government and the States General, i. e. an act of parliament) is the exclusive prerogative of the legislature itself; the courts and every other organ of state must refrain from reviewing either the substance of statute law or the manner in which it came into existence. 'Review' is used here to mean examination to ascertain whether legislative acts are compatible with the constitution. Every form of examination (whether before or after the event) by the courts or by any organ of state other than the legislature itself is excluded by article 120 of the constitution. Furthermore, it is generally accepted that the courts are not entitled to test statute law by reference to constitutional provisions embodying general principles of law.

Article 120 of the constitution does not of course give the legislature carte blanche to violate the constitution. Acts of parliament have not been elevated above the constitution. The article merely provides that in cases where a conflict of opinion is conceivable, the decision of the legislature is final.

Guarantees that statutes are in accordance with the Constitution

Acts of Parliament are passed jointly by the Government and the States General. The constitution specifies a precise procedure for the enactment of legislation. The members of the States General and the members of the Government swear or affirm allegiance to the constitution. Under the provisions of the constitution, each bill has to be submitted to the Council of State, which is the highest independent advisory body on legislative matters, for its recommendations. One of the factors which the Council of State takes into account when considering bills is their constitutionality. The recommendations of the Council are made public. At departmental level, the Legislative and Constitutional Affairs Division of the Ministry of Home Affairs is responsible for advising on the constitutionality of acts of parliament. Legal scholars in the Netherlands also consider it their duty to keep a critical eye on legislation, in particular as regards conformity with the constitution.

b. The courts do not assess the constitutionality of treaties

Article 120 of the Constitution, which provides that the constitutionality of treaties shall not be reviewed by the courts, must be read in conjunction with article 94 of the constitution, which provides as follows:

«Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions.»

The purpose of article 120 of the Constitution is to preclude the courts from considering the question whether *the procedural rules* laid down by the constitution with regard to the conclusion and denunciation of treaties have been observed. This applies in particular to the procedural rule contained elsewhere in the constitution, specifying that parliamentary approval of a treaty that deviates from the constitution may be granted only by a two-thirds majority. In certain circumstances, however, the constitution may be reviewed by reference to *the substance* of treaty provisions under article 94 of the constitution. The term «statutory regu-

lations in force within the Kingdom» does after all include regulations contained in the constitution itself. The courts will therefore in certain circumstances have to ascertain whether there is a conflict as referred to above.

SECTION II

Judicial review of legislation in the substantive sense

Judicial review of legislation in the substantive sense to ensure its lawfulness, i. e. to determine whether or not it is in breach of a higher instrument, has been a feature of the Dutch system for a very long time. Reviews are usually carried out on ad hoc basis when the defence of an exception is raised. Such a defence is based on the alleged invalidity of the statutory provision which has been infringed (in the case of criminal proceedings), of a statutory provision on which a claim is based (in civil proceedings) or of a disputed decision (in an administrative dispute). The administrative courts in the Netherlands do not have the power to challenge directly the validity of a legislative act. However, a direct challenge through the civil courts has been considered possible for a number of years. The basis of this challenge is the finding that the passing of a statutory regulation entails an unlawful act. The possibility of bringing an action in tort for unlawful acts by the authorities in respect of orders of a general nature (statutory regulations which are not acts of parliament), at any event on the ground that they are in breach of a higher instrument, has been recognised since judgements of the Supreme Court in 1984.

Review of unwritten law

The question of whether legislation in the substantive sense can and should be reviewed by the courts in the light of the rules of unwritten law was debated in the Netherlands for many years. In a judgement in 1928, the Supreme Court held that the power of the courts to review legislation in the substantive sense

was limited to ensuring that it was not in breach of a higher instrument. Eventually, however, a majority of legal writers came to the conclusion that the Supreme Court had not followed its own ruling in later judgements on this point. In a judgement of 16 May 1986, the Supreme Court put an end to the debate once and for all by holding unequivocally that the courts were empowered to test laws in the substantive sense by reference to the general principles of law (unwritten law).

Review criteria

General principles of law for reviewing the substance of legislation are developed by the courts independently. In so doing, they must bear in mind that by law they may under no circumstances assess the value or equitableness of legislation. In other words, they may not step into the shoes of the legislature.

Examples of general unwritten principles of law are that legislation should not be unreasonable or arbitrary and that, in appropriate cases, proper reasons should be given for it. In the judgement referred to above, the Supreme Court gave a number of authoritative rulings regarding the way in which these general principles of law may be applied. It held that «... no legal rule prevents the courts from holding on the ground of arbitrariness that a regulation, other than one issued by the legislature, is not binding and hence that the making and execution thereof are unlawful, if the government body which issued the regulation acted unreasonably, taking into account the interests which were known or should have been known to it at the time the regulation came into being. It is not within the competence of the court to decide what importance or weight must be attached to the relevant interests from the point of view of society. It follows from both the nature of the legislative function and the position of the courts in the Dutch constitutional system that caution must be exercised in making such a review. Furthermore, faults in the reasons given for making the regulation or enacting the provision on which the regulation is based do not in themselves justify a finding that the regulation is not binding. The reasons may, however, be taken into account in determining whether the regulation meets the criterion referred to above, as may the question of whether parties whose interests have been prejudiced as a result have been offered any form of compensation.»

SECTION III, REGULATIONS IN ADMINISTRATIVE LAW

Outline of the further contents of this article

Subject to the constitutional principle that acts of parliament are inviolable, it is possible under the Dutch legal system for delegated legislation (i. e. legislation not enacted by parliament) and administrative decisions to be assessed by reference to the constitution and to constitutional rules contained in acts of parliament whose enactment is prescribed in the constitution. Since, as stated in the introduction, the Netherlands has no specific system of constitutional review in the sense that is no body such as a constitutional court or special administrative court of appeal charged with this task, constitutional review occurs when the validity of legal rules or administrative decisions is assessed in specific cases involving supervision by a higher administrative authority, appeal to a higher administrative authority and proceedings before an administrative or civil court (which is independent of the executive and the legislature).

In order to explain the aspect of legislation which can be reviewed by reference to the constitution, it is worthwhile giving a thumbnail sketch (which is of necessity incomplete in view of the scope of this article) of the types of regulations applied in Dutch administrative law; the hierarchy of regulations and the forms of review.

a. Substantive legislation

The power to issue generally binding regulations (legislation in the substantive sense) at national level is conferred by the constitution on the Crown (general administrative orders, article 89). The constitution and the acts of parliament whose enactment is prescribed by the constitution also confer the power to make regulations upon the provincial and municipal executives, water control boards and the boards of other public bodies. The power to issue regulations can be

acquired not only by conferral but also by delegation or subdelegation. In such cases, however, there must be a formal statutory basis. Delegated legislation is often made by the Crown or by individual ministers («ministerial orders») and at local government level by the provincial and municipal executives.

In order of hierarchy, the regulations are headed by the self-executing provisions of treaties and of decisions of international organisations (e. g. EC regulations). Article 94 of the constitution provides that statutory regulations in force within the Kingdom are not applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of decisions of international organisations. The constitution is the highest instrument at national level, followed by acts of parliament. Review of the constitutionality of acts of parliament (and of treaties) is the exclusive right of the legislature itself. Other bodies such as the courts have no such right of review (article 120). In broad outline, the further hierarchical order is as follows: general administrative orders, ministerial regulations, provincial bye-laws and bye-laws issued by statutory industrial organisations (which are at the same level) and municipal and water control board bye-laws (also at the same level).

Lower legislative bodies are required to observe the limits imposed by higher legislative instruments. Such limits may be defined by the relevant provisions conferring or delegating the power or by procedural regulations governing the establishment of the relevant regulation. A provision of particular importance in connection with the power of the Crown to introduce independent general administrative orders is article 89, paragraph 2, of the constitution which specifies that any regulations to which penalties are attached may only be embodied in general administrative orders issued pursuant to an act of parliament. The penalties to be imposed must be determined by act of parliament. (The same also in fact applies to other government regulations, in particular ministerial regulations.) Since matters proscribed under administrative law are almost always subject to a criminal law sanction as well, the practical significance of independent general administrative orders is extremely limited, except in the case of subsidies. The substance of a lower regulation may not conflict with that of a higher regulation on the same subject. Lower regulations may in general supplement higher regulations unless there is express provision to the contrary or it is clear from the nature of the higher regulation that it was intended to be exhaustive. The motive for or legal interest served by regulations is of especial relevance when determining whether they cover the same subject.

b. Decisions

The main instrument of administrative law is the decision. This is usually defined as the written resolution of an administrative body intended to have a consequence in law and not being an order of a general nature or a legal act under civil law. The term «decision» is deemed to include the refusal or failure to give a decision or the failure to do so in good time. It is sometimes defined more widely, depending on the statutory regulation on which it is based.

SECTION IV

Review within the public administration and by the courts

Section III provided a general survey of regulation in administrative law. Review of administrative law decisions is possible in two ways: within the public administration and by the courts. As stated earlier, in order to understand the system of constitutional review in the Netherlands, it is necessary to remember that such review is carried out in specific cases by a wide range of administrative bodies and independent courts by reference to such matters as validity, powers and general principles of law. Below is a general description of the system of review exercised within the public administration and by the courts.

Review within the public administration

Laws other than acts of parliament may be reviewed in various ways. Any such review includes a «constitutionality review». The possibility of review may be ensured beforehand by specifying the necessity of various types of ratification or approval. In order to guarantee parliamentary influence over the establishment of important general administrative orders, provision is normally made for some form

of provisional delegation. A distinction can be made in this connection between supervised delegation (postponement of entry into force and compulsory submission to parliament), conditional delegation (grant of power to one or both of the houses of parliament or to any part of them to specify that the subject of the general administrative order must be regulated by law), and temporary delegation. As regards the bye-laws of lower-tier bodies, provincial and municipal tax regulations require the approval of the Crown, and autonomous municipal bye-laws are subject to an approval procedure. In the case of laws and bye-laws administered by lower-tier authorities by authorisation of higher-tier bodies, the relevant acts usually contain a requirement of approval. Regulations of lower-tier authorities may also be nullified by the Crown acting of its own volition. There is no provision for direct appeal by interested parties against substantive legislation. However, the binding nature of statutory regulations may be challenged indirectly by disputing the lawfulness of acts based upon them. The lawfulness of legislation may be challenged more directly before the civil courts by means of proceedings in tort. Section II describes how the courts test substantive legislation.

Decisions and other juridical acts may likewise be subject to various forms of control. Three instruments of control, namely approval, nullification and appeal to an administrative body, are dealt with separately below.

Approval

Where a higher-tier authority has the right of approval, the granting of such approval is generally regarded as being a juridical act which is one of the conditions for the entry into force of the relevant order. Various principles are inferred from this for the use of the instrument of approval. First, the grant of approval does not have the effect of transforming the basic decision into a joint decision of the approving authority and the lower-tier body. In arriving at its decision, the approving authority does not have to consider all the relevant factors anew, but may instead confine itself to ensuring that the objects intended to be served by the requirement of approval have indeed been served. An order may be approved partially only if this is not at odds with its nature and contents. An appro-

val order does not have continuous effect; save in the case of statutory exceptions, it cannot add to or detract from the contents of the basic order in question. This is why it is considered that there is no right to grand approval for a limited period or to grant conditional approval (irrespective of whether the conditions impose obligations or have the effect of suspending or dissolving the order).

It is generally considered that an approval order against which no further appeal lies can no longer be revoked. The various statutory provisions relating to the right of approval differ widely. The tests most commonly applied in the case of review, which may or may not have an explicit statutory basis, are conflict with the law (including the constitution) or with the public interest.

Nullification on the initiative of a higher-tier authority

The most important instrument of review is the nullification of orders of lower-tier bodies on the initiative of a higher-tier body on the ground that the order in question is in breach of the law, including the constitution, or conflicts with the public interest. A nullification may be preceded by a suspension order. The various acts of parliament to which specific reference is made in the constitution provide that virtually all orders of lower-tier public bodies may be nullified. In some cases, they also provide that orders of independent administrative bodies may be nullified on the initiative of a higher body. As a general rule, the Crown is designated as the review body, in particular in the case of supervision of public bodies. Draft nullification orders of the Crown have to be submitted to the Council of State for its advice.

Nullification occurs «spontaneously», i. e. there is no requirement that an application for nullification should be submitted. The nullification operates retrospectively and relates in principle to all relevant legal consequences. The nullification order may provide, however, that certain consequences should be allowed to stand. This may be important in particular for the protection of persons who have acted in good faith on the basis of the original order. After an order has been nullified, the body which issued the nullified order must itself arrange for a new order wherever necessary.

In principle, other means of challenging the validity of the contested order are to be preferred to application of the right of nullification. As long as there is a right of appeal against the order (either to an administrative body or to an administrative court), the order may not be nullified spontaneously. If the order is subsequently nullified, the legal grounds on which any previous court decision on the order was based must be taken into account.

Administrative appeal

Just as spontaneous nullification may act among other things as a form of «improper legal protection», so appeal to an administrative body may be described as an «improper review instrument» in that the opportunity for intervention by the administrative body to which the appeal is made is fortuitous, depending as it does on the initiative of the person entitled to appeal (private individual or government body).

There are major differences between appeals to administrative bodies (i. e. appeals within the administration itself) and appeals to an administrative court. The power of administrative courts is primarily governed by general provisions of jurisdiction, for the most part in acts relating to the organisation of the relevant courts. Appeals within the administration are provided for from case to case in the basic regulation which also specifies the decisions against which an appeal lies.

The administrative body to which the appeal lies may belong to the same organisation as the body against whose decision the appeal is brought (e. g. an appeal to the municipal council against a decision of the burgomaster and aldermen of the municipality, or an appeal to the Crown against a decision of a minister). Often, however, the body hearing the appeal belongs to a higher tier of authority. The provincial executive and the Crown in particular are designated in many cases as the body to which appeal lies. Frequently, there is a combination of successive steps, e. g. first, the possibility of lodging a notice of objection with the body which took the decision; second, appeal to a higher body, sometimes followed again by appeal to a still higher administrative body or to an administrative court.

Unlike the courts, which decide only whether the contested decision is lawful, an administrative body hearing an appeal may also assess the appropriate-

ness of the contested order (i. e. policy aspects). To put this in perspective, however, it should be noted that an order which is manifestly inappropriate may be nullified by the courts on the ground that it is not in accordance with the general principles of proper administration, for example the principle that an order may not be arbitrary. On the other hand, not every difference of opinion regarding matters of policy will lead to nullification on the ground that the order is inappropriate. The system of appeals within the administration provides fewer guarantees of a careful and impartial treatment than does an appeal to the courts. The procedure elaborated in the Council of State Act for the treatment by the Administrative Appeals Division of the Council of State of appeals to the Crown displays virtually all the characteristics of judicial proceedings. The proceedings result in the submission of a draft royal decree by the Division. The Crown is, however, empowered to request the Division to reconsider its recommendations and, if the results of this reconsideration are still not acceptable to it, to take a decision to the contrary on both the policy aspects and the legal aspects. It is this last factor in particular which led the European Court of Justice in Strasbourg to hold in a recent case that the procedure of appeal to the Crown was in breach of the requirement of a hearing by an independent and impartial tribunal (article 6 of the European Convention; Bentham Case, judgement of 23 October 1985). The Provinces Act lays down a number of minimum requirements, which must be elaborated by provincial bye-laws, for the hearing of appeals by the Provincial Executive. The last difference which should be noted here is that in the case of appeals within the administration, the body hearing the appeal is empowered to regulate the consequences of nullification by altering or replacing the original order. Administrative courts do not generally have this power, except in a number of cases where the decision to be taken anew relates to a duty to be imposed, for instance the establishment of a financial obligation.

Forms of administrative jurisdiction of the courts

The administrative jurisdiction of the courts is fragmented in many respects. Not only is it spread over a multitude of bodies, depending on the subject, but the procedural rules differ from court to court in almost every respect. These differences cannot be attributed to the specific character of the dispute to be heard.

The discussion of administrative jurisdiction must be limited in this context to a few principal points. Below is an outline of the constitutional framework, together with a description of the various administrative courts and their jurisdiction as well as the supplementary role of the civil courts.

Constitutional framework

Under the constitution the judiciary is responsible for the judgement of disputes involving rights under civil law and debts. Responsibility for the judgement of disputes which do not arise from a relationship under civil law (in particular disputes under administrative law) may be granted either to the judiciary or to courts that do not form part of the judiciary. Appeals to an administrative body may also be made in respect of the latter type of dispute. Which courts belong to the judiciary is a matter to be regulated by act of parliament. At present, the only such courts are the «ordinary» or civil courts, whose organisation and jurisdiction are regulated in the Judiciary (Organisation) Act. In the future, certain administrative courts may also be classified as part of the judiciary. This is important from the constitutional point of view since the constitution contains guarantees for the independence of the members of the judiciary, insofar as they are charged with the administration of justice. Even now, however, the independence of the professional members of the administrative courts is assured in the relevant Acts of Parliament.

Various other constitutional guarantees, in particular the principle that trials must take place and judgements be given in public and that judgements must specify the grounds on which they are based, apply to all courts. Other provisions of importance in this connection are the minimum requirements contained in the European Convention and article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights which the judgement of administrative disputes involving civil rights and obligations must meet. These articles are self-executing in Dutch law.

Forms of administrative justice

The Netherlands has specialised administrative courts to deal with matters relating to social security and public servants and matters involving the decisions

and acts of statutory industrial organisations. The civil courts have jurisdiction in tax matters.

In addition to these specialised administrative courts, the Judicial Division of the Council of State has acted as an administrative court with a general supplementary jurisdiction since 1976.

The role of the civil courts

The role of the civil court in providing legal protection against the government is a subsidiary one. In principle they provide the plaintiff with a remedy only in cases where there are no other procedures providing adequate safeguards (e. g. appeal to an administrative court or to the Crown). Their jurisdiction is mainly limited to:

- disputes about substantive acts that have legal consequences (in particular tortious acts) and payments that are not owed;
- disputes about property and other real rights, agreements and other juridical acts under civil law;
- disputes about juridical acts under public law against which there is no appeal under administrative law, e. g. actions in tort against orders of a general nature or against decisions which are not subject to appeal;
- applications for interlocutory injunctions in cases in which no provisional appeal is possible to the relevant administrative appeals body or court;
- demands for compensation insofar as they cannot be met by means of administrative proceedings.

It should be noted for the sake of completeness that the criminal law (which is also the responsibility of the «ordinary» courts) may in certain circumstances also play a role in the assessment of administrative acts. A private individual, for example, who is charged with having infringed a regulation of administrative law which carries a criminal law penalty may challenge the lawfulness of the relevant regulation.

CONSTITUTIONAL TRIBUNAL
OF
POLISH PEOPLE'S REPUBLIC

**CONSTITUCIONAL JURISDICTION
IN THE CONTEXT OF STATE POWERS,
REGARDED UNDER THE SORTS,
CONTENTS AND EFFECTS
OF THE DECISIONS ON THE CONSTITUTIONALITY
OF JURIDICAL RULES**

by

DR. CZ. BAKALARSKI

Prof. DR. K. DZIALOCHA

Prof. Dr. L. LUKASZUK

Members of the Constitutional Tribunal



CONTENTS

1. Report to the 7th Conference of the European Constitutional Courts /1 — 22
2. Annex:
Constitutional Tribunal Act of April 29, 1985 /1 — 19



1. Introduction

1.1 Constitutional Tribunal and the Tribunal of State are the organs of constitutional jurisdiction in Polish People's Republic, in the broad meaning of the term, i.e organs of judicial character in which the competence of direct control over the observance of Constitution is vested (according to the Heidelberg definition of 1961).

The legal grounds of their activity is comprised in the amendment of 26 March 1982 to the Constitution of Polish People's Republic of 22 July 1952 (Journal of Law N.° 11, item 83) and the following statutes: Constitutional Tribunal Act of 29 April 1985 (Jornal of Law N.° 22, item 98) and Tribunal of State Act of 26 March 1982 (Journal of Law N.° 1 item 84). Provisions of the Constitutional Tribunal Act came into binding force since 1 January 1986, while those of Tribunal of State Act since 6 April 1982. Both the Acts passed in executing the Constitution, define the organization, range of competences and procedure of the Tribunals. The procedure before the Constitutional Tribunal has been additionally regulated by legislation delegated by the Constitutional Tribunal Act, namely the Resolution of the Parliament of Polish People's Republic of 31 July 1985 on the Detailed Mode of Proceedings before the Constitutional Tribunal (Journal of Law N.° 39, item 184).

Constitutional Tribunal has been appointed exclusively to exert control over conformability of normative (legislative) acts of State organs to the Constitution in the range determined by the Constitution and the Constitutional Tribunal Act. Whereas the earlier created Tribunal of State is an organ appointed to adjudicate the constitutional responsibility of persons holding State posts of highest rank, clearly specified by the Act (Art. 1 sec. 1-2 of the Tribunal of State Act).

The constitutional responsibility (according to the Act) is the responsibility for «acts not being offences, by which the persons specified in the Act, while performing official duties or in connection with the post held, have violated the Constitution or another Act (Art. 1 sec. 3 of the Tribunal of State Act).

Taking into account that the basic competence of the organs of constitutional jurisdiction is control over constitutionality of juridical rules, which is, in our opinion, the main subject of the present survey, and also is respect to the fact that we have in Poland organizational (subjective) division of widely understood function of constitutional justice (Constitutional Tribunal adjudicates upon the constitutionality of juridical rules and Tribunal of State adjudicates upon the constitutional responsibility of persons), the further replies will refer to the Constitutional Tribunal.

It should be however stressed that separation of the function of adjudicating upon the constitutional responsibility of persons holding State posts of highest rank (Tribunal of State) from adjudicating upon the conformability of law to the Constitution (Constitutional Tribunal) does not rule out the common historical origin of both Tribunals (the need to improve the responsibility of persons holding State posts of the highest rank as well as the state of legality in the field of legislation), nor it rules out the common, basic role of interpretation of the Constitution and statutory law in the activity of both Tribunals nor the common — though limited — procedural connections between them.

1.2. Initiation of the proceedings before the Constitutional Tribunal takes place on the grounds of a motion (abstract control), legal question (quasi-substantial control) or the Tribunal's own initiative (abstract control).

Motions for adjudicating the conformability of a legislative act to the Constitution or other normative act to the Constitution or a legislative act (statute or a decree with the binding force of a statute, approved by the Parliament) may be put forward by two groups of State organs and social organizations (unions):

1. The Parliament Praesidium, the Parliament committees or 50 deputies, the Council of the State or the President of the Council of the State, the Tribunal of State, the President of the Chief Board of Supervision, the Council of Ministers of the Prime Minister, First President of The Supreme

Court, President of the High Administrative Court, Chairman of the State Economic Arbitration Board Prosecutor General of Polish People's Republic and the Executive Committee of the National Council of the Patriotic Movement for National Rebirth.

2. The province people's councils or their praesidia, the Central Commission of Cooperation of the Socialist Youth Unions, competent statutory organs of national trade unions organization, inter-union organizations, socio-vocational organizations of private farmers and other trade organizations.

The subjects specified in the second group are entitled to submit motions only in case when the questioned legislative act or another normative act pertains to matters falling within their terms of reference defined in legal regulations. Moreover, the motions submitted by the above subjects shall be submitted to a particular initial control (preliminary consideration by the Constitutional Tribunal a hearing closed to the public, by a single judge so appointed by the President of the Tribunal). The Tribunal shall quash the proceedings when the motion fails to meet the requirements set by provisions of the Act or when it is obviously unfounded or misaddressed. However an appeal against such decision may be submitted to the Tribunal which shall consider such an appeal at a hearing closed to the public, conducted by three judges.

In case of normative acts concerning National Defense and Armed Forces of Polish People's Republic and state security, the motions for adjudging their conformability to the Constitution or legislative acts may be put forward only by the Praesidium of the Parliament, the Council of the State, the Council of Ministers and the National Defense Committee.

The Constitutional Tribunal Act provides that the above specified motions submitters may put forward the motions on their own initiative or after analysis of the citizens complaints and motions. Therefore, though the citizens are not entitled to submit motions directly to the Constitutional Tribunal, they can however have an indirect influence upon the attitude and the activity of the Constitutional Tribunal and of the organs and social organizations specified in the Act as those being entitled to put forward the motions to the Constitutional Tribunal

for adjudging conformability of normative acts with the Constitution or legislative acts. A single letter or complaint may be sufficient to initiate the proceedings, if it is well founded.

The creators of the Constitutional Tribunal Act has also assumed that the range of subjects entitled to submit motion to the Constitutional Tribunal may in future be widened, after the example of, for instance, constitutional law of Austria.

Legal questions are the next form of initiating the proceedings before the Constitutional Tribunal. Legal questions may be submitted to the Constitutional Tribunal in connection with ongoing proceedings falling under the jurisdiction of state organs, if judgement in such proceedings is contingent upon the answer to such a question. Proceedings in reference to which a legal question was raised shall be suspended on the day such a question was raised, until the answer of Constitutional Tribunal is given. The Act specifies the following particular proceedings in connection with which legal questions may be submitted to the Constitutional Tribunal: administrative, judicial, arbitration, cases of minor offence and cases of fiscal offences falling under the jurisdiction of financial adjudicating organs. The questions should refer to conformability of a legislative act to the Constitution or other normative act to the Constitution or a legislative act, however always to that act, on the grounds of which a decision in ongoing proceedings is to be passed.

Giving an answer to a legal question isn't a peculiar competence of the Constitutional Tribunal, different from consideration of motions for adjudging conformability or non-conformability of a particular normative act to the Constitution or a legislative act. Answering the legal questions is at same time adjudication upon conformability to the Constitution or statutory law of other normative acts passed by State organs (this is clearly stressed by Art. 11 of the Act). Decisions ruled in result of consideration of a legal question is binding not only for the court, before which the proceedings is going on, it also has the effect *erga omnes*.

The Act provides that legal questions may be submitted to the Constitutional Tribunal by the First President of the Supreme Court, President of the High Administrative Court, Chairman of the State Economic Arbitration as well as

supreme and central organs of State administration. It should be assumed that the specified organs will actually submit legal questions in connection with ongoing proceedings before the organs supervised by them, though such limitation is not clearly provided by the Act. Therefore in reality the First President of the Supreme Court will put forward legal questions in connection with ongoing judicial proceedings, the Chairman of State Economic Arbitration — in connection with ongoing arbitration proceedings and the President of High Administrative Court, as well as specified supreme and central organs of State administration — in connection with ongoing administrative proceedings, in cases of minor offence and in cases of proceedings before financial adjudicating organs in cases of fiscal offences and infringements.

Answering the legal question the Constitutional Tribunal may adjudicate either non-conformability of a legislative act with the Constitution or other normative act with the Constitution or legislative act, to which the question referred, or it may adjudicate its conformability. In case of adjudicating non-conformability of a legislative act to the Constitution or of other normative act to the Constitution or a legislative act the suspended proceedings will be restarted after bringing about conformability of the Act to the Constitution or a legislative act by the organ which had passed the act or after loss of binding force by the said act.

Instituting the legal proceedings out of the Tribunal own initiative takes place on the grounds of a decision made at a closed sitting in a bench proper for adjudication upon a specific type of normative act (three or five judges). Motions concerning such case may be put forward by the President of Constitutional Tribunal, on the grounds of analysis of complaints and motions of the citizens, information obtained from other organs (according to Art. 22 sec. 2 of the Act) and also in result of presentation of suitable opinions by the benches in other cases.

The Constitutional Tribunal adjudicates upon conformability of statutory law and other normative acts of supreme and central State organs to the Constitution. Thus all the statutes passed by the Parliament and decrees with binding force of statutes, approved by the Parliament (legislative acts) as well as all «other normative acts», passed by the supreme and central State organs, mainly by the Government and organs of State administration fall under the competence of

the Constitutional Tribunal. Provisions of the Constitution and of the Constitutional Tribunal Act do not specify the names of the «other normative acts» («acts introducing legal norms»). It means that not only the acts specified in the Constitution, but also the acts of unprecised normative character, mainly instructions, directives, general documents, etc., independently of their form, if de facto they make law will fall under the competences of the Constitutional Tribunal.

The following acts are beyond the Tribunal competence:

1. Normative acts of local State organs (people's councils and local organs of State administration). It has been assumed that supervision over these organs activities by superior organs is a sufficient assurance of legality of these acts;
2. Resolutions of the Parliament (including the regulations of the Parliament), having a specific character, extra-normative in principle;
3. International agreements. Exclusion of international agreements out of the Constitutional Tribunal competence results from the fact that there is a lacuna in the Constitution of Polish People's Republic, concerning the relation of international law to national law and the control of the Constitutional Tribunal over the international agreements cannot be appointed until the lacuna hasn't been filled. It is asumed that this problem will require different regulation in future.

Determination of temporary range of competence of the Constitutional Tribunal is a characteristic feature of the Polish Constitutional Tribunal Act;

1. The Constitutional Tribunal adjudicates upon constitutionality of normative acts in force on the day the decisions has been passed and the loss of binding force of a normative act prior to decision passed entails discontinuation of proceedings with respect to such an act.
Therefore Polish legislator doesn't allow — similarly to the majority of such solutions in other countries — the initial (preventive) control over the draft acts. However it allows for the institution of proceedings before the Constitutional Tribunal before the already promulgated normative act

enters into its binding force, or before a decree with the binding force of a statute, approved by the Parliament or before the acts only passed enter into binding force, if the provisions of law do not require their obligatory promulgation, therefore in the period of *vacatio legis*. The only exception concerns the decree with the binding force of statutes, which may be sued after they have been approved by the Parliament.

2. Provisions of the Act are, in principle, applied in respect to those legislative and normative acts, which were promulgated, approved (e. g. decrees with the binding force of a statute) or enacted (if promulgation is not compulsory) after the date the Act entered into binding force i. e. 1 January 1986. However proceedings before the Constitutional Tribunal may be instituted in respect to those legislative acts as well as other normative acts, which were enacted before the date on which the Constitutional Tribunal Act entered into force, but were promulgated, approved by the Parliament (when decrees with the binding force of statutes are concerned) or entered into binding force after the amendments to the Constitution of Polish People's Republic of 26 March 1982 (Art. 35 sec. 1 and 2) entered into force. Otherwise the Constitutional Tribunal isn't authorised to make decisions or to institute proceedings in respect to the questioned act. However in such cases the Constitutional Tribunal is authorised to undertake other steps within the signaling function (see below) vested on it, in order to remove irregularities in the system of law.
3. There is a significant limitation of procedural character in respect to all the normative acts submitted to the Constitutional Tribunal control: the Act doesn't allow for consideration of those motions for institution the proceedings before the Constitutional Tribunal, which were submitted after five years following publication of an act or approval of a decree with the binding force of a statute or enactment (Act 21) and when the acts enacted before the date on which the Constitutional Tribunal Act entered into binding force are concerned — after five years since the date the Act entered into force. Submitting a motion after the above periods have passed results in refusal of consideration of the motion and the Constitutional Tribunal is obliged only to direct the motion to the organ, which issued the act covered by the motion, and when the motion concerns a decree — to the Parliament.

The above time limitations of Constitutional Tribunal competences introduced by the Constitutional Tribunal Act should be understood as protection of stability of law, as the activity of Constitutional Tribunal should be mainly directed towards the future; the limitations are also explain by the fact that Poland had so far no experience in extraparliamentary control over the constitutionality of law and that such institution as the Constitutional Tribunal is a complete novelty in Polish legal tradition.

1.3. Conformability of normative acts to the Constitution (in the large meaning), meant as conformability directly to the Constitution (in the strict meaning) or as conformability to the statute (legislative act) makes the criterion of the Constitutional Tribunal control over normative acts.

It results from the provision of the Constitution «Constitutional Tribunal adjudicates upon conformability...» (Art. 33a sec. 1) and from the procedural provisions of the Resolution of the Parliament of 31 July 1985 that the justified doubt as to conformability (claim of non-conformability) is the material premise of submitting the normative act to the Constitutional Tribunal control; therefore it isn't possible to submit an act to control in order to dismiss a priori a possible, future charge of non-conformability, thus obtaining the state of *res iudicata*. There is the principle of presumption of conformability of the acts controlled by the Constitutional Tribunal to the acts hierarchically higher.

However the criterion of constitutionality and legality refers to normative acts other than legislative acts. It is assumed that the control of legality includes also conformability of the acts of lower rank than a statute to ratified international agreements; in Poland such agreements are granted the binding force of a statute. Adjudicating upon conformability of a legislative act to the Constitution or of other normative act to the Constitution or a legislative act the Constitutional Tribunal examines both the contents of such act (substantial conformability) and the competence and fulfillment of the required statutory mode of passing the act (formal conformability); the decision may refer to the whole act or to its particular provisions (Art. 2 of the Act). The Constitution doesn't allow to control the normative acts from the point of view of other criteria, e. g. purposefulness, pertinences, etc.,

2. *Contents of decisions*: The different sorts of judgement on juridical precepts (or on juridical rules) subject to constitutionality control and their meaning in the constitutional case law.

Decisions are the Constitutional Tribunal adjudications of substantial character, adjudicating upon the essence of the matter. According to the Constitution and the Constitutional Tribunal Act they are adjudications containing statements as to conformability of the considered normative act to the Constitution (constitutionality) or a legislative act (legality) or as to non-conformability of a normative act with the Constitution (non-constitutionality) or a legislative act (illegality). Therefore in Polish law we have only one, dichotomous division of Constitutional Tribunal decisions in respect to their contents.

The most important in Polish law is the division of the Constitutional Tribunal decisions with respect to the type of normative acts which decisions concern: decisions concerning legislative acts and decisions concerning other normative acts. Those decisions differ significantly from each other in respect of legal effectiveness (see below).

Besides the competence consisting in adjudging as to constitutionality and legality of a normative act, the Constitutional Tribunal also has the already mentioned above signalling competence. According to Art. 5 of the Act «The Constitutional Tribunal presents to the Parliament of the Polish People's Republic and to other competent legislative organs its comments on ascertained infringements and lacunas in law, elimination of which is indispensable for assuring coherence of the system of law of the Polish People's Republic».

The above mentioned duty of the Constitutional Tribunal to direct the motions for instituting proceedings, submitted after the 5 years period from the appointed moment has passed, to the organ, which passed the act covered by the motion (Art. 21) as well as information about the activities and decisions of the Constitutional Tribunal submitted to the Parliament, according to Art. 31 of the Act, is a statutory but not only form of realization of that function of the Constitutional Tribunal. In order to enable the Constitutional Tribunal to fulfill its duties imposed by the quoted Art. 5, the Constitutional Tribunal Act imposes upon the State organs (specified in Art. 22 sec. 1) a duty of informing the Constitutional Tribunal about all the discordances of legislative acts with the Constitution and other normative acts with the Constitution or legislative acts (Art. 22 sec. 2), signalled by the adjudicating organs. The authors of the first opinions and comments on the Constitutional Tribunal Act see an important legal instrument assisting the juridical function of the Constitutional Tribunal and softening its statutory limitations in its signalling competence, unlimited as to time.

3. *Effectiveness of the decisions*: the addressees of the decision, the extend of its binding force.

From the point of view of legal effectiveness of the Constitutional Tribunal decisions one should distinguish what follow;

- a) decisions of absolute legal effectiveness, that is decisions adjudicating non-conformability of the normative acts or lower rank to the Constitution or a legislative act. Their legal effectiveness are ensured by the measures specified in Art. 9 of the Constitutional Tribunal Act. in particular: the organ which had passed the normative act amends such act with no delay or abrogates such act in its entirety or a part not later than within three months since the receipt of the Constitutional Tribunal decision in the case. Should non-conformability between an act and the Constitution or a legislative act not be eliminated within the above time limit, the said act shall lose its binding force with the elapse of that time limit within the scope specified in the decision of the constitutional Tribunal,
- b) decisions of relative legal effectiveness, that is decisions adjudicating conformability of the questioned normative act to the Constitution or legislative act (affirmative decisions). They are of a declaratory character, because they do not change the existing law. However they have the importance of legal interpretation, universally binding. They are not only formally effective (unsuable) but also substantially effective (uninfringeable). They make a proconstitutional interpretation of legal implication erga omnes. However there are no legal impediments for the Constitutional Tribunal, which adjudicates in each case in a proper bench (three or five judges or full bench), independently, to change the earlier adopted opinion. The Constitutional Tribunal decision is a definite case in uninfringeable, but it doesn't create any principles of adjudicating, which would be binding for the Tribunal. Such principles may be formed in juridical practice of the Constitutional Tribunal after long time;
- c) decisions having a character of legal remonstrance and directed at amendment or abrogation of the legislative act by the Parliament. They are deci-

sions stating that the legislative act under consideration (a statute or a decree with the binding force of a statute) is non-conformable to the Constitution. Differently to other decisions of Constitutional Tribunal, adjudicating non-conformability of other normative acts to the Constitution or legislative acts, the decisions adjudicating non-conformability of statutes (legislative acts to the Constitution shall always be considered by the Parliament (Art. 33a sec. 2 of the Constitution). If the Parliament considers the decision justified, it introduces the required amendments into the act covered by the decision or abrogates it in its entirety or in part. If however the Parliament considers the act covered by decision conformable to the Constitution it will dismiss the decision of the Constitutional Tribunal by a resolution taken by qualified majority of 2/3 votes in the presence of at least half of the total number or deputies, i. e. in the mode adopted for amendments to the Constitution. The case covered by the decision dismissed by the Parliament may not be again subjected to the proceedings before the Constitutional Tribunal (non bis in idem).

All the decisions of the Constitutional Tribunal are final (Act. 27 sec. 1 of the Constitutional Tribunal Act). It means that they gain binding force since moment of pronouncement and in result the legislative organ (the original addressee of the decision) has to conform to such a decision; failure in conforming to the decision leads to the loss of binding force by the normative act in question on the grounds of the decision itself. Only in respect to statutes and decrees with the binding force of a statute the Constitutional Tribunal decisions, as it has been already said, are binding in that sense, that they create an obligation for the Parliament to consider them in the prescribed procedure. However it is the Parliament who decides about the binding force of the statute.

The Polish Constitutional Tribunal Act allows however for reconsideration of the case (Art. 27 sec. 2 and 3 of the Act) This however has a limited range and concerns only to decisions of the firsts of the three mentioned groups (a).

The motion for reconsideration of a case adjudicated with such decision may be submitted to the Constitutional Tribunal only by strictly specified organs, namely the Prime Minister, Council of Ministers, President of the Council of the State, Council of the State, with respect to definite group of normative acts — those enacted by supreme and central organs of State administration, Council of the State or President of the Council of the State and other supreme and central organs of State administration. Submission of the legally effective motion for reconsideration of a case quashes the negative principle of the proceedings, i. e. judgement possessing validity in law (*res iudicata*), results in suspension of

carrying out the decision in the case, to which the motion concerns. The motion is considered by the Constitutional Tribunal in its full bench. Reconsideration of a case does not have a character of instance control of the decision nor restarting of the proceedings, but consists in renewed consideration of the motion by the Constitutional Tribunal in its full bench.

Such solution, usually unknown in other countries, is motivated by not quite clear conception of the system of sources of law on the grounds of the Constitution of Polish People's Republic, which mainly concerns normative acts of lower rank than statutes; it is also motivated by the fact that the Constitutional Tribunal generally adjudicates in the bench of 3 judges (as far as acts of lower rank are concerned), or 5 judges (when the case concerns legislative act) and, exceptionally, in particularly complicated cases in the full bench. It has been assumed that such circumstances may require in exceptional cases, reconsideration of the case in the full bench of the Constitutional Tribunal.

4. Time effectiveness of decisions

Polish legislator did not adopt the generally applied in other countries principle of abrogation of unconstitutional act since the moment of making decision; the adopted solution is characterized by a certain graduation of influence upon the organ which issued the act towards its elimination from the system of binding law.

The decision adjudging non-conformability of a legislative act to the Constitution does not abrogate the questioned act nor it obliges to its abrogation in a definite time limit. It must be always considered by the Parliament, at a plenary sitting during the current or nearest session. The date of possible loss of binding force by the act or its amendments is defined in a resolution of the Parliament.

In respect to the decisions adjudging nonconstitutionality of the acts of lower rank than a statute, a principle of their effectivenesses *pro futuro* has been adopted. The organ which issued the act covered by the decision introduces immediately the required amendments or abrogates it in entirety or in part however not later than within three months since the Constitutional Tribunal decision has delivered. If the organ fails to do so in the appointed time limit, the act loses its binding force with the elapse of the term. In particularly justified cases the Constitutional Tribunal may suspend application of the act in its entirety or in part with the day of pronouncement the decision till the organ which issued the act adjudged as nonconstitutional will carry out the decision.

5. Powers of the organs of constitutional jurisdiction in the settlement of the contents and effects of their decisions (*conclusive synthesis*).

The legal character of the Constitutional Tribunal (similarly to that of the Tribunal of State) is controversial in Polish legal science. Three main opinions on the case may be distinguished. Their justification is based not only on the legal nature of its decisions, but also takes into account its position in respect to other State organs, composition of the Constitutional Tribunal and the legal status of its members (judges) as well as the mode of proceedings before the Tribunal.

According to the first opinion (of F. Siemienski) the Constitutional Tribunal is the organ of administration of justice is a court of particular kind. The above opinion is supported by the following arguments:

1. The name «Tribunal», given to the organ, is used in Polish language only in respect to particular courts,
2. The main function of the Constitutional Tribunal, which consists in adjudicating legal disputes, mainly on the ground of the Constitution, and therefore it is comprised in the term administration of justice,
3. Exclusively juridical composition of the Constitutional Tribunal, the principle of independence of the judges of the Constitutional Tribunal, particularly the judge's immunity granted to them,
4. Passing the decision of the Constitutional Tribunal after carrying out the proceedings according to the principle of adversary trial system, as well as making decisions and pronouncing them in the name of Polish People's Republic.

From the point of view of the present survey only the arguments 2 and 4 may have direct significance for defining the character of the Constitutional Tribunal.

The second opinion (proclaimed by J. Wróblewski) considers the Tribunal nearing the model of judicial application of law (though not quite as much as the Tribunal of State), however constituting an institution *sui generis* with respect to the legally appointed tasks and the way of their performing. This opinion is based on the comparison of features possessed by the Constitutional Tribunal and the Tribunal of State to the theoretical model of juridical application of law (in opposition to the model of managerial and administrative application of law).

The theoretical model of application of law, described in J. Wróblewski's works, is distinguished by the following aspects:

1. The court has no service or organizational relationship towards the addressees of its decisions and it doesn't adjudicate in its own case (*nemo iudex in causa sua*),
2. The court is competent in its activities and the way of application of law is regulated by procedural rules,
3. Application of law consists in determination of legal consequences of facts recognized as proved on the grounds of binding legal regulations. Such recognition has binding force *erga omnes*,
4. The decision of applying law is made in the situation of controversy or non-establishment,
5. The decision of judicial application of law is usually a substantial and individual norm,
6. Ascertainment of compatibility of the determined facts with the legal rules, which make the base of the decision of judicial application of law as well as determination of the consequences according to the binding legal rules are the function of such decision.

When one compares the features of the Constitutional Tribunal system, especially those which refer to functions performed by the Tribunal, one easily notices that they wholly correspond to the elements 1 and 2 of the model of judicial

application of law. However there are significant differences between the decisions of the Constitutional Tribunal and those of judicial application of law, characterized in points 3-5. The Constitutional Tribunal doesn't only determine the legal consequences of the facts recognized as proved, but adjudicate upon conformability of legislative acts to the Constitution and other normative acts to the Constitution and legislative acts. The decisions made by the Tribunal refers to the compatibility of the procedure and competence of passing the act, which complies to the feature described in point 3, but also refers to the contents of the controlled normative act, i. e. relation between the compared legal rules, which doesn't require proving, as if in the judicial model of application of law. The legal consequences of the Constitutional Tribunal decision concern the binding force of the controlled normative act, therefore cause different sanction than the judicial model. The consequences are differentiated depending upon what sort of act they concern, they are different in respect to legislative acts and different in respect to other normative acts submitted to the control of Constitutional Tribunal. It is also doubtful whether the Constitutional Tribunal acts in the situation of litigation, as the courts do (p.4). J. Wrólewski claims that certainly the motions for adjudicating upon conformability of a legislative act to the Constitution or other normative act to the Constitution or a legislative act as well as legal questions may be considered a *sui generis non establishment* situation.

There is also a difference between the functions of Constitutional Tribunal decisions and courts verdicts (p. 6). The Constitutional Tribunal decisions, otherwise than in the case of courts verdicts, serve assurance of cohesion of the system of binding law.

The third opinion strongly questions the judicial character of the Constitutional Tribunal, and particularly the attributed features of a particular court (W. Sokolewicz, L. Garlicki) It is true that the Tribunal has many features of a judicial organ (independence in making decisions, constitutionality and legality as the only grounds for adjudicating, inadmissibility of initial control), which justifies, according to the authors, calling it a quasi-judicial organ or an organ of control judicial character. Finally however it is assumed that the dissimilarity of functions of the Constitutional Tribunal (assurance of cohesion of the system of law on the grounds of the Constitution, differentiated legal validity of deci-

sions, i. e. lack of binding force of the Constitutional Tribunal decisions in respect to legislative acts) does not allow to accept the thesis that the Constitutional Tribunal is a court (an organ of administration of justice) or a constitutional court.

A tendency to admit the Constitutional Tribunal the character of an organ of supervision is strongly exposed in that group of opinions.

An additional argument in favour of that opinion is the fact that the Constitutional Tribunal has been placed in Chapter 4 of the Constitution, together with the Main Board of Supervision and the Tribunal of State, and not in Chapter 7 dealing with courts. That opinion however must be rejected not only because of the mode of proceedings (procedure) before the Constitutional Tribunal, characteristic for the courts but above all because of the binding *erga omnes* (also the courts) force of decisions of the Constitutional Tribunal concerning conformity of basic normative acts with the Constitution or legislative acts, which are submitted to the competence of the Constitutional Tribunal.

The meaning of control may be possibly admitted to those decisions of the Constitutional Tribunal, which adjudicate non-conformability of legislative acts to the Constitution, because — as it has been said above — they have no binding force and the final decision concerning constitutionality of the acts in question are made by the Parliament.

CONSTITUTIONAL TRIBUNAL ACT

of April 29, 1985

CHAPTER I

GENERAL PROVISIONS

Article 1

The Constitutional Tribunal adjudicates upon conformability:

1. with Constitution — of legislative acts: laws and decrees approved by the Parliament,

2. with the Constitution or with legislative acts — of normative acts (acts establishing legal norms) other than those specified under sec. 1, enacted by the Council of the State, supreme and central organs of state administration and other supreme and central state organs.

Article 2

Adjudication upon conformability of a legislative act with the Constitution or of another normative act with the Constitution or a legislative act, the Constitutional Tribunal examines both the substance of such an act and the competences and observance of the legislative procedure required for enactment of an act; the verdict may concern an act by and large or any of its specific provisions.

Article 3

Proceedings in the Constitutional Tribunal in cases specified under Art. 1 may be initiated:

1. with respect to statutes and other acts which under the regulations are to be published in a publishing organ — with the moment of their publication; decrees — with the moment of their approval by the Parliament;

2. with respect to normative acts concerning which legal regulations do not stipulate obligatory publication in a publishing organ as a condition for their entry into binding force — with the moment of their adoption,

even should the entry into binding force of these acts stipulated at a later date.

Article 4

1. The Constitutional Tribunal adjudicates upon conformability of a legislative act with the Constitution and of other normative acts with the Constitution or a legislative act force on the day the verdict was passed or, with respect which, by force of Art. 3, it is admissible to initiate proceedings before their entry into binding force,

2. The loss of binding force of a normative act prior to verdict passed by the Constitutional Tribunal entails discontinuation of proceedings with respect to such an act.

Article 5

The Constitutional Tribunal presents to the Parliament of the Polish People's Republic and to other competent legislative organs its comments on ascertained infringements and lacunas in the law, elimination of which is indispensable for assuring coherence of the system of law of the Polish People's Republic.

CHAPTER II

ADJUDICATING UPON CONFORMITY OF LEGISLATIVE ACTS WITH THE CONSTITUTION

Article 6

1. The verdict adjudicating upon non-conformability of a legislative act with the Constitution shall be submitted by the President of the Constitutional Tribunal to the Parliament.

2. The verdict specified under sec. 1 shall be considered by the Parliament at a plenary sitting during the current session or at the latest during the following session.

3. Should the Parliament deem the verdict as founded, it makes the required changes in the act covered by the verdict or abrogates it in part or in its entirety. Should the act covered by the verdict be deemed as conforming with the Constitution, the Parliament shall reject the verdict of the Constitutional Tribunal and the issue covered by it cannot be once more the object of the proceedings before the Constitutional Tribunal.

4. The Parliament resolutions rejecting the verdict of the Tribunal shall be passed by a majority of at least two-thirds of votes in the presence of at least half of the total number of deputies.

CHAPTER III

ADJUDICATING UPON CONFORMABILITY OF OTHER NORMATIVE ACTS WITH THE CONSTITUTION OR LEGISLATIVE ACTS

Article 7

A verdict adjudicating upon non-conformability with the Constitution or a legislative act of an act specified under Art. 1 sec. 2, shall be submitted by the President of the Constitutional Tribunal to the organ which issued the act covered by the verdict.

Article 8

1. In cases specified under Art. 7 the organ which issued the act covered by the verdict shall immediately make the required changes in the act or shall abrogate it in part or in its entirety, not later than within three months since the receipt of the Constitutional Tribunal verdict in the case.

2. Should a request be submitted for reconsideration of the case under terms specified in Art. 7 sec. 2 and 3, the provisions of sec. 1 shall be applied to the act covered by the verdict of the Constitutional Tribunal adjudicating upon non-conformability between the act and the Constitution or a legislative act, issued in result of consideration of the motion.

Article 9

1. Should non-conformability between an act and the Constitution or a legislative act not be eliminated within the time limit specified under Art. 8, the said act shall lose its binding force with the elapse of that time limit, with the scope specified in the verdict of the Constitutional Tribunal.

2. In particularly justified cases the Tribunal may suspend the application of an act in its entirety or in part with day of passing the verdict; this suspension remains in force until the verdict of the Constitutional Tribunal is executed as stipulated under Art 8. or sec. 1 of this article.

3. The loss of binding force of an act or its suspension shall be notified by the President of the Constitutional Tribunal in the publishing organ in which the act was announced, and when the verdict concerns an act unpublished in a publishing organ — in the Official Gazette of the Polish People's Republic «Monitor Polski».

CHAPTER IV LEGAL QUESTIONS

Article 10

1. In connection with ongoing administrative, judicial or arbitration proceedings, in cases of minor offences and cases of fiscal offences and infringements, falling under the jurisdiction of financial adjudicating organs, questions may

be addressed to the Constitutional Tribunal as to conformality of a legislative act with the Constitution or another normative act with the Constitution or a legislative act, in judgement in such proceedings is contingent upon an answer to such a question.

2. Proceedings defined under sec. 1, in reference to which a legal question was raised, shall be suspended on the day such a question was raised and shall remain so until the conformability of the legislative act which the question concerns with the Constitution or of another normative act with the Constitution or legislative act is adjudicated.

Article 11

Legal questions specified under Art. 10 sec. 1 are considered by the Constitutional Tribunal on principles and according to procedures specified for reviewing requests for ascertaining conformability of legislative acts with the Constitution or of other normative acts with the Constitution or legislative acts, with changes implied from the following provision of this Act.

CHAPTER V

ORGANIZATION OF THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL

Article 12

The Constitutional Tribunal has its seat in the capital city of Warsaw.

Article 13

1. Members of the Constitutional Tribunal are: the President, the Vice President and ten judges.

2. Members of the Constitutional Tribunal shall be elected by the Parliament.

3. No person shall be elected a member of the Constitutional Tribunal who shall not have attained outstanding legal knowledge and qualifications required for the post of a judge on the Supreme Court or High Administrative Court.

4. Members of the Constitutional Tribunal shall be elected for a period of eight years, whereas every four years half of the membership shall be changed; re-election to the Tribunal is not permitted, unless the previous election took place in mid-term for a period shorter than four years.

5. No member of the Tribunal may exercise a function of the Parliament deputy nor any administrative function in state organs nor engage in any other occupation which would impede performance of duties of a Tribunal member or would compromise his dignity or undermine the confidence in impartiality in verdicts.

6. Taking up the post a member of the Constitutional Tribunal shall be required to take the following solemn oath in the presence of the Speaker of the Parliament: «I do solemnly swear that in performing the duties of member of the Constitutional Tribunal vested in me, I shall be faithful to the Constitution of the Polish People's Republic and to the stemming from its provisional principles of the political and socio-economic system of the socialist State and the principles of rule of law and social justice, I shall safeguard State interests and the just interests of the citizens, guard legal order, perform the duties vested in me to the best of my ability, uphold the dignity of the office vested in me and observe State and official secrecy».

Article 14

1. The Parliament shall recall a member of the Constitutional Tribunal when the said member:

- 1) resigned from his post
- 2) due to illness, disability or loss of vigour became lastingly incapacitated to perform duties.

- 3) was convicted by a court verdict
- 4) acted in defiance with the taken oath
- 5) was convicted, by a binding disciplinary verdict, to dismissal from the post held.

2. In case of death of a member, the Parliament shall ascertain the termination of mandate.

3. Filling of vacancies in the Tribunal for posts vocated for reasons epecified under sec. 1 and 2 shall be done at the same or next session of the Parliament at which the member of the Tribunal has been recalled or termination of his mandate has been ascertained. A member of the Tribunal elected under this procedure shall serve the post until the end of the term for which his predecessor was elected.

Article 15

1. No member of the Constitutional Tribunal can be brought to justice in a criminal or administrative case nor detainee without the consent of the Tribunal. This does not apply to apprehension on the spot in the course of committing felony. A request to this end shall be considered by the Tribunal in its full bench with the exception of the justice whom the request concerns.

2. Until the Tribunal resolves to allow having a member of the Tribunal face responsibility, only actions requiring urgency shall be permitted against such a member.

3. A member of the Tribunal bears only disciplinary responsibility for minor offences.

Article 16

1. Concerning the rights and duties and disciplinary responsibility of members of the Constitutional Tribunal, not stipulated by this Act, with the reservation of sections 2-5, provisions of the Supreme Court Act concerning the rights and duties and disciplinary responsibility of the Supreme Court judges shall be applicable, provided they are not contradictory to the provisions of this Act.

2. Questions of the claims arising from the official status of the Vice President and judges of the Constitutional Tribunal shall be adjudged by the President of that Tribunal, and concerning the President of the Tribunal — by the Speaker of the Parliament. An appeal against the decisions of the President of the Tribunal may be submitted to the Speaker of the Parliament.

3. In disciplinary proceedings the Constitutional Tribunal adjudicates:

- 1) in the first instance — in a bench of three judges,
- 2) in the second instance — in a bench of five judges.

4. Judges to the benches and the disciplinary spokesman shall be appointed by the President of the Constitutional Tribunal from among members of that Tribunal.

5. Provisions of the law specified under section 1 concerning extraordinary appeal against a final sentence shall not be applicable to verdicts in disciplinary cases.

Article 17

The organizational and administrative working conditions shall be secured for the Constitutional Tribunal by the President of the Tribunal and his subordinated Bureau of that Tribunal.

Article 18

1. With respect to employees of the Bureau of the Constitutional Tribunal, taking into account stipulations under sections 2 and 3. provisions concerning state civil servants shall be respectively applicable.

2. With respect to employees of the Bureau of the Constitutional Tribunal, the regulations specified under Art. 2 sec. 1, Art. 4 sec. 3, Art. 7 sec. 6, Art. 20 sec. 4, Art. 21 sec. 3, Art. 22 sec. 2, Art. 26 sec. 2, Art. 36 sec. 7 and Art. 41 sec. 3 of State Civil Servants Act of September 16, 1982 (Dziennik Ustaw N.° 31/1982 item 214 and N.° 35/ 1984 item 187) shall be enacted by the Speaker of the Parliament.

3. The rights accruing from Art. 30 sec. 1 and Art. 31 sec. 2 of the Act, quoted in sec 2, with respect to employees of the Bureau of the Constitutional Tribunal shall be vested in the Speaker of the Parliament.

CHAPTER 6

PROCEEDINGS BEFORE THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL

Article 19

1. Motions for adjudging the conformability of a legislative act with the Constitution or of another normative act with the Constitution or a legislative act, with reservation of sec. 2, may be put forward by the Parliament Praesidium, the Parliament committees or fifty deputies, the Council of the State or the President of the Council of the State, the Tribunal of State, the President of the Chief Board of Supervision, Council of Ministers or the Prime Minister, First President of the Supreme Court, President of the High Administrative Court, Chairman of the State Economic Arbitration Board, Prosecutor General of the Polish People's Republic and the Executive Committee of the National Council of the Patriotic Movement for National Rebirth; those bodies may submit motions to the Tribunal on their own initiative or after analysis of citizens complaints and motions.

2. The motions specified under sec. 1 concerning normative acts on National Defence and Armed Forces of the Polish People's Republic and state security may be submitted by the Praesidium of the Parliament, the Council of the State, the Council of Ministers and the National Defense Committee,

3. Proceedings in cases specified under sec. 1 may be initiated by the Constitutional Tribunal on its own initiative

Article 20

1. The motions specified under Art. 19 sec. 1 may also be submitted by the Province People's Councils or their Praesidia, the Central Commission of

Cooperation of the Socialist Youth Unions as well as the competent statutory organs of national trade union organization, inter-union organizations, socio-vocational organizations of private farmers and other trade organizations — in case, when the questioned legislative act or another normative act pertains to matters falling within their terms of reference defined in legal regulations.

2. Motions of the organs and organizations specified under sec. 1 shall be subjected to a preliminary consideration by the Constitutional Tribunal at a hearing closed to public, by a single judge so appointed by the President of the Tribunal.

3. The Tribunal may, in procedure specified under sec. 2, decide to quash the proceedings when the motion fails to meet the requirements set by provisions of this Act or when it is obviously unfounded or misaddressed; appeal against such a decision may be submitted to the Tribunal which shall consider such an appeal at a hearing closed to the public, conducted by three judges.

Article 21

Motions to initiate proceedings by the Constitutional Tribunal made after five years following publication of an act or approval of a decree (Art. 3 sec. 1) or passage of an act (Art. 3 sec. 2) shall be directed by the Tribunal, under the procedure specified in Art. 5, to the organ which issued the act covered by the motion and when the motions concern a decree — to the Parliament.

Article 22

1. Legal questions specified under Art. 10 sec. 1 may be addressed to the Constitutional Tribunal by the First President of the Supreme Court, President of the High Administrative Court, Chairman of State Economic Arbitration as well as by supreme and central organs of state administration.

2. The organs specified under sec. 1 are obliged to inform the Constitutional Tribunal about all the instances signalled by adjudicating organs concerning non-conformability of legislative acts with the Constitution or other normative acts with the Constitution or legislative acts.

3. Should the Constitutional Tribunal, through consideration of a legal question rule non-conformability of a legislative act with the Constitution or of a normative act with the Constitution or legislative acts, the President of the Tribunal, irrespectively of delivering the verdict to the organ which issued the act covered by the verdict, shall transfer a copy of the verdict to the organ which addressed the legal question on this matter.

4. Should the Constitutional Tribunal rule upon conformability of a legislative act with the Constitution or of a normative act with the Constitution or legislative acts which the legal question pertained to, the President of the Tribunal shall deliver the verdict to the organ wich put forward the question concerning a point of law and shall send a copy of that verdict to the organ which issue the act covered by the verdict, and when such concerns a decree — to the Parliament.

5. In cases described under sec. 3, the proceedings suspended under provisions of Art. 10 sec. 2 shall restarted after having the Parliament resolve conformability of the legislative act with the Constitution and with respect to other normative acts — after bringing about conformability of these acts with the Constitution or legislative acts, and in case specified under Art. 9 sec. 1 — after loss of binding force of the act.

Article 23

1. The Constitutional Tribunal shall consider a motion or a legal question at a hearing about which it shall notify the requesting party, the organ which issued the act cove by the motion and when the motion concerns the decreered the Parliament and also the Prosecutor General of the Polish People's Republic. Presence of the requesting party or its representative at the hearing is obligatory. The organ which issued the act covered by the motion or its representative may take part in the hearing. In cases considered by the Tribunal in its full bench the presence of Prosecutor General of the Polish People's Republic is also obligatory.

2. In a proceeding initiated in result of a legal question the organ which addressed such a question is represented at the hearing by a representative so appointed by that organ.

3. In the course of proceedings the Constitutional Tribunal may hear experts, may require the state organs and institutions to present acts and documents and also assemble other evidence which it shall deem necessary for adjudicating the case.

Article 24

Hearings in the Constitutional Tribunal shall be open to the public with the exception of hearings in cases specified under Art. 19 sec. 2 With the exception of those cases a hearing may be closed to the public due to State security or official secrecy.

Article 25

1. The Constitutional Tribunal shall consider motions (legal questions) concerning conformability of legislative acts with the Constitution in a bench of five judges and motions (legal questions) concerning other normative acts in a bench of three judges.

2. In case of exceptional complexity the President of the Tribunal may order consideration of a motion by the Tribunal in its full bench.

Article 26

The Constitutional Tribunal rules a verdict after having conducted a hearing. Verdicts shall be ruled in the name of Polish People's Republic. They are drawn up in written form including reasons for the judgement.

Article 27

1. Verdict of the Constitutional Tribunal is final.

2. Should the Constitutional Tribunal rule non-conformability with the Constitution or legislative acts of a normative act issued by supreme or central organ of State administration, the Council of Ministers or Prime Minister may, within a month from delivery of the verdict, submit motion for a reconsideration of the case by the Tribunal in its full bench.

3. Should non-conformability be ruled between the Constitution or a legislative act and the normative act of the Council of the State, President of the Council of the State or another supreme or central State organ which is not an organ of State administration, the right specified under sec. 2 shall be vested in the Council of the State or President of the Council of the State. This right shall not extend to Tribunal verdicts concerning decrees.

Article 28

1. Judicial or arbitration proceedings concluded by a final verdict ruled with reference to a legal regulation which due to the verdict of the Constitutional Tribunal has been, as contradictory to the Constitution or a legislative act, changed or abrogated in part or in its entirety, may be revived in the way and under principles specified in provisions concerning judicial or arbitration proceedings, with the reservation that the proceedings concerning verdicts in civil and arbitration proceedings, the reviving of proceedings may take place within respectively five and three years since the day when the original verdict became final, at the latest.

2. Final penal verdicts and warrants in minor offence cases as well as rulings in cases concerning offences and fiscal transgressions, falling under the jurisdiction of financial adjudicating organs, settled in application of the law regulation specified under sec. 1, shall be repealed in the way and under the principles defined in regulations governing procedure in cases of minor offences and stipulated in financial penal law concerning the abrogation of final verdicts, when no more than three years elapsed since such a verdict, warrant or ruling became valid.

3. Final decisions issued in general administrative procedure with application of the law regulation specified under sec. 1, shall be considered void in the way under the principles established in the Code of Administrative Procedure, in the part concerning ruling an administrative decision null and void together with the connected compensation claims; in cases where law regulations and circumstances of the case so dictate — the organ ruling a decision to be null and void may at the same time issue a decision resolving the merits of the matter.

4. Final verdicts and rulings issued in proceedings other than those listed under sec. 1-3 in application to the regulation specified under sec. 1 at the request of the party shall be waived by the organ which issued such a verdict or ruling, if no more than three years elapsed since the verdict or ruling.

Article 29

The Constitutional Tribunal shall publish a collection of its verdicts.

Article 30

1. The President of the Constitutional Tribunal shall convene the general assembly of the Tribunal judges at least once a year; the activities of the Tribunal and the problems resulting from its verdicts shall be discussed at the assembly

2. The President of the Constitutional Tribunal shall invite the following persons to take part in the general assembly: Chairmen of the interested Parliament committees, Chairman of the Supreme Board of Supervision, the Minister of Justice, the First President of the Supreme Court, President of the High Administrative Court, Chairman of the State Economic Arbitration and the Prosecutor General of the Polish People's Republic.

3. The President of the Tribunal may invite the Speaker of the Parliament, President of the Council of the State and the Prime Minister to take part in the general assembly or to delegate their representatives.

Article 31

The Constitutional Tribunal shall submit to the Parliament information concerning significant problems resulting from the activities and verdicts of the Tribunal.

Article 32

1. The specific manner of procedure in the Constitutional Tribunal is determined by the Parliament in form of a resolution; the resolution to this effect is to be published in the Journal of Law of the Polish People's Republic.

2. The rules governing procedures of the Constitutional Tribunal and the organization of the Bureau shall be established by the Constitutional Tribunal.

CHAPTER 7

CHANGES IN BINDING PROVISIONS, TRANSITIONAL AND FINAL PROVISIONS

Article 33

The Act of July 31, 1981 on remuneration of persons holding managerial state posts (Journal of Law of Polish People's Republic — Dziennik Ustaw — N.° 20/ 1981 item 101 and N.° 31/1982 item 214), Article 2 sec. 1 shall be amended by the addition of the words «and the President and Vice President of the Constitutional Tribunal».

Article 34

1. For the first bench of the Constitutional Tribunal the Parliament elects half of the bench for a period of four years and half for the period of eight years.

2. Election of the first bench of the Tribunal is to be effected by the Parliament not later than by December 1, 1985; the term of members of that bench shall run since December 1, 1985.

3. The President of the Constitutional Tribunal elected in the manner specified under sec. 2, shall be charged during the period ending December 1, 1985 with functions connected with organization of the Constitutional Tribunal.

4. Expenses resulting from organization and functioning of the Tribunal during the period ending December 1, 1985, shall be reimbursed out of the budget of the Parliament Chancellery.

Article 35

1. The provisions of the present Act, with the reservation of sec. 2, apply to legislative acts promulgated, approved or passed after the day of its entry into binding force.

2. With respect to the acts specified under sec. 1 enacted prior to entry of this Act into binding force, proceedings in the Constitutional Tribunal may be initiated when the said acts were promulgated and, as concerns decrees which have been approved or became binding, following the day of entry into binding force of the Act of March 26, 1982 amending the Constitution of the Polish People's Republic (Journal of Law of Polish People's Republic — Dziennik Ustaw N.º 11/1982 item 83): Article 4 sec. 1 shall be respectively applicable to these acts.

3. The time specified under art. 21 is counted, with respect to the Acts specified under sec. 2, since the day of entry into binding force of the present Act.

Article 36

The present Act comes into binding force on January 1, 1986 with the exception of provisions of Art. 32 and 34, which shall come force on the day of publication.

President of the Council of the State
H. JABLONSKI

Secretary of the Council of the State
J. SZYMANEK

Unofficial Translation
by I. GRETKOWSKA

CONSTITUTIONAL COURT
OF
TURKEY

**CONSTITUTIONAL JURISDICTION
IN THE CONTEXT OF STATE POWERS,
REGARDED UNDER THE SORTS,
CONTENTS AND EFFECTS OF THE DECISIONS
ON THE CONSTITUTIONALITY OF
JURIDICAL RULES**

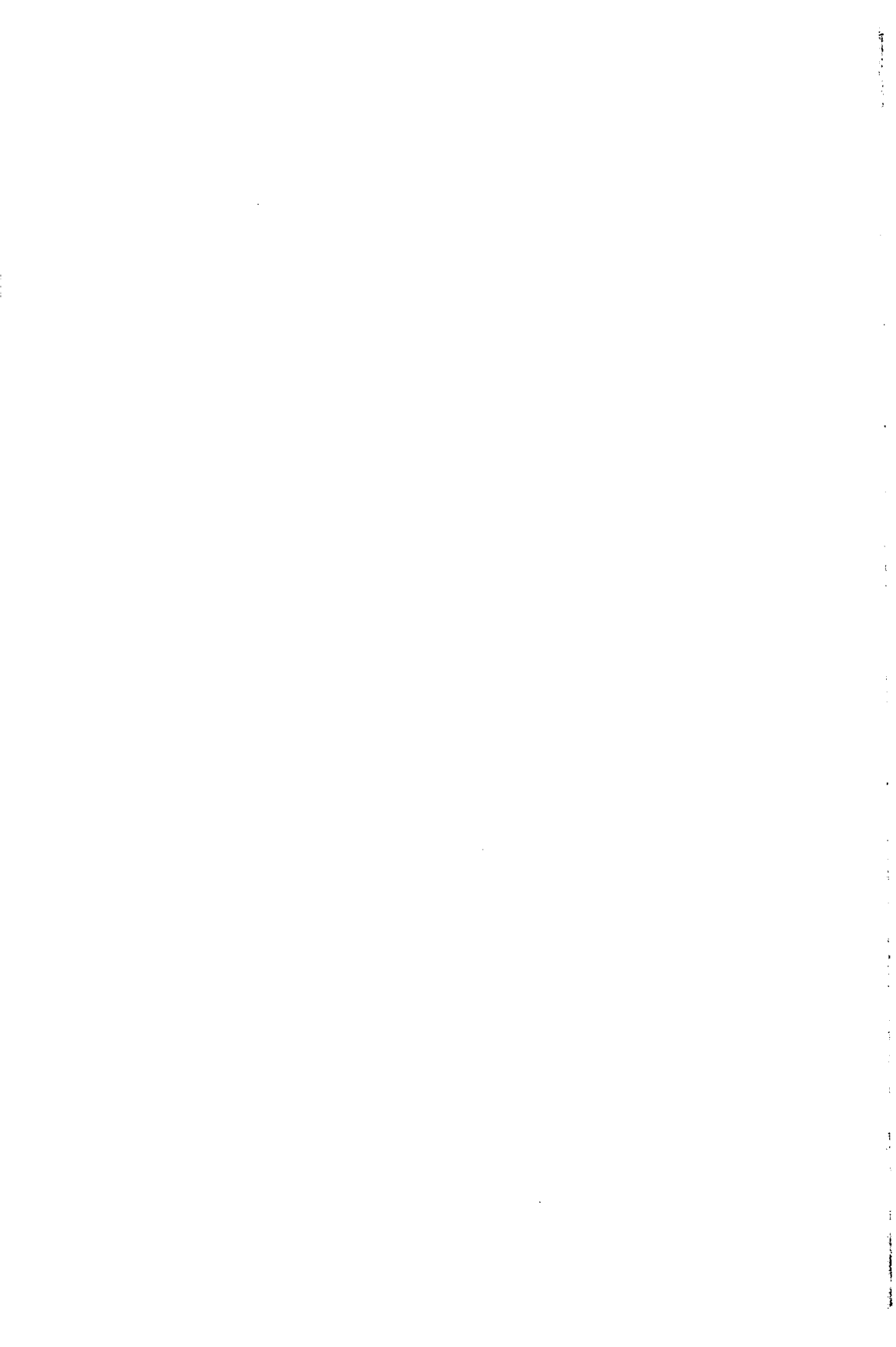


TABLE OF CONTENTS

1. INTRODUCTION

1.1. Organs of constitutional jurisdiction

1.2. Sorts of constitutionality control

1.3. Extent and object of the Constitutionality control

a) Laws

b) Statutory instruments

c) Standing Orders and other parliamentary resolutions

d) Constitutional amendments

e) Legislative of omissions

1.4. Standards of control

2. CONTENTS OF DECISIONS

2.1. Simple types of decision

2.2. Intermediary types of decision

3. EFFECTIVENESS OF THE DECISIONS

- a) Effectiveness inter partes and effectiveness erga omnes
- b) Effectiveness of res judicata-generally binding force-stare decisis force-force of law
- c) In particular: the binding of the organs of constitutional jurisdiction by their own decisions

4. TIME EFFECTIVENESS OF DECISIONS

- 4.1. Effectiveness ex tunc: extent and limits
- 4.2. Effectiveness ex nunc
- 4.3. Effectiveness pro futuro (in particular, the possibility of fixing a term for the cessation of effectiveness of the rules)

5. POWERS OF THE ORGANS OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE SETTLEMENT OF THE CONTENTS AND EFFECTS OF THEIR DECISIONS (Conclusive synthesis)

- a) Constitutional or legal previous settlement and autonomy of the court
- b) Extent, limitations and meaning of such powers concerning:
 - b.1. The Legislative power
 - b.2. The Courts in general
 - b.3. The international or supranational courts

1. Introduction

The judicial review of the constitutionality of laws has been introduced into Turkey by the Constitution of 1961. The first Republican Constitution of Turkey, that of 1924, did not provide for such a system. Although it was a rigid constitution and explicitly stated that no law could be contrary to the Constitution, it contained no specific reference to a judicial review of constitutionality. Nor did such a system develop through court decisions and precedents. While some lower courts attempted to neglect laws which they found unconstitutional, such decisions were not sustained by the higher courts of the country.

The Turkish Constitution of 1961 established, following the example of certain post-World War II European constitutions (notably, the German and the Italian) a system of judicial control of the constitutionality of laws. Among the framers of the 1961 Constitution there was virtual unanimity on the need for such a system. In fact, such a need became compelling after the transition to a multi-party system in 1946, since constitutionality of laws often became a matter of contention between the government and the opposition parties. Some debate took place, however, regarding the type of court, its organization and composition, the method of selecting the judges, and access to the court; compromises were reached on most of these points.

1.1. *Organs of Constitutional Jurisdiction*

The Constitution of 1961 opted for a special court (the Constitutional Court) specifically designed to exercise judicial control over the constitutionality of laws,

rather than granting such powers to the general courts. This system was maintained, with certain modifications, by the 1982 Constitution. Under the 1961 system, general courts were also empowered, in exceptional cases, to render a decision on the constitutionality of a particular law applicable in a pending trial. In case the trial court found the plea of unconstitutionality «serious,» it was supposed to stay the proceedings and to refer the matter to the Constitutional Court, which had to reach a decision on the question of constitutionality within a period of six months. If no such decision was reached within this period, the trial court itself could decide on the question of constitutionality as a preliminary question in order to solve the case before it. This was the only case where general courts could pass judgement upon the constitutionality of laws.

No such powers were granted, however, to general courts by the Constitution of 1982. Under the present system, the Constitutional Court is the sole organ of constitutional jurisdiction. The Constitutional Court is composed of eleven regular and four alternate members. All members are appointed by the President of the Republic. A majority of them, however, are nominated by the other high courts in the country. Thus, the President appoints two regular and two alternate members from the Council of State, and one member each from the Military Court of Cassation, the High Military Administrative Court, and the Court of Accounts. In each of these cases, the President chooses from among three candidates nominated for each vacant seat by the plenary session of the court concerned from among their own presidents and members by an absolute majority of their full membership. The President appoints one member from among three candidates nominated by the Board of Higher Education, and he directly appoints three regular and one alternate members from among senior civil service officials and lawyers (Art. 146).

The Constitutional Court is accorded complete independence from the legislative and the executive branches. All judges of the Constitutional Court hold office until they retire at the age of sixty-five. Apart from age, their office may be terminated only upon conviction of an offense entailing dismissal from the judicial profession or for reasons of health upon a medical report. In the latter case, the Constitutional Court itself decides on the termination of membership (art. 147).

The Turkish Constitutional Court, in addition to its main function of reviewing the constitutionality of laws, also performs functions accorded to it by the Constitution. These include that of the High Court of Justice, which involves

the trying of the impeachment cases against the ministers and other high functionaries of state enumerated in the Constitution. The Constitutional Court also decides on the constitutionality of the activities of political parties and supervises their financial transactions (Art. 69).

1.2. Sorts of constitutionality control

The Turkish Constitution has not provided for any kind of «preventive» control. Nor is the Constitutional Court empowered to give advisory opinions. Review of Constitutionality is exclusively «redressive» or «successive» in nature.

As far as access to the Constitutional Court is concerned, the Constitution provides for both abstract and concrete methods of control. Abstract control, or principal proceedings, are those initiated by the President of the Republic, parliamentary groups of the government party and the main opposition party, or at least one fifth of the full membership of the Grand National Assembly (Art. 150). Suits of unconstitutionality must be initiated within sixty days following the promulgation of the law in question in the Official Gazette (Art 151). However, suits of unconstitutionality based on an irregularity of form can be initiated only by the President of the Republic or one-fifth of the full membership of the Assembly within ten days following the promulgation of the law.

In contrast to abstract control, concrete control (or incidental proceedings) can be initiated by the the parties in a proceeding and are not subject to any time limit. In other words, an individual may, during proceedings in regular courts, secure the judicial review of the legislation which is applicable in the case and allegedly infringes upon his constitutional rights. However, access to the Constitutional Court by way of incidental proceedings is dependent upon three conditions. First, a plea of unconstitutionality must be put forward in the course of a pending trial. In the practice of the Constitutional Court, a «pending trial» is construed as a legal proceeding before a civil, administrative, or military «court of law». This requirement excludes, for example, investigating magistrates in criminal matters and certain administrative bodies on the judicial competence of the trial court which refers to it the question of constitutionality. If it finds the trial court lacking the competence to try the case before it, it will not proceed

with the plea of unconstitutionality. Secondly, the plea must concern the law «applicable» in the case. The Constitutional Court interprets the «applicable law» clause broadly enough to include not only laws the validity of which is relevant to the case, but also laws pertaining to the organization and procedure of the trial court. Thirdly, the trial court must determine whether the plea of unconstitutionality is «serious» (i.e., whether access to the Constitutional Court is justified). «Seriousness» as understood by the Constitutional Court does not entail a full endorsement by the trial court of the justifiability of the plea. The trial court must stay its proceedings even when it feels that there is a reasonable doubt about the constitutionality of the law in question. The trial court may also decide on its own, that is without a plea by the parties concerned, to start the process of concrete control if it reaches the opinion that the law applicable to the case violates the Constitution.

In either case, the trial court stays its proceedings and refers the matter to the Constitutional Court, which must decide the matter within five months. If no decision is reached by the Constitutional Court within this period, the regular court has to render its judgement on the basis of the existing laws. If the Constitutional Court reaches a decision on the question of constitutionality before the decision of the trial court becomes final (i.e., upheld by the Court of Cassation in case of an appeal), then the trial court must comply with this decision. This is one of the points where the present Constitution departs from its predecessor, which permitted the trial court to decide upon the question of constitutionality if the Constitutional Court did not reach a decision within six months. Another such departure is that, in the event the Constitutional Court dismisses the case on substantive (not procedural) grounds, no plea of unconstitutionality can be put forward for the same provision of the same law until a ten-year period elapses (Art. 152). The latter innovation was defended as a contribution to «legal stability».

If the plea of unconstitutionality by the parties in a legal proceeding is not sustained by the trial court, such decisions — being an «interim decision» — cannot be appealed independently, but only together with the main decision of the trial court. In this case, the court of appeal decides on the admissibility (i.e., «seriousness») of the plea in the course of its review of the main decision.

1.3. Extent and object of the constitutionality control

The jurisdiction of the Constitutional Court encompasses the constitutionality

of laws, statutory instruments (law-amending ordinances), and Standing Orders of the Turkish Grand National Assembly. The Constitutional Court is also empowered to review and decide whether the procedural rules are complied with in constitutional amendments.

- a) *Laws*: In principle, all laws are subject to the review of constitutionality, with the exception of those which form the basis of the Kemalist Revolution and aim at safeguarding the secular character of the Republic. These laws are enumerated in the Constitution (Art. 174). A second category of laws which remain outside the scope of judicial review is that of laws enacted during the National Security Council period (September 12, 1980 — December 6, 1983). Laws in both categories can, however, be amended or repealed by the Grand National Assembly like other laws.
- b) *Statutory instruments*: Statutory instruments passed by the Council of Ministers with the legal effect to amend or repeal existing legislation are subject to the review of constitutionality by the Constitutional Court. A major exception in this regard are those enacted during a period of emergency or of state of siege (art. 148/1.).
- c) *Standing orders and other parliamentary resolutions*: Although parliamentary «resolutions» are not as a rule subject to review of constitutionality, the Standing Orders of the Grand National Assembly are explicitly included in the scope of such review. The Constitutional Court includes in its review those parliamentary resolutions which are in the nature of the Standing Orders, even if they are not passed in the form of a formal amendment of the Standing Orders. The Constitutional Court also has the power to review the constitutionality of the resolutions which entail the loss of membership by a deputy or the waiving of his freedom from arrest (Art. 85).
- d) *Constitutional amendments*: As has been pointed out above, constitutional amendments are subject to review of constitutionality only from a procedural point of view. The 1982 Constitution restricted such review to an examination of whether the requisite majorities (one-third of the full membership of the Grand National Assembly for the proposal and two-thirds

of such membership for the adoption) were obtained and whether the constitutional prohibition on urgent debate procedure was complied with. In other words, the Constitutional Court cannot review a constitutional amendment on substantive grounds. Decisions to invalidate a constitutional amendment on procedural grounds must be taken by a two-thirds majority of the Court (Arts. 148, 149).

- e) *Legislative omissions*: In cases where the Constitution requires that a certain area of social relationships be regulated by law, the failure of the legislature to pass such laws does not give the Constitutional Court any power to remedy this situation. The same is true in the case of «incomplete regulation» as, for example, in the case of a law which encompasses only some of the categories that it might have included in its scope. The Court decided on such an occasion that «the power to invalidate can be exercised only with respect to an existing legislation. The absence of legislation cannot be a cause for invalidation». If, on the other hand, an omission by the legislature openly violates another constitutional norm, such as equality before law, the Court may find the law unconstitutional. However, in a recent decision the Court has decided that in an area where a specific regulation by law was ordered by the Constitution, a law which fails to regulate the specified area in its entirety can be invalidated on the grounds of incomplete regulation.

1.4. Standards of control

The principal standard by which the Constitutional Court reviews the constitutionality of laws is obviously the Constitution itself. The Constitutional Court referred, however, to the «general principles of law» in several of its decisions. The general principles of law, as defined by the Court, are those that are well known and common to the legal systems of all civilized nations. Nevertheless, there has been no instance where the Constitutional Court based its decision solely on a general principle of law, without reference to a specific constitutional provision. The Preamble of the Constitution, which is considered part of the text of the Constitution (Art. 176), can also be used as a standard of control. While the Constitutional Court made ample use of the Preamble in some of its decisions, no ruling of unconstitutionality has so far been based exclusively upon the Preamble.

The Turkish Court has not developed a theory of «supra-constitutional norms», but came close to a theory of «anti-constitutional norms». In several decisions during the period of 1961 Constitution, the Constitutional Court invalidated constitutional amendments as being contrary to the republican form of government, which is an unchangeable principle of the Turkish Constitution. The Court justified such control as one of form and not of substance, since the 1971 amendment of the Constitution explicitly ruled out substantive control over constitutional amendments. The 1982 Constitution further limited the scope of judicial review over constitutional amendments, as has been discussed above. As regards ordinary laws, control of form is likewise limited to the examination of whether the requisite majority was obtained in the final ballot. No other procedural irregularity is considered a cause for invalidation.

Principles of international law can also be a standard of control, in conjunction with Articles 15 and 16 of the Constitution. Article 15 states that individual rights and liberties can be restricted in periods of emergency or of the state of siege to the extent that «obligations derived from international law are not violated». Similarly, Article 16 states that fundamental rights for foreign nationals can be restricted only «in accordance with international law».

2. Contents of Decisions

2.1. Simple types of decision

Normally, decisions of the Constitutional Court involve either a decision of unconstitutionality, in which case the law in question becomes void, or one of non-unconstitutionality (i.e., conformity with the Constitution). If the latter type of decision is rendered in the course of concrete control, a new plea of unconstitutionality for the same law cannot be put forward within a period of ten years.

2.2. Intermediary types of decision

Although the Turkish Constitution remains silent on the question of intermediary decisions which involve neither an invalidation nor a sustenance of the constitutionality of the law in question, the Constitutional Court has developed

over the years two types of intermediary decisions. One is «interpretative» or «explanatory» decisions in which the Court, without invalidating the law, attempts to interpret it in conformity with the Constitution. Since the decisions of the Constitutional Court are binding on the legislature, executive, and judicial authorities, such interpretative decisions influence the ways in which the law is interpreted and implemented by other courts and executive authorities.

A second type of intermediary decision involves the recognition of unconstitutionality. Instead of invalidating the law, however, the Court has sometimes chosen to neglect the law and apply directly the provision of the Constitution to the case in hand. The Court has resorted to this procedure especially in cases where the law in question is outside the scope of judicial review and thus no simple decision of unconstitutionality is possible. The Constitutional Court has ruled however, that in order this procedure to operate, the Constitutional provision in question must be explicit, detailed, and directly applicable to the concrete case before the Court.

3. Effectiveness of the decisions regarding review of constitutionality

The addressees of the decisions; the extent of their binding force;

a) Effectiveness inter partes and effectiveness erga omnes of Constitutional Court Decisions.

Under the Constitution of the Republic of Turkey, decisions of the Constitutional Court are binding on the legislative, executive and judicial organs, the administrative authorities and natural and legal persons (Article 153). Hence, decisions of the Constitutional Court are addressed to all. Such decisions, whether they order annulment or dismissal, are binding erga omnes. Binding nature of decisions of the Constitutional Court necessitates action in conformity therewith.

A law or rule annulled by the Constitutional Court ceases to be effective as for the date of publication of the annulment decision in the Official Gazette.

There is no explicit penal rule in the Turkish legal system applying to intentional acts of non-observance or prevention of implementation of decisions of the Constitutional Court.

Another item that may be discussed in this connection is, apart from the bindingness of the judgment of the Constitutional Court resulting in annulment or dismissal, whether or not its statement of reasons (*ratio decidendi*) is also binding.

The generally held view in the Turkish judicial doctrine is that a statement of reasons, rather than being binding, has an explanatory and guiding nature. However, this view is opposed by some who argue that «since the Constitution states without making any distinction that decisions of the Constitutional Court are binding and, since a Court decision is a whole together with its judgment and statement of reasons, then the statement of reasons of a Constitutional Court decision is also binding».

Under the 1961 Constitution, the Constitutional Court, when deciding upon a claim of unconstitutionality submitted by other courts, could have ruled that such decision would be limited to a specific case and binding only *inter partes*. In such event, the Constitutional Court, was placed in a position restricting itself with stating unconstitutionality rather than ruling a decision of annulment and such decisions would be binding only *inter partes*. This rule generally tended to become an issue of controversy in the doctrine, being criticized on the grounds that it would violate the principle of universality to be sought in laws, that it would not conform to the principle of equality and that result in an increased work load.

During the period when the 1961 Constitution was in effect, the Constitutional Court ruled only once, and that in connection with the dispute on the-then-not-effective Budget Law 1971, that «annulment is limited to the case and binding only *inter partes*» ⁽¹⁾.

There is no rule in the 1982 Constitution enabling the Constitutional Court to limit its judgement «to a specific case to be binding only *inter partes*».

⁽¹⁾ Constitutional Court (CC) decision of 27 6/1972 E. 1972/26, K. 1972/38, *AMK* (Constitutional Court Decisions), 10, pp. 505-15.

The 1982 Constitution has introduced a rule, which was not included in the 1961 Constitution, that «the Constitutional Court, in the course of annulling a law or a statutory instrument in its entirety or a provision thereof, may not act in the capacity of a legislator and not make rules leading to a new implementation» (article 153). This provision, implying at first glance that it restricts review of constitutionality, has met with criticism in the doctrine. One line of argument runs as follows; «The legislator and the Constitutional Court exercise two separate powers, the former that of rule making and the latter annulling a provision which it deems unconstitutional.

These two separate powers should not serve as substitutes for each other under the Constitution. It is natural that a new legal situation arises with the coming into effect of the decision of annulment rendered by the Constitutional court. When a provision deemed unconstitutional is repealed the implementation will be in conformity with either remaining rules or with a new law to be enacted. If a specific article of a law or a specific provision of an article or a part of a provision is annulled, the law or the article in question acquires a different quality, extent or sense with the exclusion of the annulled provision. This does not amount to introduction of a new rule. What has been done is rendition of an existing rule constitutional».

The Constitutional Court, though not having explicitly stated its view on this matter in a decision to date, has not taken a direction restricting its practice of review of constitutionality.

- b) Effectiveness of *res judicata*-generally binding force-stare decisis force-force of law.

Finality of decisions of the Constitutional Court means in general that there is no other means of appeal against such decisions, or, in other words, there is no court or authority which can change decisions of the Constitutional Court.

Decisions of the Turkish Constitutional Court are final. No appeal may be made against such decisions before any authority or council. Laws, statutory instruments or standing orders of the Grand National Assembly of Turkey or provisions thereof shall cease to be effective from the date of publication of the annulment decision in the Official Gazette.

Extent of finality and bindingness of decisions of the Constitutional Court should be distinguished in respect of decisions of annulment and dismissal. During the period when the 1961 Constitution was in force decisions of dismissal rendered by the Constitutional Court were restricted exclusively to the relevant case or plea.

After a decision of dismissal rendered by the Constitutional Court because a rule was deemed constitutional, it was possible to allege unconstitutionality of the same rule in another case. In several instances the Turkish Constitutional Court ruled a decision of annulment upon a new plea relating to an issue previously dismissed. That the Constitutional Court rendered a decision of annulment a short while after having dismissed a claim of unconstitutionality on the same issue impaired principles of stability and reliability sought in the Constitutional Court jurisprudence. Therefore, the 1982 Constitution has introduced the rule that «no plea alleging unconstitutionality shall be made with regard to the same law provision until ten years elapse after the publication in the Official Gazette of the decision of the Constitutional Court dismissing the plea on its merits» (article 152). Thus, there has remained no distinction with respect to bindingness, between decisions of dismissal and those of annulment for a period of ten years. Here, we must state that the views that ten-year binding period stipulated for decisions of dismissal ruled by the Constitutional Court is too long and that ruling a judgment of constitutionality for too long a period will not be compatible with dynamism, development and changes in value judgments of the society have some truth.

Concomitant with a decision of dismissal rendered by the Constitutional Court is a «Judgement of constitutionality» for 10 years, for the reasons explained above.

Here the problem as to whether or not this 10 years period covers all decisions of dismissal ruled in connection with annulment actions and pleas of unconstitutionality. One argument is that the ten-year prohibition covers all decisions ruled by the Constitutional Court dismissing the case on its merits. Another view is that the rule in question is included in the

article of the Constitution applying to pleas of unconstitutionality. The relevant paragraph reads that «no plea shall be made» and not that «no suit shall be initiated». The term plea is used with reference to cases submitted by courts through objection.

Therefore, a plea of unconstitutionality may be made, before expiration of the ten-year period, against a rule or law which has previously been the subject of a suit of unconstitutionality but dismissed by the Constitutional Court on substantive grounds.

The Constitutional Court has yet not ruled a judgment on this issue.

Force of law possessed by Constitutional Court decisions: Under the Turkish Constitution decisions of the Constitutional Court shall be promptly published in the Official Gazette as is the case with laws and be binding on the legislative, executive and judicial organs, the administrative authorities and natural and legal person.

Thus, they shall be valid *erga omnes* the day they take effect just as laws. Decisions of annulment are not retroactive. The provision they annul shall cease to have effect the day they are published in the Official Gazette without need to further action.

Decisions of dismissal rendered by the Constitutional Court bring with themselves a judgment of Constitutionality; decisions of annulment serve as guidance to the parliament.

- c) In particular; the binding of the organs of constitutional jurisdiction by their own decisions.

Under the Turkish Constitution the Constitutional Court is the sole organ authorized to control constitutionality. As explained above, the Constitutional Court may not examine a law provision before 10 years elapse from the date of publication in the Official Gazette of a decision of dismissal ruled on substantive grounds in connection with the same law and hence remains bound with its own decisions of dismissal during that period. Meanings ascribed by the Constitutional Court to principles and rules of the Constitution in virtue of an issue examined in the course of review of constitutionality are not binding in connection with evaluation of the same rules and principles in subsequent examinations.

However, in practice, the Constitutional Court sees to it that it does not change the meaning it has ascribed to the principles of Constitution and the general principles of law and that its constructions are in accordance with principles of a democratic state based on human rights and governed by the rule of law.

The Constitutional Court;

In its decisions related to the rule of law: has described «a democratic order of state governed by the rule of law» as one that strives «to materialize and guarantee human rights and freedoms, national solidarity, social justice and peace and welfare of the individual and society»; (2)

In another decision, it has defined the rule of law as a rule exercised by «... a state which respects and protects human rights, establishes a just legal order and regards itself obliged to maintain the same and complies with the law and the Constitution in all its acts...» (3); and has adopted subject to judicial review (4).

It has defined a social state governed by the rule of law as «one having a mission to bring about real equality, that is social justice, and thus social equilibrium, by protecting the weak against the powerful...» (5) and adopted the concept of a social state in which social justice and social security are embedded in the form of «obligations of the state to prepare conditions required for the material and moral development of man, to protect working men, to establish social security agencies and social aid organizations and to secure that everyone may pursue a life in good physical and mental health and benefits from medical treatment» (6).

In its decisions on the freedom of thought:

(2) CC decision of 5/3/1965, E. 63/171, K.65/13, *AMKD* (Journal of Constitutional Court Decisions). 3, p. 89, Also E. 65/12, K. 65/34

(3) CC decision of 11/10/1963, E. 1963/124, K 1963/243. *AMKD* __, 1, p. 429

(4) CC decision of 29/11/1966/11, K. 1966/44, *AMKD*, 5, pp. 3-25

(5) CC decision of 25/2/1975, E. 1973/38, K 1975/23, *AMDK*, 3, pp. 214-249

(6) CC decision of 8/5/1973, E. 1972/24, K 1973/21, *AMKD*, 11, p. 244; *RG* (Official Gazette) of 31/12/1973, n.° 14759.

It has not accepted the freedom of thought in an absolute and unrestricted sense allowing any and all irresponsible behavior and held that it should be counterbalanced with the exigence of social life (7).

In its decisions on equality and protection of the family: It has held a view of the principle of equality as equality before the law and not natural equality in the sense that everybody is entitled to the same rights. In one of its decisions it has defined the principle of equality as follows:

«... this cannot be interpreted in the sense that everybody will be subject to provisions of the same law in all respects. The motive behind this principle is to secure that cases of identical nature under the same conditions have identical treatment before the law» (8).

The Constitutional Court has annulled a provision of the Turkish Civil Code, to the effect that affiliation upon a man married at the time of an extramarital intercourse may not be ruled (article 310/2), finding the same in conflict with the principle of equality and the rule that «the state shall remove those obstacles restricting fundamental rights and freedoms of the individual» (9).

In its decisions on personal inviolability:

It has annulled the provision allowing fettering of those arrested (10), but has not found the capital punishment unconstitutional (11). The Constitutional Court, in its this decision, served article 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the European Convention on Human Rights) that «No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law» as a norm of reference.

It has defined the principle of personal criminal responsibility as «that punishments may be applied only to those who have committed criminal offenses or to their accomplices, in other words, that every one shall be held responsible

(7) CC decision of 8/4/1963, E. 63/16, K. 63/83, *AMKD*, 1, p. 199.

(8) CC decisions of 11/12/1980, no: E. 1980/63, K.1980/68, *AMKD*. 18. pp. 388-396.

(9) CC decision of 21/5/1981, E. 1980/29, K. 1981/22, *RG* 18/8/1981.

(10) CC decision dated 15/6/1967, E. 1966/34, K. 1967/18, *AMKD*, 5. p. 129-133.

(11) CC decision dated 7/11/1963, E.63/207, K. 63/175, *AMKD*, 1, p. 363.

for his own acts and no one may be held under penal responsibility unless he commits or attempts to commit a criminal offense» (12); and has accepted the concept of human dignity as «denoting recognition of and respecting value of man in any situation or under any condition solely by virtue of his being man» (13).

One of its decisions reads that «presumption of innocence requires that the accused be held innocent until he is convicted» (14).

In its decisions on social and economic rights:

It has ruled that the right to property may be restricted by law where public interest makes necessary and compulsory (15).

Forced labor, as defined by the Constitutional Court, is rendition of services under coercion without any remuneration therefore; (16).

Also, those legislative acts which, though not designated as «laws» or not made in accordance with the procedures provided for laws in the Constitution, but contain rules with the effect and value of a law, are deemed to possess the characteristics of a law and hence subjected to constitutionality review by the Constitutional Court (17).

Implementation of the 1982 Constitution has placed the Constitutional Court in a position to treat and decide upon certain issues as «preliminary questions».

The first question was to determine the Constitution which would govern review of constitutionality of laws applicable to cases that had arisen under the former Constitution. This was of particular importance in relation to a law which was in conflict with the former Constitution but not with the present one. On this issue the Constitutional Court has ruled that review of constitutionality is to be carried out in accordance with the Constitution in force when the matter was taken up (18).

The second question originated from a provision of the 1982 Constitution which precludes pleas of unconstitutionality of a law provision for 10 years from

(12) CC decision dated 12/12/1980, E. 80/63, K.80/68, *AMKD*, p. 18, p. 388.

(13) CC decision dated 27/12/1965, E. 1963/57, K. 1965/65, *AMKD*, 4, p. 3.

(14) CC decision of 29/1/1980, E. 1979/38, K. 1980/11, *RG*, 15/5/1980, no: 16989.

(15) *CC decisiono* 12/10/1976, E. 1976/38, K. 1976/46, *AMDK* 14. pp. 252-286.

(16) CC decision of 13/7/1971, E. 1971/32, K. 1971/65, *AMDK*, 9, p. 576.

(17) CC decision of 22/2/1977/6, K. 1977/14, *AMDK*, 15, p. 87.

(18) CC decision of 7/6/1983, E. 1982/1, K. 1983/10, E. *RG* of 15/4/1984, no: 18373.

the date of publication of the Constitutional Court decision dismissing a plea of unconstitutionality related to the same law on substantive grounds (article 152).

The Constitutional Court has discussed whether or not a case previously dismissed on substantive grounds by the application of the 1961 Constitution can be brought before the Constitutional Court, now in accordance with the 1982 Constitution, without waiting for the expiration applies exclusively to decisions of dismissal ruled on substantive grounds in accordance with the 1982 Constitution (19).

The Constitution Court has maintained in its subsequent decisions the meanings it has ascribed to the above principles and rules.

4. Time effectiveness of decisions of the constitutional court

4.1. Effectiveness ex tunc: extent and limits

The Turkish Constitution has adopted the principle of non-retroactivity of Constitutional Court decisions, for fear of violating acquired rights (certainty in law) or impairing the principle of justice (article 153).

However, a rigid implementation of the principle of non-retroactivity may lead to certain inconveniences.

In one of its decisions the Constitutional Court, after pointing out that application of the rule of non-retroactivity without any reservations to all cases may present certain drawbacks from a legal point of view, stated that «judging whether or not the decision is of a retroactive nature and determining consequences thereof is a question which concerns implementation» (20).

Effects of decisions of annulment made upon pleas submitted through courts:

Under the Constitution the courts are obliged to comply with decisions of the Constitutional Court ruled upon a plea of unconstitutionality (article 152).

(19) CC decision of 26/4/1984, E. 1983/1, K. 1983/5; RG of 15/4/1984, no: 18373.

(20) CC decision, E. 1963/124, K. 1963/243, *AMKD*, 1, p. 343.

In practice, if a plea of unconstitutionality is admitted and consequently a law or rule is annulled, the trial court rules on the assumption that the annulled law or rule does exist. It might appear that this is not in line with the principle of settlement of the incident and that decision of annulment ruled by the Constitutional Court acquires retroactive effect. From a somewhat broader perspective one may ask the question as to the status of similar cases to which the annulled rule will apply. For example, if there are several cases of similar nature before a court in which the same rule would apply and the Constitutional Courts decides annulment of this rule in one of the cases brought before it, will the local court, assuming that the annulled rule does not exist, decide upon the other cases brought before it? or will it have to refer other cases to the Constitutional Court for such implementation?

Here further questions arise as to whether other courts that are in a position to implement the annulled provision in similar cases should disregard such provision, or they should refer each case to the Constitutional Court.

In fact, the Constitutional Court, faced with a case involving a plea of unconstitutionality concerning a rule which it has previously annulled will, after having established this fact, simply state that the rule in question has been annulled in connection with another case.

There are two lines of argument in this connection. One is that only parties to the case wherein the plea of unconstitutionality is made shall benefit from the decision of annulment. All other courts which are in a position to apply that provision shall have to refer each case to the Constitutional Court; otherwise they shall have to apply the annulled rule, since it is the provision in effect at the time of the case. Because, a decision of annulment made by the Constitutional Court is not retroactive and the annulled rule ceases to have effect after publication in the Official Gazette of the decision of the Constitutional Court.

Adoption of this view results in practices contrary to equity and justice and causes delays and an increased work load.

The second argument holds that this situation does not conflict with principle of non-retroactivity of annulment decisions. If Constitutional Court establishes unconstitutionality, it will annul the provision. What is not retroactive is the decision of annulment; in other words, the annulled law ceases to be effective upon publication in the Official Gazette of the relevant decision of the Constitutional Court. Establishment of unconstitutionality, on the other hand, may not be restricted to a definite time interval. According to the Constitution, laws may

not be in conflict with the Constitution and judges are in a position to render judgments primarily in accordance with the Constitution (article 11, 138). If a rule has been annulled by the Constitutional Court, the judge should render judgment in cases of identical nature, disregarding the annulled rule.

Turkish courts generally adopt the second view on the grounds that «although the Constitution stipulates that Constitutional Court's annulment decisions are not retroactive, what should be understood from this stipulation is that decisions of annulment do not have effect upon actions which have not become subject of a dispute» (21).

Effect of decisions of annulment on definitive judgments:

Decisions of annulment have no effect upon court judgments which have become final (they are not retroactive).

However, this principle does not apply to conviction for criminal offenses. According to the Turkish legislation, Constitutional Court decisions with consequences in favor of the convict shall have effect also on sentences which have become final. In the event that the act upon which sentence was based ceases to constitute a criminal offense, penalty is remitted together with all of its consequences as is the case with a general amnesty law.

4.2. *Effectiveness ex nunc of decisions*

Under the Turkish Constitution, annulled Laws or statutory instruments, Standing Orders of the Grand National Assembly or provisions thereof shall lose effect on the date of publication in the Official Gazette of the decisions of annulment with statement of reasons. No further action is required for this purpose (article 153).

According to the original version of the 1961 Constitution annulled provisions ceased to be effective as of the date of rendition of decision. During that period,

(21) Council of State, D.D.K. E. 1961/59, K. 1967/1095, *Danistay Kararlari Dergisi* (Journal of Council of State Decisions), 119-122, p. 106;
Council of State, 8th Chamber E. 1967/153, K. 1958/2783, Dincer-Çirakman-Neciboglu, *Fanistay Kararlari* (Council of State Decisions), (1967-1969)
Council of State, 5th Chamber, decision of 27/12/1963, E. 1962/2199. K. 1963/4567, *Danistay Kararlari Dergisi* 91-92, p. 110.

it was not possible to learn the grounds for annulment at the time of the decision, and the Parliament, before it could fill the void created by the annulment of a law or rule, had to wait publication in the Official Gazette of the decision with statement of reasons. In 1971, the Constitution was amended, and as a remedy to this drawback a new provision was introduced to the effect that «annulled provisions shall cease to be effective as of the date of publication in the Official Gazette of the decision with statement of reasons». But then as most of decisions of annulment become public knowledge before publication, a problematic situation is that annulled provisions may still be implemented until the publication of the decision although it is publicly known that they are unconstitutional.

Effect of annulment decision on the laws previously repealed by the annulled law:

There is no rule in the Turkish legal system governing the issue as to which law shall remain in force during the period between the annulment of a law and enactment by the Parliament of a new law. This issue has given rise to different interpretations in the doctrine and by the judicial organs and in many instances it has been concluded that a law repealed by the annulled law, shall not automatically take effect instead of the latter. The Court of Cassation has ruled that a law repealed by a law which the Constitutional Court annulled shall not automatically take effect again (22).

Certain Turkish authors argue that the former law shall automatically take effect if the annulled law is exclusively related to the repealing of the former law.

They hold that what has been found unconstitutional and annulled by the Constitutional Court in such event is the volition of the will of the legislature to repeal.

The Constitutional Court has ruled in one of its decisions that in the event a Constitutional amendment is annulled on the basis of an irregularity of form, the Constitutional text before such amendment shall automatically take effect so as to avoid a *vacatio legis* (23).

(22) Decision of Joint Chambers of the Court of Cassation of 24/5/1982, E. 1982/1, K. 1982/1.

(23) CC decision of 19/10/1971, E. 1971/73, *AMKD*, 10. pp. 36-49.

4.3. Effectiveness pro futuro:

In particular the possibility of fixing a term for the cessation of effectiveness of rules.

The Constitution empowers the Constitutional Court to decide, where necessary, the effective date of its annulment decision, with a view to avoid a *vacatio legis* in particular (article 153). The motive behind granting such period is, with view to avoid a *vacatio legis* caused by the annulment of a law of general regulatory character, to enable the parliament to make a law that is consistent with the Constitution by permitting the enforcement of the annulled law during the specified period. Although the Constitution states that «... the Grand National Assembly of Turkey shall debate and decide on with priority the bill or law proposal designed to fill the *vacatio legis* arising from the annulment decision», consequences of non-observance of this rule are undefined.

A question arises in this connection. In the event the Constitutional Court specifies an effective date for its annulment decision, on which provision will courts base its judgment on the annulment decision, the problem is that such decision not yet taken effect; if it rules on the basis of the annulled law, the party contesting the constitutionality shall not have benefited from the decision of annulment even though such decision has been given upon his plea. What is more important is that courts will be in a position to render judgment in accordance with a rule unconstitutionality of which has been established.

There are two views on this issue. One is that all acts should be carried out and court decisions should be made in accordance with the annulled rule notwithstanding its established unconstitutionality, since the annulment decision has not yet taken effect. In such event, courts will have to render their judgments on the basis of a rule which they know to be in conflict with the Constitution. Furthermore, the party pleading unconstitutionality might not benefit from the annulment decision although his plea admitted. Implementation of penal and fiscal laws in particular, in accordance with this view, may lead to drawbacks.

The second view is that although «the annulment decision» will take effect in future, unconstitutionality is established and made known upon publication of the decision of the Constitutional Court in the Official Gazette. Since, as provided for in the Constitution, laws may not be in conflict with the Constitution and decisions of judges should be primarily in conformity with the Constitution, judgments should be made by disregarding the annulled rule even if the annulment decision is to take effect in future.

Turkish courts reach decisions on the basis of either view; there is no uniformity of jurisprudence for the time being.

In this connection, we would like to mention problem of a different sort faced by our Court.

As indicated above, according to the Turkish Constitution decisions of annulment reached by the Constitutional Court may not be made public without a statement of reasons. The annulled law, statutory instrument or Standing Orders of the Grand National Assembly of Turkey or provision thereof ceases to be effective on the date of publication of the annulment decision in the Official Gazette. Also, the Grand National Assembly of Turkey is empowered to decide on the execution of final death sentences rendered by courts.

After this brief explanation we would like to proceed with several typical cases brought before the Court.

Case 1

A trial court sentenced an accused to death and the sentence became final. A suit against the law on the execution of death penalty was brought before the Constitutional Court. The Constitutional Court annulled the law on the basis of irregularity of form by a decision rendered on 6/4/1972 (24). However, the Constitutional Court is not in a position to announce its decision immediately, because of the relevant rule in the Constitution. Drafting and publication of the decision with the statement of reasons will take time. It is feared that the execution might take place in the meanwhile.

Case 2:

A suit of unconstitutionality for the annulment of the law allowing sale of real property to aliens was brought before the Constitutional Court. The Constitutional Court annulled the contested law on 13 June 1985, stating that the land is an inalienable basic constituent of the state and that it signifies sovereignty and independence hence finding unconstitutionality the sale of land to aliens without requiring reciprocity (25). Although the Constitutional Court's decision of annul-

(24) CC decision of 6/4/1972/13, K. 1972/18, *AYMKD*, 10, pp. 273-293.

(25) CC decision of 13/6/1985, E. 1984/14, K. 1985/7, *RG* of 24/8/1985, no: 18852.

ment became public knowledge in an informal manner, sales continued until 24 August 1985 when the decision of annulment was published.

Case 3:

The issue mentioned in Case 2 has not come to an end. The Grand National Assembly passed a new law on the same subject. The main opposition party initiated a new suit of unconstitutionality alleging that the new law embodies the principles of the annulled law and the Constitutional Court's decision of annulment is disregarded. This suit is in the process of examination. Meanwhile sales are continuing on the basis of the new law. Opinion of the Constitutional Court is that it is not empowered to suspend enforcement of the said law even if the allegation is justified.

The above examples indicate that the Constitutional Court should be empowered to rule a suspension order or an interim order, if necessary, during preliminary examination and upon the decision of annulment.

Whether the Constitutional Court may assume through its own decisions, such power which is not explicitly accorded to itself the Constitution or the Law concerning its organization is debatable. In other words, the possibility of filling this void in the constitutional jurisdiction through jurisprudence is an issue of discussion in the doctrine.

This issue was brought before the Constitutional Court on two occasions. The Court dismissed a plea for suspension on the following grounds:

«Suspension, by the Supreme Court, of enforcement of a law subjected to review of constitutionality until the conclusion of such review is a situation with very severe and major consequences. Therefore, such a decision may be rendered by the Supreme Court only if such power is explicitly accorded to by the Constitution. However, neither the Constitution nor its organization law accords such power to the Constitutional Court». (26)

The counter-argument in the doctrine runs as follows:

«According to the Constitution, Laws may not be in conflict with the Constitution. The principal duty of the Constitutional Court is to secure constitutionality through judicial review. It should be accepted that this Court, having been

(26) Separate decision of CC of 1/8/1985/4, RG of 18/10/1985, no: 18902;
CC decision of 6/4/1972, E. 1972/13, K. 1972, *AMKD*, volume 10. 273.

empowered to annul those laws which are in conflict with the Constitution, possesses the power also to suspend enforcement of unconstitutional laws. Such power is within the scope of review of constitutionality and is a procedural act. Suspension of enforcement may be ruled when necessary, even though it is provided for neither in the Constitution nor the organization law».

5. Powers of the organs of constitutional jurisdiction in the settlement of the contents and effects of their decisions (conclusive synthesis)

a) Constitutional or legal previous settlement and autonomy of the Court.

Those judges who are in a position to decide whether or not limitations imposed by a Constitution are complied with, or, whether or not they are transgressed, state what the Constitution means. In the Turkish legal system the Constitutional Court which is entrusted with the duty of control of constitutionality, is in a position to construe and explain relevant articles of the Constitution in the course of examining allegations of unconstitutionality. However, the Constitutional Court may not take unsolicited action and it may not be asked to examine, the constitutionality of a law unless there is a suit or duly made plea. The Constitutional Court interprets the Constitution only when there arises a problem as to the meaning of the Constitution in the course of trying a case.

The Constitutional Court is an independent body, decisions of which are final and valid *per se*.

The Turkish Constitution has not introduced a rule as to whether the Courts may interpret the Constitution. Although there are such provisions in the Constitution that laws may not be in conflict with the Constitution (article 11) and that judges shall render judgment in accordance with the Constitution, law and their personal convictions conforming to the law (article 138), a court, finding a law or provision unconstitutional, may not avoid its enforcement on its own

initiative. In such event, Courts are obliged to wait for the decision of the Constitutional Court and comply with such decision. Therefore, courts are not independent with regard to control of constitutionality. They enjoy a dependent power in the sense that, while trying a case, if they find a legal provision or rule applicable to the case unconstitutional or hold that a plea of unconstitutionality put forward by one of the parties is serious, they shall refer the matter to the Constitutional Court and stay their proceedings until the decision of the Constitutional Court in this respect is issued.

b) Extent, limitations and meaning of such powers concerning:

b.1. The legislative power

The Constitutional Court, in ensuring constitutionality of laws through judicial means by employing objective criteria, confines the legislature within constitutional limits; in safeguarding fundamental rights and freedoms provided for in the Constitution, it prevents tyranny of the majority over the minority. However, the Constitutional Court does not exercise the control of expediency; in other words, it does not tell whether laws are good or bad. Setting rules and making laws are duties of the legislature. The duty of the Constitutional Court is to check whether a rule or law is in conflict with the letter as well as the spirit of the Constitution.

The constitutional Court in Turkey has faced, from time to time, allegations that it makes decisions in a rule-setting manner, interferes with the discretion of the legislature and thus extends its own powers. The most important of such disputes arose in 1968, in connection with local and Senatorial elections held that year. The law to be applicable to those election had introduced the system of «d'Hondt with minimum vote requirements». The Constitutional Court annulled the rules relating to minimum vote requirements of that law, finding them in conflict with principles of a «democratic state» as set forth in the Constitution (27).

Therefore, the elections were held in accordance with the «d'Hondt system without minimum vote requirements». In other words, although what the parliament intended was the «d'Hondt system with minimum vote requirements»

(27) CC decision of 3/4/1968 and 6/5/1968, E. 1968/15, K. 1968/13, *AYMKD*, 6, pp. 125-162.

after the annulment decision the «d'Hondt system without minimum vote requirements» was implemented in accordance with the remaining provisions. Although the first impression might be that the Constitutional Court set a rule in this instance, in fact what the Constitutional Court did was to annul the section of a law which it deemed unconstitutional.

The Constitutional Court, stating in a later decision that «The lawmaker is entitled to determine an election system which it finds conforming to political and social conditions, facts and laws of the country» (28), has indicated that investigation of the convenience of an election system is in the realm of expediency control. This is a typical example of the method of judicial self-restraint.

Another issue of dissuasion is whether or not Constitutional Court may change the Constitution through its construction. It is a well established fact that the Constitutional Court may not change the form of the Constitution. It has to accept the text of the Constitution as it is . Change is only possible through interpretation of words and sentences written in the Constitution. As a matter of fact, this function of the Constitutional Court should be understood as clarification of the Constitution through construction of its rules rather than as changing it. Because, the scope of interpretation by the Constitutional Court is limited to the letter and spirit of the Constitution.

In another decision the Constitutional Court employed the principles contained in the «Preamble» as a norm of reference in the review of constitutionality (29).

But this practice brings with itself such problems as whether this is a law-giving act and whether the ratio decidendi of Constitutional Court decisions will be binding upon other courts as well.

b.2. The Courts in general

The Constitutional Court sometimes defines the meaning of a rule alleged to be unconstitutional by employing the technique of interpretation in harmony with the constitution and concludes that the rule so defined is not in conflict with the Constitution. (30)

(28) CC decision of 1/3/1984/1, K. 1984/2, *RG* of 1/5/1984, no: 18388.

(29) CC decision of 13/6/1985, E. 1984/14, K. 1985/7, *RG* of 4/8/1985, no: 18852.

(30) CC decision of 20/9/1984, E. 1984/10, *RG* of 28/12 1984, no: 18169.

But this practice brings with itself such problems as whether this is a law-giving act and whether the ratio decidendi of Constitutional Court decisions will be binding upon other courts as well.

b.3. The international or supranational courts

The standard adopted in the Turkish Constitution of 1982 in relation to the restriction of, fundamental rights and freedoms has been taken from the European Convention on Human Rights. According to the Constitution of 1982 «general and specific restrictions on fundamental rights and freedoms shall not be in conflict with the requirements of a democratic social order...» (article 13). The stated aims of the article are that restrictive measures should be compatible with the generally accepted concept of a democratic regime, and that this criterion has been accepted in international agreements and conventions. It is also stated that the restriction imposed shall not be greater than that required or necessitated by the legitimate purpose intended.

The above explanations show that the criterion adopted by the 1982 Constitution in relation to restriction of fundamental rights and freedoms is in line with the phrase used by the European Court of Human Rights in several of its decisions to the effect that a restriction imposed upon a right recognized under Convention should be commensurate with the legitimate purpose intended ⁽³¹⁾.

Therefore, related decisions of the European Court of Human Rights and the European Commission of Human Rights acquire importance in the interpretation of concepts of «democratic social order» and «Requirement» or «Necessity» in the Turkish Constitution.

The Constitutional Court has rendered no decision on this issue as no plea was brought before it in connection with that paragraph of article 13 of the 1982 Constitution. On the other hand, the Turkish Constitutional Court employed international conventions as a norm of reference or as principles supporting the relevant rules of the Constitution, as expressed in a decision rendered during the period of the 1961 Constitution: «That man is at the same time a member of the mankind as much as an individual of his nation has made, in our time, rights and freedoms of man no longer an exclusively national law problem and has added to them a universal meaning and content. Accordingly, as required by the

(31) Handside decision of 7/2/1976, Série A: No 24; Sunday times decision of 26/4/1979, Série A: No: 30.

Preamble and provisions of article 2 of the Constitution, it is not possible to disregard the Universal Declaration of the Rights of Man and the European Convention on Human Rights in the examination of the contested rule» (32).

The Constitutional Court has accepted general principles of law as a standard, having stated in another decision that «it is essential that our laws be in conformity with those general principles of law, well known to and agreed upon by all civilized nations before they conform to explicit provisions of our Constitution» (33).

In its decision on the presumption of innocence the Constitutional Court has adopted the definition in the Universal Declaration of the Rights of Man and stated that definitions given in the Universal Declaration of the Rights of Man and the European Convention on Human Rights must be complied with (34).

The Constitutional Court decision dismissing the allegation of unconstitutionality of the capital punishment is based on article 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the European Convention on Human Rights) (35).

In several other decisions the Constitutional Court used the Universal Declaration of the Rights of Man, the European Convention on Human Rights and the European Social Charter as norms of reference (36).

(32) CC decision of 29/1/1980, E.1979/38, K. 1980/11, *RF* of 15/5/1980, no: 16989.

(33) CC decision of 22/12/1964, E.1963/166, K.1964/76, *AYMKD*, 2, p. 291.

(34) CC decision of 29/1/1980, E.1979/38, K.1980/11, *RG* of 15/5/1980, 16989.

(35) CC decision of 7/11/1963, E.1963/207, K.1963/175, *AYMKD*, 1, p. 363.

(36) CC decision of 21/5/1981, E.1980/29, K.1981/22, *RG* 18/8/1981; CC decision of 15/6/1967, E.1966/34, K.1967/18, *AYMKD*, 5.



EUROPEAN COMMISSION
OF
HUMAN RIGHTS

**CONSTITUTIONAL JURISDICTION
IN THE CONTEXT OF STATE POWERS,
AS REGARDS THE MODALITIES, THE CONTENTS,
AND THE EFFECTS OF THE DECISIONS
ON THE CONSTITUTIONALITY
OF JUDICIAL RULES**

prepared by:

*Professor Dr. J.A.FROWEIN,
Second Vice-President of the
European Commission of Human Rights*

and

*Dr. M. E. VILLIGER,
Legal Officer in the Secretariat of the
European Commission of Human Rights*

1. Introduction

1.1. *Organs of constitutional jurisdiction*

1. Under the *European Convention on Human Rights* of 4 November 1950 («the Convention») the task of protecting fundamental rights is shared by the European Commission of Human Rights, the European Court of Human Rights, and the Committee of Ministers of the Council of Europe.

2. The *Commission's* membership is equal to the number of States that have ratified the Convention (Article 20 of the Convention). Members are elected by the Committee of Ministers from a list of names submitted by national delegations in the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Members are independent and do not represent the State in respect of which their names were put forward for election. They hold office for six years and may be re-elected (Articles 22 f.).

Since 1970 the Commission has been sitting at least five times a year for two-week sessions. In 1987 it will sit an additional four times for one-week sessions. The Commission works entirely in private and its records are confidential (see Article 33).

3. The *Court*. Each State member of the Council of Europe has one judge in the Court. Each State puts forward a list of three candidates. The judges are then elected for nine years by the Parliamentary Assembly. Judges sit in their individual capacity and in no way represent their country. The Court is renewed one-third at a time, and judges can be re-elected (Articles 38-40).

The Court does not sit permanently. For several years it has been sitting during the last week of each month except in summer. Cases are normally dealt with

by a chamber of seven judges one of whom will be the national judge of the country concerned in the case or, if there is none, a person of its choice. The remaining judges are drawn by lot by the President of the Court. If the chamber finds itself dealing with an important question affecting the interpretation of the Convention, the case will usually be referred for hearing to the full Court. The chamber must relinquish its jurisdiction in favour of the plenum if the chamber's resolution of such a question might have a result inconsistent with a previous judgement of the chamber or the plenum (Rule 50 of the Revised Rules of Court of 24 November 1982). While the Court deliberates in private, its hearings are normally public and its judgments are pronounced publicly (Rules 18 and 50 of the Rules of Court).

1.2 Modalities and procedures of the control of constitutionality (for instance, preventive and successive control; concrete control in the course of contentious proceedings, and abstract control; in other proceedings of constitutional jurisdiction)

A. Procedure before the Convention organs

4. Introduction of a complaint. Complaints of a Convention violation are introduced before the Commission. Although one State may bring proceedings against another, the most frequent form of complaint is the individual application brought by any person (or group of individuals or non-governmental organization) against a State within whose jurisdiction he comes. But before such can be lodged, the State in question must have recognised by express declaration the right of individuals under Article 25 to bring complaints against it. By 1 September 1986, 18 of the 21 member States of the Council of Europe had accepted this right, (i. e., Austria, Belgium, Denmark, France, Federal Republic of Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Liechtenstein, Luxembourg, Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland and the United Kingdom; but *not* Cyprus, Malta and Turkey.

As of 1 September 1986, 12,370 applications to the Commission have been registered. Before a case is registered, correspondence may be conducted between the Commission's Secretariat and the applicant which is normally contained in a «provisional file». Between 1973 and 1 September 1986 approximately 33,200 such files have been opened.

5. *Admissibility proceedings before the Commission.* Once a case has been registered, the Commission's first task is to decide whether an application is admissible. This includes, *inter alia*, an examination as to the compatibility with the Convention of the complaint *ratione personae, temporis, loci* and *materiae*, the exhaustion of domestic remedies and the well-foundedness of the complaint. Also, the complaint must have been lodged within six months of the final domestic decision in the case (see Articles 25-27). At this stage, the Commission may ask the respondent Government and the applicant to submit observations on the application in writing and, subsequently, orally at a hearing. An applicant may be granted legal aid by the Commission to help present his case.

6. *Proceedings on the merits before the Commission.* As of 1 September 1986 the Commission has declared 495 applications admissible. A further approximately 1,100 applications were then still pending. The decision on admissibility is public. Once an application is declared admissible, the Commission goes on to establish the facts and to attempt, if possible, to secure a friendly settlement «on the basis of respect for Human Rights as defined in (the) Convention» (Article 28 [b]). Where a settlement is reached, the Commission draws up a brief report on the case. This is sent to the State concerned, the Committee of Ministers and the Secretary General of the Council of Europe for publication (Article 30). Up to 1 September 1986, 50 such Article 30 Reports have been adopted.

If no settlement is reached, the Commission will draw up a detailed report stating its opinion as to whether it considers that there has been a breach of the Convention (Article 31). Each member of the Commission has a vote, the views of the majority of members participating in the vote forming the Commission's opinion. Separate opinions are recorded. The report goes only to the State involved and the Committee of Ministers. At this stage it is not sent to the applicant or his lawyer and remains confidential. As of 1 September 1986, 219 such Article 31 Reports have been prepared.

7. *Reference to the Court.* Within three months of transmission of the Commission's Report to the Committee of Ministers, the case may be referred to the Court. For this to happen, the State concerned must have accepted the compulsory jurisdiction of the Court or at least have agreed to accept the Court's jurisdiction in the particular case (Articles 46, 48). By 1 September 1986, 19 of the 21 member States of the Council of Europe had agreed to accept the Court's com-

pulsory jurisdiction (i. e., the States mentioned in para. 4, but *not* Malta and Turkey).

Reference to the Court can only be made by the Commission, the State concerned or the Government of the State of which the applicant is a national. The individual who introduced the application before the Commission has no such right (Articles 44, 48). However the applicant will subsequently have the opportunity himself to make oral or written submissions to the Court.

As of 1 September 1986, the Court has had 118 cases referred to it, 84 of which were referred by the Commission, 24 by the Commission and then a Government, 5 by Government and then the Commission, and 5 by a Government. In recent years the Commission has brought most cases before the Court where it had previously found a violation of the Convention, or where important problems of interpretation arose.

The Commission is represented by its delegates who present the Commission's conclusions to the Court as an *amicus curiae* in an impartial and objective way. Once a case has been referred to the Court, the Commission's Report, with its opinion on whether there has been a violation of the Convention, is normally made public.

8. *Proceedings before the Court* (see Rules 26 ff. of the Rules of Court). As a first stage of its proceedings the Court examines the Commission's Report together with any further written submissions. There will then normally be a public hearing where delegates of the Commission, the Government and the applicant or his representative enlarge on their written submissions and may be questioned about them by the judges. Thereafter, the judges meet in private and vote on whether they consider there has been a breach of the Convention. The view of the majority of the judges present forms the decision of the Court, but separate decisions are recorded.

As of 1 September 1986, the Court has delivered altogether 115 judgments (including judgments on procedural questions and the awards on damages). Thereby it held that there had been a breach or breaches of the Convention in fifty-five cases, and that there had been no breach in 24 cases. On that date, 36 cases were pending before the Court.

If need arises, the Court has the power under Article 50 to award compensation or costs to be paid to the injured party.

9. *Proceedings before the Committee of Ministers.* If a case is not referred to the Court, the Committee of Ministers decides by a majority of two-thirds whether or not there has been a breach of the Convention. The Committee which will also decide whether to publish the Commission's report for information, has the additional competence to supervise the enforcement of its decision (Article 32).

The Committee of Ministers also supervises the execution of judgments of the Court (Article 54).

As of 1 September 1986, the Committee of Ministers had adopted 65 resolutions under Article 32, and 40 resolutions under Article 54; 9 cases were still pending under Article 32 (including an inter-State case), and 10 cases under Article 54.

10. *Structural problems.* Recent years demonstrated defects in the control machinery to the Convention. Thus, while the workload of the organs has increased dramatically, the Commission and Court continue to operate on a part-time basis with an insufficient infra-structure. As a result, serious delays have occurred in the handling of cases, and members of the respective Convention Organs are heavily overburdened.

11. *Outlook.* These difficulties have led, first, to the preparation of the Eighth Protocol to the Convention of 1985 which allows the Commission also to set up a committee of three members empowered to reject applications that are manifestly ill-founded. Regrettably, the number of 21 ratifications required for its entry into force has not yet been reached. Second a Seminar was held in Neuchâtel in Switzerland in 1986 when the idea was discussed of the future merger of the Commission with the Court into a single full-time body.

B. *Types of control*

a) *Abstract or concrete control*

12. In *inter-State applications* States may complain about «any alleged breach of the provisions of the Convention by another High Contracting Party» (Arti-

cle 24) and, as a result, also about national legislation or administrative practices in the abstract (1).

13. *Concrete control in individual applications.* According to Article 25, individuals must claim «to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in this Convention». According to the Convention organs' case-law, Article 25 empowers them to decide, «not on... legislation and practice *in abstracto* but solely on the manner in which they were applied to the applicant» (2). The Convention organs' control is thus necessarily concrete. In particular, the individual must show that he has been directly affected by the alleged violation, e. g. by a concrete administrative act or a court decision to his disadvantage. The individual may not raise an *actio popularis* by complaining of the application of a law to other individuals (3).

14. *Instances of quasi-abstract control.* Occasionally the Convention organs have examined the conformity with the Convention of legal provisions in the abstract rather than the manner in which they were applied to the applicant. Closer scrutiny of this case-law discloses that such examination can nevertheless be qualified as a concrete control, since the Convention organs will only undertake an examination of legislation *in abstracto* if the respective individuals «run the risk of being directly affected by it» (4). Such a situation has arisen, for instance, in respect of:

- legislation permitting secret surveillance of the mail and telecommunications of a person, since, «owing to the secrecy of the measures objected to, (an individual) cannot point to any concrete measure specially affect-

(1) See Eur. Court H.R., Ireland v. the United Kingdom judgment of 18 January 1978, Series A No. 25 para. 240. See for this Report throughout also J.A. Frowein/W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar (1985).

(2) See Eur. Court H.R., Minelli judgment of 25 March 1983, Series A No. 62 para. 35.

(3) See No. 6742, Commission Dec. 10.7.75, Decisions and Reports [D.R.] 3 p. 98.

ting him... (T)he effectiveness (*l'effect utile*) of the Convention implies in such circumstances some possibility of having access to the Commission» (5).

- a male adult homosexual, in view of the fact that, in the personal circumstances of the applicant, the impugned Northern Irish legislation «continuously and directly affects his private life...: either he respects the law... or he commits such acts and thereby becomes liable to criminal prosecution» (6).
- two women who, while themselves not being pregnant, complained of German legislation concerning intentional interruption of pregnancy (7).

15. *Other special cases.* The Convention organs have examined complaints of individuals on the basis of their close relation with the directly affected person, for instance if the latter has died (8). The Convention organs have also entered into complaints with a partly abstract character concerning «administrative practices». In one such case, the applicants complained that they themselves had been tortured and treated inhumanly contrary to Article 3. They complained in addition of systematic administrative practice permitting such treatment in respect of other persons (9).

b) Preventive or successive control

16. *Successive control in individual applications.* In a wider sense the Convention organs' control is necessarily successive in that they can only act once

(5) see Eur. Court H.R., *Klass and others* judgment of 6 September 1978, Series A No. 28 para. 34.

(6) See Eur. Court H.R., *Dudgeon* judgment of 30 January 1981, Series A No. 45 para. 41.

(7) See No. 6965/75, Commission Dec. 5.3.76, D.R. p. 130.

(8) See e. g. No. 6861/75, Commission Dec. 14.7.75, D.R. 3 p. 147.

(9) See No. 5577 - 5583/72, Commission Dec. 5.4.73. Yearbook 14 p. 212. Such a «practice (which is) incompatible with the Convention consists of an accumulation of identical or analogous breaches which are sufficiently numerous and inter-connected to amount not merely to isolated incidents or exceptions but to a pattern or system; a practice does not of itself constitute a violation separate from such breaches», *Ireland v. the United Kingdom*, *ibid.* (n.º 1), para. 159.

an application has been lodged with the Commission. The Convention organs thus differ from the Committee to be established under the Draft European Torture Convention which would be entitled to conduct, on its own accord, unannounced on-the-spot visits of prisons, thus providing for a certain preventive control.

In a narrower sense, the Convention organs' control is as a rule successive. In particular, Article 25 requires that an applicant must be directly affected (see above para. 13). It follows that the Convention organs' control will normally occur only after the alleged violation has taken place.

17. Instances of preventive control. The above described possibilities of quasi-abstract control (para. 14) will often also imply a certain form of preventive control, in particular if an individual «runs the risk of being directly affected» by legislation. In such cases, it would appear unreasonable to expect from the applicant first to undergo the alleged violation in order to be able to complain about it.

A particular form of such preventive control can be found in the Commission's competence to apply interim measures. Rule 36 of the Commission's Rules of Procedure provides for such measures if they «seem desirable in the interest of the parties or the proper conduct of the proceedings before it». These measures presuppose an imminent and serious risk of a violation of the Convention and are applied in cases of extreme urgency in order to avoid irreparable damage. Typically, these measures have been applied in cases where an applicant is to be expelled from a Convention State, and he complains that inhuman treatment contrary to Article 3 will await him in the country to which he returns. The measures amount to recommendations of the Commission which in fact have been taken very seriously by the national authorities.

A preventive influence also extends from the Convention itself (see below paras. 21 f.).

Finally, mention may be made of the 1985 recommendation by the Parliamentary Assembly to the Committee of Ministers to draw up a protocol to the Convention with a view to empowering the Court to give preliminary rulings at the request of national courts. The proposal draws on the system introduced by Article 177 of the EEC Treaty. In view of the fact that at the time of the preliminary ruling the respective case would under domestic law not yet have entered into legal force, the ruling would amount to preventive control.

C. Other procedures

18. Other procedures under the Convention include the *advisory jurisdiction of the Court* instituted upon request of the Committee of Ministers. However, according to Article 1 para. 2 of Protocol N.º 2, the Court may thereby «not deal with any question relating to the content or scope of the rights or freedoms defined in Section 1 of the Convention and in the Protocols thereto, or with any other question which the Commission, the Court or the Committee of Ministers might have to consider in consequence of any such proceedings as could be instituted in accordance with the Convention».

1.3 *Extent and object of the constitutionality control:*

- a) legislative acts and other juridical rules (for instance, regulations);
- b) statutory clause and rule;
- c) omissions of the legislator

19. *Scope of domestic control.* According to Article 1, «the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention». Article 1 implies that the Convention not only obliges the higher authorities of a State to respect for their own part the Convention guarantees. It also has «the consequence that, in order to secure the enjoyment of those rights and freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels»⁽¹⁰⁾.

If follows that no hierarchical or other distinction can be made between laws, regulations etc., which do or do not fall within the scope of control of the Convention organs, since a State's responsibility arises in all its forms of jurisdiction and in respect of the entire conduct of all its organs. Indeed, the responsibility of a Convention State can be engaged by acts of its authorities even if they produce effects outside its own territory, provided the authorities' conduct falls within the State's jurisdiction⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ See *Ireland v. the United Kingdom*, *ibid.* (n.º 1), para. 239.

⁽¹¹⁾ See e. g. N.ºs 7289/75 and 7349/76, Commission Dec. 14.7.77, D.R. 9, p. 57.

20. *Object of control.* The control by the Convention organs is as a rule of a concrete nature, and legislation is only exceptionally controlled in the abstract (see above paras. 13 f.). Accordingly, the object of their examination will remain the application of a legal provision upon an individual and, exceptionnally, the norm itself. The law, or text, in which the norm has been incorporated, will only come to bear to the extent that it assists in the interpretation of the norm at issue (see also below para. 26).

21. *Authorities' failure to act in the individual case.* The Convention rights have generally been conceived as negative guarantees in the classic sense. They direct the State authorities not to interfere, or to do so only under certain conditions, with the rights and freedoms of an individual in certain areas. However, the Convention may also entail a positive obligation for the State authorities in an individual case, implying a breach of the Convention if such conduct was not undertaken.

Thus, in the *Airey* case, the Court had to decide whether or not, in ensuring effective access to Court, a State must provide free legal aid for every dispute relating to a «civil right» within the meaning of Article 6 para. 1, which guarantees the right to a fair and public hearing. The Court which eventually found a breach of Article 6 para. 1 in that case, stated that «Article 6 para. 1 may sometimes compel the State to provide for the assistance of a lawyer when such assistance proves indispensable for an effective access to court either because legal representation is rendered compulsory... or by reason of the complexity of the procedure or of the case» (12).

The *Artico* case concerned the obligation of State authorities under Article 6 para. 3 (c) to appoint a new legal representative for an applicant involved in criminal proceedings in view of the fact that the originally appointed lawyer had failed to act. The Court found that such an obligation could indeed arise in certain circumstances, since «the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective; this is particularly so of the rights of the defence in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial, from which they derive» (13).

(12) See judgment of 9 October 1979, Series A N.° 32 para. 26.

(13) See judgment of 13 May 1980, Series A N.° 37 para. 33.

22. *Omissions of the legislator.* This obligation of positive conduct may also include the duty of the State authorities to enact legislation as such which will ensure the enjoyment of the rights and freedoms of the Convention. Thus, in the *Young, James and Webster* case, the Convention organs were confronted under Article 11 with the issue of the «closed shop», namely whether Article 11 guarantees between (private) employers and employees the right not to join a trade union. The Court held:

«Under Article 1 of the Convention, each Contracting State' shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in... [the] Convention', hence, if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the enactment of domestic legislation, the responsibility of the State for that violation is engaged... It was the domestic law in force at the relevant time that made lawful the treatment of which the applicants complained. The responsibility of the respondent State for any resultant breach of the Convention is thus engaged on this basis» (14).

Furthermore, in the *Marckx* case the Court found that the respect for family life envisaged in Article 8 implied «the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8...». A similar conclusion was reached in the case of *X. and Y. v. the Netherlands* (15).

1.4. *Standards of control (the Constitution or the Constitution and other rules and principles)*

23. *The international standard of control.* The Convention organs are called upon «to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the present Convention» (Article 19). Other rules of interna-

(14) See judgment of 13 August 1981, Series A N.º 44 para. 49. See on this also *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar (n.º 1), p. 16 ff.

(15) See the *Marckx* judgment, *ibid.* (n.º 4), para. 31; *X. and Y. v. the Netherlands* judgment of 26 March 1985, Series A n.º 91, paras. 24 ff.

tional law fall outside the purview of their control. The Commission has, for instance, decided that it has no jurisdiction to apply the general principles of international law in isolation but only in relation to the provisions of the Convention (16). On the other hand, the Convention organs have frequently undertaken a comparative approach and consulted other international agreements for the purpose of interpreting provisions of the Convention (17).

24. Reference may also be made to the *Hess* case which was introduced against the United Kingdom and concerned the detention of Rudolf Hess in the Berlin Spandau Prison (18). The Commission found that the respondent Government had only participated as one of four partners in the joint organisation and administration of the prison established in compliance with a directive of the Control Council. However, such participation was not a matter «within the jurisdiction» of the United Kingdom within the meaning of Article 1 of the Convention. The Commission also found that the agreement concerning Spandau Prison had come into force in 1945, i. e. before the Convention had entered into force in respect of the respondent Government. It therefore declared the application incompatible *ratione personae* (19).

In the *CFDT* case, the Commission found that insofar as the application was directed against the European Communities (EC), it was outside its jurisdiction *ratione personae*, since the EC were not a Contracting Party to the Convention. Similarly, it rejected the complaint directed against each of the member States of the EC, since these states, by taking part in decisions of the Council of the EC, had not exercised their jurisdiction within the meaning of Article 1 (20).

25. *Relationship with international humanitarian law.* In its Report on the application *Cyprus v. Turkey*, the Commission had to deal with the relations-

(16) See N.° 7742/76, Commission Dec. 4.7.78, D.R. 14 p. 44. See on this also *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar (n.° 1), p. 18 f.

(17) See the instances referred to in Franz Matscher, *Vertragsauslegung durch Vertragsrechtsvergleichung in der Judikatur internationaler Gerichte, vornehmlich vor den Organen der EMRK*, in *Festschrift für Hermann Mosler* (1983), p. 545 ff.

(18) See the *Hess* case, N.° 6231/71, Commission Dec. 28.5.75, D.R. 2 p. 72 ff.

(19) See *ibid.* (n.° 18).

(20) See N.° 8030/77, Commission Dec. 10.7.78, D.R. 13, p. 231.

hip between the Convention and humanitarian law, namely the 1949 Geneva Convention law. The Commission was confronted with complaints under Article 5 concerning the detention of Greek Cypriots. It found, *inter alia*, that the respective persons had been granted the status of prisoners of war and had been visited by delegations of the International Committee of the Red Cross. In view thereof «the Commission (did) not find it necessary to examine the question of a breach of Article 5 of the... Convention... with regard to persons accorded the status of prisoners of war» (21).

26. *The standard of domestic law.* In respect of certain Convention guarantees, the Convention organs are also called upon to examine whether or not the domestic act complained of was «prescribed by law» or «in accordance with the law» (para. 2 of Article 8-11). Here, the Convention ensures the rule of law by referring to a State's domestic legal system which must provide an adequate legal basis for the restrictive measures at issue. Nevertheless, there can only be a limited examination as to whether a domestic act complied with municipal law. The interpretation of the latter is in principle a matter for the national authorities, unless exceptionally a manifest miscarriage of justice occurred. On the other hand, a substantial body of case-law has developed on the meaning of the terms «prescribed by law» (22).

2. Content of decisions: the different types of judgment on juridical precepts (or on juridical rules) subject to constitutionality control and their meaning, in the constitutional case-law

2.1. The simple or extreme types: decisions of unconstitutionality (nullity) — decision of non-unconstitutionality (or of conformity with the Constitution).

(21) See Commission's Report 10.7.76, Council of Europe Doc. 45.82306.2.

(22) See the Sunday Times judgment of 26 April 1979, Series A N.º 30 para. 49: «Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a «law» unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct; he must be able — if need be with appropriate advice — to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail».

2.2. The intermediary types: interpretative decisions — decisions of partial unconstitutionality — decisions of mere constatation of unconstitutionality — decisions with as «invitation» to the legislative power — other decisions

2.3. *Decisions with integrative or substitutive effects*

A. *Commission*

27. *Admissibility decision.* If the Commission finds that an application does not meet one or more admissibility conditions (see para. 5), the application is declared inadmissible and rejected. The decision is final. A further remedy does not exist, and the applicant may not raise substantially the same matter again before the Commission (Article 27 para. 1 (b)).

Conversely, the decision that a case is admissible implies that the admissibility conditions have been met, *inter alia*, that the case is not manifestly ill-founded. However, the decision leaves open the question of a violation of the Convention for further examination by the Commission and, possibly, the Court. If the Court is eventually seised of a case, it may nevertheless again examine admissibility conditions, for instance, the exhaustion of domestic remedies (Article 26), as long as the respective objection was already raised by the respondent Government during the admissibility proceedings before the Commission (23).

28. A *Report under Article 30* is prepared if, after a case has been declared admissible, a friendly settlement has been reached (see above para. 6). The Report contains a brief statement of the facts and of the solution reached, including, for instance, the measures which the respondent State will undertake in future to avoid recurrence of the same issue (24).

29. A *Report under Article 31* is prepared in admissible cases if no friendly settlement is reached (see above para. 6). The Report resembles a decision but

(23) See Eur. Court H.R., van Oosterwijck judgment of 6 November 1980, Series A N.° 40 para. 34.

(24) See, for instance, the Peschke case, Commission's Report of 13 October 1981, D.R. 25 p. 182.

in fact has no binding effect. It states the Commission's «opinion as to whether the facts found disclose a breach by the State concerned of its obligations under the Convention» (Article 31 para. 1).

In transmitting the Report to the Committee of Ministers the Commission may make such proposals as it sees fit (Article 31 para. 3). These proposals are directed towards the Committee of Ministers rather than the Court. This possibility is not used frequently in view of the fact that, when the Commission transmits the Report to the Committee of Ministers, it has not yet decided whether it will eventually refer the case to the Court.

An example for such proposals can be the *Adler* case which concerned the procedural practice of the Swiss Federal Court, in certain circumstances, not to grant an applicant a public hearing in cases where it acted in first and last instance. The Commission noted the change of procedural practice which the Swiss Federal Court had subsequently undertaken to avoid similar cases to arise. However, the Commission found that this did not provide redress for the violation under Article 6 para. 1 in the applicant's case, and it proposed that the Swiss Government should pay the applicant 3000. — SF as compensation ⁽²⁵⁾.

The Committee of Ministers is dealt with below at paras. 46 ff.

B. Court

a) *Nature of the judgments on the merits*

30. *Declaratory nature of judgments.* Both the first and second part of Article 50 (cited below in para. 31) clearly show that the Court's judgments on the merits of a case are of a declaratory nature. The Court is empowered to find whether a domestic administrative act, a court decision, a legal norm, or any other conduct imputable to State authorities is, or is not, in conformity with the Convention. The judgments which are final cannot quash or annul the impugned domestic act, and they have no «substitutive value».

In the *Albert and Le Compte* case, for instance, the Court found it «(was) not empowered under the Convention to direct the Belgian State — even suppo-

⁽²⁵⁾ See Commission's Report of 15 March 1985, to be published in D.R.

sing that the latter could itself comply with such a direction — to annul disciplinary sanctions imposed on the applicant or the sentences passed on him in criminal proceedings» (26).

The effects of the judgments of the Court are discussed below at paras. 40 and 56 ff.

b) Judgment on the award of damages

31. *Article 50* states:

«If the Court finds that a decision or a measure taken by a legal authority or any other authority of a High Contracting Party is completely or partially in conflict with the obligations arising from the present Convention, and if the internal law of the said Party allows only partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure, the decision of the Court shall, if necessary, afford just satisfaction of the injured party.

32. *Principle.* Once the Court has found a breach of the Convention, it is empowered under Article 50 to award «just satisfaction» to the extent that the internal law of the respondent Government allows only for partial reparation. This provision has its roots in general international law where «*restitutio in integrum* is... the normal sanction of non-performance of contractual obligations and... it is inapplicable only to the extent that restoration of the *status quo ante* is impossible» (27). Article 50 goes beyond international law in that damages may be awarded to an individual as the injured party.

In general, it is the individual who initiates these proceedings. Thus, he may refer, in his original application to the Commission, to the damage he has suffered as a result of the violation. The Court will deal with the point after, but always in the context of, its findings on the merits. If at that stage the issue of compensation is not yet ready for decision, the Court will deal with it later.

(26) See judgment of 24 October 1983 (Article 50), Series A N.° 68 para. 9.

(27) See *Texaco/Calasiatic v. Libya Arbitration* (1977), *International Legal Materials* 17 (1978), p. 36 para. 109. See on this also Frowein/*Peukert*, *EMRK-Kommentar* (n.° 1), p. 449 ff.

Article 50 presupposes a State's direct obligation to provide reparation. The applicant is therefore not requested again to exhaust domestic remedies within the meaning of Article 26 in order to claim damages before the Convention organs (28).

33. *Domestic reparation.* If the Court finds that full reparation has been afforded, it will no longer entertain the claim. Thus, in the *Piersack* case it concluded that the resumption in Belgium of the criminal proceedings in the applicant had been involved, «essentially redressed the violation found by the Court on 1 October 1982» (29). If the case concerned the conformity of legislation *in abstracto* with the Convention, the Court will consider that reparation has been afforded once the respondent Government has secured a change in the impugned law (30).

However, *restitutio* is often no longer possible, either as a whole or in part. For instance, in the case of a detention on remand contrary to Article 5, «complete reparation (*restitutio in integrum*) is prevented by the intrinsic nature of a wrong that consists of deprivation of liberty» (31). Compensation is then awarded to the extent that reparation has not been afforded. If the (remaining) damage appears insignificant, the Court will consider its judgment on the merits as in itself constituting adequate and just satisfaction (32).

Occasionally, the Court has awarded damages without appearing to have examined the issue of *restitutio in integrum* (33).

(28) See Eur. Court H.R., De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 10 March 1972 (Article 50), Series A N.° 14 para. 16.

(29) See judgment of 24 October 1984 (Article 50), Series A N.° 85 para. 11; below para. 62.

(30) See Eur., Court H.R., Dudgeon judgment of 24 February 1983 (Article 50), Series A N.° 59 para. 14.

(31) See Eur. Court H.R., Guzzardi judgment of 6 November 1980, Series A N.° 39 para. 113.

(32) See the Minelli judgment, *ibid.* (n.° 2), para. 44.

(33) See, for instance, Eur. Court H.R., Sporrang and Lönnroth judgment of 8 December 1984 (Article 50), Series A N.° 88 paras. 18-32.

34. *Types of prejudice; causality.* It is up to the applicant to demonstrate that he has suffered substantial material or immaterial damage (34). The Court will consider any material damage resulting directly from the Convention violation (*damnum emergens*). It will also consider indirect damage, for instance the loss of «real opportunities» (*lucrum cessans*) (35). Immaterial loss (non-pecuniary damage) will also be taken into account.

In addition the applicant must establish the causal link between the breach of the Convention and the alleged damage. Thus, in the *Eckle* case the Court found a breach of Article 6 in that criminal proceedings instituted against the applicants in Germany had lasted beyond a reasonable time. However, in its judgment under Article 50, the Court declined to award compensation for material damage, since the latter resulted, not from the length of the proceedings, but from the applicants' subsequent criminal conviction (36).

In the *Sramek* case, the Court did not award compensation since there was nothing to indicate that the respective body, the Tyrolean Regional Authority, would have decided differently if it had been composed in conformity with the conditions of Article 6 (37).

35. *Examples.* The amount of compensation awarded by the Court has ranged between a token indemnity of 100 hfl in the case of *Engel and others*, to 1 million Swedish crowns in the *Sporrong and Lönnroth* case (38). The latter case concerned expropriation permits granted by the Swedish Government to the Stockholm municipality over a long period of time in respect of certain private properties. Here the Court had found a breach of Article 1 of Protocol N.° 1. Under Article 50 it regarded it as sufficient globally to assess the relevant factors, *inter alia*, on the one hand, that the respective properties had in fact not

(34) «(T)he Court normally only looks to the items actually claimed and, since no question of public policy is involved, will not of its own motion consider whether the applicant has been otherwise prejudiced», Sunday Times judgment of 6 November 1980 (Article 50), Series A N.° 33 para. 14.

(35) See Eur. Court H.R., Colozza judgment of 12 February 1985, Series A N.° 89 para. 38.

(36) See judgment of 21 June 1983, Series A N.° 65 para. 20.

(37) See judgment of 22 October 1984, Series A N.° 84 para. 46.

(38) See judgment of 23 November 1975 (Article 50), Series A N.° 22 para. 10; and *ibid.* (n.° 33); respectively.

depreciated in value during the respective periods, on the other hand, that the proprietors had not been able to increase the value of the properties by new buildings.

In the «closed shop» case of *Young, James and Webster* (para. 22), the material damage was determined on the basis of lost salaries, pension rights and travel benefits. Together with an additional satisfaction for immaterial damage, the applicants were awarded altogether £ 82 511 (39). Finally, in the *Ringeisen* case, the Court awarded 20 000 DM to the applicant who been detained on remand in Austria for a period of time (22 months) exceeding the limits in Article 5 para. 3. The Court considered *inter alia* that the detention had prevented the applicant from preserving his economic interests, in particular in respect of the bankruptcy proceedings instituted against him (40).

36. *Costs of proceedings.* The Court may also award the costs and expenses incurred by the applicant in respect of the national as well as the Strasbourg proceedings (to the extent that they have not been reimbursed during the proceedings before the Commission). Costs and expenses are susceptible of satisfaction if they «were actually incurred, were necessarily incurred and were also reasonable as to quantum» (41).

c) *Other types of decisions*

37. The Court's advisory jurisdiction has been mentioned in para. 18. The Court may also be seised of:

- the interpretation of one of its judgments (42);
- the revision of one of its judgments (Rule 57 of the Rules of Court).

(39) See judgment of 18 October 1982 (Article 50), Series A N.° 55 para. 11.

(40) See judgment of 22 June 1972 (Article 50), Series A N.° 15 paras. 23 ff.

(41) See Sunday Times judgment, *ibid.* (n.° 34) para. 23.

(42) Rule 56 of the Rules of Court; see Eur. Court H.R., *Ringeisen* judgment of 23 June 1973, Series A N.° 16.

3. Effects of the decisions: the addressees of the decisions; the extent of its binding force

- a) Effects *inter partes* and effects *erga omnes*
- b) Effects of *res judicata* — general binding force — *stare decisis* force — force of law
- c) In particular, the binding of the organs or constitutional jurisdiction by their own decisions

38. *Preliminary remarks.* The following paragraphs deal first with direct and indirect effects of the judgments of the Court (see above para. 30). This section also deals with the situation where the Commission has adopted its final Report under Article 31 though the case is not transmitted to the Court. Here, the case will remain with the Committee of Ministers (see below para. 46 ff) which also supervises the execution of the judgments of the Court (see below para. 52 ff.).

A. Effects of judgments of the Court

39. *The relevant provisions* in respect of the Court are:

Article 52:

«The judgment of the Court shall be final».

Article 53:

«The High Contracting Parties undertake to abide by the decision of the Court in any case to which they are parties».

a) *Direct effects*

40. According to Article 52 the Court's judgment is final. Thus, it is not subject to any appeal to another authority ⁽⁴³⁾. As *res judicata* it also prevents the

⁽⁴³⁾ See Eur. Court H.R., Ringeisen judgment of 22 July 1972 (Article 50), para. 17; but see above para. 37.

same request being repeated again, either before the Convention organs or before the respective national courts. Further, it follows from Article 53 together with Article 50 that the Court's judgment on a case is binding upon the respondent Government. This binding effect necessarily extends to the interpretation of the respective Convention provisions.

Further effects are discussed at paras. 56 ff.

b) Effects upon third States

41. The *question* arises whether the Court's judgments will bind other Convention States, for instance by means of an authoritative (binding) interpretation of the Convention, or by indirect effects of the judgment itself.

42. *Authoritative interpretation of the Convention.* The high authority of the Convention organs and their position in the Convention system ensure that national authorities will consider their case-law essential starting point when interpreting and applying the Convention.

On the other hand, there is no support in the Convention for the view that the Court's interpretation is authoritative (binding) in the sense that it can lay down *erga omnes* the meaning of a Convention provision and thus oblige the national authorities of other States, when applying the Convention, to adopt a particular mode of interpretation. In particular, such a proposition cannot be based on Article 45 which merely lays down the limits of the Court's jurisdiction, namely that it is competent to interpret and apply the Convention.

43. *Indirect effects of judgments.* Nevertheless, much the same effect is achieved for another, essentially practical consideration. It can reasonably be assumed that, once the Convention organs have interpreted a Convention provision in a given case, they will interpret and apply that provision in the same way again in later cases, which are the same. The Convention organs will draw on their previous case-law at least as a starting point if a later case is similar to previous ones.

Of course, not all judgments lend themselves to such indirect effects, for instance, if they concern length of domestic civil or criminal proceedings under Article 6 para. 1 which necessarily relate to the specific circumstances of the individual case (para. 64). Nevertheless, a judgement may contain an interpretation

of the Convention in principle, and other States may then be required to draw the consequences from the judgment even if they are not directly affected, in order to ensure compliance with Article 1 of the Convention.

44. An *example for such indirect effects* can be found in the Swiss Government's reaction to the case of *Engel and others*. In that case, the Court found on 8 June 1976 that the Dutch military disciplinary penalty of arrest, fell within the guarantees of Articles 5 and 6 of the Convention (44). The judgment affected primarily the Netherlands. Nevertheless when on 29 December 1975 a Swiss soldier, *Eggs*, filed a similar complaint with the Commission and the latter declared it admissible on 11 December 1976, the Swiss Government (Federal Council) introduced in Parliament an urgent Bill in order to amend the relevant Swiss law (45). In particular, the Government intended to change the system whereby the military administration, namely the chief military prosecutor, decided in last instance on the imposition of arrest. Parliament eventually adopted on 23 March 1979 a modification to the military penal code and a new of military criminal procedure. Henceforth, the Military Court of Appeal may in the last instance decide on the imposition of arrest.

c) Effects for the Commission.

45. The Commission and the Court have created a substantial body of case-law and have themselves generally maintained their own previous views in subsequent cases. However, there is no obligation under the Convention in this respect, and the Convention organs are themselves free to change their own jurisprudence within the limits of the Convention.

If the case has been deal with by the Commission and is then transmitted to the Court, the latter will again examine all the issues of the case, and it is therefore conceivable that the Court reaches a conclusion different to that of the Commission. Nevertheless, in retrospect this divergence of conclusions appears to have

(44) See Series A N.º 22.

(45) The Commission eventually found a violation of Article 5 para. 1, Report 4.3.78, D.R. 15 p. 35.

been the exception, not least because the Commission's final opinion is itself the product of very thorough and elaborate proceedings.

Finally, the Convention also does not require that the Commission should comply with the Court's previous case-law. Nevertheless, in view of the two-tier system established by the Convention, the Commission, as the first instance body, has for practical reasons regularly adopted the Courts's previous case-law.

For instance, it has been the Commission's constant jurisprudence that the determination of a person's right to health insurance allowances did not constitute a «civil right» within the meaning of Article 6 para. 1. Accordingly, in the *Feldbrugge* and *Deumeland* cases, which raised these and similar other issues, the Commission concluded in its Article 31 Reports that the guarantees of a fair and public hearing in Article 6 para. 1 were not applicable to such proceedings⁽⁴⁶⁾. The Court, which was then seised of the cases held that the guarantees of Article 6 para. 1 in fact did apply to such proceedings and eventually found violations of the Convention⁽⁴⁷⁾. There is no doubt that in future the Commission will consider such proceedings as falling within the scope of Article 6 para. 1.

B. The Role of the Committee of Ministers

a) Resolutions under Article 32

46. *Article 32* states:

«1. If the question is not referred to the Court in accordance with Article 48 of this Convention within a period of three months from the date of the transmission of the Report to the Committee of Ministers, the Committees of Ministers shall decide by a majority of two-thirds of the members entitled to sit on the Committee whether there has been a violation of the Convention.

⁽⁴⁶⁾ 9 and 11 May 1984, respectively.

⁽⁴⁷⁾ See judgments of 9 May 1986, Series A N.ºs. 99 and 100, respectively.

2. In the affirmative case the Committee of Ministers shall prescribe a period during which the High Contracting Party concerned must take measures required by the decision of the Committee of Ministers.
3. If the High Contracting Party concerned has not taken satisfactory measures within the prescribed period, the Committee of Ministers shall decide by the majority provided for in paragraph (1) above what effect shall be given to its original decision and shall publish the Report.
4. The High Contracting Parties undertake to regard as binding on them any decision which the Committee of Ministers may take in application of the preceding paragraphs».

47. *Powers of the Committee of Ministers.* Once a case has been transmitted to the Committee of Ministers, the Commission will normally refer it to the Court if it discloses a breach of the Convention or raises matters of general importance (para. 7). The remaining cases are dealt with by the Committee of Ministers. The latter may again examine all the issues of the entire case as far as they have been declared admissible by the Commission (48). In its final Resolution the Committee of Ministers will state whether or not a State has violated the Convention in a given case. It follows from paras. 2-4 of Article 32 that these Resolutions enjoy the same effects as the Court's judgments on the merits (para. 30). Article 32 does not mention the award of compensation, though in para. 2 it indicates «measures» which the Committee of Ministers may require the respective State to undertake.

48. *Practice on the merits.* In its Resolutions the Committee of Ministers has always adopted the opinion expressed in the Report of the Commission, if the latter found no breach of the Commission. The Committee of Ministers has in many cases adopted the Commission's view if the latter concluded that there had been a breach of the Convention.

(48) See e. g. Rules N.º 1 and 4 of the Article 32 Rules of the Committee of Ministers. See on this also *Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar* (n.º 1) , p. 426 ff.

However, in some cases in which the Commission found a violation of the Convention, the Committee of Ministers was unable to reach the majority of two-thirds required by Article 32 para. 1 (as interpreted by the Committee of Ministers) in order to arrive the same conclusion. Consequently, despite the Commission's finding of a violation, the respective States have not become liable under the Convention. These cases were the *Inhabitants of Les Fourons v. Belgium* (Res DH (74) 1); *Huber v. Austria* (Res DH (75) 2); *Eggs v. Switzerland* (Res DH (79) 2); and most recently *Dores and Silveira v. Portugal* (Res DH (85) 7) ⁽⁴⁹⁾. In the cases of *Les Fourons* and *Eggs* the Committee of Ministers did not refer to the lack of the required majority, though in *Eggs* it pointed out the measures which the Swiss Government had meanwhile undertaken (see para. 44).

49. *Practice as to the award of damages.* The Committee of Ministers has hitherto not on its own accord awarded compensation, though in one case, *Andorfer Tonwerke*, the applicant company was independently granted damages by the Austrian Government (Res DH (83) 9).

Until May 1985 the Committee of Ministers also did not award the compensation occasionally proposed by the Commission under Article 31 para. 3 (para. 29), as for instance in its Report on the case of *Santschi and others* ⁽⁵⁰⁾. For the first time in its Resolution of 26 June 1986 in the *Adler* case the Committee of Ministers noted that the Swiss Government had taken into consideration the proposals made by the Commission under Article 31 para. 3 and paid the applicant 3 000 SF in compensation (Res DH (86) 4).

50. *Measures under Article 32 paras. 2 and 3.* The Resolutions of the Committee of Ministers concerning individual applications have so far not pronounced on the «measures» referred to in Article 32 para. 2 Accordingly, no mention has been made of the decision under para. 3 ⁽⁵¹⁾. This can be explained by

⁽⁴⁹⁾ The Resolutions of the Committee of Ministers are reproduced in: Collection of Resolutions adopted by the Committee of Ministers in application of Articles 32 and 54 of the European Convention on Human Rights (1959 - 1983), Council of Europe Document N.° 1.20.329; Supplement (1984 - 1985), Council of Europe Document 1.21.667.

⁽⁵⁰⁾ See Report of 13 October 1981, D.R. 31 p. 5.

⁽⁵¹⁾ In the inter-State application of Denmark, the Netherlands, Norway and Sweden v. Greece the Committee of Ministers published the Commission's Report as a «measure» under Article 32 para. 3, Res DH ⁽⁷⁰⁾ 1. This «measure» must be distinguished from the practice of the Committee of Ministers under certain circumstances to authorise publication of the Commission's Report once it has passed a Resolution on the matter.

the fact that the respondent Government will inform the Committee of Ministers of the measures undertaken *before* the Committee resolves to find a breach of the Convention. The Resolution will then refer to this information and declare that therefore «no further action is called for in this case».

51. *Appreciation.* The Committee of Ministers was designed by the authors of the Convention formally to conclude proceedings in cases in which the respondent Government had not accepted the Court's jurisdiction under Article 46. In recent years, the position of the Committee of Ministers in the Convention system has been seriously called in question. As a political body it lacks both the special knowledge and the independence to provide for a judicial decision in the final instance. The Committee's failure to reach the required majority in certain cases (see above para. 48) has also attracted sharp criticism and led to undignified speculation as to the internal goings-on in this body. Doubts have further been raised in respect of the conformity with the Convention of Rule 5 of the Committee's Article 32 Rules according to which measures proposed under Article 32 para. 2 will not be binding on the respective States.

These and other problems have resulted in proposals to strengthen the position of the other two Convention organs. For instance, it has been suggested to merge the Commission with the Court (para. 11) and to reserve the jurisdiction of the Committee of Ministers for special cases such as certain inter-State applications. It has also been proposed to allow the individual himself to refer his case to the Court.

b) Resolutions under Article 54

52. *Article 54* states:

«The judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers which shall supervise its execution».

53. *Powers of the Committee of Ministers.* Once the Court has given judgment on a case and thereby found a violation of the Convention, the Committee of Ministers is called upon to supervise its execution. The Committee will then invite the respective State to furnish information on the measures it has taken,

or will take, in response to the judgment. The measures relate both to the judgment on the merits and the award of damages ⁽⁵²⁾. It follows from Article 54 that the Committee cannot go beyond the Court's powers and direct the respective State as to the measures it should implement. Rather, the Committee can only take note in its Resolution of the fact that a Government has undertaken such measures and then conclude that no further action is called for. Nevertheless, by lowering or raising this threshold, the Committee could play a significant rôle in supervising the execution of the Court's judgments.

54. *Practice.* Two recent examples demonstrate that in fact the scope of measures which Governments have undertaken to implement cover a wide range. In the Resolution on the *van der Shuijs, Zuiderveld and Klappe* case, the Dutch Government referred to bills for the revision of the administration of military justice which were currently under consideration before the Dutch lower House of Parliament. By extending the provisions of the Dutch code of criminal procedure to military servicemen, these Bills would appear to prevent similar issues arising in future. The Government had also paid the applicants the sum awarded by the Court under Article 50 (Appendix to Res DH (85) 11).

In the Resolution on the *Minelli* case, which concerned the presumption of innocence guaranteed in Article 6 para. 2, the Swiss Government informed the Committee of Ministers that, apart from paying the sum awarded under Article 50, it had brought the Court's judgment to the notice of the Swiss Federal Court, the Zurich Cantonal Direction of Justice, and various other bodies (Appendix to Res DH (83) 10).

The *Minelli* case suggests that Government are initially often restricted by their internal legal order in the execution of the judgments (see below para. 57). On the other hand, the different types of measures which the Committee has regarded as sufficient under Article 54 indicates that it does not raise the threshold too high in order to pass its Resolution, and accordingly that it has not exploited fully the (narrow) potential which Article 54 provides.

In the context, mention may be made of the Swiss Government's proposal to request an advisory opinion from the Court under Protocol N.º 2 as to the

⁽⁵²⁾ See paras. 30 ff. and Rule 2 of the Article 54 Rules of the Committee of Ministers.

precise scope of Article 54⁽⁵³⁾. However, according to Article 1 of Protocol N.° 2, such a request would have to be submitted by the Committee of Ministers which would have to decide by a majority of two-thirds.

55. A *special situation* arose in the case of *Luedicke, Belkacem and Koç* in which the Court had found a violation in respect of the right to free assistance of an interpreter in criminal proceedings, guaranteed in Article 6 para. 3 (e). Here, the Agent of the Federal Republic of Germany declared before the Court that her Government «would... table a Bill in the *Bundestag* to amend the law currently in force». The Court took formal notice thereof⁽⁵⁴⁾. In its judgment under Article 50 the Court then struck the case off its list in respect of the applicants *Luedicke and Kos*, and rejected the request made by *Belkacem*⁽⁵⁵⁾.

In subsequent information submitted to the Committee of Ministers, the German Government stated that the Court «(had) held that the three cases are settled» and that it had «fulfilled its duties under Article 53 of the Convention in this case» (Appendix to Res DH (83) 4). No reference was made any longer to the changes in legislation which indeed had been made and entered into force on 1 January 1983, but were not directly attributed to the effects arising from Article 53.

4. Effect is time of the decisions

4.1. Effects *ex tunc*: extent and limits

4.2. Effects *ex nunc*

4.3. Effects *pro futuro* (in particular, the possibility of fixing a term for the cessation of effectiveness of the rules)

⁽⁵³⁾ Report submitted to the 1985 European Conference of Ministers in Vienna: *Fonctionnement des organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Evaluation, amélioration et renforcement du mécanisme international du contrôle institué par la Convention*, Strasbourg (1984), paras. 18 f.

⁽⁵⁴⁾ See judgment of 28 November 1978, Series A N.° 29 paras. 56 f.

⁽⁵⁵⁾ See judgment of 10 March 1980 (Article 50), Series A N.° 36.

A. General

a) Judgments on the merits

56. *Principle.* It follows from Articles 50 and 53 that, while the Court's judgments have no quashing effect, the respondent Government is obliged to comply with the decision. As a result, first, the Government can no longer maintain, either in the domestic sphere or before the Committee of Ministers, that the respective domestic act is in conformity with the Convention. Second, the Government is obliged to provide reparation for the violation of the Convention (*restitutio in integrum*). The State is thus in principle bound to set aside the respective Convention violation and to restore a situation which again conforms with the Convention.

Nevertheless, the Court has found that «(its) decision cannot of itself annul or repeal these decisions; the Court's judgment is essentially declaratory and leaves to the State the choice of means to be utilised in its domestic legal system for performance of its obligation under Article 53» (56). To the extent that domestic reparation is not, or not completely possible, the State will have to award compensation to the applicant under Article 50 (see above paras. 32 ff).

57. *Limitations of the domestic legal order.* The last mentioned qualification implies that States are obliged to afford domestic reparation only within the general possibilities of their legal order. Such reparation is often no longer possible since the domestic act may have already been terminated, or have entered into legal force (see below paras. 60 ff.). The respondent Government bound by the Court's judgment is also bound by the domestic separation of powers and cannot therefore directly afford reparation in respect of judicial acts. In Federal States the domestic act constituting a violation of the Convention may lie outside the (Federal) Government's jurisdiction (57). In Switzerland, the Government as the executive power (Federal Council) cannot even directly ensure an amendment

(56) See Marckx judgment, *ibid.* (n.° 4) para. 58. See for this section also *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar (n.° 1), p. 470 ff.

(57) This explains the Swiss Government's reactions under Article 54 in the Minelli case, above para. 54.

of legislation before the Federal Parliament. Incidentally, it is these domestic constraints, varying widely from country to country, which also require that the Court's judgments remain declaratory in nature.

58. The *German Federal Constitutional Court* has recently confirmed this interpretation of Articles 50 and 53 in an interesting decision concerning the effects of the *Pakelli* case⁽⁵⁸⁾. The applicant, against whom criminal proceedings had been instituted, complained before the Convention organs, *inter alia*, of the refusal of the German authorities to appoint an official defence counsel in appeal proceedings. The Commission and the Court both concluded that Article 6 para. 3 (c) had been violated⁽⁵⁹⁾. The applicant then unsuccessfully requested the German courts to reopen the respective criminal proceedings on the strength of the Strasbourg judgment.

The Federal Constitutional Court, which eventually rejected his constitutional complaint on 11 October 1985, found that in principle it would violate Article 2 para. 1 («Freedom Rights») of the German Basic Law if a German court decision in effect contradicted general international law. However, the refusal not to reopen the proceedings in the instant case did not violate Article 2 para. 1 since the decisions of the Strasbourg Court were only of a declaratory nature. A different situation would arise if the execution of a domestic judgment was (still) at issue and the Strasbourg Court had found the judgment itself to be in violation of the Convention.

The decision is important in that it assumes that the Strasbourg Court's judgment does indeed come to bear in the domestic sphere and, moreover, could oblige the Federal Constitutional Court, in certain circumstances, to ensure compliance therewith in respect of the individual applicant.

b) Article 50 judgments

59. Article 53 also obliges States to pay the compensation awarded by the Court under Article 50 (see above paras. 32 ff). So far, there do not seem to have been any complications in this respect.

⁽⁵⁸⁾ Reproduced in *Zeitschrift für ausländische öffentliches Recht und Völkerrecht* 46 (1985), p. 289, with annotation by J.A. Frowein, *ibid.* p. 286.

⁽⁵⁹⁾ See Comm. Report 12.12.81; Eur. Court H.R., judgment of 25 April 1983, Series A N.º 64.

The claim for compensation falls to the applicant personally and is directed towards the respondent Government as a claim under international law. The applicant has, therefore, no means to execute this claim before domestic courts. Conversely, it must follow that the State concerned cannot set off this claim against any other domestic claims which it has against the applicant (e. g. outstanding domestic court costs) ⁽⁶⁰⁾.

B. *Effects in time*

a) *Ex tunc*

60. It has been pointed out that Article 53 obliges the respondent Government to comply with a decision of the Court. However, this provision does not oblige States to alter their domestic legal order to such an extent that the domestic act at issue must necessarily be quashed after the Court has found a violation of the Convention (see above para. 56 ff) As in most cases, an *ex tunc* reparation will not be provided for by, and in, the domestic legal order, such reparation is not required under the Convention.

b) *Ex nunc*

61. *Reopening of proceedings.* Occasionally there exist the possibility to have court or administrative proceedings re-opened on the strength of a decision of a Strasbourg organ. As a result, a new court decision or administrative act is reached which then conforms with the requirements of the Convention. However, few States provide for such a possibility (see below para. 62), and it is generally agreed that Articles 50 and 53 do not oblige a State to introduce such proceedings ⁽⁶¹⁾. Nevertheless, it appears highly desirable that in the long run such a possibility is introduced in the domestic level.

⁽⁶⁰⁾ See Ringeisen judgment, *ibid*, (n.° 42), para. 15. A different situation arises if the State's compensation in fact amounts to a *restitutio in integrum*, e.g. the compensation in the Young, James and Webster judgment of 18 October 1982 (Article 50), Series A N.° 55, para. 10.

⁽⁶¹⁾ See also Eur. Court H.R., Marckx judgment, *ibid*, (n.° 4) para. 58: « The principle of legal certainty... dispenses the Belgian State from reopening legal acts or situations that antedate the delivery of the present judgment». See *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar (n.° 1), p. 472 f.

62. *Examples.* Austria, which normally does not provide for such a possibility, amended, after the Commission's Report in the *Pataki and Dunshirn* case, the Austrian Code of Criminal Procedure in order to enable the applicants the *ad hoc* reopening of the criminal proceedings in which they had been involved (62).

In Belgium, Article 441 of the Code d'instruction criminelle enables the *procureur général*, upon the order of the Minister of Justice, to denounce a decision of the Belgian Court of Cassation in last instance. Thereupon, that Court will annul its previous decision and send the case down to a new lower instance court, which will then again decide in the matter. The Belgian Government proceeded in this manner after the Court had declared that the criminal proceedings instituted against the applicant *Piersack* did not satisfy the conditions of Article 6 para. 1 (63).

In Switzerland, Article 223 (4) of the Code of Criminal Procedure of Appenzell-Ausserrhoden provides for the reopening of criminal proceedings if «the decision of an international body so requires». The Swiss Federal Parliament is currently debating the possibility of reopening administrative proceedings before an administrative body, as well as court proceedings before the Federal Court «if the European Court of Human Rights or the Committee of Ministers... approves (gutheisst) of a violation of the Convention...» (64).

c) *Pro futuro*

63. *Legislation examined in abstracto.* Where the Court has directly examined legislation *in abstracto* (see above para. 14) and found a violation of the Con-

(62) Details in F. Ermacora/M. Nowak/H. Tretter, *Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte* (1983), p. 51 ff. and *passim*.

(63) Details in the *Piersack* judgment, *ibid.* (n.° 29) paras. 5 ff.

(64) Details in M. Villiger, *Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organe im innerstaatlichen Recht*, *Revue de droit Suisse* 104 (1985) p. 469 ff.

vention, it is undisputed that Articles 50 and 53 directly oblige the State concerned to amend the respective legislation. Since a retroactive amendment is normally not possible due to the principle of legal certainty, it can normally only be secured for the future. A good example can be found in the *Dudgeon* case where, after the Court's judgment, the legislation concerning homosexuality was changed in Northern Ireland (see n. 30). In the *MarcX* case changes became necessary in the Belgian family law; the parliamentary debate is currently under way (at. n. 15).

64. *Issue in cases of concrete examination.* If a domestic act or other conduct of a State authority leads to the finding of a Convention violation, the question arises if the State is obliged also to alter the legislation on which the domestic act was based. The Court stated in the *Marckx* case that «it is inevitable that (its) decision will have effects extending beyond the confines of (a) particular case», though in that case «the violations found (stemmed) directly from the contested provisions and not from the individual measures of implementation» (65).

No general answer can be given. On the one hand, it appears clear that the respective State is bound under Article 1 to prevent further violations of the same nature towards other individuals within its jurisdiction. It would hardly be the purpose of Article 53 that the Convention organs should again and again have to find the same Convention violation by the same state in the same matter. On the other hand, the following qualifications must be added in this respect.

65. *The scope of the Strasbourg judgment.* To begin with, not all judgments lend themselves to such effects *pro futuro*. In cases concerning the reasonable length of proceedings under Article 6 para. 1, for instance, the Convention organs will consider as relevant factors the conduct of the applicant and of the authorities involved as well as the complexity of the case. It is clear that in such cases the Court's judgment will relate mainly to the specific circumstances of the instant case (66).

Moreover, the judgment itself may not settle all questions. Thus, the *Minelli* judgment determined that the presumptive finding of guilt by a Zurich Court

(65) See *ibid.* (N.° 4), para. See also *Frowein/Peukert*, EMRK — Kommentar (N.° 1) p. 473 ff.

(66) See for instance Eur. Court H.R., *Guincho* judgment of 10 July 1984, Series A N.° 81 paras. 28 ff.

contradicted the presumption of innocence in Article 6 para. 2. However, the Strasbourg Court combined the violation of this right with the right to a fair trial (Article 6 para. 1) and the rights of defence (Article 6 para. 3), without settling the question whether Article 6 para. 2 could be violated on its own (67).

66. *Other means of pro futuro reparation.* Other judgments may reach further and imply future changes in a State's legislation, particularly if the contested act merely constitutes the application *in concreto* of a law. Thus, in the case of *Colozza and Rubinat* the Commission did not regard it as its duty «to consider in the abstract whether the provisions of the Italian Code of Criminal Procedure relating to notification and unlawfull absence are or are not compatible with the Convention... It nonetheless remains true that the problems raised by the applicants arise from the application of the general provisions on criminal procedure and not from a mistaken or incomplete application made in the particular case» (68).

Similarly, the *Albert and Le Compte* case concerned, *inter alia*, the problem that the applicants had not had a public hearing or a public pronouncement of decision within the meaning of Article 6 para. 1 in the disciplinary proceedings in which they had been involved. Here, the Commission noted «that under the (Belgian) Royal Order of 6 February 1970 no part of the proceedings before the disciplinary authorities may be held in public whether the hearings or the pronouncement of the decision... The Commission accordingly considers that the system existing under Belgian law in itself violates the principle of publicity embodied in Article 6 para. 1.» (69).

Nevertheless, it is for the State itself to determine the means it will undertake in order to avoid repetition of the same Convention violation in the future. Indeed, it may well suffice under Article 53 if the domestic authority at issue alters its interpretation of a law, without it being necessary formally to amend it. For instance, in the *Minelli* case the Court declared the presumptive finding of guilt by a Zurich Court a breach of Article 6 para. 2 of the Convention (see above para. 54). In particular, the Zurich Court had terminated the criminal proceedings instituted against the applicant on account of expiry of the time-limit.

(67) See *ibid.* (N.º 2) para. 37. The Commission has meanwhile confirmed the independent position of the presumption of innocence within Article 6; see Comm. Report in *I. and C. v. Switzerland* of 4.12.85, para. 55, to be published in D.R.

(68) See Comm. Report of 5.5.83, paras. 104 f.

(69) See Comm. Report of 14.12.81, para. 78.

However it ordered the applicant to bear the court costs since it considered he would very likely have been found guilty if the time-limit had not intervened. Thereby, the Zurich Court relied on Sections 190 and 293 of the Zurich Code of Criminal Procedure. The latter does not however expressly mention the presumptive finding of guilt as a condition for the imposition of court costs. Rather, it refers, *inter alia*, to the conditions of a «reprehensible or frivolous behaviour» by the accused. As a result, it was sufficient under Article 53 for the Zurich Courts to alter their interpretation of the respective legal provisions.

67. *Formal amendment of legislation.* However, such changes in interpretation may often collide with the actual text or the object and purpose of the pertinent law. In such a situation the formal amendment of that law will be required.

5. Powers of the organs of constitutional jurisdiction in the settlement of the contents and effects of their decisions (conclusive synthesis)

- a) Definition of powers by the constitution or the law, and the autonomy of the Court.
- b) Extent, limitations and significance of such powers in relation to:
 - b.1. the legislative power;
 - b.2. the courts in general;
 - b.3. the international or supranational courts

68. *Character of the Convention. Position in domestic law.* The Convention is a treaty established under international law. Nevertheless, as the Commission found in the case of *Austria v. Italy*, the bilateral relations typically established under a multilateral treaty do not apply to obligations under the Convention which are «essentially of an objective character, being designed rather to protect the fundamental rights of individual human beings from infringement by any of the High Contracting Parties rather than to create subjective and reci-

procal rights for the High Contracting Parties themselves» (70). The Court has similarly referred in the case of *Ireland v. the United Kingdom* to the «objective obligations» created by the Convention over a network of mutual bilateral undertakings (71). The Court continued:

«by substituting the words “shall secure” for the words “undertake to secure” in the text of Article 1, the drafters of the Conventions also intended to make it clear that the rights and freedoms set out in Section 1 would be directly secured to anyone within the jurisdiction of the Contracting States... That intention finds a particularly faithful reflection in those instances where the Convention has been incorporated into domestic law...» (72).

This last sentence also serves to emphasise the legitimate differences in the applicability and the position of the Convention on the legal orders of the various member States. Thus, in certain States the Convention is directly applicable and enjoys a position in the hierarchy of laws corresponding with domestic statutes, or even with the constitution (e. g. Cyprus, Italy, Federal Republic of Germany, Greece, the Netherlands, Switzerland, Turkey). In other States, the Convention creates obligations only on the level of international law and is not directly applicable in the respective domestic legal order (e. g. Denmark, Great Britain, Iceland, Ireland, Malta, Norway, Sweden).

69. *Principles of interpretation.* In the *Golder* case, the Convention organs had to decide whether Article 6 para. 1 was limited to guaranteeing in substance the right to a fair trial in legal proceedings which were already pending, or whether in addition it secured a right of access to the Court for every person wishing to commence an action in order to have his «civil right and obligations» determined. Such a right is not expressly mentioned in the first sentence of Article 6 para. 1 which reads:

(70) See Comm. Report of 30.3.63, Yearbook 4 p. 140.

(71) See *ibid.* (n.° 1) para. 239. See also N°s. 9940 - 9944/82, France, Norway, Denmark, Sweden, Netherlands v. Turkey, Dec. 6.12.83, D.R. 35 p. 143).

(72) See *ibid.*

«In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge againsts him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law...»

The Court first stated that it was «prepared to consider, as do the Government and the Commission, that it should be guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties» (73). These well established rules of interpretation in international law do not always correspond with the canons of interpretation of the domestic legal order where differences exist, for instance, between the British and the Continental-european approach to the *travaux préparatoires* of a provision.

In the *Golder* case the Court then reached the same conclusion as the Commission before, namely that such an access to court is indeed included in the guarantees of Article 6 para. 1. The Court thereby emphasised:

«This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 6 para. 1 read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a law-making treaty... and to general principles of law» (74).

Thus, the Convention organs, if they are not to fall into judicial legislation, are bound by the «ordinary meaning» of the Convention provisions according to Art. 31 para. 1 of the 1969 Vienna Convention.

70. *Interpretation of the Convention.* Like many other international instruments of human rights, the Convention employs at times fairly general provisions which require concretisation in the individual case. In such cases the Convention organs have, in principle, been guided by the *effet utile* of the Convention

(73) See judgment of 21 February 1975, Series A N.° 18 para. 29. See also *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar (n.° 1), p. 2 ff.

provisions, i.e. that «the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective» (75).

It is in such areas where the Convention organs have taken important and striking decisions as to the content and scope of the Convention provisions. Reference has already been made to the interpretation of Article 6 para. 1 in the cases of *Airey* as well as *Deumeland* and *Fedbrugge* (see above paras. 21 and 45). A further example can be found in the interpretation by the Convention organs of Article 3 Which provides:

«No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment.»

The interpretation of these terms was highlighted, *inter alia*, in the *Tyrer* case which concerned judicial corporal punishment («birching») on the Isle of Man. Here the Court explained:

«what is relevant for the purposes of Article 3 is that (a person) should be humiliated not simply by his criminal conviction but by the execution of the punishment which is imposed on him. In fact, in most if not all cases this may be one of the effects of judicial punishment, involving as it does unwilling subjection to the demands of the penal system... In order for a punishment to be «degrading» and in breach of article 3, the humiliation or debasement involved must attain a particular level and must in any event be other than that usual element of humiliation referred to...» (76).

The Court concluded that in the specific circumstances the judicial corporal punishment constituted an assault on precisely that «which it is one of the main purposes of Article 3 to protect, namely a person's dignity and physical integrity» (77).

(74) See *ibid* para. 35.

(75) See Eur. Court H.R., *Airey* judgment, *ibid.* (n.º 12), para. 24.

(76) See *Tyrer* judgment of 25 April 1978, Series 1 (no. 26), para. 30.

(77) See *ibid.* para. 33.

When reaching this conclusion in the *Tyrer* case the Convention organs also stressed that such terms as «degrading treatment» could not be interpreted in their historical, petrified meaning of 1950:

«the Convention is a living instrument which... must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the Member States of the Council of Europe in this field» (78).

71. *Conclusion.* The Convention and its organs have come to play a unique and, it is believed, important and successful rôle in the protection of human rights, both on the European level and in the various domestic legal orders. Not all developments may have been predicted upon preparation of the Convention in 1950. Thus, the Convention organs quasi-abstract examination, in certain circumstances, of statutes (see above para. 14), in fact was not easy to reconcile with the traditions established, for instance, in Great Britain, France and Switzerland. In the future, when interpreting the Convention as a «living instrument», the Convention organs will constantly have to assure themselves of the consensus of States, if they are not to be seen as giving an assessment of domestic legal policies, or even as falling into judicial legislation.

On the whole it is important to remember that the Convention system was established on the basis of an agreement of its Member States. The machinery instituted by the Convention therefore rightly provides for many possibilities for States to make their views known to the Convention organs. Indeed, it is only through the continuing support of States that the pressing structural problems of the Convention machinery can be solved in the future (see above para. 10). In fact, in the last analysis, if the Convention and its machinery have proved to be successful, this has depended, and continues to depend, upon the willingness of the Member States of the Council of Europe to establish a minimum common standard for the protection of human rights in Europe.

(78) See *ibid.* para 31.

COUR EUROPEENNE
DES
DROITS DE L'HOMME

**LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
DANS LE CADRE DES POUVOIRS
(FONCTIONS) DE L'ÉTAT
A LA LUMIERE DES MODALITES,
DU CONTENU ET DES EFFETS DES DECISIONS
SUR LA CONSTITUTIONNALITE
DES NORMES JURIDIQUES:**

**LA COUR EUROPEENNE DES
DROITS DE L'HOMME**

par:

M. JOÃO DE DEUS PINHEIRO FARINHA,
juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme,

et M. HERBERT PETZOLD
greffier adjoint de la Cour européenne des Droits de l'Homme

PUBLICATIONS DE LA COUR

PUBLICATIONS OF THE COURT

Arrêts et décision/
Judgments and decisions

Série A/Series A
(110 volumes)

Mémoires, plaidoiries et documents/
Pleadings, Oral Arguments and Documents

Série B/Series B
44 volumes)

CARL HEYMANNS VERLAG KG
Luxemburger Str. 449
D 5000 KOLN 41

Traductions non officielles/Unofficial translations:

Edition allemande des arrêts de la Cour/

German edition for the Court's judgments:

Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, Deutsche Übersetzung, z. Zt. Bände 1-3 (Bände 4-8 in Vorbereitung) Carl Heymanns Verlag, KG

Edition espagnole des arrêts de la Cour/

Spanish edition of the Court's judgments:

Tribunal europeo de Derechos humanos, 25 anos de jurisprudencia 1959-1983
Boletín de jurisprudencia constitucional, Cortes Generales

Répertoires de jurisprudence/Digests of case-law:

Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention on Human Rights, Vol. 1 (Articles 1-5), Vol. 2 (Article 6), Vol. 3 (Article 7-12), Vol. 4 (Articles 13-25), Vol. 5 (Articles 26-66, Protocols to the Convention), Vol. 6 (General Index to Volumes 1-5), Köln, Carl Heymanns Verlag KG.

Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (1959-1983) par Vincent Berger, Paris, Sirey, 1984.

Deutsche Ausgabe in Vorbereitung-Carl Heymanns Verlag KG).

LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DANS LE CADRE DES POUVOIRS (FONCTIONS) DE L'ETAT

1. Introduction

1.1. *Les organes*

1. La Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950, qui lie aujourd'hui tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, prévoit trois organes ⁽¹⁾ chargés d'assurer le respect des obligations résultant de cet instrument pour les Parties Contractantes: la Commission européenne des Droits de l'Homme, la Cour européenne des Droits de l'Homme et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Dans ce système complexe de contrôle, la Cour partage avec le Comité des Ministres la fonction de décider si dans une affaire instruite par la Commission, il y a eu ou non violation de la Convention.

2. La Cour européenne des Droits de l'Homme a été créée en 1959 ⁽²⁾. Sa compétence contentieuse s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention. Elle ne peut cependant s'exercer qu'à l'égard des Etats qui l'ont reconnue comme obligatoire de plein droit ou ont donné leur consentement ou agrément à la saisine dans une affaire déterminée (article 46) ⁽³⁾.

(1) Abstraction faite du Secrétaire général du Conseil de l'Europe qui, aux termes de l'article 57 de la Convention, peut demander aux Etats contractants de lui fournir «les explications requises sur la manière dont (leur) droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de (...) (la) Convention».

(2) Notons en passant que depuis 1985, les juges à la Cour composent en même temps le Tribunal européen en matière d'immunité des Etats.

(3) Voir sur ce dernier point l'arrêt *Kjeldesen, Busk Madsen et Pedersen*, 7.12.1976, série A n.° 23, pp. 5-6, §§ 5-7.

A ce jour, dix-neuf des vingt et un membres du Conseil de l'Europe ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour; seuls Malte et la Turquie manquent encore.

3. La Cour ne peut être appelée à statuer qu'à l'issue d'une procédure qui se déroule devant la Commission (voir l'article 47): celle-ci, qui peut être saisie par une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers (article 25), mais aussi par tout Etat contractant (article 24), examine la recevabilité de la requête et, si elle la retient, instruit l'affaire et recherche un règlement amiable (articles 26 à 28). En cas d'échec, elle rédige un rapport dans lequel elle constate les faits et formule un avis sur le point de savoir s'ils révèlent une violation des obligations incombant à l'Etat défendeur aux termes de la Convention (article 31). Ce rapport est transmis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, après quoi la Commission ou un Etat contractant intéressé peuvent saisir la Cour dans un délai de trois mois (articles 32, 44 et 48) (4).

4. A défaut, c'est le Comité des Ministres qui décide s'il y a eu ou non violation de la Convention dans le cas dont il s'agit.

1.2. Les formes de contrôle

(a) Contrôle préventif et contrôle a posteriori

4. Le contrôle exercé par la Cour est un contrôle *a posteriori*: la Cour ne peut se prononcer que dans les affaires dont les auteurs — Etat ou individu — dénoncent une atteinte, passée ou continue, à la Convention par un acte ou une omission relevant de la responsabilité de l'Etat défendeur (5).

5. Le Protocole n.° 2 à la Convention, entré en vigueur le 21 septembre 1970, attribue à la Cour la compétence de donner des avis consultatifs à la demande du Comité des Ministres, sur des questions juridiques concernant l'interprétation

(4) Depuis 1959, la Cour a été saisie de 127 affaires groupant 178 requêtes; elle a rendu 130 arrêts (pour plus de détails, voir annexes I à VI). — Voir aussi notes 54 et 83 ci-dessous.

(5) Voir les articles 24 et 25 et aussi l'article 50 («partie lésée»).

de la Convention et de ses Protocoles. Toutefois, ces avis ne peuvent porter sur les questions ayant trait au contenu et à l'étendue des droits et libertés garantis par ces instruments (article 1 § 2 du Protocole n.° 2). Le Protocole n'a pas encore trouvé à s'appliquer. Vu son libellé très restrictif cela n'a rien de surprenant.

(b) *Contrôle dans le cas concret — contrôle in abstracto*

6. Les affaires soumises à la Cour ont pour origine soit une requête individuelle, soit une requête étatique (6).

7. Pour former valablement une requête, l'individu doit, d'après l'article 25, se prétendre «victime d'une violation (...) des droits reconnus». Aussi, dans les affaires tirant leur origine d'une requête individuelle, la Cour se borne-t-elle autant que possible à examiner les problèmes posés par le cas concret dont on l'a saisie (7). Elle n'apprécie donc pas au regard de la Convention telle ou telle législation combattue, le cas échéant, par le requérant, mais la manière dont elle a été appliquée à celui-ci en l'occurrence (8).

Bien entendu, la Cour recherche si dans un cas d'espèce, une législation attaquée est elle-même conforme à la Convention lorsqu'elle se répercute, par sa seule existence, sur la situation de l'individu qui en subit directement les effets en l'absence de mesures spécifiques d'exécution (9). Encore faut-il montrer que la législation dont il s'agit n'est pas lettre morte (10).

(6) Jusqu'à présent, la Cour a eu à connaître d'une seule affaire interétatique, celle qui opposait l'Irlande au Royaume-Uni (arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*, 18.1.78, série A n.° 25).

(7) Jurisprudence constante; voir, par exemple les arrêts *De Becker*, 27.3.1962, série A n.° 4, p. 26, § 14; *Golder*, 27.2.1975, série A n.° 18, p. 19 § 39; *Guzzardi*, 6.11.1980, série A n.° 39, p. 32, § 88; *Ashingdane*, 28.5.1985, série A n.° 93, p. 25, § 59; *James e autres*, 21.2.1986, série A n.° 98, p. 29, § 36; *Lithgow et autres*, 8.7.1986, série A n.° 102, p. 52, § 124.

(8) Voir, par exemple, les arrêts *Golder*, *ibidem*; *Adolf*, 26.3.1982, série A n.° 49, p. 17 § 36; *Bönisch*, 6.5.1985, série A n.° 92, p. 14, § 27; *Ashingdane* (note 7), *ibidem*. — En réalité, l'examen porte souvent sur les deux à la fois; voir l'arrêt *Handyside*, 7.12.1976, série A n.° 24, p. 23, § 49.

(9) La Cour s'est inspirée sur ce point de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (arrêt *Klass et autres*, 6.9.1978, série A n.° 28, pp. 17-19, §§ 33-36). Voir aussi

8. La situation est quelque peu différente en cas d'affaire interétatique: l'article 24 habilite en effet chacun des États contractants à dénoncer «tout manquement» à l'une quelconque des «dispositions de la (...) Convention (qu'il) croira pouvoir être imputé» à un autre État. Or, une législation entraîne par sa seule existence pareil manquement «si elle introduit, commande ou autorise des mesures incompatibles avec les droits et libertés protégés» (11). La Cour ne peut portant découvrir un manquement de ce genre que si la législation attaquée «use de termes assez clairs et précis pour le révéler d'emblée»; dans le cas contraire, elle doit «statuer en fonction de la manière dont l'État défendeur interprète et applique *in concreto* le ou les textes incriminés» (12).

Un problème particulier surgit quand la requête d'un État met en cause une pratique prétendument contraire à la Convention. Celle-ci «consiste en une accumulation de manquements de nature identique ou analogue, assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés, ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système» (13). Puisqu'elle ne peut résulter que de violations individuelles, la Cour examine celles-ci à titre de preuves (14). En fait, pareille pratique, si elle est établie, ne constitue pas en soi une infraction distincte des manquements individuels constatés. (15).

les arrêts affaire «*linguistique belge*», 23.6.1968, série A n.° 6, p. 7, § 4; p. 36, § 2; pp. 42-44, §§ 7 et 8; pp. 49-51, §§ 13-14; pp. 55-56, §§19-20; pp. 60-61, §§ 25-26; pp 68-71, §§ 32-33; pp. 85-87, § 42; *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* (note 3), p. 23 § 48; *Marckx*, 13.6.1979, série A n.° 31, p. 13, § 27; *Dudgeon*, 22.10.1981 série A n.° 45, pp. 18-19, § 41; et encore les arrêts *James et autres* (note 7), p. 29, §36; *Lithgow et autres* (note 7), p. 52, § 124.

(10) Voir l'arrêt *Dudgeon* (note 9), *ibidem*.

(11) Arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), p. 91, § 240.

(12) Arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), *ibidem*.

(13) Arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), p. 64, § 159.

(14) Arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), p. 63, § 157.

(15) Arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* (note 7), p. 64, § 159.

1.3 Etendue et objet du contrôle

(a) Lois, règlements et autres textes

(b) Le texte et la norme.y consacrée

9. La Cour examine la conformité avec la Convention de toute «décision prise ou (...) mesure ordonnée par une autorité d'une Partie Contractante» (article 50), qui se trouve attaquée par un État ou l'individu requérant (article 24 et 25). Par conséquent, son contrôle embrasse les actes non seulement des juridictions nationales et de l'exécutif, mais également, sous réserve de ce qui a été dit plus haut (paragraphe 6 à 8 ci-dessus), ceux du législateur.

(c) Les omissions du législateur

10. L'omission du législateur — comme d'ailleurs celle de toute autre autorité dont le comportement engage la responsabilité de l'État — n'échappe pas au contrôle de la Cour. En effet, «il n'y a pas lieu de distinguer entre actes et omissions»: l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif (16).

Dans ce domaine, la Cour a rencontré deux situations, d'ailleurs assez proches l'une de l'autre. Dans la première, le législateur avait jadis réglé une certaine matière mais n'avait pas «mis à jour» sa législation (17), dans la seconde,

(16) Arrêt *Airey*, 9.10.1979, série A n.° 32, p. 14, § 25 (pp. 14-16, § 26); voir aussi les arrêts *De Wilde, Ooms et Versyp*, 10.3.1972, série A n.° 14, p. 10 § 22, *Marckx* (note 9), p. 15, § 31; *Artico*, 13.5.1980, série A n.° 37, p. 16, § 33.

(17) Voir, par exemple, les arrêts *Marckx* (note 9), (régime belge applicable à certains liens de famille entre la mère célibataire et son enfant), *Dudgeon* (note 9), pp. 19-25, §§ 36-49, 57-62 (abandon de la réforme du droit, envisagée en Irlande du Nord, concernant l'homosexualité), et *Johnston et autres*, 18.12.1986, série A n.° 112, § 75 (absence d'un régime juridique approprié reflétant des liens familiaux entre enfant naturel et ses parents).

il avait sinon «oublié» complètement de régler la matière, du moins omis d'intervenir dans le cadre de la législation «qui régit d'ordinaire la question» (18).

1.4. L'étalon de contrôle

11. Les normes de référence du contrôle qu'exerce la Cour sont celles de la Convention et de ses Protocoles additionnels (19), ainsi peut-être celles du (des 2ème et) 4ème Protocole(s) additionnel(s) à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe (20) et de l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Commission et la Cour (21).

En pratique, seuls la Convention et, dans une moindre mesure, le Protocole n.° 1 (22) ont joué un rôle jusqu'à présent. Dans l'application et l'interprétation de leurs dispositions, la Cour a toutefois été amenée, à l'occasion, à se référer au Protocole n.° 4, voire au Protocole n.° 7 (23).

(18) Voir l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas*, 20.3.1985, série A n.° 91, pp. 12-13, §§ 24 et 27 (absence d'une législation permettant d'engager des poursuites pénales contre l'auteur de violences sexuelles sur une mineure de plus de seize ans, mais incapable de déterminer sa volonté en raison d'un handicap mental).

(19) *Les Protocoles n.° 1* (entré en vigueur le 18.5.1954, 18 Etats contractants), *n.° 4* (entré en vigueur le 2.5.1968, 13 Etats contractants), *n.° 6* (entré en vigueur le 1.3.1985, 8 Etats contractants), et *n.° 7* (du 22.10.1984, non encore en vigueur, 3 Etats contractants) ont ajouté certains droits à ceux de la Convention; les *Protocoles n.° 2* (voir paragraphe 5 ci-dessus), *n.° 3* (entré en vigueur le 21.10.1970, 21 Etats contractants), *n.° 5* (entré en vigueur le 20.12.1971, 21 Etats contractants) et *n.° 8* (du 19.3.1985, non encore en vigueur, 9 Etats contractants) ont complété, modifié ou amendé la Convention sur certains points.

(20) Les 2ème et 4ème Protocoles additionnels à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe (entrés en vigueur les 15.12.1956 — 20 Etats contractants — et 16.12.1961 — 19 Etats contractants — respectivement) accordent aux membres de la Commission (Protocole n.° 2) ainsi qu'aux juges et aux greffiers de la Cour (Protocole n.° 4) certains privilèges et immunités.

(21) Ce traité (entré en vigueur le 17.6.1971, 17 Etats contractants) accorde aux personnes participant à la procédure devant la Commission et la Cour certains privilèges et immunités.

(22) *Article 1 du Protocole n.° 1* (droit de propriété): arrêts *Handyside* (note 8) et *Marckx* (note 9); *Sporrong et Lönnroth*, 23.9.1982, série A n.° 52; *Van der Musselle*, 23.11.1983, série A n.° 20; *James et autres et Lithgow et autres* (note 7); *Agosi*, 24.10.1986, série A n.° 108; *Article 2 du Protocole n.° 1* («droit à l'instruction»): arrêts affaire «*linguistique belge*» (note 9); *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* (note 3); *Campbell et Cosans*, 25.2.1982, série A n.° 48; *Article 3 du Protocole n.° 1* (élections libres): arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 2.3.1987, série A n.° 113.

(23) *Protocole n.° 4*: arrêts *Engel et autres*, 8.6.1976, série A n.° 22, p. 25, § 58; p. 41 § 98; *Guzzardi* (note 7), p. 33, § 92; *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, 28.5.1985, série A n.° 94, p.

12. Certains articles desdits textes — tels l'article 26 de la Convention et l'article 1 du Protocole n.° 1 — renvoient aux principes généraux du droit international que la Cour applique par conséquent lorsqu'elle tranche une question soulevée sur le terrain de pareilles dispositions (24).

De surcroît, elle a recours «nécessairement» (25) aux principes généraux de droit malgré l'absence d'une clause comparable à l'article 38 § 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice (26).

13. Plusieurs articles, notamment de la Convention, consacrant un droit ou une liberté — par exemple l'article 5 — se réfèrent au droit interne des États contractants. Dans ces cas, la Cour vérifie non seulement si le droit interne se conforme à la Convention, mais aussi s'il est respecté par les autorités nationales car sa méconnaissance entraînerait celle de la Convention (27). Cependant, l'économie du système de sauvegarde instauré par la Convention assigne des limites à l'ampleur de ce contrôle. Il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne, même dans les domaines où la Convention s'en «approprie» les normes: par la force des cho-

32, § 60; *Gillow*, 24.11.1986, série A n.° 109, § 42; *Bozano*, 18.12.1986, série A n.° 111, § 63; *Protocole n.° 7: Glasenapp*, 28.8.1986, série A n.° 104, p. 25, § 48; *Kosiek*, 28.8.1986, série A n.° 105, p. 20, § 34; *Johnston et autres* (note 17), § 53.

(24) *Pour l'article 26* (épuisement des voies de recours internes): voir, par exemple, les arrêts *Stögmüller*, 10.11.1969, série A n.° 9, p. 42, § 11; (*Matznetter*, 10.11.1969, série A n.° 10, p. 42, § 11); *De Wilde, Ooms et Versyp*, 18.6.1971, série A n.° 12, p. 29, § 50; p. 31, § 55; p. 33, § 60; *Ringeisen*, 16.7.1971, série A n.° 13, p. 37, § 89; *Airey*(note 16), p. 11, § 19; *Guzzardi* (note 7) p. 26, § 72; *Van Oosterwijck*, 6.11.1980, série A n.° 40, p. 18, § 36; *Bozano* (note 23), § 49; *pour l'article 1 du Protocole n.° 1* (droit de propriété): voir les arrêts *James et autres* (note 7), pp. 38-40, §§ 60-66; *Lithgow et autres* (note 7), pp. 47-50, §§ 113-119.

(25) La Commission juridique de l'Assemblée consultative avait prévu, en août 1950, que la Cour devrait «nécessairement» appliquer des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», mais avait jugé inutile de le spécifier dans une clause de la Convention (Assemblée consultative, documents de séance de la session de 1950, tome III, n.° 93, p. 982, § 5).

(26) Voir, par exemple, les arrêts *Lawless*, 1.7.1961, série A n.° 3, p. 53, § 14; *De Becker* (note 7), p. 26, § 9; affaire «*linguistique belge*» (note 9), p. 34, § 10; *Wemhoff*, 27.6.1968, série A n.° 7, p. 23, § 8; *Stögmüller* (note 24), p. 41, § 7; *Matznetter* (note 24), p. 32, § 5; *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 24), p. 30, § 54; *Ringeisen* (note 24), p. 37, § 89; *Ringeisen*, 22.6.1972, série A n.° 15, p. 7, § 18; *Neumeister*, 7.5.1974, série A n.° 17, p. 14, § 31; *Golder* (note 7), pp. 17-18, §§ 35 et 36; *Syndicat national de la police belge*, 27.10.1975, série A n.° 19, p. 20, § 46; *Winterwerp*, 24.10.1979, série A n.° 33, p. 19, § 45.

(27) Voir les arrêts *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 24), pp. 37-38, §§ 67, 69-70; *Engel et autres* (note 23), p. 28, § 68; p. 29, § 69; *Winterwerp* (note 26), p. 20, § 46; *Bozano* (note 23), §§ 54-60.

ses, elles sont spécialement qualifiées pour trancher les questions surgissant à cet égard (28).

14. Lorsqu'elle interprète et applique les droits et libertés garantis notamment par la Convention, la Cour se réfère à l'occasion à d'autres instruments internationaux (29), mais aussi au droit interne des Etats membres du Conseil de l'Europe (30). Elle n'applique évidemment pas les normes qu'elle y trouve, mais celles-ci lui servent souvent de guide dans l'interprétation de telle ou telle disposition de la Convention.

(28) Arrêt *Winterwerp* (note 26), *ibidem*.

(29) Voir, à titre d'exemple:

Déclaration universelle des Droits de l'Homme: arrêt *Glaserapp* (note 23), p. 25, § 48; *Kosiek* (note 23), p. 20, § 34;

Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques: arrêts *Pretto et autres*, 8.12.1983, série A n.° 71, p. 12, § 25; *Axen*, 8.12.1983, série A n.° 72, p. 13, § 30; *Sutter*, 22.2.1984, série A n.° 74, p. 14, § 32;

Statut du Conseil de l'Europe: arrêt *Golder* (note 7), p. 17, § 34;

Charte sociale européenne: arrêts *Syndicat national de la police belge* (note 26), p. 18, § 38; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, 6.2.1976, série A n.° 20, p. 15, § 39; *Schmidt et Dahlström*, 6.2.1976, série A n.° 21, p. 15, § 34; p. 16, § 36;

droit des *Communautés européennes* arrêts *Delcourt*, 17.1.1970, série A n.° 11, p. 17, § 30; *Marckx* (note 9), p. 26, § 58;

Conventions n.° 29 et 105 de l'OIT: arrêt *Van der Musselle* (note 11), pp. 16-18, §§ 32-33, 35 et 37;

Acte général de Genève pour le règlement pacifique des différends internationaux, de 1968: arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 16), pp. 8-9, § 16;

droit international humanitaire (Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12.8.1949): arrêt *Engel et autres* (note 23), p. 31, § 72.

(30) Voir par exemple les arrêts: affaire «*linguistique belge*» (note 9), p. 31, § 3; p. 34, § 10; *Stögmüller* (note 24), p. 41, § 7; *Matznetter* (note 24), p. 32, § 5; *Delcourt*, (note 25), p. 17, § 30; *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 24), p. 30, § 54; p. 36, § 65; p. 37, § 68; p. 42, § 79; p. 45, § 90; *Ringeisen* (note 26), p. 10, § 27; *Syndicat national de la police belge* (note 26), p. 18, § 38; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* (note 29), p. 15, § 39; *Engel et autres* (note 23), p. 24, § 57; p. 25, § 59; pp. 30-31, § 72; p. 33, § 80; p. 35, § 82; p. 39, § 92; *Pretto et autres* (note 29), p. 12, § 26; *Axen* (note 29), p. 13, § 31; *Sutter* (note 29), p. 14, § 33.

2. Le contenu des décisions

2.1. Les types simples ou extrêmes

2.2. Les types intermédiaires

15. La Cour n'a pas le pouvoir d'annuler ou de modifier l'acte des autorités nationales dont elle contrôle la conformité avec la Convention ⁽³¹⁾. Lorsqu'elle se prononce sur le fond d'une affaire dont elle se trouve saisie, elle constate l'absence ou l'existence d'une violation de la Convention ou de tel ou tel Protocole additionnel ⁽³²⁾. Ces arrêts revêtent donc un caractère purement déclaratoire sans effet direct sur la validité, par exemple, de la norme de droit interne examinée ou de la décision judiciaire incriminée ⁽³³⁾. La Cour n'a jamais non plus accepté de demander l'injonction à enjoindre à l'Etat défendeur de prendre telle ou telle mesure ⁽³⁴⁾ ou d'annuler une décision rendue par une de ses juridictions à l'issue d'une procédure contraire à la Convention ⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ Voir, par exemple, l'arrêt *Marckx* (note 9), p. 25, § 58.

⁽³²⁾ Voir, l'article 50 («si la décision de la Cour déclare...»). Les dispositifs des arrêts de la Cour se bornent en général à relever «qu'il y a eu (ou qu'il n'y a pas eu) violation de la Convention»; voir cependant l'arrêt affaire «*linguistique belge*» (note 9), p. 87 (point 1 du dispositif).

⁽³³⁾ Voir l'arrêt *Pakelli*, 25.4.1983, série A n.° 64, pp. 19-20, § 45. La situation est particulièrement frappante dans l'affaire *Barthold*: la Cour avait jugé contraire à l'article 10 de la Convention une injonction de la Cour d'appel de Hambourg, passée en force de chose jugée et toujours en vigueur, qui interdit au requérant de répéter — donc à l'avenir — dans la grande presse certaines déclarations considérées en conflit avec le droit allemand; voir l'arrêt du 25.3.1985, série A n.° 90.

⁽³⁴⁾ Arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), pp. 71-72, §§ 186-189: le gouvernement irlandais avait demandé à la Cour de prescrire au gouvernement du Royaume-Uni d'engager des poursuites pénales et disciplinaires sur la base de son droit interne contre certains membres de ses forces de sécurité; arrêt *X contre Royaume-Uni*, 18.10.1982, série A n.° 55, p. 15, § 15: les héritiers du requérant avaient demandé une réforme législative; comme un projet de loi avait été déposé au Parlement, ils avaient cherché soit une mise en application anticipée soit un système transitoire d'indemnisation. Voir aussi les arrêts *Dudgeon* 24.2.1983, série A n.° 59, p. 8, § 15; *Campbell et Cosans* (note 22), p. 9, § 16; *Pakelli* (note 33), *ibidem*; *McGoff*, 26.10.1984, série A n.° 83, p. 28, § 31; *Bozano* (note 23), § 65.

⁽³⁵⁾ Arrêts *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, 18.10.1982, série A n.° 54, p. 7, § 13; *Albert et Le Compte*, 24.10.1983, série A n.° 68, p. 6 § 9: les requérants avaient demandé de prescrire à l'Etat défendeur d'effacer les sanctions disciplinaires et condamnations pénales prononcées contre eux.

16. Les arrêts de la Cour qui constatent l'absence de violation de la Convention, ne sont assortis d'aucune réserve ou condition.

Toutefois, la Cour, a utilisé quelquefois une formule qui, dans un certain sens, évoque l'idée d'une *Appelentscheidung* (36). Le cas le plus frappant est certainement l'arrêt rendu dans l'affaire *Rees* qui avait posé le problème de la non-reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle d'un transsexuel ayant subi une opération. Après avoir conclu qu'il n'y avait pas violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) dans les circonstances de la cause, la Cour déclare:

«Dès lors, il faut pour le moment laisser à l'Etat le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels. La Cour n'en a pas moins conscience de la gravité des problèmes que rencontrent ces derniers, comme du désarroi qui est le leur. La Convention doit toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles (...). Partant, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société.» (37).

17. La Cour peut, sous certaines conditions, rayer du rôle une affaire qui lui a été soumise pour décision (article 48 du règlement). La première hypothèse — qui ne s'est pas encore présentée — vise le cas d'un désistement de la Partie requérante, donc d'un Etat contractant (article 48 § 1), la seconde celui de la communication d'un règlement amiable, arrangement ou autre fait de nature à fournir une solution du litige (article 48 § 2). La Cour, si elle ne décide pas de poursuivre l'examen de l'affaire nonobstant le désistement, règlement amiable, arrangement ou autre fait (article 48 § 4), statue par arrêt (article 48 § 3) (38).

(36) Tout en concluant à l'absence de violation de la Convention sur le point dont il s'agissait, la Cour a en effet plusieurs fois exprimé un regret, une critique ou un *caveat* à l'adresse de l'Etat défendeur; voir, par exemple, les arrêts de l'Etat défendeur; voir, par exemple, les arrêts affaire «linguistique belge» (note 9), p. 17, § 31; Irlande contre *Royaume-Uni* (note 6), p. 70, § 181; p. 83, & 220; p. 87, § 229; *Klass et autres* (note 9), p. 26, § 56; *Buchholz*, 6.5.1981, série A n.° 42, p. 20, § 60, *Van der Mussele* (note 22, pp. 20.21, § 40; *Preto e autres* (note 7), pp. 42-43, § 69.

(37) Arrêt du 17 octobre 1986, série A n.° 106, pp. 18-19, § 47.

18. Plus fréquents sont les règlements amiables relatifs à la «satisfaction équitable» que la Cour peut accorder à la victime d'une violation de la Convention constatée par elle (article 50 de la Convention; voir paragraphe 19 ci-dessous). L'article 53 § 4 du règlement prévoit qu'en cas d'un accord intervenu entre la personne lésée et l'Etat défendeur, la Cour en vérifie le caractère équitable et, si elle le constate, raye l'affaire du rôle par un arrêt (39).

2.3. Décisions à «valeur intégrative» ou à «valeur substitutive»

19. Lorsque la Cour a constaté une violation de la Convention et que les conséquences ne peuvent être qu'imparfaitement effacées, elle peut accorder à la «partie lésée» (40) une satisfaction équitable (article 50). Si la question de l'application de l'article 50 se trouve en état, elle la tranche en même temps qu'elle statue sur le fond; sinon, elle la réserve et se prononce ultérieurement (article 53 du règlement).

L'article 50, qui tire son origine de certaines clauses figurant dans les traités internationaux de type classique (41), énonce une règle de compétence (42) dont

(38) Jusqu'à présent, elle a accueilli une demande de radiation dans cinq affaires: *De Becker* (note 7); *Skoogström*, arrêt du 2.10.1984, série A n.° 83; *Rubinát*, arrêt du 13.2.1985, série A n.° 89; *Vallon*, arrêt du 2.6.1985, série A n.° 95; *Can*, arrêt du 30.9.1985, série A n.° 96. Elle s'y est refusée dans trois: *Tyrer* 25.4.1978, série A n.° 26, pp. 12-14, §§ 24-27; *Luedicke, Belkacem et Koç* (en ce qui concerne M. Koç), arrêt du 28.11.1978, série A n.° 29, pp. 13-16, §§ 33-37; *Deweer* arrêt du 27.2.1980, série A n.° 35, pp. 19-20, §§ 34-38; voir aussi les arrêts *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* (note 3), pp. 21-22, § 47; *Guzzardi* (note 7), pp. 30-31, §§ 83-86.

(39) Pareille décision a été prise dans les sept instances suivantes: *Luedicke, Belkacem et Koç*, 10.3.1980, série A n.° 36, p. 7, § 13 (en ce qui concerne MM. Luedicke et Koç); *Airey*, 6.2.1981, p. 8, § 10 (en partie); *Winterwerp*, 27.11.1981, série A n.° 47; *X contre Royaume-Uni* (note 34), p. 18, § 26 (en partie); *Foti et autres*, 21.11.1983, série A n.° 69, p. § 13 (en ce qui concerne MM. Foti et Lentini); *Malone*, 26.4.1985, série A n.° 95; *Barthold*, 31.1.1986, série A n.° 98, p. 7, § 8 (en partie).

(40) C'est-à-dire «la victime» au sens de l'article 25, donc la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux: arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 16), p. 11, § 23.

(41) Arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 40), pp. 8-9, § 16.

(42) Arrêt *Neumeister* (note 26), p. 13, § 30.

l'application ne présuppose pas sur le plan de la recevabilité de la demande (43) ou sur celui du fond (44), que la «victime» ait épuisé auparavant — partiellement ou entièrement — des voies de recours internes. Il ne vise pas seulement le cas où la nature de la lésion permettrait d'effacer en entier les conséquences d'une violation, mais où le droit de l'État en cause y fait obstacle (par exemple force de chose jugée): il couvre aussi l'hypothèse où l'impossibilité de *restitutio in integrum* résulte de la nature même de la lésion (45).

En application de l'article 50, la Cour accorde une réparation pour le dommage matériel et moral que l'acte des autorités nationales jugé par elle contraire à la Convention, a causé au requérant (46). Si la réparation ainsi allouée prend en général la forme indemnité (47), la Cour se borne parfois à affirmer que son constat de violation constitue par lui-même une satisfaction équitable suffisante (48). Elle s'est refusée, par contre, à adopter la pratique du «franc symbolique», connue notamment du droit français et belge (49). Enfin, le requérant qui a eu

(43) Arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 16), pp. 7-8, § 15.

(44) Pour prouver que le droit interne «ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences»: arrêts *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 16), pp. 8-9, § 16; *Ringeisen* (note 26), p. 9, § 22.

(45) Par exemple une détention contraire à l'article 5 de la Convention; voir arrêts *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 16), pp. 9-10, § 20; *Ringeisen* (note 26), p. 8, § 21; *Neumeister* (note 26), p. 18, § 40; *Engel et autres*, 23.11.1976, série A n.° 22, p. 69, § 10; *König*, 10.3.1980, série A n.° 36, p. 14, § 15; *Guzzardi* (note 7), p. 42, § 113; *Eckle*, 21.6.1983, série A n.° 65, p. 13; *Albert et Le Compte* (note 35), p. 7, § 11.

(46) Voir notamment les trois premiers arrêts que la Cour a rendus en la matière: *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 16), p. 11, § 24; *Ringeisen* (note 26), pp. 9-10, §§ 23-26; *Neumeister* (note 26), pp. 18-19, §§ 40-41. Le problème crucial qui se pose régulièrement ici est évidemment celui du lien de causalité entre la violation constatée et les dommages allégués; voir notamment arrêts *Neumeister* (note 26), p. 18 § 40; *Engel et autres* (note 45), p. 69, § 11; *König* (note 45), p. 16, § 18; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (note 35), pp. 7-8, § 15; *X contre Royaume-Uni* (note 34), p. 16 § 17; *Van Droogenbroeck*, 25.4.1983, série A n.° 63, p. 6 §§ 11 et 12; *Pakelli* (note 33), p. 20 § 45; *Eckle* (note 45), p. 9 § 20; *Luberti*, 23.2.1984, série A n.° 75, p. 18, § 40; *Campbell et Fell*, 28.6.1984, série A n.° 80, p. 54 § 134; *Sramek*, 22.10.1984, série A n.° 84, p. 21, § 46; *Bönisch* 2.6.1986, série A n.° 103, p. 8, § 11.

(47) Voir notamment les arrêts *Ringeisen* (note 26), p. 10, § 26; *Engel et autres* (note 45), p. 69, §§ 10 et 11; *König* (note 45), p. 17, § 19; *Artico* (note 16), p. 22, § 48; *Guzzardi* (note 7), p. 42, § 114; *Young, James et Webster*, 18.10.1982, série A n.° 55, p. 7, §§ 11 et 13; (*X contre Royaume-Uni* (note 34), p. 16, § 19); *Campbell et Cosans* (note 34), p. 11, § 22; p. 13, § 26; *Van Droogenbroeck* (note 46), p. 7, § 13; *Foti et autres* (note 39), p. 7, § 18; *Goddi*, 9.4.1984, série A n.° 76, p. 14, § 36; *De Jong, Baljet et Van den Brink*, 22.5.1984, série A n.° 77, p. 7, p. 29, § 65; *Van der Shuijs, Zuiderveld et Klappe*, 22.5.1984, série A n.° 78, p.21, § 52; *Duijnhof et Duijff*, 22.5.1984, série A n.° 79, p. 19, § 45; *Guincho*, 10.7.1984, série A n.° 81, p. 18, § 44; *Sporrong et Lönnroth*, 18.12.1984, série A n.° 88, pp. 14-15, § 32; *Colozza*, 12.2.1985, série A n.° 89, p. 17, § 38; *X et Y contre Pays-Bas* (note 18), p. 16, § 40; *Bönisch* (note 46), p. 8, & 13§ 13; *Lingens*, 8.7.1986, série A n.° 103, p. 29, § 51; *Unterpertinger*, 24.11.1986, série A n.° 110, p. 16, § 35.

gain de cause devant la Cour, peut se réclamer de l'article 50 pour demander le remboursement, par l'Etat défendeur, de ses frais: honoraires d'avocat, dépenses personnelles, etc. La Cour le lui accorde pour les frais réels, nécessaires et raisonnables ⁽⁵⁰⁾ qu'il a dû exposer pour essayer de prévenir la violation de la Convention, pour la faire constater par les organes de la Convention et pour obtenir, après un arrêt favorable, une satisfaction équitable soit des autorités nationales compétentes soit, le cas échéant, de la Cour ⁽⁵¹⁾. En pratique, cet aspect de l'application de l'article 50 joue probablement le rôle le plus important.

20. Notons encore que l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a plus récemment recommandé au Comité des Ministres d'élaborer un Protocole à la Convention accordant à la Cour la compétence pour statuer à titre préjudiciel à la demande des juridictions nationales ⁽⁵²⁾. Pour l'Assemblée, qui estime néces-

⁽⁴⁸⁾ Arrêts *Golder* (note 7), p. 23, § 46; *Engel et autres* (note 45), p. 69, § 10; *Marckx* (note 9), p. 29, § 68; *Deweert* (note 38), p. 32, § 60; (*Sunday Times* 6.11.1980, série A n.° 38, pp. 9-10, § 16; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (note 35), p. 8, § 16; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (note 35), p. 8, § 16; *Corigliano*, 10.12.1982, série A n.° 57, p. 17, § 53; *Dudgeon* (note 34), pp. 7-8, § 14; p. 9, § 18; *Campbell et Cosans* (note 34), p. 10, § 20; *Minelli*, 25.3.1983, série A n.° 62, p. 20, § 44; *Pakelli* (note 33), p. 20, § 46; *Eckle* (note 45), p. 11, § 24; *Zimmermann et Steiner*, 13.7.1983, série A n.° 66, p. 14, § 35; *Silver et autres*, 24.10.1983, série A n.° 67, pp. 6-7; §§ 10 et 11; *Albert et Le Compte* (note 35), p. 6, p. 8; *Luberti* (note 46), pp. 18-19, § 41; *De Jong, Baljet et Van den Brink* (note 47), p. 29, § 65; *Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe* (note 47), p. 21, § 52; *Duinhof et Duijf* (note 47), p. 19, § 45; *Campbell et Fell* (note 46), p. 55, § 141; *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* (note 23), p. 44, § 96; *Bentham*, 23.10.1985, série A n.° 97, p. 19, § 46; *Barthold* (note 39), p. 7, § 10; *Deumeland*, 29.5.1986, série A n.° 100, p. 31, § 97; *Johnston et autres* (note 23), § 84.

⁽⁴⁹⁾ Arrêt *Marckx* (note 9), p. 29, § 68. Voir toutefois l'arrêt *Engel et autres* (note 45), p. 69, § 10 («une indemnité symbolique de cent florins néerlandais»).

⁽⁵⁰⁾ Voir, outre les arrêts mentionnés ci-dessous (note 51), notamment les arrêts *Deweert* (note 38), p. 32, § 60; *Young, James et Webster* (note 46), p. 8, § 15; *Dudgeon* (note 34), p. 9, § 20; *Zimmermann et Steiner* (note 48), p. 14, § 35. Quant au problème de montants (trop élevés), voir les arrêts *Young, James et Webster* ibidem; *Silver et autres* (note 48), p. 9, § 18; *Bönisch* (note 46), p. 9, § 15.

⁽⁵¹⁾ Voir surtout les arrêts *Neumeister* (note 26), pp. 20-21, § 43; *König* (note 45), p. 17, § 20; *Sunday Times* (note 48), p. 13, § 23; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (note 35), p. 8, § 17; *X contre Royaume-Uni* (note 34), pp. 16-17, § 20; *Campbell et Cosans* (note 34), p. 8, § 13; *Minelli* (note 48), p. 20, § 45; *Eckle* (note 45), p. 11, § 25.

⁽⁵²⁾ *Recommandation 1020 (1985)*, adoptée par l'Assemblée le 2 octobre 1985 (12e séance). En fait, cette question figurait déjà sur la liste de celles que les comités gouvernementaux chargés de chercher des améliorations à apporter à la procédure prévue par la Convention, entendaient examiner (voir la réponse du Comité des Ministres à ladite recommandation, document 5517 de l'Assemblée).

saire d'assurer une interprétation uniforme de la Convention dans les Etats l'ayant incorporée dans leur ordre juridique interne, la procédure préconisée devrait contribuer à décharger les organes de la Convention dans leur tâche contentieuse et à réduire ainsi la durée des instances devant eux (53).

3. La force juridique des décisions

21. Avant d'aborder le problème de la force juridique des arrêts de la Cour, il faut rappeler que seul est partie à l'instance devant la Cour l'État — l'État défendeur et, le cas échéant, l'État qui a saisi la Cour. L'individu requérant partie à la procédure devant la Commission dans le cadre de l'article 25, n'a pas le même position devant la Cour tout en ayant un certain *locus standi* (54); la Commission, investie d'une «mission d'intérêt général», est «associée au fonctionnement» de la Cour et a pour rôle d'«éclairer» celle-ci (55).

(a) Effet limité au cas concret et effet erga omnes

22. Dans le système de la Convention, cette question comporte deux aspects: elle vise d'abord l'effet des arrêts de la Cour pour l'État partie à l'instance, puis celui — éventuel — pour les autres États, non parties à la procédure mais membres de la communauté de la Convention.

(53) L'Assemblée avait d'ailleurs préconisé une étude de la question dès 1972 (*Recommandation 683 (1972)*). Le Comité d'experts qui en fut chargé par le Comité des Ministres estima cependant qu'il n'était pas opportun, actuellement, d'habiliter la Cour à statuer à titre préjudiciel. Ses conclusions furent approuvées en septembre 1978 par le Comité des Ministres.

(54) Voir les articles 44 et 45 et l'arrêt *Lawless*, 14.11.1960, série A n.° 1, p. 15. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau règlement (1.1.1983), il peut cependant «participer à la procédure» une fois la Cour saisie par la Commission ou un Etat (articles 33 § 3d) et 30 du règlement). Ces règles constituent l'aboutissement d'une (lente) évolution jurisprudentielle, marquée par les arrêts *Lawless* précité et *De Wilde, Ooms et Versyp* (18.11.1970, série A n.° 12, pp. 6-10) et au cours de laquelle le requérant avait été plus étroitement associé à la procédure devant la Cour. Un comité d'experts prépare actuellement un Protocole additionnel autorisant l'individu requérant à saisir la Cour à l'issue de la procédure devant la Commission.

(55) Arrêt *Lawless* (note 54), pp. 11 et 16.

23. L'Etat partie au litige est tenu de se conformer à la décision de la Cour qui le concerne et dont l'exécution est surveillée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (article 53 et 54) ⁽⁵⁶⁾. L'étendue de ses obligations dépend de la portée de la décision de la Cour dans chaque cas: dans la mesure où la Cour a jugé contraire à la Convention un acte isolé de telle ou telle autorité nationale, il peut suffire de réparer le dommage causé au requérant, le cas échéant en lui versant une indemnité ⁽⁵⁷⁾; lorsque l'arrêt a «censuré» une loi — dans le cadre d'une affaire interétatique ou dans le cas d'une loi ayant des effets directs, sans autre mesure d'exécution sur l'individu — l'Etat défendeur aurait à modifier la législation ⁽⁵⁸⁾.

La question se révèle plus complexe si la Cour a estimé incompatible avec la Convention une mesure concrète d'application de la loi mais qui au fond met en cause la loi elle-même: l'Etat peut-il se borner à réparer le tort subi par le requérant ou est-il tenu de modifier la législation? La Convention ne répond pas à cette question. Son article 25, notamment, peut être invoqué en faveur de la première thèse, l'économie et l'esprit de la Convention en faveur de la seconde. Toujours est-il que les Etats contractants semblent pencher — ne serait-ce que pour des raisons pratiques — plutôt vers la nécessité de mesures générales ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ La décision par laquelle le Comité des Ministres s'acquitte de ses fonctions revêt la forme d'une «résolution».

⁽⁵⁷⁾ Voir à ce sujet notamment les arrêts ayant conclu à l'existence d'une violation des articles 5 § 3 et 6 § 1 pour dépassement du «délai raisonnable»: arrêts *Ringelsen* (Doc. 3371 de l'Assemblée), *Neumeister* (Doc. C (74) 39 du Conseil de l'Europe), *König* (résolution DH (80) 2 du Comité des Ministres), *Corigliano* (résolution DH (83) 7), *Zimmermann et Steiner* (résolution DH (83) 17), *Foti et autres* (résolution DH (84) 3), *Eckle* (résolution DH (84) 5) et *Guincho* (résolution DH (85) 2).

⁽⁵⁸⁾ Voir paragraphes 6 à 8 ci-dessus. C'est ainsi qu'à la suite de l'arrêt *Dudgeon* (paragraphes 7 et 10 ci-dessus), la législation de l'Irlande du Nord a été modifiée en 1982 par *The Homosexual Offences (Northern Ireland) Order* (voir la résolution DH (83) 13 du Comité des Ministres, adoptée le 27.10.1983 en application de l'article 54). Le processus législatif engagé par les autorités belges (*Marckx*, paragraphes 7 et 10 ci-dessus) et néerlandaises (*X et Y contre Pays-Bas*, paragraphes 7 et 10 ci-dessus), n'est pas encore terminé.

⁽⁵⁹⁾ Voir notamment les mesures prises en exécution des arrêts *Golder* (résolution (76) 35, du Comité des Ministres); *Engel et autres* (résolution (77) 10), *Sunday Times* (résolution DH (81) 2); *Airey* (résolution DH (81) 8); *Winterwerp* (résolution DH (82) 2); *X Contre Royaume-Uni* (Résolution DH (83) 2); *Young, James et Webster* (résolution DH (83) 3); *De Jong, Baljet et Van den Brink* (résolution DH (84) 7); *Duinhof et Duijff* (résolution DH (84) 8); *Sramek* (résolution DH (85) 6); *McGoff* (résolution DH (85) 10); *Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe* (résolution DH (85) 11); *Albert et Le Compte* (résolution DH (85) 15); *Silver et autres* (résolution DH (85) 15); *Sporrong et Lönnroth* (résolution DH (85) 17); *Malone* (Résolution DH (86) 1); *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* (Résolution DH (86) 2); *Campbell et Fell* (Résolution DH (86) 7): Voir aussi la déclaration de l'argent du gouvernement allemand dans l'affaire *Luedicke, Balkadem et Koç* (note 38), p. 22 § 56; Série B n.° 27, p. 95; mais aussi la résolution DH (83) 4.

24. Comme il ressort clairement des articles 53 et 54 de la Convention, un arrêt de la Cour ne lie pas l'Etat non partie au litige. Il est toutefois dans la nature des choses que dans une affaire qui pose un problème plus général — par exemple celui de l'assistance gratuite d'un interprète (article 6 § 3 e) —, ses attendus puissent influencer sur le comportement des autres Etats contractants: ceux-ci peuvent préférer ne pas attendre pour agir qu'une procédure de recours soit engagée contre eux à Strasbourg ⁽⁶⁰⁾. Toutefois, aucune règle ne les y oblige. Ils peuvent d'ailleurs avoir une excellente raison de ne pas suivre, eux, la décision de la Cour: s'ils estiment que celle-ci reste en dessous de la protection qu'à leurs yeux tel ou tel article de la Convention garantit.

(b) Autorité de la chose jugée — autorité obligatoire générale — autorité de précédent — force de loi

25. Les arrêts de la Cour, qui s'imposent aux Etats parties au litige, sont définitifs (article 52 de la Convention); ils revêtent ainsi l'autorité de la chose jugée dans un sens à la fois matériel et formel ⁽⁶¹⁾.

Toutefois, en cas de découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui à l'époque du prononcé d'un arrêt était inconnu tant de la Cour que de l'Etat partie au litige ou de la Commission, ceux-ci peuvent demander la révision de l'arrêt; ils doivent saisir la Cour dans un délai de six mois à partir du moment où ils ont eu connaissance du fait découvert (article 57 du règlement). La Cour peut aussi être invitée — également par tout Etat partie à la procédure et la Commission — à interpréter un de ses arrêts: la demande, qui indique avec

⁽⁶⁰⁾ Voir, à titre d'exemple, message du Conseil fédéral suisse concernant la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 29 mai 1985 (Feuilles Fédérales 1985 II, 872-875, 926-927, 974-975), et Avis de l'Office fédéral de la justice, du 12 juillet/7 septembre 1984 (JAAC 1985, pp. 263-267).

⁽⁶¹⁾ Voir l'arrêt *Ringelsen* 23.6.1973, série A n.° 16, p. 8, § 13. Voir dans ce contexte également l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique, 18.5.1983, et les conclusions du Procureur général près de ladite Cour, 29.4.1983, en l'affaire Piersack (arrêt de la Cour européenne, 26.10.1984, série A n.° 85, § 6 a), p. 14), et l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11.10.1985, EuGRZ, pp. 654-656 (656). Voir aussi paragraphes 36-39 ci-dessous.

précision de ou les points du dispositif de l'arrêt dont l'interprétation est sollicitée, doit être déposée dans le délai de trois ans suivant le prononcé (article 56 du règlement).

L'article 57 du règlement n'a pas trouvé application jusqu'à présent. En revanche, la Cour a été amenée, à l'initiative de la Commission, à interpréter un de ses arrêts relatifs à l'article 50 de la Convention (62).

(c) Autorité des arrêts de la Cour pour elle-même

26. Juridiquement, la Cour n'est pas liée par ses propres décisions: rien ne l'empêche d'abandonner, le cas échéant, une certaine ligne de jurisprudence en faveur d'une autre. Il va cependant de soi que cohésion et transparence doivent dominer la pratique en la matière. A cet égard, il y a lieu de noter qu'une chambre de la Cour est tenue de se dessaisir au profit de la Cour plénière si la solution d'une question dont elle est saisie peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par une chambre ou par la Cour plénière (article 50 § 1 du règlement) (63). Lorsque deux affaires concernent la ou les mêmes Parties et soulèvent des questions analogues, le président de la Cour peut aussi porter la seconde cause devant la chambre déjà constituée, ou en voie de constitution pour l'examen de la première ou à défaut procéder à la constitution d'une même chambre chargée de les examiner (article 26 § 6 du règlement) (64). Pour éviter que la continuité de sa jurisprudence soit compromise par le mode de la constitution de ses Chambres, à savoir le tirage au sort, la Cour a prévu dans

(62) Arrêt *Ringeisen* (note 61).

(63) Dans 49 affaires dont la Cour a été saisie jusqu'à présent, la Chambre s'est dessaisie au profit de la Cour plénière (voir Annexe IV). Comme les décisions de dessaisissement n'ont pas besoin d'être motivées (article 50 § 1 du règlement), il n'est pas possible d'indiquer les cas — s'il y en a eu — dans lesquels cette décision a été prise en raison d'un risque de contradiction avec un arrêt antérieur.

(64) *Une seule chambre a été constituée* dans les sept cas suivants:

- affaire Syndicat suédois des conducteurs de locomotives et affaires Schmidt et Dahlström;
- affaire De Jong, Baljet et van den Brink et affaire Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe;
- affaire Feldbrügge et affaire Van Marle et autres;
- affaire Glasenapp et Kosiek;
- 5 affaires britanniques;
- affaires Capuano, Baggetta et Milasi;
- affaires Lutz, Englert et Nölkenbockhoff.

son règlement que le président ou à défaut le vice-président y siègent de plein droit (article 21 3 b) ⁽⁶⁵⁾.

Enfin, la Cour a coutume de se référer en abondance à sa jurisprudence — et notamment la Cour plénière aux arrêts rendus par les Chambres —, ce qui permet de situer chaque arrêt par rapport aux décisions antérieures et de suivre l'évolution de la jurisprudence ⁽⁶⁶⁾.

27. Quant à la Commission, dont l'avis (article 31) est le point de départ de la décision définitive et obligatoire de la Cour, aucune disposition de la Convention ne l'oblige à suivre dans sa pratique la jurisprudence de la Cour ⁽⁶⁷⁾. Toutefois, elle ne s'en écarte guère ⁽⁶⁸⁾.

4. L'effet dans le temps des décisions

28. Bien que l'arrêt de la Cour n'annule pas l'acte de l'autorité nationale jugé contraire à la Convention, la question de sa portée dans le temps se pose régulièrement pour l'Etat en cause mais aussi, le cas échéant, pour la Cour elle-même.

Dans les cinq cas suivants, une ou plusieurs affaires ont été portées devant *une chambre déjà constituée*:

- affaires Stögmüller et Matznetter devant la Chambre Neumeister;
- affaire Corigliano devant la Chambre Foti et autres;
- affaire Duinhof et Duijf devant la Chambre De Jong, Baljet et van der Brink/ Van den Sluijs,
- Zuiderveld et Klappe;
- affaire McGolff devant la Chambre Skoogström;
- affaire Erkner et Hofauer et affaire Poiss devant la Chambre Ettl et autres.

⁽⁶⁵⁾ Pour l'examen de chaque affaire portée devant elle, la Cour est constituée en une chambre composée de sept juges; en font partie d'office outre le président ou le vice-président, le juge ressortissant de tout Etat intéressé. Les noms des autres juges sont tirés au sort, avant le début de l'examen de l'affaire, par les soins du président (article 43 de la Convention).

⁽⁶⁶⁾ Le sommaire dont s'accompagne chaque arrêt (depuis 1982) relève en note la jurisprudence citée ou mentionnée.

⁽⁶⁷⁾ On note toutefois «l'ampleur remarquable» et «la portée tout à fait générale» qu'il faut attribuer aux termes «affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention» à l'article 45 de la Convention qui détermine la compétence *ratione materiae* de la Cour; voir l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 24), p. 29, § 47.

⁽⁶⁸⁾ Voir notamment les rapports *Ettl et autres*, 3.7.1985, p. 26 (opinion séparée du président Norgaard), et *Pudas*, 4.12.1985, p. 19 (opinion séparée de M. Danelius, approuvée par MM. Norgaard, Jörundsson, Trechsel, Kiernan et Schermers).

(a) *Effet ex tunc*

29. Lorsque l'atteinte à la Convention réside dans un acte isolé — caractère non public des audiences, refus d'un défenseur d'office —, la décision de la Cour «qu'il y a eu violation de la Convention» constate celle-ci évidemment avec effet *ex tunc*. Les arrêts que la Cour rend éventuellement sur l'application de l'article 50 de la Convention confirment, s'il en était besoin, la chose: la période pour laquelle l'Etat peut avoir à verser une indemnité, commence à la date de l'acte illicite ou au moment où celui-ci déploie ses effets sur la personne du requérant (jugement ou arrêt rendu en violation de la Convention) (69).

S'il en va de même, en principe, pour les arrêts ayant conclu qu'une détention provisoire ou une procédure judiciaire a duré au delà du «délai raisonnable» (articles 5 § 3 et 6 § 1), il peut s'avérer difficile voire impossible de préciser le moment où l'«encore raisonnable» tombe dans le «déraisonnable» (70). Ainsi, la Cour constate souvent qu'accumulés et combinés, les délais qui se sont produits dans telle ou telle phase de la procédure en cause, ont entraîné un dépassement du «délai raisonnable» au sens de la Convention (71).

(b) *Effet ex nunc*

30. La question de l'effet dans le temps des arrêts de la Cour se pose autrement lorsque la violation constatée vise au fond une législation (paragraphe 7 et 8 ci-dessus). La seule fois que la Cour a pris position — le Gouvernement avait soulevé le problème dans une espèce qui concernait certaines différences de traitement entre enfants «naturels» et enfants «légitimes» —, elle s'est prononcée en faveur d'un effet *ex nunc* de son arrêt. Elle s'est fondée sur deux principes généraux de droit que la Cour de Justice des Communautés européennes avait rap-

(69) Voir par exemple — pour en mentionner un des derniers — l'arrêt *Unterpertinger* (note 47), p. 16, § 35.

(70) Eu égard à «la méthode de recherche» qu'applique la Cour sur le terrain de l'article 5 § 3 (voir les arrêts *Wemhoff* (note 26), pp. 24-25, § 12, *Neumeister* (note 36), p. 37, § 5), le problème est en général moins complexe dans ce domaine: voir les arrêts *Stögmüller*, (note 24), p. 44, § 15; *Ringelsen* (note 24), p. 43, § 107 et *Neumeister* (note 26), pp. 16-17, § 38).

(71) Voir en dernier lieu les arrêts *Erkner et Hofauer*, 23.4.1987, § 70; *Poiss*, 23.4.1987, § 60.

pelés auparavant: «les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin», mais «on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé» (72). La suite de l'arrêt se lit ainsi:

«La Cour européenne des Droits de l'Homme interprète la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais elle n'ignore pas que les différences de traitement entre enfants «naturels» et enfants «légitimes», par exemple dans le domaine patrimonial, ont durant de longues années passé pour licites et normales dans beaucoup d'États contractants (...). L'évolution vers l'égalité a progressé lentement et l'on semble avoir songé assez tard à invoquer la Convention pour l'accélérer (...). Eu égard à cet ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt. Certains États contractants dotés d'une cour constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue: leur droit public interne limite l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi.» (73).

(c) *Effet pro futuro* (en particulier la possibilité de fixer un délai à l'expiration duquel la norme cesse d'être en vigueur)

31. Dans l'affaire *Rees*, la Cour a laissé entendre que la situation des transsexuels, qu'elle avait jugée dans le cas du requérant conforme à la Convention, pourrait poser un problème à l'avenir (74). Elle s'est toutefois contentée de constater que «pour le moment», il fallait laisser à l'État le soin de déterminer jusqu'à quel point il pouvait répondre aux autres exigences des transsexuels (75).

(72) Arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne/Sabena*, Recueil 1976, p. 481.

(73) Arrêt *Marckx* (note 9), p. 26, § 58.

(74) Voir paragraphe 16 ci-dessus.

(75) *Ibidem*.

4. Les pouvoirs des organes de la justice constitutionnelle en ce qui concerne la définition du contenu et des effets de leur décisions

(a) Définition préalable, par la Constitution ou par la loi, et autonomie des Cours

32. Chargée d'interpréter et d'appliquer la Convention (article 45), la Cour possède une juridiction d'attribution, dérivant du consentement des Etats contractants (76) et limitée par les textes que ces derniers ont acceptés: organe judiciaire statuant par arrêt obligatoire et définitif, elle dit le droit; elle ne le crée pas.

Das ce contexte, la méthode que suit la Cour pour l'interprétation de la Convention revêt à l'évidence une portée capitale.

33. La Cour se montre disposée à s'inspirer en la matière des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation au sein de laquelle elle a été adoptée, le Conseil de l'Europe (article 5 de la Convention de Vienne) (77). Si elle évite — et doit éviter — une interprétation extensive de nature à imposer aux Etats contractants de nouvelles obligations (78), elle recherche d'un autre côté, en soulignant le caractère normatif de la Convention (79), l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties (80).

Principe complémentaire et tout à fait fondamental, retenu pour la première fois par une chambre de la Cour mais adopté peu après par la Cour plénière: la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles (81). Si cette proposition découle presque nécessairement du carac-

(76) A la fois par la ratification de la Convention (article 66) et par la reconnaissance (facultative) de la juridiction obligatoire de la Cour.

(77) Arrêt *Golder* (note 7), p. 14, § 29. Comme la Convention de Vienne est postérieure à la Convention européenne et ne rétroagit pas (article 4), la Cour ne peut l'appliquer en tant que telle.

(78) Arrêts *Golder* (note 7), p. 18, § 36, et *Johnston et autres* (note 23), § 53.

(79) Arrêts *Wemhoff* (note 26), p. 23, § 8; *Golder* (note 7), p. 18, § 36; *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), p. 90 § 239.

(80) Arrêt *Wemhoff* (note 26), p. 23, § 8.

(81) Arrêts *Tyrer* (note 38), p. 15, § 31; *Marckx* (note 9), p. 19, § 41.

tère normatif de la Convention, elle rapproche le processus d'interprétation de ce traité de celui d'une constitution par une juridiction constitutionnelle.

(b) *L'extension, les limites et la signification de ces pouvoirs par rapport*

(b.1.) *au pouvoir législatif*

(b.2) *aux tribunaux en général*

34. La Convention astreint les autorités — législatives, administratives et judiciaires — des Etats contractants à respecter les droits et libertés qu'elle définit, ce qui implique que les autorités suprêmes ont, le cas échéant, à empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs (82). Elle prévoit un système (complexe) de contrôle au moyen d'une procédure de recours qui peut se terminer — si la Commission et/ou l'Etat intéressé le veulent (83) — par un arrêt de la Cour, c'est-à-dire par une décision judiciaire définitive et obligatoire.

Si la Cour peut ainsi être amenée à contrôler sous l'angle de la Convention les décisions du législateur, de l'exécutif et des juridictions internes, elle exerce cette fonction dans le respect du caractère subsidiaire du système de la Convention. Admettant que grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la nécessité de telle ou telle mesure (84), la Cour leur reconnaît une «marge d'appréciation» dont l'étendue varie selon les domaines et le contexte (85); elle la concède au législateur (86) à l'appré-

(82) Arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), p. 91, § 239.

(83) Un comité d'experts prépare actuellement un Protocole additionnel autorisant l'individu requérant à saisir la Cour à l'issue de la procédure devant la Commission. Dans l'avis qu'elle vient de lui adresser, la Cour s'est prononcée en faveur d'un Protocole facultatif qui, ne modifiant pas la Convention, pourrait entrer en vigueur, pour les Etats, l'ayant accepté, dès dépôt du septième instrument de ratification.

(84) Arrêt *Handside* (note 8), p. 22, § 48. Voir aussi les arrêts «*linguistique belge*» (note 9), p. 35, § 10; *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), pp. 78-79, § 207; *Sunday Times* 26.4.1979, série A n.° 30, p. 36, § 59; *Dudgeon* (note 9), p. 21, § 52; *James et autres* (note 7), p. 32, § 46.

(85) Arrêt *Rasmussen*, 28.11.1984, série A n.° 87, p. 15, § 40.

(86) Arrêts *Engel et autres* (note 23), p. 25, § 59, p. 31, § 72; *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* (note 3), p. 26, § 53; *Handside* (note 8), p. 22 § 48; *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), p. 84, § 220; p. 93, § 243; *Klass et autres* (note 9), p. 23, § 49; *Sunday Times* (note 84), p. 36,

ciation duquel elle ne saurait substituer «une autre appréciation de ce que pourrait être la meilleure politique» et dans le domaine dont il s'agit ⁽⁸⁷⁾, à l'exécutif ⁽⁸⁸⁾ et aux juridictions ⁽⁸⁹⁾ «dont l'indépendance s'impose à elle comme aux Etats contractants» ⁽⁹⁰⁾.

(b.3.) Les tribunaux internationaux ou supranationaux

35. Sur le plan international, les organes de la Convention ne sont pas les seules institutions appelées à protéger des droits de l'homme et les libertés fondamentales. On y trouve en outre, notamment:

- (i) la Cour de Justice des Communautés européennes qui, en assurant le respect des droits de l'homme, tient compte, entre autres, de la Convention européenne des Droits de l'Homme;

§ 59; *Young, James et Webster*, 13.8.1981, série A n.° 44, p. 26, § 65; *Dudgeon* (note 9), p. 21, § 52; p. 22, § 57; p. 23 § 59; *X contre Royaume-Uni*, 5.11.1981, série A n.° 46, p. 19, § 41; *Sporrong et Lönnroth* (note 22), p. 26, § 69; *Rasmussen* (note 85), pp. 15-16, §§ 40-41; *X et Y contre Pays-Bas* (note 18), p. 12 § 24; *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* (note 23), pp. 33-34, § 67; *James et autres* (note 7), p. 32, § 56; p. 33, §§ 47 e 49; p. 35, § 51; p. 36, §§ 53 et 54; p. 37, § 56; pp. 41-42, §§ 68 et 69; pp. 44-45, §§ 75-77; *Lithgow et autres* (note 7), p. 51, § 122; p. 54, § 129, p. 55, § 132; pp. 57-58, §§ 142-143; p. 59, § 147; p. 60, §§ 149 et 150, p. 64, §§ 165 et 168; p. 67, § 177; *Rees* (note 22), pp. 14-15, §§ 35-37; p. 17, § 42; p. 18, § 44; *Agosi* (note 22), p. 18, § 52; *Gillow*, 24.11.1986, série A n.° 109 §§ et 66; *Johnston e autres* (note 23), §§ 55 et 75; *Monnell et Morris*, 2.3.1987, série A n.° 115, § 47; *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 2.3.1987, série A n.° 113, §§ 52, 54 et 57.

⁽⁸⁷⁾ Arrêts *Klass et autres* (note 9), p. 23, § 49, et *James et autres* (note 7), p. 35, § 51.

⁽⁸⁸⁾ Voir les arrêts *Lawless* (note 26), p. 56, § 28; *De Wilde, Ooms et Versyp* (note 24), p. 45, § 93; *Golder* (note 7), p. 22, § 45; *Handyside* (note 8), p. 22, § 48; *Irlande contre Royaume-Uni* (note 6), pp. 78-79, § 207; p. 81, § 212; p. 87 § 229; *Sunday Times* (note 86), p. 36, § 59; *Winterwerp* (note 26), p. 18, § 40; *X contre Royaume-Uni* (note 86), p. 19, § 41; p. 20, § 43; *Silver et autres*, 25.3.1983, série A n.° 61, pp. 37-38, § 97; *Gillow* (note 86), §§ 56 et 57; *Weeks*, 2.3.1987, série A n.° 114, §§ 50-52.

⁽⁸⁹⁾ Arrêts *Engel et autres* (note 23), pp. 41-42, §§ 100-101 et 103; *Handyside* (note 8), p. 22, § 48; p. 24, § 52; p. 26, § 54; p. 28, § 57; *Sunday Times* (note 86), p. 36, § 59; *Winterwerp* (note 26), p. 20, § 46; *Luberti* (note 46), pp. 12-13, § 27; *Barthold* (note 33), p. 25, § 55, *Lingens* (note 47), p. 25, § 39; *Gillow* (note 86), §§ 70 et 71; *Monnell et Morris* (note 86), § 49.

⁽⁹⁰⁾ Arrêt *Engel et autres* (note 23), p. 42, § 103; et aussi arrêts *Handyside* (note 8), p. 27, § 56; *Sunday Times* (note 86), p. 36, § 59.

(ii) le Comité des Droits de l'Homme prévu par le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de 1966;

(iii) la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, créée en vertu de la Convention américaine des Droits de l'Homme, de 1969.

Certes, ces institutions fonctionnent dans un ordre juridique international autonome et séparé de celui de la Convention européenne. Toutefois, la juridiction de la Cour de Justice concerne une communauté qui compte plus de la moitié des Etats liés par la Convention européenne et le Comité des Droits de l'Homme, malgré ses compétences limitées, peut avoir à examiner des communications individuelles mettant en cause tel ou tel Etat partie à la Convention ⁽⁹¹⁾. Quant à la Cour interaméricaine, elle interprète et applique un texte — la Convention américaine — qui a été rédigé sur le modèle de la Convention européenne, d'ailleurs avec l'assistance de deux juges à la Cour de Strasbourg, feu les présidents Cassin et Balladore Pallieri.

Dispersion et confusion dans le domaine délicat et sensible de la protection des droits fondamentaux de l'individu ne servent pas la cause des droits de l'homme. Soucieuse de contribuer à un dialogue à travers les «frontières» entre les différentes «communautés», la Cour européenne a cherché très tôt le dialogue avec la Cour de Justice et la Cour interaméricaine, qu'elle rencontre régulièrement pour des échanges de vues.

(91) Quant à la requête étatique (article 24 de la Convention et 44 du Pacte), le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a déclaré le 15 mai 1970 en se référant à l'article 62 de la Convention, que les Etats parties à celle-ci «ne devraient normalement avoir recours qu'à la procédure instituée par la Convention (...) en ce qui concerne les requêtes dirigées contre (un autre Etat partie à la Convention) et alléguant la violation d'un droit couvert, en substance, tant par la Convention (...) que par le Pacte (...)» (résolution (70) 17).

CONCLUSION

36. La Cour européenne des Droits de l'Homme interprète et applique la Convention et ses Protocoles dans les litiges qui lui sont soumis, et elle statue à l'issue d'une procédure judiciaire par un arrêt définitif et obligatoire. Toujours est-il que celui-ci ne saurait annuler, abroger ou modifier par lui-même l'acte de l'autorité nationale incriminée: déclaratoire pour l'essentiel, il laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53⁽⁹²⁾. Si le droit interne de l'Etat en cause ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de l'acte jugé contraire à la Convention, la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable en application de l'article 50.

37. Cette situation qui peut être ressentie comme le côté «faible» du système au moins dans les États où la Convention fait partie du droit interne, n'empêche évidemment pas le législateur national de prévoir, lui, un moyen permettant de tirer sur le plan interne toutes les conséquences d'une décision de la Cour ayant conclu à l'existence d'une violation de la Convention. C'est ainsi que plusieurs législations nationales connaissent aujourd'hui — ou envisagent — la possibilité de rouvrir une procédure judiciaire en cas de manquement constaté par la Cour⁽⁹³⁾.

38. Encore plus remarquable dans ce domaine est l'évolution de la jurisprudence de certaines hautes juridictions nationales qui, avant ou après la décision de la Cour, ont dû se prononcer sur un problème voisin à celui que la Cour avait à considérer. Il convient de mentionner à cet égard notamment la Cour constitutionnelle autrichienne que a adapté sa jurisprudence à l'arrêt *Ringeisen*⁽⁹⁴⁾,

⁽⁹²⁾ Arrêts affaire «*linguistique belge*» (note 9), p. 35, § 10; *Syndicat national de la police belge* (note 26), p. 18 § 39; *Marckx* (note 9), p. 15, § 31; p. 25, § 38; *Colozza* (note 47), p. 15, § 30.

⁽⁹³⁾ Voir par exemple l'article 391 § 2 du Code norvégien de procédure pénale; l'article 443 § 5 du Code d'instruction criminelle; l'article 223 al. 1 n.° 4 du Code de procédure pénale du Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures; l'article 230 al. 1 n.° 3 du Code de procédure pénale du Canton de Schaffhouse (en préparation); l'article 139 a) de la Loi fédérale suisse sur l'organisation du système judiciaire (en préparation). Voir aussi l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11.10.1985, EuGRZ 1985, pp. 654-656.

examiné certaines dispositions de la loi tyrolienne sur les transactions immobilières à la lumière de l'arrêt *Srameke* ⁽⁹⁵⁾ et annulé sur la base de l'arrêt *Bönisch* l'article 48, première phrase, de la loi sur les denrées alimentaires ⁽⁹⁶⁾. La Cour de cassation de Belgique, après avoir hésité quelque peu ⁽⁹⁷⁾, a suivi la Cour européenne après son arrêt *Albert et Le Compte*, en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 6 § 1 à certaines procédures disciplinaires ⁽⁹⁸⁾ et a annulé, sur la base de l'arrêt *Piersack*, un arrêt rendu en cette cause par la Cour d'assises de la province de Brabant ⁽⁹⁹⁾. La Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est largement inspirée de l'arrêt *Eckle* lorsqu'elle a eu à considérer dans un cas d'espèce le problème de la durée d'une procédure judiciaire ⁽¹⁰⁰⁾. Le Tribunal fédéral suisse se réfère régulièrement à la jurisprudence de la Cour européenne lorsqu'elle a à interpréter et à appliquer la Convention ⁽¹⁰¹⁾.

39. Il s'agit là de quelques exemples de réaction du législateur et des juridictions aux arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme: c'est l'amorce d'une évolution encourageante qui devrait s'affermir dans l'intérêt d'une protection efficace des droits de l'homme et des libertés fondamentales en Europe.

⁽⁹⁴⁾ Arrêt du 29.6.1973. Arrêt *Ringelsen*, 16.7.1971, série A n.° 13. En Autriche, la Convention a rang de loi constitutionnelle.

⁽⁹⁵⁾ Arrêt du 17.10.1985. Arrêt *Sramek*, 22.10.1984, série A n.° 84.

⁽⁹⁶⁾ Arrêt du 28.11.1985. Arrêt *Bönisch* 6.5.1985, série A n.° 92.

⁽⁹⁷⁾ Arrêt du 21.1.1982 et conclusions du Procureur général Dumon, Pasirisie belge 1982, pp. 623-647. Arrêt *Le Compte, Van Leuven et de Meyere*, 23.6.1981, série A n.° 43.

⁽⁹⁸⁾ Arrêt du 14.4.1983 et conclusions de l'avocat général Velu, Pasirisie belge 1983, pp. 866-902. Arrêt *Albert et Le Compte*, 10.2.1983, série A n.° 58.

⁽⁹⁹⁾ Arrêt du 18.5.1983, conclusions de l'avocat général Velu et requisitoire du Procureur général Krings, Pasirisie belge 1983, pp. 867-900, 1046-1048. Arrêts *Piersack*, 1.10.1982, série A n.° 53, et 26.10.1984, série A n.° 85.

⁽¹⁰⁰⁾ Arrêt du 24. novembre 1983, EuGRZ 1983, pp. 94-95.

⁽¹⁰¹⁾ Voir, à titre purement indicatif, les arrêts suivants: 18.6.1985, EuGRZ 1985, pp. 736-740; 24.9.1985, EuGRZ 1985, pp. 620-621; 27-621; 27.11.1985, EuGRZ 1985, pp. 163-165; 4.12.1985, EuGRZ 1986, pp. 464-467; 4.6.1986, EuGRZ 1986, pp. 670-675.

ANNEXE I

RYTHME DES SAISINES ET DES ARRETS DE LA COUR

	<i>Saisines</i>	<i>Arrêts</i>
1959	néant	néant
1960	1	1
1961	néant	2
1962	néant	1
1963	néant	néant
1964	néant	néant
1965	1	néant
1966	2	néant
1967	2	1
1968	néant	3
1969	2	2
1970	1	2
1971	néant	2
1972	néant	2
1973	1	1
1974	4	1
1975	1	2
	16 saisines et	20 arrêts en près de 17 ans
1976	2	6
1977	5	néant
1978	5	5
1979	3	5
1980	8	7
1981	7	7
1982	10	11
1983	16	15
1984	14	18
1985	12	11
1986	25	17
1987 (23.4.1987)	4	8
	111 saisines et	110 arrêts en 11 ans

ANNEXE II

LISTE DES AFFAIRES EN INSTANCE DEVANT LA COUR (AU 23 AVRIL 1987)

1. De Cubber (article 50)
2. Feldbrugge (article 50)
3. Gillow (article 50)
4. Weeks (article 50)
5. Bozano (article 50)
6. Ben Yaacoub
7. H. contre Belgique
- 8.-12. Cinq affaires contre le Royaume-Uni
13. Capuano
14. Lutz
15. Englert
16. Nölkenbockholff
17. Baraona
18. Pudas
19. Baggetta
20. Milasi
21. Inze
22. Erkner et Hofauer (article 50)
23. Poiss (article 50)
24. Boden
25. Boyle et Rice
26. Belilos
27. F. contre Suisse
28. Bouamar
29. Ekbatani
30. Barbera, Messegué et Jabardo
31. Müller et autres
32. Pauwels
33. Olsson
34. Berrehab
35. Schönberger et Durmaz

ANNEXE III

OBJECT DES AFFAIRES PORTEES DEVANT LA COUR

Affaires relatives principalement à l'intégrité physique

- mauvais traitements en Irlande du Nord (*Irlande contre Royaume-Uni*), peine de fustigation dans l'île de Man (*Tyrer*) et châtiments corporels dans les écoles d'Ecosse (*Campbell et Cosans*) (article 3 de la Convention);

Affaire relative principalement à l'interdiction du travail forcé

- obligation, pour un avocat stagiaire belge, d'assister gratuitement un inculpé sans ressources (*Van der Mussele*) (articles 4 et 14 de la Convention, article 1 du Protocole n.º 1);

Affaires relatives principalement au droit à la liberté et à la sûreté

- procédure disciplinaire et pénale militaire aux Pays-Bas (*Engel et autres; de Jong, Baljet et van den Brink; van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe; Duinhof et Duijf*) (articles 5, 6, 10, 13 et 14 de la Convention);
- internement administratif ordonné en vertu d'une loi irlandaise sur les atteintes à la sûreté de l'État (*Lawless*) et mesures d'exception en Irlande du Nord (*Irlande contre Royaume-Uni*) (articles 5, 6, 14 et 15 de la Convention);
- internement d'un récidiviste en Belgique (*Van Droogenbroeck*) et au Royaume-Uni (*Weeks*) (article 5 de la Convention);
- placement d'un mineur dans une maison d'arrêt de Belgique à titre de mesure provisoire de garde (*Bouamar*) (article 5 de la Convention);
- assignation judiciaire à résidence sur une île italienne (*Guzzardi*) (article 5 de la Convention);
- non-imputation, sur la durée de peines prononcées en première instance au Royaume-Uni, d'une partie de la détention subie par les condamnés dans l'attente du résultat (négatif) de leur demande en autorisation d'interjeter appel (*Monnell et Morris*) (articles 5, 6, et 14 de la Convention);
- internement d'aliénés aux Pays-Bas (*Winterwerp*), au Royaume-Uni (*X contre Royaume-Uni; Ashingdane*) et en Italie (*Luberti*) ainsi que de vagabonds en Belgique (*De Wilde, Ooms, et Versyp*) (article 5 de la Convention);

- détention subie en Suisse aux fins d'extradition (*Sanchez-Reisse*) et en France aux fins d'expulsion (*Bozano*) (article 5 de la Convention);
- droit d'une personne placée en détention provisoire à être aussitôt traduite devant un juge ou un autre-magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires, en Suisse (*Schiesser*) et en Suède (*Skoogström; McGoff*) (article 5 de la Convention);
- détentions provisoires de longue durée en République fédérale d'Allemagne (*Wemhoff*), en Autriche (*Neumeister; Stögmüller; Matznetter; Ringeisen; Can*) et en Italie (*Vallon*) (article 5 de la Convention);

Affaires relatives principalement au droit à un procès équitable

- absence, aux Pays-Bas, d'une voie de recours judiciaire contre le rejet d'une demande de l'autorisation d'exploiter une installation de livraison de gaz liquéfié (*Bentem*) ou contre un refus d'inscription sur la liste des comptables agréés (*Van Marle et autres*); et, en Suède, contre le retrait de l'autorisation d'exploiter un taxi (*Pudas*) ainsi que contre la délivrance ou la durée d'un permis d'exproprier (*Sporrong et Lönnroth; Bodén*) (articles 6 et 13 de la Convention, article 1 du Protocole n.º 1);
- absence, dans le canton de Vaud (Suisse), d'un recours de pleine juridiction contre une amende administrative (*Belilos*) (article 6 de la Convention);
- contentieux de la sécurité sociale en matière d'assurance-maladie aux Pays-Bas (*Feldbrugge*) et d'accidents du travail en République fédérale d'Allemagne (*Deumeland*) (article 6 de la Convention);
- poursuites disciplinaires pénitentiaires en Angleterre *Campbell et Fell* (article 6 de la Convention);
- obstacle à l'accès de détenus aux juridictions anglaises (*Golder; Silver et autres; Campbell et Fell; Ashingdane*) (articles 6 et 8 de la Convention);
- droit d'accès aux tribunaux en matière de contestation de paternité au Danemark (*Rasmussen*) (articles 6, 8 et 14 de la Convention);

- paiement d'une amende de composition afin d'éviter la fermeture d'une boucherie pour infraction à la réglementation sur les prix en Belgique (*Deweer*) (articles 6 de la Convention et 1 du Protocole n.º 1);
- procès pénal conduit en Italie en l'absence des accusés (*Colozza, Rubinat*) (articles 6 de la Convention);
- droit de l'accusé à bénéficier, en Suède, d'une audience publique devant la juridiction d'appel (*Ekbatani*) (article 6 de la Convention);
- procès pénaux jugés inéquitables par les prévenus, en Autriche (*Bönisch; Unterpertinger*) et en Espagne (*Barberà, Messegué et Jabardo*) (article 6 de la Convention);
- procédures judiciaires suivies sans audience (*Sutter* contre Suisse; *Axen* contre République fédérale d'Allemagne) et sans prononcé public de la décision finale (mêmes affaires ainsi que *Pretto et autres* contre Italie) (article 6 de la Convention);
- durée de la procédure (article 6 de la Convention) devant des juridiction:
 - pénales: en République fédérale d'Allemagne (*Wemhoff; Eckle*), en Autriche (*Neumeister; Ringeisen; Lechner et autres*), en Italie (*Foti et autres; Corigliano; Vallon; Baggetta; Milasi*);
 - civiles: en Italie (*Pretto et autres; Capuano*), au Portugal (*Guincho*) et en Autriche (*Lechner et autres*);
 - sociales ou du travail: en République fédéral d'Allemagne (*Buchholz; Deumeland*);
 - administratives: en République fédéral d'Allemagne (*König*), en Suisse (*Zimmermann et Steiner*), au Portugal (*Baraona*) et en Autriche (*Erkner et Hofauer; Poiss*);
- indépendance et impartialité de juridictions administratives autrichiennes (*Ringeisen; Sramek; Ettl et autres*) et de juridictions pénales belges (*Delcourt; Piersack; De Cubber; Ben Yaacoub*) (article 6 de la Convention);

- affiliation obligatoire à l'Orde des médecins, en Belgique, et procédure disciplinaire devant ce dernier (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere; Albert et Le Compte*) (articles 6 et 11 de la Convention);
- procédure suivie par un conseil de l'Ordre des avocats en Belgique pour examiner une demande de réinscription au tableau (*H.c Belgique*) (article 6 de la Convention);
- présomption d'innocence en Autriche (*Adolf*), en Suisse (*Minelli*) et en République fédérale d'Allemagne (*Englert; Lutz; Nölkenbockhoff*) (article 6 de la Convention);
- droit à une défense effective en Italie (*Artico; Goddi*), en République fédérale d'Allemagne (*Pakelli*) et en Autriche (*Can*) (article 6 de la Convention);
- droit de l'accusé (*Luedicke, Belkacem et Koç*), ou de la personne faisant l'objet d'une procédure administrative pour contravention (*Öztürk*), à l'assistance gratuite d'un interprète en République fédérale d'Allemagne (article 6 de la Convention);

Affaires relatives principalement au droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance

- statut des mères célibataires et des enfants nés hors mariage en Belgique (*Marckx*) (articles 8 et 14 de la Convention, article 1 du Protocole n.° 1);
- procédure applicable et recours disponibles en matière de décisions limitant ou supprimant le droit de visite de parents à l'égard de leurs enfants confiés à une autorité locale (*cinq affaires contre le Royaume-Uni*) (articles 6, 8 et 13 de la Convention);
- interdiction du divorce en Irlande et conséquences juridiques en découlant pour un homme et une femme non mariés ensemble ainsi que pour leur enfant (*Johnston et autres*) (articles 8, 9, 12, 13 et 14 de la Convention);
- interdiction temporaire de remariage après divorce, frappant le conjoint jugé responsable de la désunion (*F. contre Suisse*) (article 12 de la Convention);

- impossibilité en droit néerlandais de faire engager des poursuites c contre l’auteur de violences sexuelles sur une mineure de plus de seize ans, mais incapable de déterminer sa volonté en raison d’un handicap mental (*X et Y contre Pays-Bas*) (articles 3, 8, 13 et 14 de la Convention);
- législation pénale d’Irlande du Nord interdisant les relations homosexuelles masculines (*Dudgeon*) (article 8 de la Convention);
- absence, en Belgique (*Van Oosterwijck*) et au Royaume-Uni (*Rees*), d’une législation permettant de tenir compte d’un changement de sexe (article 8 et 12 de la Convention);
- application des règles d’immigration au Royaume-Uni (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali*) (articles 8, 13 et 14 de la Convention);
- surveillance secrète de la correspondance et des télécommunications, autorisée sous certaines conditions par la loi allemande (*Klass et autres*) et au Royaume-Uni (*Malone*) (articles 8 et 13 de la Convention);
- refus d’employer quelqu’un dans un musée de la marine, en Suède, en raison de renseignements figurant à son sujet dans un fichier secret de la police (*Leander*) (articles 8, 10 et 13 de la Convention);
- restrictions imposées, en matière de correspondance et de visites, à des condamnés détenus au Royaume-Uni (*Golder; Silver et autres; Campbell et Fell; Boyle et Rice*, et à des vagabonds internés en Belgique (*De Wilde, Ooms et Versyp*) (articles 8 et 13 de la Convention);

Affaires relatives principalement à la liberté d’expression

- déchéances infligées en Belgique, dans le domaine de la liberté d’expression, pour collaboration avec l’occupant (*De Becker*) (article 10 de la Convention);
- compatibilité avec la liberté d’expression de l’obligation de faire allégeance à la Constitution pour pouvoir occuper un poste dans la fonction publique en République fédérale d’Allemagne (*Glaserapp; Kosiek*) (article 10 de la Convention);
- limitation à la liberté d’expression d’un vétérinaire, apportée en République fédérale d’Allemagne en vertu d’une loi relative à la concurrence déloyale, combinée avec le code de déontologie de la profession (*Barthold*) (article 10 de la Convention);

- condamnation, saisie et confiscation d'un livre ou de tableaux, prononcées au Royaume-Uni (*Handyside*) et en Suisse (*Müller et autres*) sur la base de lois relatives aux publications obscènes (articles 10 de la Convention et 1 du Protocole n.° 1);
- restrictions au droit de la presse de commettre des procès civils pendants devant les tribunaux britanniques (*Sunday Times*) et condamnation d'un journaliste pour avoir diffamé le chancelier fédéral autrichien (*Lingens*) (article 10 de la Convention);

Affaires relatives à la liberté syndicale

- étendue de la liberté syndicale en Belgique (*Syndicat national de la police belge*) et en Suède (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives; Schmidt et Dahlström*) (articles 11 et 13 de la Convention);
- licenciement de cheminots britanniques en vertu d'un accord imposant l'appartenance à un syndicat comme condition d'emploi (*Young, James et Webster*) (article 11 de la Convention);

Affaires relatives principalement au droit de propriété

- problèmes relatifs aux permis d'exproprier et aux interdictions de bâtir en Suède (*Sporrong et Lönnroth*) (article 1 du Protocole n.° 1);
- modalités de l'indemnisation des actionnaires de sociétés de construction aéronautique et navale nationalisées au Royaume-Uni (*Lithgow et autres*) (article 1 du Protocole n.° 1, articles 6, 13 et 14 de la Convention);
- confiscation par les douanes britanniques de biens importés en contrebande mais appartenant à un tiers (*AGOSI*) (articles 1 du Protocole n.° 1 et 6 de la Convention);
- limitation au droit de propriétaires d'habiter leur maison à Guernesey (*Gillow*) (article 1 du Protocole n.° 1, articles 6, 8 et 14 de la Convention);

- législation anglaise et galloise donnant à des locataires de longue durée le droit d'acheter son bien au propriétaire sous certaines conditions (*James et autres*) (article 1 du Protocole n.° 1, articles 6, 13 et 14 de la Convention);
- opérations de remembrement foncier en Autriche (*Erkner et Hofauer; Poiss*) (article 1 du Protocole n.° 1);
- attribution préférentielle, en Carinthie (Autriche), d'un domaine agricole à un enfant légitime plutôt qu'à son demi-frère né hors mariage (*Inze*) (articles 1 du Protocole n.° 1 et 14 de la Convention);

Affaires relatives principalement au domaine de l'enseignement

- législation linguistique belge en matière d'enseignement (article 2 du Protocole n.° 1, articles 8 et 14 de la Convention);
- éducation sexuelle obligatoire dans les écoles primaires publiques du Danemark (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*) (article 2 du Protocole n.° 1);
- châtiments corporels dans les écoles d'Ecosse (*Campbell et Cosans*) (article 2 du Protocole n.° 1);

Affaire relative principalement au droit à des élections libres

- mode de désignation des représentants à l'assemblée régionale flamande en Belgique (*Mathieu-Mohin et Clerfayt*) (articles 3 du Protocole n.° 1 et 14 de la Convention).

ANNEXE IV

CAS DANS LESQUELS UNE CHAMBRE S'EST DESSAISIE AU PROFIT DE LA COUR PLENIERE

Affaire linguistique belge	De Wilde, Ooms et Versyp
Golder	Syndicat national de la police belge
Engel et autres	Handyside
Irlande contre Royaume-Uni	König
Klass et autres	Sunday Times
Marckx	Guzzardi
Van Oosterwijck	Le Compte, Van Leuven et De Meyere
Young, James et Webster	Dudgeon
Sporrong et Lönnroth	Van Droogenbroeck
Albert et Le Compte	Pretto et autres
Sutter	Axen
Van der Mussele	Oztürk
Malone	Stramek
Abdulaziz, Cabales et Balkandali	Bentham
Lithgow et autres	James et autres
Glasenapp	Kosiek
Feldbrugge	Deumeland
Van Marle et autres	Lingens
Mathieu-Mohin et Clerfayt	Rees
Johnston et autres	Weeks
Lutz	Englert
Nölkenbockhoff	H. contre Belgique
cinq affaires contre le Royaume-Uni	

**DIREITO
COMUNITÁRIO**

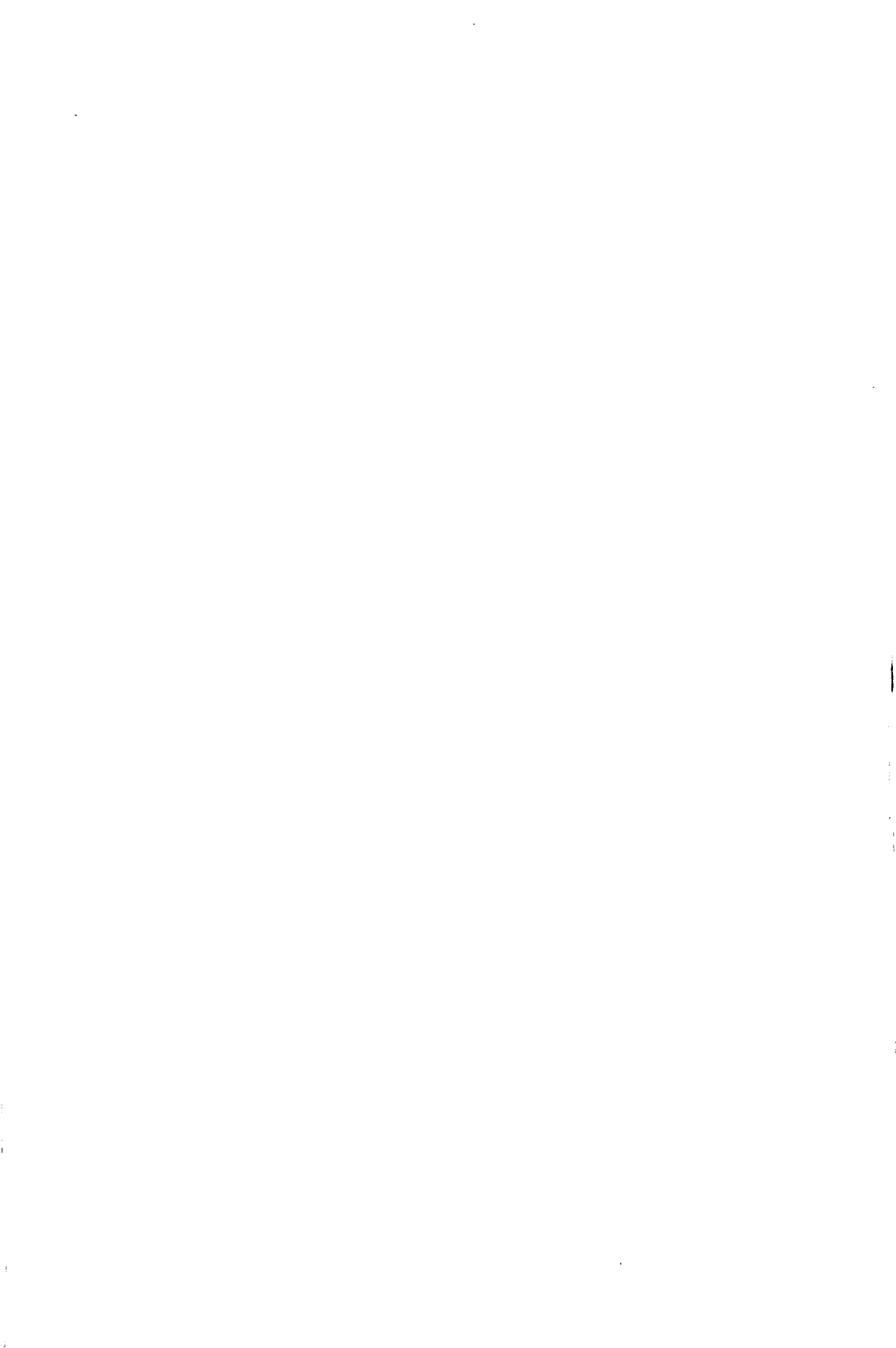


ALBERTO RAPOSO

A LIVRE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES

ABREVIATURAS

- CDE — Cahiers de Droit Européen.
- CECA — Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.
- CE — Comunidades Europeias.
- CEE — Comunidade Económica Europeia. A seguir a um art., indica o respectivo Tratado institutivo.
- CEEA — Comunidade Europeia da Energia Atómica.
- CMLR — Common Market Law Review.
- DDC — Documentação e Direito Comparado.
- ERL — European Law Review.
- JOCE — Jornal Oficial das Comunidades Europeias.
- OIT — Organização Internacional do Trabalho.
- RCDIP — Revue Critique de Droit International Privé.
- Rec. — Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes.
- RDE — Rivista di Diritto Europeo.
- RIDC — Revue Internationale de Droit Comparé.
- RMC — Revue du Marché Commun.
- RTDE — Revue Trimestrielle de Droit Européen.
- RCE — Tribunal das Comunidades Europeias.



Ao enunciar os objectivos do Tratado, refere o art. 2.º CEE que “a Comunidade tem por missão promover, pelo estabelecimento do mercado comum e pela aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados membros, um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas no seio da Comunidade, uma expansão económica contínua e equilibrada, um maior grau de estabilidade, um aumento acelerado do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram”. O estabelecimento do mercado comum ou, nos termos do Acto Único Europeu, do mercado interno⁽¹⁾, constitui, pois, um elemento fundamental da construção comunitária. E, se bem que a livre circulação de mercadorias ocupe o seu centro dinâmico⁽²⁾, a plena edificação do mercado interno não se pode conceber sem que, paralelamente sejam abolidos os obstáculos à livre circulação das pessoas e à livre prestação de serviços, fundamentos da própria Comunidade, cuja realização deve ser “tão completa quanto possível”⁽³⁾.

(1) Art. 8-A. CEE. Sobre o Acto Único Europeu, cfr. Jean Victor Louis, *A Ordem Jurídica Comunitária*, 3.ª ed., trad. port., 1986, p. 169 e segs.; Jean Paul Jacquè, *L'Acte Unique Européen*, RTDE, 1986, p. 575; Pierre Pescatore, *Observations critiques sur L'Acte Unique Européen*, DDC, n.º 23, 1985, p. 7; comunicação da Comissão COM (87) 100 final de 23.2.1987 no Boletim CE, Suplemento 1/87.

(2) Nesse sentido, entre outros, Christiaan W. A. Timmermans, *A Livre circulação de mercadorias in Trinta anos de Direito Comunitário*, 1981, p. 251; José Carlos Moutinho de Almeida, *Direito Comunitário, A Ordem Jurídica Comunitária, As liberdades fundamentais na CEE*, Lisboa, 1985 p. 265.

(3) TCE, acórdão de 9.12.1965, proc. 44/65, “Hessische Knappschaft”, Rec. 1965, p. 1191. Quanto aos fundamentos da CEE, v. art. 3.º CEE.

Com efeito, a liberalização dos movimentos de mercadorias tem na correlativa liberalização dos demais factores de produção⁽⁴⁾ um complemento indispensável à cabal prossecução dos objectivos das Comunidades. Não é, igualmente, em nada irrelevante o papel a desempenhar pelas aludidas liberdades no âmbito da instituição da união política europeia, sendo evidente o choque entre o progressivo alargamento das liberdades comunitárias e os imperativos defendidos pelos Estados, que justificam a manutenção de obstáculos a uma real e efectiva liberalização, *maxime* invocando razões de ordem pública e de segurança pública, disso se ressentindo o projectado “estatuto de cidadão europeu”⁽⁵⁾.

Sendo tais liberdades concebidas basicamente na perspectiva da sua utilidade económica, na qual avultam a uniformização dos custos de produção e a igualdade das condições da concorrência dela decorrentes, alcançadas através da “localização óptima dos centros de actividade, da utilização máxima da mão-de-obra disponível e da racionalização da produção e da distribuição”⁽⁶⁾, a dinamização da vida económica e a melhoria das condições de vida e de emprego que a livre circulação de pessoas e a livre prestação de serviços necessariamente proporcionam não são alheias à materialização do regime comunitário, constituindo um direito pessoal a que o efeito directo que tais normas detêm não é estranho. Realmente “a livre circulação prevista pelos tratados não visa organizar, a nível europeu, movimentos migratórios, mas sim permitir aqueles que o desejem exercer as suas actividades no âmbito de um espaço alargado”.⁽⁷⁾

Não se afigura, porém, fácil a tarefa a que se propõe o Tratado CEE; desde o fim da primeira Guerra Mundial generalizou-se a elaboração de medidas de natureza estadual de cariz proteccionista, relativamente à circulação de pessoas, em especial dos trabalhadores, de forma aberta ou dissimulada. Tais medidas visam todo um vasto leque de fins que vão desde a protecção dos nacionais de um Estado face à concorrência que a mão-de-

(4) As pessoas, os serviços e os capitais.

(5) V. referência supra à *cidadania europeia*.

(6) Etienne Cerexhe, *O Direito Europeu — a livre circulação das pessoas e das empresas*, Vol. II, trad. port., 1982, p. 10.

(7) Comissão das Comunidades, *A livre circulação das pessoas na Comunidade Europeia*, 1981, p. 6.

-obra estrangeira necessariamente gera, até à protecção dos consumidores e operadores económicos, passando por imperativos de ordem, segurança e saúde públicas. É este panorama que faz realçar a extrema importância que, paralelamente ao disposto no Tratado CEE, realmente assume a harmonização das legislações, não obstante os acordos entretanto celebrados, tendentes a proteger os trabalhadores estrangeiros, muito especialmente sob os auspícios do Conselho da Europa⁽⁸⁾.

Debruça-se o Tratado CEE, de forma autónoma, sobre as diferentes modalidades que a livre circulação de pessoas reveste, ainda que os princípios norteadores dos seus regimes sejam comuns⁽⁹⁾. Assim, a livre circulação de trabalhadores (art. 48.º a 51.º CEE) ocupa-se dos trabalhadores assalariados, enquanto que, por seu turno, aos trabalhadores independentes ou profissionais liberais se referem o direito de estabelecimento (art. 52.º a 58.º CEE) e a livre prestação de serviços (art. 59.º a 66.º CEE)⁽¹⁰⁾. Não se poderá concluir, desde logo, que a existência ou não de um salário constitua um critério determinante para estabelecer a fronteira entre as duas modalidades apontadas⁽¹¹⁾, assim como também não é determinante a sujeição ou não do trabalhador a um regime da Segurança Social⁽¹²⁾; deverá, antes, tal distinção basear-se na “configuração da actividade como

(8) Por exemplo, a Convenção Europeia de Assistência Social e Médica de 11.12.1953, a Convenção Europeia de Estabelecimento de 13.12.1955 ou ainda a Carta Social Europeia de 18.10.1961.

(9) Sobre o regime transitório aplicável a Portugal, arts. 215.º a 220.º do Tratado de Adesão de Portugal e Espanha às Comunidades Europeias.

(10) Enquanto que o direito de estabelecimento pressupõe uma instalação estável num Estado membro para exercer uma actividade económica de forma continuada, a livre prestação de serviços aplica-se aos profissionais liberais que exerçam uma actividade económica num Estado membro que não o da sua nacionalidade, sem nele estar estabelecido a título principal, abrangendo, pois, casos de deslocação do prestador do serviço, do destinatário ou mesmo quando não há deslocação física de nenhum deles. Sobre esta distinção, v. Etienne Cerexhe, cit. nota 6, p. 16 e segs.; J. C. Moitinho de Almeida, cit. nota 2, p. 439 e segs.; Gérard Druésne, *Droit Materiel et Politiques de la Communauté Européenne*, Paris, 1986, op. 84 e segs.; Louis Cartou, *Communautés Européennes*, 6.ª ed., Paris, 1979, p. 249 e segs.

(11) Os membros do conselho de administração de uma sociedade anónima, não obstante receberem um salário, são dificilmente integráveis no âmbito do art. 48.º e segs. CEE.

(12) Os regimes da segurança social abrangem, hoje, a esmagadora maioria, senão a totalidade, das profissões liberais.

independente”⁽¹³⁾, quer seja ao nível da gestão, do poder de decisão ou do risco económico.

A livre circulação de trabalhadores é o mais consumado exemplo da integração comunitária num domínio da vida económica, beneficiando, para tal, do facto de estar resguardada face a algumas complexas questões que tocam outras liberdades comunitárias (caso do reconhecimento dos diplomas e títulos universitários no direito de estabelecimento e na livre prestação de serviços) e de não sofrer tão directa e imediatamente os efeitos da situação económica mundial (como a livre circulação de capitais, por exemplo). De qualquer modo, o complemento que a vontade política dos Estados terá de proporcionar à efectiva interação dos regimes e à cabal liberalização dos movimentos de trabalhadores não tem sido suficientemente amplo que permita, por exemplo, falar-se, hoje, na já referida e algo desejada “cidadania europeia”⁽¹⁴⁾.

(13) J. C. Moitinho de Almeida, cit. nota 2, p. 398.

(14) Ainda que o presente estudo se circunscreva à CEE, não serão de esquecer as disposições em matéria de liberdade de circulação de pessoas dos Tratados CECA (arts. 7.º e 69.º) e CECA (arts. 96.º e 97.º).

A livre circulação de trabalhadores

“A livre circulação de trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho”. (Tratado CEE, art. 48.º, n.º 2).

I. O CONCEITO DE TRABALHADOR

Na determinação do conceito de trabalhador, há que previamente assentar-se em que se configura um conceito de Direito Comunitário, a exemplo dos conceitos de “actividade por conta de outrém” ou de “actividade assalariada”, os quais nos permitiram já estabelecer a fronteira entre a livre circulação de trabalhadores, por um lado, e o direito de estabelecimento e a livre prestação de serviços, pelo outro, quanto ao seu campo de aplicação. Tal seria, aliás, afirmado de modo bastante preciso pelo TCE nos acórdãos “Unger”⁽¹⁵⁾ e “Levin”⁽¹⁶⁾, não deixando, desta forma, de se assegurar uma aplicação uniforme dos arts. 48.º a 51.º CEE, independentemente de qualquer qualificação de âmbito interno susceptível de tornar tais preceitos meras declarações de intenção.

Assim, o conceito de trabalhador é definido com base em três factores essenciais: (a) o tratar-se de um cidadão nacional de um Estado membro; (b) que exerce uma actividade económica por conta de outrém; (c) e que a exerce num outro Estado membro.

(15) TCE, acórdão de 19.3.1964, proc. 75/63, “Unger”, Rec. 1964, p. 324. O TCE considerou então que “o Tratado, ao instituir pelos arts. 48.º a 52.º a livre circulação de trabalhadores, conferiu assim a este termo um alcance comunitário, que, se devesse respeitar ao direito interno, cada Estado teria então a possibilidade de modificar o conteúdo da noção de trabalhador emigrante e de eliminar a sua vontade de protecção do Tratado relativamente a certas categorias de pessoas”.

(16) TCE, acórdão de 23.3.1982, proc. 53/81, “Levin”, Rec. 1982, p. 1035. Cfr. ainda TCE, acórdão de 27.10.1971, proc. 23/71, “Janssen”, Rec. 1971 p. 859.

a) Quanto ao requisito de ter o trabalhador de ser um cidadão nacional de um Estado membro, tanto mais que todo o regime da livre circulação assenta exactamente no critério da nacionalidade⁽¹⁷⁾, naturalmente que a determinação da qualidade de cidadão é realizada pelo direito interno de cada Estado.

Um tal princípio não é, porém, entendido em termos absolutos: por um lado, nos termos do art. 4.º do Protocolo n.º 2 do Acto de Adesão da Dinamarca, da República da Irlanda e da Grã-Bretanha e do art. 2.º do Protocolo n.º 3 do mesmo Acto de Adesão, são excluídos do regime comunitário da livre circulação de trabalhadores os “nacionais dinamarqueses residentes nas Ilhas Faroé” e os “nacionais das Ilhas Anglo-Normandas e da Ilha de Man”, respectivamente; por outro lado, procura-se identificar o conceito de “ressortissants” com o de nacional de um Estado membro, para além das situações específicas da República Federal da Alemanha e da Grã-Bretanha⁽¹⁸⁾.

Os refugiados e os apátridas não beneficiam, logicamente, do regime da livre circulação, não obstante o art. 2.º, n.º 1 do Regulamento n.º 2001/83⁽¹⁹⁾ lhes considerar aplicáveis as regras sobre Segurança Social⁽²⁰⁾. Em virtude dos acordos celebrados pelas CE com terceiros Estados, os nacionais destes beneficiam igualmente, total ou parcialmente, do regime comunitário de livre circulação de trabalhadores⁽²¹⁾.

(17) Por exemplo, o art. 47.º do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho de 15.10.1968 in JOCE n.º L257 de 19.10.1968.

(18) J. C. Moitinho de Almeida, cit. nota 2, p. 420 e segs.; Trevor C. Hartley, *EEC Immigration Law*, Amesterdão 1978, p. 64 e segs. e 80 e segs.; Etienne Cerexhe, cit. nota 6, p. 35 e segs.

(19) Regulamento (CEE) n.º 2001/83 do Conselho de 2.6.1983 in JOCE n.º L230 de 22.8.1983.

(20) V. Declaração do Conselho n.º 64/305 de 25.3.1964 in JOCE n.º C78 de 22.5.1964. Ainda que tenha revelado a abertura dos Estados membros a receberem refugiados estabelecidos noutro Estado membro para exercerem uma actividade profissional não lhes é conferido qualquer direito.

(21) Caso da Convenção de Lomé e do acordo preferencial celebrado com Portugal em 1972, logo, antes da sua adesão. Cfr. Gérard Druesne, cit. nota 10, p. 116 e segs. e Etienne Cerexhe, cit. nota 6, p. 42 e segs.

b) O exercício de uma actividade económica por conta de outrem constitui, sem dúvida, a característica determinante do conceito de trabalhador⁽²²⁾ ⁽²³⁾. Não obstante a análise do art. 48.º CEE parece postular uma interpretação restrictiva, os órgãos comunitários, muito particularmente o TCE, vieram progressivamente a alargar o âmbito do conceito nas suas diferentes vertentes.

Em primeiro lugar, não constitui requisito para se beneficiar das disposições relativas à livre circulação de trabalhadores o ser remunerado com, pelo menos, o salário mínimo nacional, assim como não é relevante a circunstância de o trabalhador exercer essa actividade a tempo parcial ou de não trabalhar o número mínimo de horas estipulado ao nível interno para o seu sector de actividade. Também não é essencial que o fim principal da deslocação do trabalhador para outro Estado membro seja o exercício da actividade assalariada, podendo o trabalhador, ao aceitar a oferta de emprego, ter uma outra qualquer motivação paralela.

Foram estas opiniões objecto do acórdão “Levin”⁽²⁴⁾, no qual se restringem os condicionalismos do benefício do regime do Tratado CEE, em matéria de livre circulação de trabalhadores, a que a actividade em questão seja “real” e “efectiva”, sendo todas as demais objecções levantadas de todo indiferentes⁽²⁵⁾. Qualquer empregado que exerça uma actividade assalariada será, assim, potencialmente, um beneficiário do regime da livre circulação de trabalhadores⁽²⁶⁾.

O conceito de trabalhador seria igualmente alargado relativamente a quem não exerce mas, contudo, pretende exercer uma actividade econó-

(22) Sobre a aplicação do regime das liberdades comunitárias às actividades desportivas, cfr. TCE, acórdão de 12.12.1974, proc. 36/74, “Walrave”, Rec. 1974, p. 1405 e acórdão de 14.7.1976, proc. 12/76, “Dona v. Mantero”, Rec. 1976, p. 1333.

(23) Ficam, pois, desde logo, excluídos da noção de trabalhador, os estudantes que nunca exerceram um emprego; cfr. TCE, acórdão de 1.12.1977, “Petrus Kuyken”, Rec. 1977, p. 2311 e acórdão de 5.7.1984, proc. 238/83, “Meade”, Rec. 1984, p. 2631.

(24) V. acórdão “Levin”, cit. nota 16 e TCE, acórdão de 3.6.1986, proc. 139/85, “Kempf”, Rec. 1986.

(25) Cfr. Gérard Druesne, *Liberté de circulation des personnes, des prolongements de la livre circulation des salariés: droit de séjour et progrès social*, RTDE, 1982, p. 556 e segs.

(26) TCE, acórdão de 30.6.1966, proc. 61/65, “Vve. Vaassen-Gobbels”, Rec. 1966, p. 378.

mica assalariada, assim como a quem já exerceu uma actividade assalariada mas que, temporária e involuntariamente, não a exerce⁽²⁷⁾, ou a quem atinge a reforma, por limite de idade ou doença, e continua a residir nesse Estado membro.

Ainda que não integrando, por si, o conceito de trabalhador, os familiares deste viram ser-lhes progressivamente reconhecidos alguns dos direitos inerentes a essa qualidade, quer sejam familiares de trabalhadores efectivos, quer o sejam de potenciais ou ex-trabalhadores⁽²⁸⁾.

c) Para beneficiar do estatuto de trabalhador é, por último, condição essencial que este exerça a sua actividade económica num outro Estado membro, ou, mais precisamente, que esteja em causa uma situação que não seja puramente interna ou que revele qualquer factor de conexão com a ordem jurídica comunitária. O TCE expressamente afasta a aplicação do direito comunitário a situações puramente internas⁽²⁹⁾, estando o requisito de mobilidade intracomunitária implícito no art. 48.º CEE⁽³⁰⁾, assim como uma hipotética perspectiva de emprego num outro Estado membro não constitui, por si só, um vínculo bastante com o Direito comunitário que justifique a aplicação daquele normativo⁽³¹⁾.

Considera-se, porém, este art. 48.º CEE aplicável em casos de discriminação “à rebours”⁽³²⁾, afirmando o acórdão “Broekmeulen” que “estas

(27) Estes aspectos serão objecto de maior desenvolvimento quando da abordagem dos direitos dos trabalhadores.

(28) V. alusão infra aos direitos dos familiares.

(29) Cfr. TCE, acórdão de 28.3.1979, proc. 175/78, “Saunders”, Rec. 1979, p. 1129; acórdão de 28.6.1984, proc. 180/83, “Moser”, Rec. 1984, p. 2539; acórdão de 23.1.1986, proc. 293/84, “Lorio”, rec. 1986. Abrange os casos em que o trabalhador nunca trabalhou ou sequer residiu, no território de um outro Estado membro que não o da sua nacionalidade.

(30) Como salienta George Ress, *A livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais in Trinta anos de Direito Comunitário*, cit. nota 2, p. 321, a aplicação do regime da livre circulação de trabalhadores a questões puramente internas levaria a “considerar como discriminatório, e, portanto, interdito, o serviço militar dos trabalhadores, o qual se fundamenta exclusivamente na nacionalidade e não poderia, então, justificar-se a não ser através da disposição derogatória relativa à ordem e à segurança públicas”.

(31) TCE, acórdão “Moser”, cit. nota 29.

(32) A discriminação *à rebours* perpetua-se contra os próprios nacionais de um Estado membro relativamente aos nacionais de outro Estado membro. V. Gérard Druésne,

liberdades (a livre circulação de pessoas e a livre prestação de serviços), fundamentais no sistema da Comunidade, não seriam, com efeito, plenamente realizadas se os Estados membros pudessem recusar o benefício das disposições do Direito Comunitário aqueles seus nacionais que utilizassem as facilidades existentes em matéria de circulação e de estabelecimento e que adquiriram, em seu benefício, as qualificações profissionais visadas pela Directiva num Estado membro que não o da sua nacionalidade” (33).

Um outro elemento de grande importância foi entretanto introduzido pelo acórdão “Prodest” (34), no qual se afirma ser irrelevante para a atribuição da qualidade de trabalhador o facto de este efectivamente exercer a sua profissão no território de um Estado terceiro, desde que o vínculo jurídico subjacente ao estabelecimento da relação laboral se tenha constituído em território dos Estados membros (35).

Remarques sur le champ d'application personnel du droit communautaire: les “discriminations à rebours” peuvent-elles tenir en échec la liberté de circulation des personnes?, RTDE, 1979, p. 429.

(33) TCE, acórdão de 6.10.1981, proc. 246/80, “Browkmeulen”, Rec. 1981, p. 2311.

(34) TCE, acórdão de 12.7.1984, proc. 237/83, “Prodest”, Rec. 1984, p. 3153; cfr. ainda acórdão “Walrave”, cit. nota 22.

(35) Afirma este acórdão que “o exercício temporário de actividades fora do território da Comunidade não basta para afastar a aplicação do princípio, desde que a relação de trabalho mantenha uma ligação suficientemente estreita com o seu território”.

II. DIREITOS DOS TRABALHADORES

Os direitos dos trabalhadores, corolários da livre circulação, envolvem essencialmente três situações, desdobrando-se cada uma delas em múltiplos aspectos. Assim, em termos genéricos, podem agrupar-se tais direitos em: (a) direito de deslocação; (b) direito ao exercício de uma actividade profissional; (c) direito à Segurança Social.

a) Nos termos do art. 48.º, n.º 3, al. b), CEE, a livre circulação de trabalhadores compreende o direito de “deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados membros”, o que pressupõe, desde logo, o direito de saída e o direito de entrada. Por sua vez, tais direitos implicam, nos termos da al. c) do mesmo preceito, o direito de “residir num dos Estados membros afim de nele exercer uma actividade laboral...”, complementado pelo direito de “permanecer no território de um Estado membro depois de nele ter exercido uma actividade laboral...”, consagrado na al. d) do referido art. 48.º CEE⁽³⁶⁾.

Está o direito de saída apenas dependente, nos termos do art. 2.º da Directiva n.º 68/360/CEE⁽³⁷⁾ da “apresentação de um bilhete de identidade ou de um passaporte válidos”, cujas características são definidas nesse mesmo art. O citado art. 2.º precisa ainda que tal direito se estende aos familiares dependentes do trabalhador e que os Estados membros não podem impôr aos trabalhadores qualquer “visto de saída ou obrigação equivalente”.

O documento de entrada está igualmente apenas dependente da exibição do documento a que se refere o art. 2.º da Directiva n.º 68/360/CEE, salvo no caso em que existem membros da família do trabalhador que não possuam a nacionalidade de um Estado membro. Relativamente a estes poder-se-á, excepcionalmente, exigir um visto ou obrigação equivalente,

(36) Sobre os problemas de segurança que de tal “abolição das fronteiras” resultariam, cfr. Michael Theys e Edwy Plenel, artigo em *L'Europe, les promesses de l'acte unique*, suplemento aos *Dossiers et Documents du Monde*, Le Monde, 1989, pp. 62-65.

(37) Directiva n.º 68/360/CEE do Conselho, de 15.10.1968 in JOCE n.º L257 de 19.10.1968; v., para os trabalhadores independentes, a correspondente Directiva n.º 73/148/CEE do Conselho, de 21.5.1973 in JOCE n.º L172 de 28.6.1973.

não obstante os Estados membros deverem dar a essas pessoas “todas as facilidades para obter os vistos que lhes sejam necessários” (art. 3.º da Directiva n.º 68/360/CEE). Ao emitir esse documento, bem como qualquer outro relacionado com o exercício de direito pelo trabalhador no âmbito da livre circulação, não dispõe o Estado do poder de apreciação que normalmente exerce face aos cidadãos de Estados terceiros⁽³⁸⁾.

O direito de saída e o direito de entrada resultariam, no entanto, inúteis se, conjuntamente, não fosse atribuído ao trabalhador o direito de residência, a que se referem, entre outros, os arts. 48.º, n.º 3, al. c), CEE, 1.º do Regulamento n.º 1612/68⁽³⁹⁾ e 4.º da Directiva n.º 68/360/CEE.

O direito de residência é certificado pela emissão da “carta de residência de nacional de um Estado membro das Comunidades Europeias”, prevista no citado art. 4.º da Directiva n.º 68/360/CEE, o qual especifica ainda os documentos que o Estado pode exigir ao trabalhador e aos membros da sua família para a emissão do título. Nos termos do art. 5.º da mesma Directiva, a execução imediata dos contratos de trabalho não pode estar dependente da execução das formalidades relativas à obtenção do título de residência, tanto mais que este apenas faz prova do direito do trabalhador de se deslocar para outro Estado membro, não sendo, como foi afirmado pelo TCE, um título constitutivo de tal direito⁽⁴⁰⁾.

O título de residência “deve ser válido para o conjunto do território do Estado membro que o emite” e “deve ter uma duração de validade de 5 anos a contar da data da emissão e ser automaticamente renovável”, não sendo afectado por ausências do trabalhador que não ultrapassem os 6 meses ou motivadas pelo cumprimento de obrigações militares, podendo ter carácter temporário se o trabalhador “ocupa um emprego durante um período superior a 3 meses e inferior a um ano...” (art. 6.º da Directiva n.º 68/360/CEE).

(38) TCE, acórdão de 14.7.1977, proc. 8/77, “Sagulo”, Rec. 1977, p. 1495 e acórdão de 8.4.1976, proc. 48/76, “Royer”, Rec. 1976, p. 497.

(39) Regulamento (CEE) n.º 1612/68, cit. nota 17. O seu art. 1.º estabelece que “qualquer nacional de um Estado membro, qualquer que seja o seu lugar de residência, tem o direito de acesso a uma actividade assalariada e de a exercer no território de um outro Estado membro, conforme as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais desse Estado”.

(40) V. TCE, acórdãos “Sagulo” e “Royer”, cit. nota 38.

Os arts. 7.º e 8.º da Directiva n.º 68/360/CEE ocupam-se, por seu turno, dos casos em que o trabalhador não exerce, efectivamente, uma actividade assalariada temporariamente ou a exerce por período inferior a 3 meses. Assim, se o trabalhador não ocupa um emprego em virtude de incapacidade física temporária ou de situação de desemprego involuntária, o título de residência não lhe pode ser retirado, podendo, a contrário, ser-lhe o mesmo retirado se o trabalhador, voluntariamente, se colocar em situação de desemprego⁽⁴¹⁾. No entanto, mesmo que o trabalhador se encontre involuntariamente na situação de desemprego há mais de 12 meses consecutivos, deverá o título de residência ser renovado por período não inferior a igualmente 12 meses, findo o qual, e caso se mantenha a situação de desemprego, lhe poderá ser retirado este título.

Por outro lado, o direito de residência deve ser reconhecido, sem que seja necessariamente emitido o título de residência, se a duração da actividade assalariada não ultrapassar os 3 meses, se o trabalhador tiver residência noutro Estado membro ao qual regresse, pelo menos, uma vez por semana ou no caso de ser um trabalhador sazonal. À primeira destas situações foi equiparado o caso do trabalhador que se desloca do seu Estado membro para outro à procura de emprego, o qual dispõe para o efeito de um prazo de 3 meses, findo o qual, em princípio, cessa o direito de residência⁽⁴²⁾ ⁽⁴³⁾.

O direito de residência não sofre qualquer restrição relativamente aos trabalhadores que cessaram a sua actividade profissional, conforme a al. d) do n.º 3 do art. 48.º CEE, sendo o regime de tal direito concretizado pelo Regulamento n.º 1251/70⁽⁴⁴⁾. Beneficiam deste direito, em primeiro lugar, os trabalhadores que atingiram o limite de idade legalmente consagrado para a reforma no Estado membro em que trabalharam, desde que o

(41) J. C. Moitinho de Almeida, cit. nota 2, p. 408 e Derrick Wyatt e Alan Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, Londres, 1980, p. 132.

(42) TCE, acórdão "Royer", cit. nota 38.

(43) Quanto à aplicação a Portugal da referida Directiva n.º 68/360/CEE, v. as derrogações introduzidas pelo art. 218.º do Tratado de Adesão de Espanha e Portugal e Decreto-lei n.º 267/87 sobre a adopção dos princípios comunitários na ordem jurídica interna.

(44) Regulamento (CEE) n.º 1251/70 do Conselho de 29.6.1970 no JOCE n.º L142 de 30.6.1970. Ainda a Directiva n.º 72/149/CEE do Conselho de 18.5.1972 no JOCE n.º L121 de 26.5.1972.

tenham feito nos últimos 12 meses e tenham residido continuamente nesse Estado membro há mais de 3 anos (art. 2.º, n.º 1, al. a), do Regulamento n.º 1251/70). Estão igualmente abrangidos por tal regime os trabalhadores vítimas de incapacidade permanente, desde que tenham residido no Estado membro de acolhimento há mais de 2 anos ou que beneficiem do direito a pensão total ou parcialmente a cargo de uma instituição desse Estado (art. 2.º, n.º 1, al. b) do Regulamento n.º 1251/70). A terceira hipótese prevista por aquele Regulamento n.º 1251/70 contempla os trabalhadores que, após terem exercido uma actividade laboral num Estado membro, se empreguem noutro Estado membro, podendo manter a sua residência naquele Estado se tiverem nele residido ou trabalhado ininterruptamente durante 3 anos e se a ele regressar pelo menos uma vez por semana (art. 2.º, n.º 1, al. a) do Regulamento n.º 1251/70). A última situação prevista é a do trabalhador de um Estado membro onde exerce a sua actividade ou que perdeu essa nacionalidade em virtude do casamento com o trabalhador, não sendo neste caso exigidos os requisitos de duração de emprego e de residência (art. 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1251/70).

Nos termos do mesmo Regulamento, as ausências que não excedam um total de 3 meses por ano ou que sejam motivadas pelo cumprimento de obrigações militares, não prejudicam o direito de residência, assim como os períodos de desemprego involuntário (art. 4.º, n.º 1 e 2 do Regulamento n.º 1251/70⁽⁴⁵⁾). O direito de residência deverá ser exercido no prazo de 2 anos a contar do momento em que os seus pressupostos se verificarem, podendo o trabalhador abandonar o território do Estado membro de residência durante esse período sem que seja afectado esse mesmo direito, cujo exercício não está sujeito a qualquer formalidade (art. 5.º, n.ºs 1 e 2 do Regulamento n.º 1251/70). O título de residência a que os Trabalhadores integrados nas categorias referidas no Regulamento n.º 1251/70 tem direito, é válido por 5 anos para todo o território do Estado membro e deve automaticamente ser renovado, não sendo a sua validade afectada por interrupções de residência não superiores a 6 meses (art. 6.º, n.ºs 1 e 2 do Regulamento n.º 1251/70).

Os direitos de saída, de entrada e de residência permanente aplicam-se não só ao trabalhador em si, mas também à família dos trabalhadores, que “têm direito de se instalar com o trabalhador nacional de um Estado membro

(45) Cfr. TCE, acórdão de 15.10.1974, proc. 152/73, “Stogiu”, Rec. 1974, p. 153.

empregado no território de um outro Estado membro, qualquer que seja a sua nacionalidade” (art. 10.º, n.º 1 do Regulamento n.º 1612/68). É o agregado do familiar do trabalhador constituído pelo “seu cônjuge e seus descendentes com menos de 21 anos ou a seu cargo” e pelos “ascendentes do trabalhador e do seu cônjuge que estejam a seu cargo” (art. 10.º n.º 1 do Regulamento n.º 1612/68)⁽⁴⁶⁾. Nada obriga a que os familiares do trabalhador sejam igualmente cidadãos de um Estado membro, conforme o art. 11.º do Regulamento n.º 1612/68⁽⁴⁷⁾. Relativamente ao cônjuge separado de facto do trabalhador, os direitos cessam quando o vínculo conjugal seja dissolvido pelas entidades competentes⁽⁴⁸⁾. Contudo, parece ser legítimo ao trabalhador, desde que tal seja reconhecido face aos nacionais do Estado membro, obter uma autorização de residência para a pessoa que com ele vive, mesmo que não casada com ele⁽⁴⁹⁾.

Os familiares do trabalhador que se desloca de um para outro Estado membro à procura de emprego, mas que não exerce, de facto, qualquer actividade assalariada, beneficiam igualmente dos direitos do trabalhador, coerentemente com a atribuição do estatuto de trabalhador a quem se encontra na situação descrita⁽⁵⁰⁾. O trabalhador deve “dispôr de alojamento para a sua família considerado como normal para os trabalhadores nacionais na região em que está empregado...” (art. 10.º, n.º 3 do Regulamento n.º 1612/68), mantendo os seus familiares, segundo o art. 3.º do Regulamento n.º 1251/70, o direito de residência mesmo quando o trabalhador já cessou a sua actividade ou em caso de morte deste. Se o trabalhador falecer antes de adquirir o direito de residência, podem os familiares continuar a residir no Estado membro, se à data do falecimento, o traba-

(46) Sobre o regime dos familiares dos trabalhadores, v. art. 217.º do Tratado de adesão de Espanha e Portugal.

(47) Nos termos do referido art., “o cônjuge e os filhos menores de 21 anos e a cargo de um nacional de um Estado membro que exerce no território de outro Estado membro uma actividade assalariada ou não, têm o direito de acesso a qualquer actividade assalariada no conjuntodo território desse mesmo Estado, mesmo se ele não for nacional de um Estado membro”. O art. 10.º desse mesmo Regulamento especifica, igualmente, que o direito se aplica aos familiares” qualquer que seja a sua nacionalidade”. Cfr., ainda, TCE acórdão de 13.2.1985, proc. 267/83, “Aissatou Diatta”, Rec. 1985, p. 567.

(48) TCE, acórdão “Aissatou Diatta”, cit. nota 47.

(49) TCE, acórdão de 17.4.1986, proc. 59/85, “Reed”, Rec. 1986.

(50) TCE, Acórdão “Royer”, cit. nota 38.

lhador aí tivesse residido há mais de 2 anos de modo contínuo, ou se a sua morte foi consequência de acidente de trabalho ou de doença profissional, ou ainda se o cônjuge sobrevivente for nacional do Estado de residência ou tenha perdido a nacionalidade em consequência do casamento.

b) O direito ao exercício de uma actividade profissional está consagrado no art. 48.º, n.º 2, CEE, que estabelece um regime de igualdade relativamente ao emprego, à remuneração e às demais condições de trabalho.

Concretiza o art. 48.º, n.º 2, CEE, relativamente à livre circulação de trabalhadores, o princípio, consagrado no art. 7.º CEE, da não discriminação⁽⁵¹⁾, tendo o já citado Regulamento n.º 1612/68 aplicado este princípio nas suas diferentes vertentes. Acresce-se ter o TCE reconhecido o efeito directo ao art. 48.º CEE, podendo este, pois, ser invocado junto das jurisdições nacionais, quer perante as autoridades nacionais, quer perante os próprios particulares⁽⁵²⁾, garantindo-se não apenas uma relevante protec-

(51) Sobre o princípio da não discriminação, cfr. João Mota de Campos, *Direito Comunitário*, Vol. I, Lisboa, 1983, p. 514; Carlos Botelho Moniz, *Direito Económico da CEE*, Revista Assuntos Europeus, Vol. I, n.º 2, pp. 185-186. Face a este princípio, a obrigação de se abster de tomar qualquer medida discriminatória aplica-se, indistintamente, a qualquer situação de livre circulação de pessoas ou de livre prestação de serviços (TCE, acórdão "Walrave", cit. nota 22).

(52) Cfr. TCE, acórdão de 4.12.1974, proc. 41/74, "Van Duyn", Rec. 1974, p. 1337 e acórdão "Dona v. Mantero", cit. nota 22. Nos termos do acórdão "Van Duyn", "as disposições do art. 48.º, consagrando o princípio da livre circulação de trabalhadores, conferem aos particulares direitos que eles podem fazer valer em justiça e que as jurisdições nacionais devem salvaguardar". O TCE veio ainda a reconhecer o efeito directo a diversas disposições de direito derivado, para além do enunciado genérico do acórdão "Van Duyn", sendo de recordar ser, paralelamente, o Regulamento, nos termos do art. 189.º CEE, "directamente aplicável em todos os Estados membros". Assim, quanto à Directiva n.º 64/221/CEE (v. infra a referência às excepções de ordem, segurança e saúde públicas), por exemplo, o TCE reconheceu o efeito directo aos arts. 3.º, n.º 1 (acórdão "Van Duyn"), 3.º, n.º 2 (acórdão "Bonsignori"), 3.º, n.º 3 (acórdão "Watson e Bellman"), 6.º (acórdão "Rutili"), 8.º e 9.º (acórdãos "Royer" e "Bonsignori"). Sobre o efeito directo, cfr. Robert Kovar, *As relações entre o Direito Comunitário e os direitos nacionais in Trinta anos de Direito Comunitário*, cit. nota 2, p. 144 e segs.; Jean Victor Louis, *A Ordem Jurídica Comunitária*, cit. nota 1, p. 93 e segs.; e comentário de Jean Boulouis e Roger Michel Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Tomo I, 4.ª ed., Paris, 1987, p. 162 e segs. ao acórdão "Van Gend en Loos" de 5.2.1963, proc. 26/62, Rec. 1963, p. 1.

ção aos direitos dos trabalhadores, como também, e simultaneamente, a aplicação uniforme do Direito Comunitário nesta matéria.

Mas o efeito directo envolve ainda a constituição de um direito à livre circulação na pessoa dos trabalhadores pelo direito comunitário. Como referem Jean Boulouis e Roger Michel Chevallier⁽⁵³⁾, “este direito pessoal opõe-se evidentemente a que as autoridades nacionais possam continuar a considerar o cidadão de outros Estados membros como um estrangeiro e pretende sujeitar às mesmas condições de entrada e de permanência que as impostas aqueles, como o visto de entrada e de residência ou documento equivalente”⁽⁵⁴⁾.

De facto, o regime consagrado no Tratado CEE abrange todos os sectores da vida económico, salvo se o próprio Tratado expressamente consagrar uma excepção a tal regime (caso do art. 61.º, n.º 1, CEE, relativamente aos transportes)⁽⁵⁵⁾, assim como, conforme o TCE afirmou no acórdão “Dona”⁽⁵⁶⁾, se aplica igualmente às entidades patronais privadas a interdição de toda e qualquer discriminação. Assim, cai sob a disciplina deste princípio qualquer prestação de trabalho, independentemente da “natureza exacta do vínculo jurídico em virtude do qual estas prestações são realizadas”⁽⁵⁷⁾.

O direito ao emprego está previsto, desde logo, no art. 1.º do citado Regulamento n.º 1612/68, que estipula:

1. Qualquer nacional de um Estado membro, qualquer que seja o lugar da sua residência, tem o direito de exercer uma actividade assalariada e de a exercer no território de um outro Estado mem-

(53) Jean Boulouis e Roger Michel Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Tomo II, 2.ª ed., Paris, 1988, p. 83.

(54) TCE, acórdão de 3.7.1980, proc. 157/79, “Pieck”, Rec. 1980, p. 2171.

(55) Cfr. TCE, acórdão de 4.4.1974, proc. 167/73, “Comissão v. França”, Rec. 1974, p. 359, que considera abrangidos pelo regime da livre circulação de pessoas os empregos da navegação marítima e aérea dado não caberem na previsão do art. 61.º, n.º 1, CEE, a mão-de-obra e o direito de estabelecimento, mas apenas a prestação de serviços. Sobre este ponto, Patrick Daillier, *Liberté d'accès aux activités professionnelles et droit communautaire (le cas particulier des activités maritimes)*, RTDE, 1976, p. 439.

(56) Cfr. TCE, acórdão “Dona v. Mantero”, cit. nota 22.

(57) TCE, acórdão “Walrave”, cit. nota 22.

bro, conforme as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais desse Estado;

2. Ele beneficia, nomeadamente, no território de outro Estado membro, da mesma prioridade que os nacionais desse Estado no acesso aos empregos disponíveis”.

Ainda nos termos do mesmo Regulamento, o trabalhador beneficia, em paridade de circunstâncias com os nacionais do Estado membro onde exerça a sua actividade, de a conclusão e execução do contrato de trabalho estar sujeita às mesmas disposições normativas, assim como a troca de procura e oferta de empregos (art. 2.º do Regulamento n.º 1612/68). Tais disposições normativas, quer tenham carácter legislativo, regulamentar ou administrativo, são inaplicáveis se subordinarem o acesso ao emprego e o seu exercício a condições não previstas para os nacionais ou se, ainda que aplicáveis sem qualquer referência à sua nacionalidade, visarem, a título principal ou secundário, restringir o acesso dos nacionais de outros Estados membros a um qualquer emprego, exceptuando-se as condições relativas aos conhecimentos linguísticos requeridos em função da natureza do emprego (art. 3.º do Regulamento n.º 1612/68). Contudo, não é legítima a invocação da necessidade de ter determinados conhecimentos linguísticos como forma de substancialmente, e até abusivamente, limitar o direito ao emprego e, logo, o de livre circulação, devendo ter-se em conta a efectiva relevância que tais conhecimentos assumem no caso específico. Assim se evita a existência de uma situação de discriminação material, ainda que não formalmente consagrada, nos termos igualmente previstos pela regulamentação comunitária⁽⁵⁸⁾.

É, desde logo, de evidenciar a evolução de que tal direito foi objecto. Assim, nos termos do Regulamento n.º 15⁽⁵⁹⁾, o nacional de um Estado membro podia aceder a um emprego noutra Estado membro apenas se no prazo de 3 semanas não houvesse qualquer resposta à oferta de emprego por parte de um nacional desse Estado, ou por parte do seu mercado de

(58) Quanto ao exercício da actividade médica na qualidade de assalariado, cfr. TCE, acórdão de 7.5.1986, proc. 131/85, “Gül”, Rec. 1986.

(59) Regulamento (CEE) n.º 15 do Conselho, de 16.8.1961 no JOCE n.º L57 de 36.8.1961.

emprego regular⁽⁶⁰⁾. Os primeiros passos no sentido da liberalização da circulação de trabalhadores em matéria de resposta a emprego foram dados pelo Regulamento n.º 38/64/CEE⁽⁶¹⁾ e pela Directiva n.º 64/240/CEE⁽⁶²⁾. De facto, este Regulamento afastou a hipótese de terem os trabalhadores nacionais prioridade nas respostas a pedidos de emprego; de qualquer modo, tal regime cedia em caso de excedentes de mão-de-obra numa dada região ou actividade profissional, podendo então o Estado suspender temporariamente (por período de 3 meses) a aplicação do regime comunitário.

São ainda inaplicáveis aos nacionais de outros Estados membros disposições que “limitem, em número ou em percentagem, por empresa, por ramo de actividade, por região ou à escala nacional, o emprego de estrangeiros” (art. 4.º do Regulamento n.º 1612/68). De igual modo, não pode o recrutamento e a contratação de um nacional de um Estado membro depender de “critérios médicos, profissionais ou outros discriminatórios em razão da nacionalidade”, o que não exclui, porém, a possibilidade de a entidade empregadora submeter o candidato a um exame profissional, desde que tal conste do anúncio de oferta de emprego (art. 6.º do Regulamento n.º 1612/68).

Mesmo que a discriminação resultante de um tal procedimento revista uma importância meramente secundária ou seja mais aparente que real, em face do carácter dissuasor que a mesma envolve junto dos trabalhadores dos demais Estados membros, a mesma norma é abrangida pela previsão daquele art. 6.º. No acórdão “Choquet”⁽⁶³⁾, teve o TCE oportunidade

(60) Note-se que, então, se considerava a harmonização legislativa como o meio de realização da livre circulação de trabalhadores, negando-se, ainda, o efeito directo ao art. 48.º CEE.

(61) Regulamento (CEE) n.º 38/64 do Conselho, de 25.3.1964 no JOCE n.º L62 de 17.4.1964. Já antes o Regulamento (CEE) n.º 15, cit. nota 59, e a Directiva da mesma data, no JOCE n.º L80 de 13.12.1961, numa primeira fase, e o Regulamento (CEE) n.º 18 de 28.2.1962 no JOCE n.º L23 de 3.4.1962, se haviam debruçado sobre a concretização da livre circulação de trabalhadores no espaço comunitário, ainda que de forma algo árida (cfr. Luís Brito Correia, *A adesão de Portugal e os movimentos de trabalhadores*, comunicação apresentada na Conferência Internacional sobre Portugal e o alargamento da CEE, 1981).

(62) Directiva n.º 64/240/CEE do Conselho, de 25.3.1964 no JOCE n.º L62 de 17.4.1964.

(63) TCE, acórdão de 28.11.1978, proc. 16/78, “Choquet”, Rec. 1978, p. 2293.

de esclarecer esta questão, considerando legítima a exigência, por parte da entidade patronal, de o trabalhador ter necessariamente licença de condução válida emitida pelo Estado onde este exerce a sua actividade, mesmo que a já tenha no seu Estado de origem; tal exigência apenas terá um carácter discriminatório se a concessão de tal licença a estrangeiros estiver dependente de condições que extravazassem largamente as necessidades de segurança que a fundamentam ⁽⁶⁴⁾.

O trabalhador de um Estado membro que procura emprego noutra Estado membro beneficia ainda da mesma assistência que os serviços de mão-de-obra desse Estado prestam aos seus próprios nacionais (art. 5.º do Regulamento n.º 1612/68) ⁽⁶⁵⁾.

O art. 7.º do mesmo Regulamento vem, por seu turno, estabelecer a igualdade de tratamento entre o trabalhador de um Estado membro e os nacionais desse Estado relativamente às condições de emprego e de trabalho, “nomeadamente em matéria de remuneração, de despedimento, de reintegração profissional e de reemprego se ele está desempregado”, assim como quanto às vantagens sociais e fiscais (art 7.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 1612/68). O trabalhador, bem como os filhos menores de 21 anos ou a seu cargo, têm ainda direito ao ensino e à formação profissional, conforme o n.º 3 deste art. 7.º e o art. 12.º ainda do mesmo Regulamento, respectivamente ⁽⁶⁶⁾. O TCE viria a considerar que a não discriminação relativamente ao acesso ao ensino e formação profissional envolve, para além das regras de admissão, todas as medidas tendentes a facilitar a frequência no ensino, assim como as normas que possibilitam a orientação, formação, readaptação e reeducação profissional dos diminuídos ⁽⁶⁷⁾. O aludido art. 7.º vem, no seu n.º 4, ferir de nulidade as cláusulas das convenções colectivas e dos contratos individuais de trabalho que conte-

(64) Para uma maior concretização, cfr. TCDE, acórdão de 18.1.1979, proc. apensos 110 e 111/78, “Van Wesemael”, Rec. 1979, p. 35, no campo da livre prestação de serviços.

(65) Sobre os arts. 1.º a 6.º do Regulamento n.º 1612/68, v. especialidades introduzidas pelo art. 216.º do Tratado de adesão de Portugal e Espanha, quanto à sua aplicação a Portugal até 31.12.1992.

(66) V. Directiva n.º 77/486/CEE do Conselho, de 25.7.1977 no JOCE n.º L199 de 6.8.1977, relativa à escolarização dos filhos dos trabalhadores emigrantes.

(67) Cfr. TCE, acórdão de 3.7.1974, proc. 9/74, “Casagrande”, Rec. 1974, p. 773; acórdão de 11.4.1973, proc. 76/72, “Michel S.”, Rec. 1973, p. 457; acórdão de 29.1.1975, proc. 68/74, “Alaimo”, Rec. 1975, p. 109.

nam ou autorizem condições discriminatórias relativamente ao acesso ao emprego, à remuneração e outras condições de trabalho, bem como quanto aos despedimentos.

Este mesmo Regulamento n.º 1612/68 consagra ainda, no seu art. 8.º, o direito do trabalhador exercer a actividade sindical, passiva ou activa, incluindo, pois, o direito de filiação nas organizações sindicais, o direito de voto e o direito de ser eleito para os órgãos de representação dos trabalhadores na empresa; porém, contudo, ser excluídos de participação na gestão de organismos de direito público e do exercício de uma função de direito público⁽⁶⁸⁾.

O direito ao emprego alarga-se ainda ao cônjuge e aos filhos menores de 21 anos do trabalhador que, nos termos do art. 11.º do Regulamento n.º 1612/68, tem “direito de acesso a qualquer actividade assalariada no conjunto do território desse Estado (de acolhimento), mesmo se eles não tem a nacionalidade de um Estado membro”, não sendo, porém, este direito extensivo a todos os familiares previstos no art. 10.º desse mesmo Regulamento.

No claro intuito de fomentar as trocas de informação sobre pedidos e ofertas de emprego, o Regulamento n.º 1612/68, após prever a colaboração entre os Estados membros e a Comissão das CE em matéria de livre circulação de trabalhadores, instituiu, nos seus arts. 15.º e segs., um mecanismo de compensação, verdadeiro processo de colocação intracomunitário, através do qual o serviço especializado de cada Estado membro envia aos serviços correspondentes dos demais Estados membros e ao Gabinete Europeu de coordenação, uma vez por mês, uma lista, por profissão e por região, especificando as ofertas de emprego não satisfeitas e os pedidos de emprego cujos interessados se declaram dispostos a ocupar um emprego noutra Estado membro⁽⁶⁹⁾. Podem, no entanto, ser erigidos alguns obstáculos ao normal funcionamento do mecanismo de compensação se, nos termos do art. 20.º do Regulamento n.º 1612/68, o Estado membro “sofre ou prevê perturbações no seu mercado de trabalho que possam levantar

(68) V. Regulamento (CEE) n.º 312/76 do Conselho de 9.2.1976, no JOCE n.º L39 de 14.2.1976. Através deste regulamento é assegurada a igualdade no acesso aos lugares de administração e direcção dos sindicatos.

(69) V. regime especial para Portugal, introduzido pelo art. 219.º do tratado de adesão de Portugal e Espanha.

graves riscos ao nível de vida e de emprego numa região ou profissão”, podendo, caso a Comissão das CE constatar tais perturbações ou confirmar a sua existência, ser suspenso o mecanismo de compensação.

O direito à remuneração, igualmente previsto no citado art. 48.º, n.º 2, CEE, é afirmado pelo art. 7.º do Regulamento n.º 1612/68, que estabelece o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, designadamente, em matéria de remuneração. Este mesmo princípio apresenta, porém, uma segunda vertente, consagrada no art. 119.º CEE, no qual a igualdade de remuneração é estabelecida entre trabalhadores masculinos e femininos, “por trabalho igual”.

Realmente, a igualdade de remuneração aplica-se não apenas em função da nacionalidade do trabalhador, domínio estrito do regime de livre circulação de trabalhadores, como assume um especial relevo no plano da política social comunitária, consagrando o art. 119.º CEE “a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos por trabalho igual”. Este mesmo preceito, baseado no art. 1.º da Convenção n.º 100 da OIT⁽⁷⁰⁾, vem ainda definir o que se deve entender por remuneração, englobando no conceito comunitário “o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último”, debruçando-se, por fim, sobre a não discriminação no trabalho pago à tarefa e do trabalho pago em razão de unidades de tempo.

Com efeito, não será estranha a posição assumida pelo Tratado ao ocupar-se textualmente da não discriminação entre trabalhadores masculinos e femininos ao nível da remuneração⁽⁷¹⁾ uma vez que, quanto aos

(70) Ratificada por Portugal, conforme o Decreto-Lei n.º 47302 de 4.11.1966.

(71) Tal princípio da não discriminação foi entretanto alargado a outros aspectos que não o remuneratório, único previsto pelo art. 119.º CEE (cfr. TCE, acórdão de 8.4.1976, proc. 43/75, “Defrenne II”, Rec. 1976, p. 455), nomeadamente às condições de trabalho, ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais (cfr. Directiva n.º 76/207/CEE do Conselho, de 9.2.1976 no JOCE n.º L39 de 14.2.1976, bem como TCE, acórdão de 21.5.1985, proc. 248/83, “Comissão v. República Federal da Alemanha”, Rec. 1985, p. 1406; acórdão de 26.10.1983, proc. 163/82, “Comissão v. Itália”, Rec. 1983, p. 3273; acórdão 12.7.1984, proc. 184/83, “Ulrich Hofmann”, Rec. 1984, p. 3047; acórdão de 16.2.1982; proc. 19/81, “Burton”, Rec. 1982, p. 555; acórdão de 10.4.1984, proc. 79/83, “Elisabeth Kamann e Dorit Harz”, Rec. 1984, p. 192) e à segurança social (cfr. Directiva n.º 79/7/CEE do Conselho, de 19.12.1978 no JOCE n.º L6 de 10.1.1979).

objectivos de política social, “a Comunidade não se limita a uma união económica, devendo assegurar ao mesmo tempo, por uma acção comum, o progresso social e prosseguir a melhoria constante das condições de vida e de emprego dos povos europeus”⁽⁷²⁾, para além de assim garantir a concorrência entre empresas dos Estados membros face ao nivelamento dos custos de produção. Tal igualdade de remuneração viria a ser reafirmada pela Directiva n.º 75/117/CEE⁽⁷³⁾.

Ao precisar o conceito de remuneração consagrada no Tratado CEE, o TCE incluiu nele qualquer vantagem concedida ao trabalhador em virtude do seu emprego, quer esta seja presente ou futura, em dinheiro ou em espécie, excluindo-se, pois, “as prestações da Segurança Social, designadamente as pensões de reforma, directamente reguladas por lei, com exclusão de qualquer elemento de concertação no seio da empresa ou do ramo profissional em questão, aplicáveis obrigatoriamente a categorias gerais de trabalhadores⁽⁷⁴⁾, uma vez que estas decorrem fora do âmbito preciso da relação trabalhador/entidade patronal, mas, correlativamente, nele incluindo os casos de cotização para a reforma concorrentes com o regime nacional cujo montante é determinado com base no salário⁽⁷⁵⁾).

Sendo a relação com o emprego o critério determinante com vista à inclusão de qualquer vantagem monetária no conceito de remuneração, é, pois, normal que sejam consideradas como tais as vantagens em matéria de transportes ou em qualquer outra em que tal vínculo se possa descortinar⁽⁷⁶⁾. Contudo, pode a discriminação salarial ser legítima se através dela se prosseguirem razões objectivas, nomeadamente a de fomentar o trabalho a tempo inteiro, tendo o TCE precisado que “se se verificar que uma percentagem consideravelmente mais pequena de trabalhadores femininos

(72) TCE, acórdão “Defrenne II”, cit. nota 71.

(73) Directiva n.º 75/117/CEE do Conselho, de 10.2.1975 no JOCE n.º L45 de 19.2.1975.

(74) TCE, acórdão de 25.5.1971, proc. 80/70, “Defrenne I”, Rec. 1971, p. 445.

(75) Cfr. TCE, acórdão de 11.3.1981, proc. 69/80, “Jane Worringham”, Rec. 1981, p. 767 e acórdão de 18.9.1984, proc. 23/83, “Liefing”, Rec. 1984, p. 3325; sobre as situações de discriminação salarial, v., ainda, acórdão de 27.3.1980, proc. 129/79, “Macarthys Ltd.”, Rec. 1980, p. 1275 e acórdão de 15.6.1978, proc. 149/77, “Defrenne III”, Rec. 1978, p. 1365.

(76) TCE, acórdão de 9.2.1982, proc. 12/81, “Eiben Garland”, Rec. 1982, p. 359.

do que de trabalhadores masculinos efectua o número mínimo de horas de trabalho por semana exigido para poder obter o salário de horário a tempo inteiro, a desigualdade de remuneração é contrária ao art. 119.º do Tratado quando, tidas em conta as dificuldades que encontram os trabalhadores femininos para estarem em condições de efectuar um número mínimo de horas por semana, a prática salarial da empresa em questão não pode explicar-se por factores que excluam uma discriminação fundada no sexo” (77). Em caso de discriminação salarial, e tendo presentes os objectivos gerais do Tratado CEE, deverá a sua igualização assentar num nivelamento pelos salários mais elevados, como o próprio TCE veio a confirmar (78).

Alude ainda o art. 48.º CEE, no âmbito da livre circulação de trabalhadores, e quanto aos planos em que se deverá abolir toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, às “demais condições de trabalho”.

Esta indicação de carácter genérico viria a ser objecto de uma progressiva concretização, tendo, desde logo, o Regulamento n.º 1612/68 afirmado a igualdade entre trabalhadores de um Estado membro e nacionais do Estado quanto às “vantagens sociais e fiscais” (art. 7.º, n.º 2), quanto ao “ensino em escolas profissionais e em centros de readaptação e de reeducação (art. 7.º, n.º 3) (79) e quanto a “todos os direitos e todas as vantagens concedidas aos trabalhadores nacionais em matéria de habitação, compreendendo o acesso à propriedade da habitação de que ele necessita” (art. 9.º, n.º 1).

As *demais condições de trabalho* constituem um ponto fulcral na realização da livre circulação de trabalhadores. Realmente, ainda que não envolvendo uma relação directa com esta liberdade comunitária, as diferenças conexas quanto à protecção social, à formação profissional ou ao estatuto económico pessoal podem facilmente frustrar as expectativas cria-

(77) TCE, acórdão de 31.3.1981, proc. 96/80, “J. P. Jenkins”, Rec. 1981, p. 911.

(78) TCE, acórdão “Defrenne II”, cit. nota 71.

(79) Sobre as bases de uma política comum de formação profissional, v. Decisão do Conselho n.º 63/266/CEE de 2.4.1963 no JOCE n.º 163 de 20.4.1963 e Directiva n.º 77/486, cit. nota 66, sobre a escolarização dos filhos dos trabalhadores. V., ainda, notas 66 e 67 e TCE, acórdão de 13.7.1983, proc. 152/82, “Forcheri e Marino”, Rec. 1983, p. 2323 e acórdão de 13.2.1985, proc. 293/83, “Gravier”, Rec. 1985, p. 594.

das ao trabalhador de poder, num Estado membro que não o da sua nacionalidade, exercer uma profissão assalariada em igualdade de circunstâncias. Deste modo, o princípio da igualdade de tratamento abrange também toda e qualquer vantagem que não esteja relacionada com o contrato de trabalho em si, impedindo que sobre o trabalhador paira a ameaça de, ao deslocar-se para um outro Estado membro que não o da sua nacionalidade, vir a sofrer os efeitos de uma situação material menos favorável que a dos nacionais desse Estado⁽⁸⁰⁾.

A jurisprudência do TCE, muito especialmente ao interpretar o citado art. 7.º do Regulamento n.º 1612/68, veio a considerar como direitos dos trabalhadores nacionais de um Estado membro, entre outros: o acesso a empréstimos sem juros concedidos por uma entidade de crédito público em virtude do nascimento, a famílias com baixos rendimentos, no intuito de fomentar a natalidade⁽⁸¹⁾; o benefício de um subsídio por separação, complementar ao salário⁽⁸²⁾; o direito à protecção especial concedida a determinadas categorias de trabalhadores, designadamente em caso de despedimento⁽⁸³⁾; o direito de beneficiar, em proveito próprio ou da sua família, mesmo que depois da morte do trabalhador, de vantagens sociais, como sejam as reduções de preços nos transportes concedidas por um organismo nacional aos cidadãos do Estado⁽⁸⁴⁾; a atribuição aos ascendentes a seu cargo das vantagens atribuídas a pessoas idosas⁽⁸⁵⁾; o benefício de um abono concedido a jovens à procura de emprego⁽⁸⁶⁾; ou ainda a garantia de um rendimento mínimo⁽⁸⁷⁾.

(80) TCE, acórdão de 31.5.1979, proc. 207/78, "Even", Rec. 1979, p. 2019 e acórdão de 30.9.1975, proc. 32/75, "Cristini", Rec. 1975, p. 1085.

(81) TCE, acórdão de 14.1.1982, proc. 65/81, "Reina", Rec. 1982, p. 33.

(82) TCE, acórdão "Sotgiu", cit. nota 45., neste acórdão, o TCE considerou lícita a existência de um tratamento especial concedido aos trabalhadores com residência noutro Estado membro dadas as "diferenças objectivas" da situação dos trabalhadores resultantes de tal circunstância.

(83) TCE, acórdão de 13.12.1972, proc. 44/72, "Marsman", Rec. 1972, p. 1243.

(84) TCE, acórdão "Cristini", cit. nota 80.

(85) TCE, acórdão de 12.7.1984, proc. 261/83, "Carmela Castelli", Rec. 1984, p. 3199 e acórdão de 6.6.1985, proc. 157/84, "Frascogna", Rec. 1985, p. 1740.

(86) TCE, acórdão de 20.6.1985, proc. 94/84, "Deak", Rec. 1984, p. 1860.

(87) TCE, acórdão de 27.3.1985, proc. 249/83, "Hoeckx", Rec. 1985, p. 973 e acórdão "Carmela Castelli", cit. nota 85.

A segurança do trabalhador tem sido, neste âmbito, objecto de um atenção especial, como o comprovam as medidas adoptadas relativamente a despedimentos colectivos⁽⁸⁸⁾, à protecção dos direitos do trabalhadores em caso de transferência de empresas, de estabelecimentos ou de parte destas⁽⁸⁹⁾ e n caso de falência da entidade patronal⁽⁹⁰⁾.

Já no âmbito da livre circulação de capitais, mas com uma indissociável conexão com a livre circulação de pessoas, bem como, aliás, com as demais liberdades comunitárias, vamos encontrar a liberalização dos pagamentos correntes, em primeira linha, e, também, a dos movimentos de capitais⁽⁹¹⁾.

Com efeito, constitui um sério obstáculo à livre circulação de pessoas a impossibilidade de transferir o seu salário de um para outro Estado membro, ou de, por via indirecta, uma sociedade transferir os seus lucros, faltando assim às liberdades comunitárias o imprescindível suporte monetário, inviabilizando liminarmente a sua cabal prossecução.

Deste modo, e para além do princípio geral consagrado no art. 67.º CEE, impõe o art. 106.º CEE a cada Estado membro a obrigação de “autorizar que se efectuem, na moeda do Estado membro em que reside o credor ou o beneficiário, os pagamentos referentes às trocas de mercadorias, serviços e capitais, bem como as transferências de capitais e de salários, na medida em que a circulação de mercadorias, de serviços, de capitais e de pessoas entre os Estados membros tenha sido liberalizada, por

(88) Cfr. Directiva n.º 75/129/CEE do Conselho, de 15.2.1975 no JOCE n.º L48 de 22.2.1975.

(89) Directiva n.º 77/187/CEE do Conselho, de 14.2.1977 no JOCE n.º L61 de 5.3.1977.

(90) Directiva n.º 80/987/CEE do Conselho, de 20.10.1980 no JOCE n.º L283 de 28.10.1980.

(91) Cfr. art. 67.º e segs. CEE e, relativamente aos pagamentos correntes, em particular, art. 106.º CEE. Sobre a distinção entre as duas figuras e a sua liberdade de circulação, entre outros elementos, Directiva (CEE) do Conselho de 11.5.1960 no JOCE n.º L43 de 12.7.1960; Directiva n.º 63/21/CEE do Conselho, de 18.12.1962 no JOCE n.º L9 de 22.1.1963; Directiva n.º 63/340/CEE do Conselho, de 31.5.1963 no JOCE n.º L86 de 10.6.1963; e Directiva n.º 63/474/CEE do Conselho, de 30.7.1963 no JOCE n.º L125 de 17.8.1963. Também TCE, acórdão de 11.11.1981, proc. 203/80, “Casati”, Rec. 1981, p. 2595; acórdão de 31.1.1984, procs. apensos 286/82 e 26/83, “Luisi e Carbone”, Rec. 1984, p. 377, Cfr., ainda, J. Megret, *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, Vol. III, 1971; Jean Victor Louis, *Free Movement of Capital in the Community, the Casati Judgement*, CMLR, 1982, p. 451; Jacques Heenen, *La libre circulation des capitaux in Droit des Communautés Européennes, Les Nouvelles*, 1969; C. Maestriperi, *La livre circulation des capitaux dans la CEE*, 1976.

força do presente Tratado”. Se a liberalização dos pagamentos correntes se tem tornado, com efeito, progressivamente, uma realidade já os movimentos de capitais, relevantes pelo seu papel no estabelecimento do mercado interno, têm sofrido inúmeras restrições⁽⁹²⁾, sendo indiscutivelmente, a liberdade menos conseguida no plano comunitário. Ora, tal reflectir-se-á, necessariamente, na consolidação plena das demais liberdades comunitárias, explicando-se, deste modo, as diversas derrogações consignadas pelo próprio Tratado CEE.

c) Nos termos do art. 51.º CEE,

“O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, tomará, no domínio da segurança social, as medidas necessárias ao estabelecimento da livre circulação de trabalhadores, instituindo, designadamente, um sistema que assegure aos trabalhadores migrantes e às pessoas que dele dependem:

- a) a totalidade de todos os períodos tomados em consideração pelas diversas legislações nacionais, tanto para fins de aquisição e manutenção do direito às prestações, como para o cálculo destas;
- b) o pagamento das prestações aos residentes nos territórios dos Estados membros”.

Dadas as diferenças, por vezes mesmo abismais, entre as legislações nacionais em matéria de segurança social, poderiam os trabalhadores ver perigar ou mesmo esvanecer-se os direitos e regalias até então adquiridos nesta matéria, pelo simples facto de cruzarem uma fronteira para exercer-

(92) A extrema prudência com que o próprio Tratado se refere à liberalização dos movimentos de capitais, a qual está igualmente presente no direito derivado emanado dos órgãos comunitários, é reflexo das sucessivas crises económicas e financeiras e da imperiosa necessidade de equilibrar as balanças dos pagamentos dos Estados membros. É realmente premente estabilizar as taxas de câmbio, harmonizar as legislações dos Estados membros e proceder à integração das políticas económicas e monetária dos mesmos para se alcançar uma base sólida e segura que permita uma tal liberalização. Uma visão integrada das perspectivas de 1992 pode ser encontrada em *1992, Le Defi*, 1988.

rem num outro Estado membro uma actividade assalariada. Esta particularidade veio a, marcadamente, influenciar toda a regulamentação comunitária e, inclusivamente, a própria interpretação do Tratado CEE, atribuindo-lhe toda uma série de características próprias, como sejam: a missão que é atribuída ao Conselho⁽⁹³⁾; a plena manutenção dos regimes próprios da segurança social nos Estados Membros; e, conseqüentemente, a relação que nesta matéria se estabelece entre os direitos nacionais e o direito comunitário ao nível não das disposições nacionais, mas dos seus efeitos relativamente aos beneficiários⁽⁹⁴⁾.

A regulamentação comunitária não constitui, com efeito, nem um direito uniforme que substitui os direitos nacionais, nem mesmo um direito de harmonização, antes um direito de coordenação dos efeitos dos sistemas nacionais, que conservam a sua autonomia e a sua identidade. Só que, tal coordenação não se restringe a uma mera resolução burocrática de problemas técnicos, antes se traduz numa *harmonização empírica*, apontando o sentido socialmente mais favorável.

Igualmente específico é o espírito que deve nortear a interpretação do Direito Comunitário em matéria de segurança social, visando este não apenas garantir a livre circulação dos trabalhadores pela redução progressiva dos obstáculos que a ela se levantam, mas principalmente, procurando incentivar o exercício de tal liberdade, o que origina algumas questões de extrema complexidade⁽⁹⁵⁾ ⁽⁹⁶⁾.

O art. 51.º CEE consagra, pois, o princípio da totalização dos períodos de desconto relativamente tanto quanto ao quantitativo das prestações, como quanto ao quantitativo dos próprios descontos, bem como o pagamento das prestações da segurança social aos seus beneficiários, indepen-

(93) TCE, acórdão de 22.2.1979, proc. 144/78, "Tinelli", Rec. 1979, p. 757.

(94) TCE, acórdão de 15.1.1986, proc. 41/84, "Pinna", Rec. 1986.

(95) V. situação aludida em no.º 91, e TCE, acórdão de 5.7.1967, proc. 2/67, "De Moor", Rec. 1967, p. 225 e acórdão de 13.10.1977, proc. 22/77, "Mura", Rec. 1977, p. 1699 sobre um caso de cúmulo de vantagens sociais. Os regulamentos comunitários visam "favorecer, sob certos aspectos, o trabalhador relativamente à situação que resultaria, para ele, da aplicação exclusiva do direito interno" (TCE, acórdão de 23.3.1982, proc. 79/81, "Baccini", Rec. 1982, p. 1063).

(96) Sobre a aplicação dos regimes de segurança social a Portugal, art. 220.º do Tratado de adesão de Portugal e Espanha.

dentemente de estes residirem noutro Estado membro⁽⁹⁷⁾. Não deve, porém, ser o art. 51.º CEE interpretado restritivamente, dado que este apenas indicia “dois meios possíveis, entre outros, susceptíveis de promover a liberdade de circulação”⁽⁹⁸⁾.

A questão da totalização dos períodos de desconto, por exemplo, revela bem as dificuldades concretas com que a ordem jurídica comunitária se depara quando, efectivamente, se confronta com a sua aplicação prática.

Ao consagrar a totalização dos períodos tomados em consideração pelas diferentes legislações nacionais, pretende o art. 51.º CEE garantir que, por mais pequeno que o lapso de tempo em questão se revela, ele seja considerado (realmente, a sua curta duração poderia não garantir o benefício do direito à segurança social)⁽⁹⁹⁾.

O Regulamento n.º 3, que, conjuntamente com o Regulamento n.º 4, ambos do Conselho, foram os primeiros passos em matéria de segurança social⁽¹⁰⁰⁾, veio a, contudo, complementarmente à operação de totalização, juntar um princípio de proporcionalidade, procurando obviar à existência de cúmulos injustificados. Depressa se constatou, porém, que mais do que o efeito desejado, tal princípio ameaçava os direitos dos interessados na óptica da livre circulação.

A reacção do TCE contra um tal estado de coisas traduziu-se em que só seria admitida a totalização quando necessária ao reconhecimento do direito, sendo, logicamente, a proporcionalidade excluída desde que assim não fosse⁽¹⁰¹⁾.

(97) Sobre os caracteres gerais do direito comunitário em matéria de segurança social, muito especialmente quanto aos problemas da totalização, v. TCE, acórdão de 11.3.1982, proc. 93/81, “INAMI”, Rec. 1982, p. 951.

(98) Gérard Druésne, cit. nota 10, p. 111. V. TCE, acórdão de 12.7.1984, proc. 242/83, “Patteri”, Rec. 1984, p. 3171.

(99) V. arts. 27.º e 28.º do Regulamento n.º 3 e art. 46.º do Regulamento n.º 1408/71.

(100) De facto, os Regulamentos n.º 3 e 4 eram consequência directa do projecto conjunto CECA/OIT de *Convenção Europeia sobre a segurança social dos trabalhadores migrantes*. De resultados não absolutamente satisfatórios, foram substituídos pelos Regulamentos n.ºs 1408/71 e 574/72 (do Conselho), verdadeiras colectâneas de soluções jurisprudenciais comunitárias, denotando-se, desde logo, uma profunda evolução no entendimento dado a esta matéria.

(101) V., entre outros, TCE, acórdão de 15.7.1964, proc. 100/63, “Van Der Veen”, Rec. 1964, p. 1105 e acórdão de 28.5.1974, proc. 191/73, “Niemann”, Rec. 1974, p. 571.

Na ausência de uma harmonização legislativa que permitisse dispensar este sistema, a regulamentação comunitária veio a limitar (face à impossibilidade de excluir completamente) as sobreposições de períodos⁽¹⁰²⁾ e a cumulação dos mesmos⁽¹⁰³⁾. Assim se enquadra a decisão do TCE pela qual “é incompatível com o art. 51.º uma limitação do cúmulo de prestações que comporte uma diminuição dos direitos que os interessados tenham já num Estado membro pela aplicação pura e simples da legislação nacional”⁽¹⁰⁴⁾, em conformidade com o princípio jurisprudencial segundo a qual, “a regulamentação comunitária não será aplicada, salvo excepção explícita conforme aos objectivos do tratado, de forma a privar o trabalhador ou os interessados do benefício de uma parte da legislação de um Estado membro⁽¹⁰⁵⁾. Em consequência, “logo que os direitos que o trabalhador possui em virtude do Regulamento n.º 1408/71 são menos favoráveis que os que ele adquiriu em virtude da legislação nacional, esse trabalhador conserva o direito à prestação mais favorável”⁽¹⁰⁶⁾.

Também quanto ao campo de aplicação temporal e territorial do regime comunitário de segurança social várias questões foram, desde logo, colocadas. É indiscutível não poder a regulamentação comunitária ignorar as situações constituídas anteriormente à sua entrada em vigor, antes, pois, do evento comunitário, não obstante o afirmado “carácter de aplicação permanente” do Regulamento n.º 3⁽¹⁰⁷⁾. De qualquer modo, ainda que os direitos e obrigações objecto de regulamentação comunitária, não possam automaticamente retroagir à data anterior à sua entrada em vigor, tais situações podem ser geradoras de direitos e obrigações desde que nenhuma disposição expressa se oponha a que aquelas normas fixem no presente as consequências jurídicas dos factos passados; assim, por exemplo, “resulta

(102) TCE, acórdão “De Moor”, cit. nota 95.

(103) TCE, acórdão “Mura”, cit. nota 95.

(104) TCE, acórdão de 21.10.1975, proc. 24/75, “T. e S. Petroni”, Rec. 1975, p. 1149, V., ainda, comentário a este acórdão de Derrick Wyatt, E.L.R., 1976, pp. 314-319.

(105) TCE, acórdão de 6.3.1979, proc. 100/78, “Rossi”, Rec. 1979, p. 831.

(106) TCE, acórdão de 12.6.1980, proc. 733/79, “La Terza”, Rec. 1980, p. 1915, V., ainda, TCE, acórdão de 19.2.1981, proc. 104/80, “Beck”, Rec. 1981, p. 503; acórdão de 2.7.1981, procs. apensos 116 a 121/80, “Celeste”, Rec. 1981, p. 1737; acórdão de 13.3.1986, proc. 296/84, “Sinatra”, Rec. 1986.

(107) TCE, acórdão “Van Der Veen”, cit. nota 101.

claramente dos termos de várias disposições do Regulamento n.º 3 que este não visa apenas os casos nos quais os trabalhadores migrantes adquiriram direitos após a entrada em vigor do Regulamento, devendo-se alargar igualmente aos contratos de trabalho concluídos antes da sua entrada em vigor⁽¹⁰⁸⁾. Esta fórmula seria ainda alvo de diversas precisões; assim, ela justifica-se como corolário do princípio pelo qual as leis modificativas de uma disposição legislativa aplicam-se, salvo derrogação, aos efeitos futuros das situações nascidas no âmbito da lei anterior⁽¹⁰⁹⁾.

Também o âmbito de aplicação pessoal do direito comunitário seria objecto de análise pelas instâncias comunitárias, não obstante a delimitação operada pelo Regulamento n.º 3, segundo o qual, os beneficiários da regulamentação comunitária seriam “os trabalhadores assalariados ou assimilados, que estão ou estiveram submetidos à legislação de um ou mais Estados membros e que são nacionais de um Estado membro, ou que são apátridas ou refugiados residentes no território de um Estado membro⁽¹¹⁰⁾. Neste plano, aliás, a noção de trabalhador, para efeitos de segurança social, a exemplo da noção mais geral de trabalhador, é uma *noção comunitária*, que abrange todos “os que (...) se encontrem cobertos pelos diferentes sistemas de segurança social”⁽¹¹¹⁾. A orientação do Regulamento n.º 3 seria, neste ponto, retomada pelo Regulamento n.º 1408/71, que considera que o termo trabalhador designa qualquer pessoa que esta segurada ao título de um seguro obrigatório ou facultativo, que se aplica aos trabalhadores assalariados.

(108) TCE, acórdão “De Moor”, cit. nota 95 e acórdão “Hessische Knappschaft”, cit. nota 3.

(109) TCE, acórdão de 14.4.1970, proc. 68/69, “Brock”, Rec. 1970, p. 171; acórdão de 9.6.1977, proc. 109/76, “Blottner”, Rec. 1977, p. 1141; acórdão de 2.2.1984, proc. 285/82, “Derks”, Rec. 1984, p. 433. Sobre a importância da determinação do campo de aplicação do direito comunitário para a contagem dos períodos de emprego efectuados em antigas colónias dos Estados membros, antes e depois da sua independência, cf. TCE, acórdão de 10.10.1973, proc. 110/73, “Fiege”, Rec. 1973, p. 1001; acórdão de 26.6.1975, proc. 6/75, “Horst”, Rec. 1975, p. 823; acórdão de 8.4.1976, proc. 112/75, “Hirardin”, Rec. 1976, p. 553 (sobre o caso da Argélia); acórdão de 31.3.1977; proc. 87/76, “Bozzone”, Rec. 1977, p. 687 (sobre o Zaire); acórdão de 22.2.1979, proc. 144/78, “Tinelli”, Rec. 1979, p. 757 (sobre a República Democrática da Alemanha); e acórdão de 31.3.1977, proc. 79/76, “Fossi”, Rec. 1977, p. 667.

(110) São assim excluídos deste regime os trabalhadores sazonais ou fronteiriços, que estão sujeitos ou a regimes particulares ou a convenções bilaterais (TCE, acórdão de 11.3.1965, proc. 33/64, “Van Dijk”, Rec. 1965, p. 132).

Mas, é, realmente, no campo de aplicação material do direito comunitário que as maiores dificuldades se levantam, muito especialmente em função das diferentes qualificações constantes das legislações nacionais. Se, de facto, não cabe ao juiz comunitário qualificar os regimes nacionais de segurança social, enquanto tais, tem o TCE, indiscutivelmente, o direito de apurar da sua legitimidade para definir o campo de aplicação da regulamentação comunitária, tendo presentes a sua vocação e os seus efeitos.

A não absoluta abrangência da regulamentação comunitária, quanto ao seu campo de aplicação material, envolve, imediatamente, diversas questões: por um lado, é reconhecido que os conceitos não identificam uma só realidade, consequência das diferentes soluções preconizadas pelos direitos nacionais; por outro lado, como bem referem Jean Boulouis e Roger Michel Chevallier, “se as legislações que constituem o campo de aplicação da regulamentação comunitária estão enumerados num anexo aquela, que se pretende exaustivo, o juiz recusa-se a considerar esta enumeração como decisiva para não se privar da *souplesse* necessária à resolução da primeira série de problemas”⁽¹¹²⁾. A pretensa dicotomia entre segurança social e assistência social, extremamente bem ilustrada no acórdão “R. Frilli”⁽¹¹³⁾, é disso um claro exemplo.

É assim que, nos termos da Convenção n.º 102 da OIT de 1958, que define o âmbito material do direito comunitário, são excluídas deste regime as prestações da assistência social, o que implica a definição da fronteira entre estas, por um lado, e as prestações da segurança social, pelo outro⁽¹¹⁴⁾, solução corroborada pelo Regulamento n.º 1408/71⁽¹¹⁵⁾.

(111) TCE, acórdão “Unger”, cit. nota 15. V., ainda, acórdão de 15.12.1976, proc. 39/76, “Mouthaan”, Rec. 1976, p. 1901; acórdão “Janssen”, cit. nota 16; acórdão de 19.12.1968, proc. 19/68, “De Cicco”, Rec. 1968, p. 690.

(112) Jean Boulouis e Roger Michel Chevalier, cit. nota 53, p. 105.

(113) TCE, acórdão de 22.6.1972, proc. 1/72, “R. Frilli”, Rec. 1972, p. 457.

(114) Sobre o conceito de assistência social e a diferenciação do de segurança social, TCE, acórdão de 8.3.1979, proc. 129/78, “Lohmann”, Rec. 1979, p. 853.

(115) Sobre o conceito de assistência social e a diferenciação do de segurança social, TCE, acórdão de 8.3.1979, proc. 129/78, “Lohmann”, Rec. 1979, p. 853.

(115) O Regulamento n.º 1408/71 não se ocupa, porém, da harmonização de legislações nacionais em matéria de segurança social, estabelecendo, tão só, princípios de coordenação de aplicação das mesmas legislações. Sobre as posteriores alterações a este Regulamento, cfr. Regulamento (CEE) n.º 2001/83, cit. nota 19.

Segundo os critérios adoptados pelo TCE⁽¹¹⁶⁾, os direitos da segurança social são reconhecidos e atribuídos com base em critérios *objectivos*, enquanto que os direitos da assistência social dependem de critérios *subjectivos*; no entanto, o conceito de segurança social tem sido encarado de forma abrangente, incluindo, por exemplo, subsídios a idosos, etc., sendo certo que, mesmo que uma prestação se não possa considerar incluída no conceito de segurança social, o regime comunitário aplica-se-lhe igualmente se ela constitui uma *vantagem social*, como um empréstimo ou um subsídio⁽¹¹⁷⁾. A relevância desta distinção para efeitos de aplicação ou não do regime comunitário viria, entretanto, a ser “esbatida” pelo TCE⁽¹¹⁸⁾, segundo o qual, independentemente da qualificação formal nacional e na ausência de uma convenção internacional de reciprocidade, o Estado membro não pode negar a um trabalhador o benefício de um pensão mínima, orientação que viria a ser inúmeras vezes reafirmada⁽¹¹⁹⁾. Aliás, o princípio geral da igualdade de tratamento assim o obriga.

Daqui se conclui que “se uma legislação, que se aparenta simultaneamente ao regime da segurança social e da assistência social, abandonou a apreciação individual das necessidades característica da assistência, e confere aos beneficiários uma posição legalmente definida, ela releva do regime da segurança social no sentido dos Regulamentos comunitários”⁽¹²⁰⁾. Concretizando este enunciado, o mesmo TCE viria a afirmar que “o abono de uma ajuda social que, por um lado, confere aos beneficiários uma situa-

(116) TCE, acórdão de 5.7.1967, proc. 1/67, “Ciechelski”, Rec. 1967, p. 235.

(117) V. referência à igualdade de remuneração.

(118) TCE, acórdão “R. Frilli”, cit. nota 113.

(119) Também considerações de diferente ordem podem determinar a aplicação desta concepção comunitária. O direito à prestação pode ser reconhecido não tanto em função das necessidades do beneficiário, mas como um direito que é atribuído a uma situação objectiva legalmente definida. Cfr. TCE, acórdão de 16.11.1972, proc. 14/72, “Heinze”, Rec. 1972, p. 1105; acórdão de 28.5.1974, proc. 187/73, “Callemeyn”, Rec. 1974, p. 553; acórdão de 9.10.1974, proc. 24/74, “Biason”, Rec. 1974, p. 999; acórdão de 17.6.1975, proc. 7/75, “Epoux F.”, Rec. 1975, p. 679; acórdão de 16.12.1976, proc. 63/76, “Inzirillo”, Rec. 1976, p. 2057.

(120) TCE, acórdão “Biason”, cit. nota 119. Sobre esta matéria, cfr. G. e A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 6.ª ed., Paris, 1985; J. J. Ribas, M. J. Jonczy e J. C. Séché, *Traité de droit social européen*, Paris, 1978; Jean Claude Gautron, *Droit Européen*, 4.ª ed., Paris, 1989, p. 125 e segs.

ção legalmente definida para além de qualquer apreciação individual e discricionária das necessidades e situações pessoais, e que, por outro lado, pode assegurar um complemento às vantagens dos beneficiários de prestações de segurança social, releva da segurança social no sentido do art. 51.º do Tratado”⁽¹²¹⁾, sendo o art. 4.º, § 1 do Regulamento n.º 1408/71 o único dispositivo que taxativamente vem enumerar os “riscos” que tal normativo abrange⁽¹²²⁾.

O direito à segurança social veio, pois, a ser encarado pelo Regulamento n.º 1408/71, segundo o qual é aplicável a lei do Estado onde o trabalhador exerce a sua actividade ou, no caso de este exercer a sua profissão num terceiro Estado em virtude de um vínculo jurídico celebrado em território da Comunidade⁽¹²³⁾, do Estado da sede da empresa, em matéria de segurança social. Todos os regimes da segurança social estão compreendidos na previsão do Regulamento, independentemente do seu modo de financiamento⁽¹²⁴⁾, sendo apenas necessário que um tal regime crie direitos em favor dos beneficiários em consequência da lei, englobando qualquer prestação correspondente à realização de um risco concreto⁽¹²⁵⁾, independentemente da natureza, do regime e do órgão de gestão⁽¹²⁶⁾.

No entanto, esta mesma regulamentação não abrange os regimes da função pública e dos trabalhadores independentes, nem os regimes convencionais ou complementares, qualquer que seja o seu modo de gestão, nem mesmo as disposições convencionais que, por exemplo, estabeleçam um laço contratual entre as companhias de seguros e os seus segurados⁽¹²⁷⁾.

(121) TCE, acórdão de 5.5.1983, proc. 139/82, “Piscitello”, Rec. 1983, p. 1427.

(122) TCE, acórdão “Hoeckx” cit. nota 87; acórdão de 5.7.1983, proc. 171/82, “Valentini”, Rec. 1983, p. 2157; acórdão de 27.3.1985, proc. 73/84, “Scrivner”, Rec. 1985, p. 1027.

(123) TCE, acórdão “Prodest”, cit. nota 34.

(124) São, contudo, expressamente excluídos da previsão deste Regulamento os regimes da função pública e dos trabalhadores independentes.

(125) TCE, acórdão de 1.12.1965, Proc. 33/65, “Dekker”, Rec. 1965, p. 112; acórdão de 6.7.1978, proc. 9/78, “Gillard”, Rec. 1978, p. 1661.

(126) Inclui, pois, os regimes contributivos e não contributivos, principais e complementares, convencionais ou de substituição, com gestão por um organismo público ou privado. Cfr. TCE, acórdão “Vve Vaassen Goebbels”, cit. nota 26.

(127) TCE, acórdão de 15.3.1984, proc. 313/82, “FCGA”, Rec. 1984, p. 1389.

Mas não só o trabalhador vê atribuído a si, bem como à sua família⁽¹²⁸⁾, qualquer que seja o motivo pelo qual ele se encontra fora do seu Estado de nacionalidade⁽¹²⁹⁾, toda uma vasta gama de benefícios sociais⁽¹³⁰⁾. Têm ainda, os órgãos comunitários vindo a concretizar o citado art. 51.º CEE, quer por intermédio do direito derivado⁽¹³¹⁾ (consagrando a totalização dos períodos de cotização nos vários Estados membros e o pagamento de subsídios de desemprego⁽¹³²⁾ e assegurando o pagamento das prestações da segurança social em qualquer Estado membro, independentemente do local em que o direito às mesmas foi adquirido, de modo que cada Estado pague uma quota da prestação total proporcional ao período de tempo em que o trabalhador exerceu uma actividade económica no seu território, negando o efeito das cláusulas de territorialidade), quer, principalmente, pela via jurisprudencial (em que o TCE negou a possibilidade de um

(128) Os direitos reconhecidos aos membros da família ou dos sucessores do trabalhador são, contudo, direitos derivados, como bem resulta da jurisprudência comunitária (TCE, acórdão “Vve. Vaassen Goebbels”, cit. nota 26; acórdão “Daek”, cit. nota 86; acórdão “Frascogna”, cit. nota 85; acórdão de 23.11.1976, proc. 40/76, “Kermaschek”, Rec. 1976, p. 1669.

(129) TCE, acórdão “Unger”, cit. nota 15. Assim, o trabalhador, desde que se desloque em território comunitário, está abrangido pelo regime comunitário, está abrangido pelo regime comunitário da segurança social, compreendendo situações em que este sofre um acidente no trajecto entre o seu domicílio e o seu local de trabalho noutro Estado membro (TCE, acórdão de 11.3.1965, proc. 31/64, “Bertholet”, Rec. 1965, p. 112), ou mesmo em viagem de férias (TCE, acórdão “Hessische Knappschaft”, cit. nota 3 e acórdão de 12.11.1969, proc. 27/69, “Caisse de maladie des chemins de fer luxembourgeois”, Rec. 1969, p. 405). A interpretação extensiva a que o TCE recorre é, aqui, particularmente notória. Para um comentário ao acórdão “Bertholet” e, em especial, aos problemas levantados no âmbito da responsabilidade extracontratual (TCE, acórdão de 16.5.1973, proc. 78/72, “de Waal”, Rec. 1973, p. 499), v. Jean Victor Louis in CDE, 1965, pp. 156-167 e G. Lyon-Caen, RTDE, 1965, pp. 425-431.

(130) V. notas 67 e 132 e TCE, acórdão “Vve. Vaassen Goebbels”, cit. nota 26 e acórdão de 16.3.1978, proc. 115/77, “Laumann”, Rec. 1978, p. 805.

(131) Regulamento (CEE) n.º 3 do Conselho, de 16.12.1958 no JOCE n.º L30 de 16.12.1958, complementado pelo Regulamento (CEE) n.º 4 do Conselho, da mesma data, posteriormente substituído pelo Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14.6.1971 no JOCE n.º L149 de 5.7.1971 (v. nota 115).

(132) Assim, se num Estado, o período de serviço militar é considerado para efeitos de antiguidade numa empresa, o mesmo período é igualmente considerado para os trabalhadores migrantes relativamente ao serviço militar prestado no seu Estado membro de nacionalidade; cfr, TCE, acórdão de 15.10.1969, proc. 15/69, “Ugliola”, Rec. 1969, p. 363.

Estado limitar o montante das prestações ao máximo prescrito para os cidadãos nacionais que exerceram a sua actividade assalariada sempre nesse Estado⁽¹³³⁾, e abrangendo formas de segurança social, mesmo que inovadoras⁽¹³⁴⁾, como as que incluem os trabalhadores independentes ou que considerem a existência de um rendimento mínimo garantido⁽¹³⁵⁾.

A cabal realização do direito à segurança social como complemento necessário da livre circulação de trabalhadores implica, ainda, que os organismos de segurança social não restrinjam ao seu território nacional o benefício das prestações, o que imediatamente impediria, além do mais, a totalização das prestações relativas a actividades exercidas em mais de um Estado membro.

Basilar de todo este sistema é, contudo, o princípio geral da igualdade de tratamento ou da não discriminação. Mesmo que, por exemplo, o Regulamento n.º 1408/71 tenha a sua aplicação delimitada às legislações relativas a determinadas vertentes da segurança social⁽¹³⁶⁾, este princípio tem o seu campo de aplicação alargado a todas as modalidades que estas possam revestir. Todo o sistema se “inspira numa tendência geral do

(133) TCE, acórdão “T. e S. Petroni”, cit. nota 104. Esta interpretação do TCE levantou justificadas reservas, pois que dela pode derivar uma discriminação em favor dos trabalhadores migrantes, tendo, porém, a jurisprudência do TCE desmistificado e claramente afastado a ocorrência de tal eventualidade, tanto mais que os regulamentos comunitários visam mesmo favorecer, em certos aspectos, os trabalhadores migrantes relativamente à situação que resultaria, para ele, da exclusiva aplicação do direito interno (TCE, acórdão de 9.6.1964, proc. 92/63, “Nonnenmacher”, Rec. 1964, p. 559 e acórdão “Rossi”, cit. nota 105). Contudo, o TCE revelou uma muito clara preocupação em evitar situações de sobreposições de períodos de desconto (TCE, acórdão “De Moor”, cit. nota 95) e de cumulações decorrentes das discrepâncias das legislações nacionais (TCE, acórdão “Mura”, cit. nota 95; acórdão “Niemann”, cit. nota 101; acórdão “Beck”, cit. nota 106), mantendo, correlativamente, o direito do trabalhador à prestação mais favorável (TCE, acórdão “La Terza”, cit. nota 106; acórdão de 8.7.1980, proc. 807/79, “Gravina”, Rec. 1980, p. 2205; acórdão “Patteri”, cit. nota 98). Cfr., ainda, Georg Ress, cit. nota 30, pp. 313-316.

(134) TCE, acórdão “Van Den Veen”, cit. nota 101 e acórdão de 2.12.1964, proc. 24/64, “Dingemans”, Rec. 1964, p. 1259.

(135) TCE, acórdão “De Cicco”, cit. nota 111 e acórdão “R. Frilli”, cit. nota 113.

(136) O Regulamento n.º 1408/71 aplica-se a: prestações de invalidez, mesmo que destinadas a manter ou a melhorar a capacidade de ganho; prestações de velhice; prestações de sobrevivência; prestações de acidentes de trabalho e de doença profissional; subsídios por morte; prestações de desemprego; prestações familiares.

direito social dos Estados membros para a extensão do benefício da segurança social em favor de novas categorias de pessoas, em razão de riscos e necessidades idênticas”⁽¹³⁷⁾.

(137) TCE, acórdão “De Cicco”, cit. nota 111.

III. EXERCÍCIO DE DIREITOS POLÍTICOS

Se é certo que, em matéria de direitos políticos, a livre circulação de trabalhadores não atingiu, ainda, um ponto de evolução tal que permita falar-se, com plena oportunidade, de uma *cidadania europeia*⁽¹³⁸⁾, a realização desejada da união política europeia⁽¹³⁹⁾ tem no seu reconhecimento uma vertente fundamental, assim como, reciprocamente, tal estatuto em muito depende da plena instituição dessa mesma união política.

Tendo presentes os objectivos consagrados no Tratado CEE no plano social,⁽¹⁴⁰⁾ o reconhecimento dos direitos fundamentais⁽¹⁴¹⁾ e a aplicação do direito eleitoral europeu⁽¹⁴²⁾, torna-se patente a existência de uma base a partir da qual todo o processo de atribuição de direitos políticos ao nível

(138) Georg Ress, cit. nota 30, p. 32 e segs. e Richard Plender, *An incipient form of European Citizenship*, *European Law and the Individual*, p. 40. Realmente, o Tratado CEE não prevê a instituição de uma "civis europeus".

(139) Desde os primeiros passos dados no sentido da instituição das Comunidades Europeias, a criação da união política tem sido um fim primário a realizar, como, por exemplo, está bem assinalado na Declaração Schuman, de 9.5.1950, em que se afirmava visar esta a realização de uma "Federação Europeia indispensável à preservação da paz". Cfr. Fausto de Quadros, *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Lisboa, 1984, em especial p. 103 e segs.; Pierre Pescatore, *L'Ordre Juridique Communautaire*, Liège, 1975; Louis Cartou, cit. nota 10, p. 64 e segs.

(140) V. art. 2.º CEE (objectivos do Tratado) e arts. 117.º e segs. CEE (política social).

(141) V. Convenção Europeia de defesa dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, *património comum da Europa*, e memorando da Comissão relativo à adesão da Comunidade à Convenção no Boletim das CE, suplemento 2/79. Sobre a protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, cfr. TCE, acórdão de 17.12.1970, proc. 11/70, "Internationale Handelsgesellschaft", Rec. 1970, p. 1125, com comentário em Jean Boulouis e Roger Michel Chevallier, cit. nota 52, p. 102 e segs., bem como, entre outros, Laurent Marcoux Jr., *Le Concept des Droits Fondamentaux dans le Droit de la Communauté Économique Européenne*, RIDC, 1983, n.º 4, p. 691; Manfred A. Dausen, *La Protection des Droits Fondamentaux dans L'Ordre Juridique Communautaire*, RTDE, 1984, p. 401; Alberto Raposo, *Os Direitos Fundamentais nas Comunidades Europeias*, Nação e Defesa, 1988, n.º 47, p. 53 e segs.

(142) Art. 138.º CEE, sobre a eleição dos membros do Parlamento Europeu por sufrágio directo e universal, e ainda o Acto do Conselho de 20.9.1976 no JOCE n.º L278 de 8.10.1976.

comunitário se deverá desenvolver e, ao mesmo tempo, ressalta a exiguidade da amplitude dos direitos até hoje efectivamente reconhecidos. Note-se, por exemplo, a ainda não concretização da proposta formulada pelo Parlamento Europeu na sua Resolução de 16-11-1977⁽¹⁴³⁾, de consagrar os direitos de deslocação e de residência a todos os nacionais de um Estado membro, independentemente do exercício por estes de uma actividade económica.

A vontade dos Estados em prescindir de algumas das prerrogativas inerentes ao seu *jus imperii* nesta matéria tem-se revelado, porém, de forma progressiva, no ritmo prudente que o melindre da situação aconselha, com implicações mesmo de natureza constitucional. Serão, pois, de assinalar: a proposta de criação de uma união de passaportes⁽¹⁴⁴⁾; a tentativa de reconhecimento generalizado aos nacionais dos Estados membros do direito de residência no território da Comunidade, quer sejam ou não trabalhadores na acepção comunitária⁽¹⁴⁵⁾; o convite formulado pelo Parlamento Europeu à Comissão⁽¹⁴⁶⁾ para elaborar propostas sobre, entre outros, odireito eleitoral activo e passivo, o direito dos nacionais de um Estado membro de exercerem funções ao nível municipal⁽¹⁴⁷⁾, o direito de reunião e assembleia, o direito de voto nas organizações sindicais, o direito de recurso individual para o TCE, o direito de petição, etc. Ainda na iniciativa do Parlamento Europeu, a Resolução de 13.4.1978⁽¹⁴⁸⁾ veio referir-se a “direitos especiais”, no âmbito da anterior resolução, e a um projecto de “carta europeia dos direitos dos cidadãos”.

A criação das bases de uma identidade europeia e o reforço dos laços e de um sentimento de solidariedade entre os *nacionais europeus*, constitui,

(143) Resolução do Parlamento europeu de 16.11.1977 no JOCE n.º C299 de 12.12.1977 e proposta de Directiva da Comissão de 13.7.1979 no JOCE n.º C207 de 17.8.1979, modificada em 6.6.1985, no JOCE n.º C171 de 10.7.1985.

(144) V. relatório geral CE, declaração final n.º 10.

(145) V. proposta de Directiva da Comissão no Boletim CE n.º 7/8-1979, n.º 2.1.14.

(146) Resolução do Parlamento Europeu de 16.11.1977, Doc. PE n.º 346/77 e JOCE anexo n.º 223.

(147) Limitado à condição de residirem há mais de 10 anos no Estado membro de acolhimento.

(148) Resolução do Parlamento Europeu de 13.4.1978, Doc. PE n.º 52/78, no JOCE n.º C108 de 8.5.1972.

pois, o desafio imediato com que se deparam hoje as Comunidades Europeias, paralelamente à continuação da obra de harmonização encetada desde o princípio pelos vários órgãos comunitários nos mais diversos domínios⁽¹⁴⁹⁾.

Realmente, pode afirmar-se que o grande obstáculo com que hoje se depara a “Europa dos cidadãos” é, nem mais nem menos, que o próprio Tratado CEE. Na sua visão economicista, o Tratado CEE apenas reconheceu direitos ao cidadão europeu enquanto produtor (liberdade de circulação e igualdade de tratamento) ou enquanto consumidor (direito à protecção da sua saúde e da sua segurança, etc.). E, ao contrário de outras matérias, não veio o Acto Único Europeu modificar um tal estado de evolução⁽¹⁵⁰⁾.

Realmente, basta analisar comparativamente as normas comunitárias e o relatório Adonnino⁽¹⁵¹⁾, onde se propõem diversas medidas concretas, que vão desde novos direitos para os cidadãos até à possibilidade de mobilidade dos jovens, passando por acções nos domínios da cultura e da saúde, para se constatar a extrema exiguidade dos primeiros.

A identidade europeia carece, indiscutivelmente, de uma outra dimensão, que nunca lhe poderá ser dada por uma bandeira, por um hino, por um passaporte ou mesmo por uma carta de condução comuns. Acções como os programas Erasmus e Comett, por exemplo, revelam-se como meios óptimos para a tomada de consciência do vácuo criados pelas realidades regionais face ao desafio europeu^(151A).

(149) Saliente-se, dada a sua importância, a harmonização de legislações no âmbito do direito civil, a cooperação em matéria de ensino, a proposta de carta de condução comum, etc.

(150) Veja-se, em consequência, a posição da Dinamarca, que continua a “duvidar” da competência comunitária quanto aos trabalhadores não activos (relativamente aos seus direitos de voto em eleições municipais e mesmo ao seu direito de permanência no território de um Estado membro que não o da sua nacionalidade).

(151) O relatório *Adonnino*, de Junho de 1985, é o resultado dos trabalhos do Comité para a Europa dos cidadãos, criado na sequência do Conselho Europeu de Fontainebleau, de Junho de 1984.

(151A) Sobre a importância real que a formação dos jovens assume no plano comunitário, v. artigo de Frédéric Gousseau em *Europe, Les promesses de l'acte unique*, cit. nota 36, pp. 59-60.

LIMITES À LIVRE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES

Consagra o art. 48.º CEE, relativamente à livre circulação de trabalhadores, dois tipos de limites: os primeiros, justificados por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, são comuns à livre circulação de pessoas e à livre prestação de serviços (arts. 48.º, n.º 3, 56.º, n.º 1 e, por remissão a este, 66.º CEE); os segundos, consagrados no n.º 4 do art. 48.º CEE, são específicos da livre circulação de trabalhadores e referem-se aos “empregos na administração pública”.

a) *Os empregos na administração pública*

A primeira questão que se coloca na determinação do alcance desta excepção prende-se com o conceito de *administração pública* que deve ter-se por relevante.

O TCE, confrontado com este problema pela primeira vez no processo “Sotgiu”⁽¹⁵²⁾, após constatar a diversidade de critérios das legislações nacionais na determinação da qualidade em que o trabalhador era admitido (“de operário, de empregado ou de funcionário”), bem como na ordem jurídica chamada a regular o vínculo laboral (“revela do direito público ou do direito privado”), considerou tais qualificações jurídicas como insusceptíveis de “fornecer um critério de interpretação adequado às exigências do direito comunitário”, afirmando então que tal excepção se refere “exclusivamente ao acesso a empregos que relevem da administração pública e que o carácter do vínculo jurídico entre o trabalhador e a administração é indiferente para este efeito”.

A adopção de um conceito orgânico de administração pública, segundo o qual seriam considerados todos os cargos de qualquer órgão do Estado, inclusive os da administração local e das pessoas colectivas de direito público, pareceu dividir-se no acordo “Lohmann”⁽¹⁵³⁾, sendo, contudo, tal

(152) TCE, acórdão “Sotgiu”, cit. nota 45.

(153) TCE, acórdão “Lohmann”, cit. nota 114. Neste acórdão, o TCE ao interpretar o n.º 4 do art.º 4.º do Regulamento n.º 1408/71 (que, quanto à segurança social, excluía os regimes especiais dos funcionários assalariados da administração pública), considerou tal exclusão como a “consequência lógica do art. 48.º, n.º 4 do Tratado”.

orientação rapidamente rectificadora no acórdão “Comissão v. Bélgica (SNCB)”⁽¹⁵⁴⁾. O peso do sector público nos Estados tornaria tal conceito orgânico um meio de edificar verdadeiros “feudos” nacionais no espaço comunitário e, mesmo assim, um emprego em cada quatro na Europa comunitária foge à aplicação dos dois princípios basilares de toda a ordem jurídica comunitária: a livre circulação e a não discriminação em razão da nacionalidade⁽¹⁵⁵⁾.

Com efeito, o TCE claramente considerou, neste acórdão “Comissão v. Bélgica”, como empregos da administração pública, aqueles que “têm uma relação com actividades específicas da administração pública enquanto está investida do exercício do poder público e da responsabilidade de salvaguardar os interesses gerais do Estado, aos quais devem ser assimilados os interesses próprios das colectividades públicas, como as administrações municipais”, baseando esta salvaguarda na admissão de que “tais empregos supõem, com efeito, da parte dos seus titulares, a existência de uma relação particular de solidariedade em relação ao Estado, bem como a reciprocidade de direitos e deveres que são o fundamento do vínculo da nacionalidade”.

Deste modo, o TCE consagrou, definitivamente, um conceito funcional de administração pública, caracterizando os cargos na mesma por a eles corresponder o exercício da autoridade pública e por envolverem a salvaguarda dos interesses gerais do Estado. Assim, todas as actividades relacionadas, directa e indirectamente, com a segurança interna e externa estão naturalmente abrangidas por este conceito, não se compreendendo, aliás, qualquer outra solução dado o vínculo de âmbito quer territorial, quer material, que tais funções necessariamente pressupõem.

A adopção do conceito funcional de administração pública, única forma de não ultrapassar o “necessário para assegurar o respeito dos fins prosseguidos pelo art. 48.º, n.º 4, do tratado”⁽¹⁵⁶⁾, levantou, contudo, uma dificuldade complementar: a de determinar quais os “interesses gerais a proteger”, para a resolução do qual o acórdão mencionado nada especifi-

154) TCE, acórdão de 17.12.1980, proc. 149/79, “Comissão v. Bélgica”, Rec. 1980, p. 3881.

(155) Sobre os problemas que o conceito de administração pública levanta, muito especialmente no meio sindical, Valério Hirsch, *Ouverture de la fonction publique em Europe, les promesses de l'Acte Unique*, cit. nota 36, pp. 60-61.

(156) TCE, acórdão “Comissão v. Bélgica”, cit. nota 154.

cou⁽¹⁵⁷⁾. O TCE, no entanto, face ao não consenso entre as partes em questão sobre aquela determinação, viria a especificar alguns dos cargos a que a exceção era realmente aplicável, por acórdão de 26.5.1982⁽¹⁵⁸⁾.

Entretanto, os Estados membros, quanto a determinadas profissões, têm vindo a precisar o alcance de tal regra, como no caso dos veterinários⁽¹⁵⁹⁾. É que, de facto, o art. 48, n.º 4, CEE, dirige-se aos empregos que comportam o “exercício do poder público e a atribuição de responsabilidades para a salvaguarda dos interesses gerais do Estado”, apenas permitindo aos Estados membros “reservar, por regulamentação adequada, aos nacionais dos Estados membros, o acesso aos empregos que envolvem o exercício de um tal poder e de tais responsabilidades no seio de uma mesma carreira, serviço ou quadro”⁽¹⁶⁰⁾.

Caso o acesso a um determinado lugar na administração pública não seja restrito aos nacionais de um Estado membro, nos termos do citado art. 48.º, n.º 4, CEE, não é legítima a adopção de medidas discriminatórias relativamente aos demais direitos dos trabalhadores, designadamente quanto à remuneração ou a quaisquer outras condições de trabalho, conforme o TCE afirmou no seu acórdão “Sotgiu”⁽¹⁶¹⁾.

b) *Excepções de ordem pública, segurança pública e saúde pública*

Constituem excepções à livre circulação de pessoas e à livre prestação de serviços as limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (arts. 48.º, n.º 3, 56.º, n.º 1 e 66.º CEE).

(157) A extrema dificuldade que a definição do conceito envolve é salientada, entre outros, por Gérard Druesne, *La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les emplois dans l'administration publique*, RTDE, 1981, p. 286.

(158) TCE, acórdão de 26.5.1982, proc. 149/79, “Comissão v. Bélgica”, Rec. 1982, p. 1845 (v. nota 154).

(159) V. JOCE n.º C308 de 23.12.1978.

(160) V. acórdão “Comissão v. Bélgica”, cit. nota 154; acórdão “Comissão v. Bélgica”, cit. nota 158; acórdão de 3.6.1986, proc. 307/84, “Comissão v. França”, Rec. 1986; acórdão de 3.7.1986, proc. 66/85, “Lawrie Bhun”, Rec. 1986.

(161) TCE, acórdão “Sotgiu”, cit. nota 152.

O alcance de tais excepções tem vindo a ser progressivamente delimitado, quer pelo direito comunitário derivado, quer pela jurisprudência do TCE, procurando-se, desta forma, obstar a que a sua invocação por parte dos Estados membros representasse um modo de contrariar a liberalização dos movimentos de pessoas e de serviços, um dos pilares da construção do mercado interno.

Não sendo objecto de uma definição taxativa de âmbito comunitário, dada a sua necessária componente nacional, pode considerar-se que, enquanto a ordem pública se reporta à protecção de valores jurídicos da Comunidade, dos Estados ou das próprias pessoas, a segurança pública identifica-se com o Estado como valor institucional. Quanto ao conceito de saúde pública, o anexo da Directiva n.º 64/221/CEE⁽¹⁶²⁾, vem especificar quais as doenças susceptíveis de pôr em perigo a saúde pública, as quais podem, eventualmente, constituir um entrave à entrada de pessoas ou justificar a sua expulsão do território de um Estado membro. O n.º 4 da al. a) do mesmo anexo veio mesmo consagrar uma cláusula geral, alargando o conceito de saúde pública a “outras doenças infecciosas”, desde que as mesmas sejam objecto, relativamente aos nacionais do Estado membro de acolhimento, de iguais medidas de protecção; esta cláusula veio a, entretanto, revestir-se de uma extrema importância em virtude do rastreio da SIDA, medida que, indiscutivelmente, nele se inclui. Note-se que, porém, as normalmente qualificadas “doenças sociais”, coo a toxicomania e as alterações psicomentais notórias, são, compreensivelmente, incluídas não no contexto da saúde pública, mas no das medidas de ordem pública, conforme a al. b), do mesmo anexo. Contudo, se a doença vitima o trabalhador depois de este ter obtido o seu título de residência, não pode o Estado membro, com esse fundamento, decretar uma medida de expulsão ou recusar a renovação do título.

Os conceitos de ordem pública e de segurança pública, por seu turno, como decorre da própria ideia subjacente aos mesmos, têm necessariamente uma componente nacional, pois que a enumeração dos valores jurídicos considerados como dignos de protecção jurídica variam, em alguns casos consideravelmente, de Estado para Estado, e mesmo em função de consi-

(162) Directiva do Conselho n.º 64/221/CEE de 25.2.1964 no JOCE n.º L56 de 4.4.1964. O campo de aplicação desta Directiva foi alargado pela Directiva n.º 72/194/CEE do Conselho, de 18.5.1972 no JOCE n.º L121 de 26.5.1972.

derações temporalmente circunscritas. Caberia, assim, aos órgãos comunitários estabelecer critérios que balizassem a invocação de tais excepções, não tanto quando ao seu objecto, mas, principalmente, de natureza material e processual, de modo a contrariar a inevitável discriminação que elas encerram. Tal tarefa foi realizada, em primeira linha, pela citada Directiva n.º 64/221/CEE, e complementada pela jurisprudência do TCE, que efectuaram uma precisão dos conceitos pela negativa, estabelecendo-lhes limites e deixando aos Estados membros a elaboração de conteúdo dos conceitos de ordem e segurança públicas.

Nunca será demais, porém, salientar a natureza excepcional das restrições à livre circulação de pessoas que tais medidas envolvem, bem como a interpretação estrita de que são objecto os preceitos que a prevêm⁽¹⁶³⁾.

Os limites materiais estabelecidos referem-se: 1 — aos fins; 2 — aos factos; 3 — aos tipos de medidas; 4 — aos limites de natureza processual.

1. Limites materiais quanto aos fins

O primeiro limite à invocação de tais medidas foi consagrado no art. 2.º, n.º 2 da Directiva n.º 64/221/CEE, segundo o qual as razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública não podem ser “invocadas com fins económicos”. Deste modo, a situação económica da pessoa, de forma alguma constituirá fundamento de expulsão ou de recusa de entrada da mesma. Deve-se, porém, destacar deste limite os casos em que esteja em causa a *ordem pública económica*, situação em todo diversa, que, legitimamente, pode originar a expulsão ou a recusa de entrada do trabalhador, e que engloba, por exemplo, a sabotagem económica.

Da mesma forma, não são admitidas medidas fundamentadas em fins de prevenção geral. Tal princípio havia já sido consignado no art. 3.º da

(163) Conforme foi afirmado pelo TCE, a noção de ordem pública “deve ser interpretada estritamente, de forma que o seu alcance não seja determinado unilateralmente por cada um dos Estados membros, sem controlo dos órgãos da Comunidade” (TCE, acórdão “Van Duyn”, cit. nota 52). Cfr., ainda, TCE acórdão de 28.10.1975, proc. 36/75, “Rutili”, Rec. 1975, p. 1219 e acórdão de 27.10.1977, proc. 30/77, “Bouche-reau”, Rec. 1977, p. 1999.

Directiva n.º 64/221/CEE, segundo o qual “as medidas de ordem pública e de segurança pública devem ser fundadas exclusivamente no comportamento pessoal do indivíduo delas objecto” (n.º 1), acrescentando ainda que “a mera existência de condenações penais não pode, automaticamente, motivar estas medidas” (n.º 2), tanto mais que a apreciação concreta, efectuada pelas autoridades nacionais, da conformidade do comportamento com os interesses subjacentes às medidas de ordem e segurança públicas, pode não coincidir com o juízo em que a condenação penal se fundou⁽¹⁶⁴⁾. O TCE teve oportunidade de, posteriormente, precisar o conteúdo e o alcance de tais disposições.

Foi assim que, desde logo no seu acórdão “Bonsignore”⁽¹⁶⁵⁾, considerou o TCE que o art. 3.º, n.ºs 1 e 2, “devem ser interpretados no sentido de constituir um obstáculo à expulsão de um nacional de um Estado membro da CEE pelas autoridades de um outro Estado, decidida no intuito de dissuadir outros estrangeiros de cometer um delito idêntico ou parecido àquele que está próximo à expulsão, ou de outras infracções contra a segurança e ordem públicas, ou seja, motivada por razões de *prevenção geral*”. Deverá, pois, ser considerado, exclusivamente, o comportamento pessoal e não justificações destacadas do caso individual. Uma tal interpretação viria a ser reafirmada, pelo TCE, nos acórdãos “Royer”⁽¹⁶⁶⁾, “Adoui et Cornuaille”⁽¹⁶⁷⁾ e “Bouchereau”⁽¹⁶⁸⁾.

Deste modo, a medida de ordem ou segurança pública não pode ser de aplicação automática, tendo de se fundar no comportamento do indivíduo, o que afasta a possibilidade da sua aplicação em consequência de uma sanção de carácter geral, tanto mais que esta visa reprimir um dado tipo de comportamento, não atendendo à sua perigosidade.

(164) Apenas é relevante, para efeitos de expulsão, a existência de uma condenação penal, se as circunstâncias em que esta se baseia forem relevantes para efeitos de invocação da ordem e segurança públicas, para além dos demais requisitos enunciados. V. TCE, acórdão “Bouchereau”, cit. nota 163 e acórdão de 22.5.1980, proc. 131/79, “Santillo”, Rec. 1980, p. 1585.

(165) TCE, acórdão de 26.2.1975, proc. 67/74, “Bonsignore”, Rec. 1975, p. 297.

(166) TCE, acórdão “Royer”, cit. nota 38.

(167) TCE, acórdão de 18.5.1982, procs. apensos 115 e 116/81, “Adoui et Cornuaille”, Rec. 1982, p. 1665.

(168) TCE, “Bouchereau”, cit. nota 163.

A apreciação da conformidade das medidas de ordem pública e de segurança pública com o direito comunitário, com base nestes critérios, pode, no entanto, envolver algumas dificuldades, especialmente em consequência da não declaração, pelas autoridades nacionais, em determinados casos, de quais os fins que proseguem por seu intermédio. Nesta linha, será legítima a medida aplicada a um estrangeiro “cuja simples presença no território de um Estado membro possa conduzir os respectivos nacionais à prática de actos contra a ordem e segurança públicas”⁽¹⁶⁹⁾.

2. Limites materiais quanto aos factos

Neste âmbito, um primeiro limite, decorrente da própria filosofia do Tratado, consiste na protecção de que é alvo um comportamento conforme às disposições de direito comunitário, não podendo ser atingido por uma medida de expulsão ou de recusa de entrada, justificada em razões de ordem e segurança públicas, quem tiver agido desse modo⁽¹⁷⁰⁾.

Terá também a medida de ser proporcional à infracção cometida. Não pode, pois, justificar a expulsão o território o não cumprimento das formalidades decorrentes do exercício dos direitos de saída, de entrada e de residência (art. 3.º, n.º 3 da Directiva n.º 64/221/CEE)⁽¹⁷¹⁾, tanto mais que tais direitos são “directamente conferidos pelo Tratado e (...), consequentemente, (as formalidades) têm apenas um valor declarativo em relação ao direito interno”⁽¹⁷²⁾. Não são admissíveis, em tais circunstâncias, multas e

(169) J. C. Moitinho de Almeida, cit. nota 2, p. 487.

(170) Neste sentido, TCE, acórdão “Rutili”, cit. nota 163, segundo o qual “a expressão *limitações justificadas* significa que apenas são admissíveis as limitações conformes às exigências do direito, aquelas que relevam do Direito Comunitário”; cfr. Francis Hubeau, *L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire*, CDE, 1981, p. 207.

(171) Ainda que o controlo das fronteiras seja reconhecido em determinados casos, os vistos de entrada e/ou de saída são absolutamente inadmissíveis, podendo, porém, o Estado estabelecer medidas de identificação desde que não discriminatórias. V. TCE, acórdão de 7.7.1976, proc. 118/75, “Watson e Bellman”, Rec. 1976, p. 1185; acórdão “Sagulo”, cit. nota 38; acórdão “Royer”, cit. nota 38; acórdão “Pieck”, cit. nota 54.

(172) Georg Ress, cit. nota 30, p. 318.

penas de prisão, uma vez que não se justifica cominar “uma sanção tão desproporcionada à gravidade da infracção que a torne um entrave à livre circulação das pessoas”⁽¹⁷³⁾. Devem, com efeito, os Estados penalizar uma qualquer infracção de menor relevância, nos precisos termos em que o fazem face a infracções de igual natureza cometidas pelos seus próprios nacionais⁽¹⁷⁴⁾.

A existência de condenações penais anteriores, mesmo que não justificadas pelo Direito Comunitário, também não constitui um elemento relevante para a aplicação da medida, ainda que nada impeça que a reincidência constitua fundamento para o agravamento da sanção⁽¹⁷⁵⁾.

Complementarmente ao indicado critério da proporcionalidade, a medida tem de, cumulativamente, se ajustar a um critério de necessidade. Assim, se puder ser aplicada uma outra medida com igual eficácia e de forma a cumprir os objectivos visados, a medida de ordem ou de segurança pública não deve ser invocada, com todas as suas consequências gravosas, como, aliás, resulta da aplicação concreta, já aludida, do princípio da proporcionalidade.

Se, no entanto, um beneficiário do regime da livre circulação comete uma infracção penal, pode este, em vez de ser expulso do território do Estado de acolhimento, cumprir nele a pena de prisão. Decorrido o período de prisão, caso se mantenham os fundamentos que a determinaram, a ordem de expulsão é lícita pois que, os requisitos de ordem e de segurança públicas subsistem⁽¹⁷⁶⁾.

Acresce que só pode ser objecto de uma medida de ordem ou de segurança pública uma ameaça actual, real e suficientemente grave, que afecte

(173) TCE, acórdão “Watson e Bellman”, cit. nota 171 e acórdão “Pieck”, cit. nota 54.

(174) Cfr. TCE, acórdãos mencionados na nota 173 e ainda acórdão “Royer”, cit. nota 38 e acórdão “Sagulo”, cit. nota 38.

(175) TCE, acórdão “Sagulo”, cit. nota 38.

(176) As dificuldades levantam-se, no entanto, nos casos de crimes que não admitem prisão preventiva, pelo que, ao se preferir a expulsão em favor do processo crime, se estão a levantar dificuldades de monta à eficaz defesa dos interesses nacionais. Cfr. Francis Hubeau, cit. nota 170, p. 207; J. C. Moitinho de Almeida, cit. nota 2, p. 255; Paul Demeret e Brigitte Ernst de la Graete, *Mesures nationales d'ordre public et circulation des personnes entre États membres*, CDE, 1983, p. 255.

um interesse fundamental da sociedade⁽¹⁷⁷⁾, não sendo suficiente a mera perturbação esporádica ou previsível da ordem social. Desta forma, não obstante a existência de condenações penais anteriores não constituir, por si só, motivo de aplicação de tais medidas, ela pode ser considerada “na medida em que as circunstâncias que deram lugar a essas condenações permitam supôr a existência de um comportamento pessoal que implique uma ameaça actual para a ordem pública”⁽¹⁷⁸⁾.

3. Limites materiais quanto ao tipo de medidas

A primeira vertente deste aspecto refere-se à definição de quais os *interesses fundamentais* que as CE, face à margem de apreciação que os Estados membros mantêm, devem salvaguardar. Com alguma dose de ambiguidade, o TCE, no seu acórdão “Van Duyn”⁽¹⁷⁹⁾, ao debruçar-se sobre o problema de saber “se um Estado membro, por motivos de ordem pública, está autorizado a opôr-se a que um nacional de outro Estado membro exerça, no seu território, uma actividade assalariada no seio de um grupo ou de uma organização, enquanto que nenhuma restrição análoga é imposta aos seus nacionais”, apurou que as autoridades desses Estados podiam invocar a excepção de ordem pública sem proibir tais actividades, desde que essa medida fosse proporcional às circunstâncias. Justificando a discriminação face aos nacionais que, necessariamente, decorria de tal princípio, apelou o TCE à regra de Direito Internacional que “se opõe a que um Estado recuse aos seus próprios nacionais o direito de ter acesso ao seu território e de nele residir”.

Várias críticas seriam entretanto formuladas a este acórdão. A tónica das mesmas assentou na dificuldade em conceber a existência de uma ameaça real e suficientemente grave a um interesse fundamental da sociedade, no caso de essas actividades serem legitimamente exercidas pelos

(177) TCE, acórdão “Bouchereau”, cit. nota 163 e acórdão “Rutili”, cit. nota 163, segundo o qual apenas se deve considerar o comportamento do trabalhador se este constituir uma “ameaça real e suficientemente grave para a ordem pública”.

(178) TCE, acórdão “Bouchereau”, cit. nota 163 e acórdão “Santillo”, cit. nota 164.

(179) TCE, acórdão “Van Duyn”, cit. nota 52.

próprios nacionais⁽¹⁸⁰⁾. Tais críticas viriam a influenciar decisivamente a posterior jurisprudência do TCE⁽¹⁸¹⁾.

Logo no seu acordo “Adoui et Cornuaille”⁽¹⁸²⁾, após considerar que “a autoridade (nacional) competente para tomar essas medidas (de ordem pública) não pode fundar o exercício dos seus poderes na apreciação de certos comportamentos que tenham por efeito operar uma distinção arbitrária face aos nacionais de outros Estados membros”, o TCE veio a afirmar que “um comportamento não pode ser considerado como tendo um grau suficiente de gravidade para justificar restrições à admissão ou permanência no território de um Estado membro, no caso de o primeiro Estado não tomar, face ao mesmo comportamento, quando ele é assumido pelos seus próprios nacionais, medidas repressivas ou outras medidas reais e efectivas destinadas a combater esse comportamento”.

Procurava o TCE, com tal decisão, reduzir, e mesmo anular, o peso da discriminação de que os nacionais de um Estado membro são objecto face aos nacionais do Estado membro de acolhimento. Tal era consequência do princípio afirmado no acordo “Van Duyn”⁽¹⁸³⁾, pelo qual um Estado não pode expulsar ou recusar a entrada no seu território aos seus próprios nacionais e da não imposição aos Estados membros de uma escala uniforme de valores quanto à apreciação dos comportamentos que podem ser considerados como contrários à ordem pública.

Esta primeira questão, assim configurada, levanta uma outra com ela conexas: a de saber qual o tipo de medida em questão. No acordo “Rutili”⁽¹⁸⁴⁾, o TCE considerou que a expressão “sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública”, constante do art. 48.º CEE, se refere “não apenas às disposições legais e regulamentares que cada Estado membro tomou para limitar, no seu território, a livre circulação e a permanência dos nacionais de outros

(180) Cfr. Francis Hubeau, cit. nota 170, p. 207 e J.C. Moitinho de Almeida, cit. nota 2, p. 478.

(181) F. Wooldrige, *Free movement of EEC nationals: the limitations based on public policy and public security*, ELR, 1977, pp. 195-196.

(182) TCE, acordo “Adoui et Cornuaille”, cit. nota 167.

(183) TCE, acordo “Van Duyn”, cit. nota 52.

(184) TCE, acordo “Rutili”, cit. nota 163.

Estados membros, mas ela refere-se, também, às decisões individuais tomadas em aplicação de tais disposições legais e regulamentares”. Assim, o apuramento da hierarquização do tipo de medida envolve, necessariamente, um juízo de valor sobre o relevo que o bem a proteger efectivamente assume.

Algumas limitações genéricas são, contudo, impostas a um tal princípio. Desde logo, reafirma-se não poder ser objecto de tais medidas um comportamento conforme ao Direito Comunitário. Também escapam à aplicação de medidas de ordem pública e de segurança pública, na mesma linha, o exercício de liberdades sindicais, previsto no art. 8.º do Regulamento n.º 1612/68⁽¹⁸⁵⁾, “manifestação específica de um princípio mais geral consagrado pelos arts. 8.º, 9.º 10.º e 11.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (...) e do art. 2.º do Protocolo n.º 4 da mesma Convenção”⁽¹⁸⁶⁾.

Muito difícil será, realmente, figurar que o legítimo exercício de liberdades políticas possa constituir uma ameaça de tal forma grave que faça perigar os interesses fundamentais do Estado, para o que contribui a similar matriz política em que os 12 Estados membros se estruturam. Da mesma forma, e tendo em atenção que os direitos inerentes à livre circulação de pessoas são definidos pelo Tratado CEE “por referência ao território global dos Estados e não por referência às suas subdivisões internas”⁽¹⁸⁷⁾ e que tal reserva “tem o mesmo alcance que os direitos ao exercício dos quais ela permite restringir”⁽¹⁸⁷⁾, o TCE considerou que “as interdições de permanência só podem ser pronunciadas (...) para o conjunto do território nacional” e que “um Estado só pode pronunciar relativamente a um nacional de um Estado membro (...) interdições de permanência territorialmente limitadas no caso de tais interdições poderem ser pronunciadas aos seus próprios nacionais”⁽¹⁸⁷⁾⁽¹⁸⁸⁾. Levantou-se, então, a

(185) Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15.10.1968 no JOCE n.º L257 de 19.10.1968.

(186) TCE, acórdão “Rutili”, cit. nota 163.

(187) TCE, acórdão “Rutili”, cit. nota 163.

(188) Sobre as reacções que tal decisão gerou, Trevor Hartley, *Public policy and internal free movement: a critical comment on the Rutili decision*, ELR, 1976, p. 474; J.C. Moitinho de Almeida, cit. nota 2, pp. 485-486; F. Woldridge, cit. nota 181, pp. 200-201. Realmente, estando a ordem pública indissociavelmente conexcionada com a

questão da compatibilidade de tal medida com o princípio da proporcionalidade, uma vez que a proibição de entrada numa parte, ou em mais do que uma, do território é substituída por uma pena claramente mais severa: a pena de expulsão em termos de território dos Estados membros absoluto.

Não constitui, por seu turno, um impedimento absoluto de acesso ao território de um Estado membro a um nacional de outro estado membro, a ocorrência prévia de uma expulsão com base em determinado comportamento, por motivos de ordem ou de segurança públicas. Nesta situação deve, porém, ter decorrido um “prazo razoável” entre os dois factos, devendo ainda a autoridade competente do Estado de acolhimento “ter em conta, em particular, os meios aduzidos pelo interessado tendentes a estabelecer uma mudança material das circunstâncias que justificaram a primeira decisão de expulsão”⁽¹⁸⁹⁾. O direito de acesso não é reconhecido ao nacional de um Estado membro enquanto vigorar a ordem de expulsão legitimamente tomada, nem durante a apreciação do novo pedido de entrada por este formulado⁽¹⁸⁹⁾.

4. Limites de natureza processual

O sistema comunitário consagra ainda uma dupla salvaguarda aos direitos dos trabalhadores, no plano adjetivo, através da notificação aos interessados das medidas tomadas a seu respeito e da possibilidade de este recorrer dessa mesma decisão para as autoridades nacionais.

No intuito de permitir que o interessado possa “assegurar utilmente a sua defesa”⁽¹⁹⁰⁾, as razões de ordem, segurança ou saúde públicas que fun-

existência real e efectiva de uma ameaça, pode esta ser susceptível de delimitação geográfica, não havendo, pois, razão para que a interdição compreenda partes do território onde a existência de tal ameaça é completamente afastada.

(189) TCE, acórdão “Adoui et Cornuaille”, cit. nota 167.

(190) TCE, acórdão “Rutili”, cit. nota 163.

damentam uma decisão, “são levadas ao conhecimento do interessado, a menos que motivos respeitantes à segurança do Estado se oponham”⁽¹⁹¹⁾. Ao mesmo tempo, é o interessado notificado da decisão de recusa de entrada, ou de expulsão, ou de não atribuição do título de residência. Esta deve, ainda, indicar o prazo para abandonar o território, que, salvo urgência, “não pode ser inferior a 15 dias se o interessado ainda não recebeu o título de residência e a um mês nos outros casos” (art. 7.º da Directiva n.º 64/221/CEE). A decisão deve conter “os motivos precisos e completos da decisão”⁽¹⁹²⁾, e deve ser “suficientemente detalhada e precisa para permitir ao interessado a defesa dos seus interesses”⁽¹⁹³⁾. Tal implica, por exemplo, quanto à língua em que ela é elaborada, que “seja feita em condições que permitam ao interessado compreender o conteúdo e o seu efeito”⁽¹⁹³⁾, devendo as jurisdições nacionais “velar por que a segurança jurídica não seja comprometida por caducidade resultante da incapacidade do trabalhador compreender a língua em que o acordão lhe foi comunicado”⁽¹⁹⁴⁾.

Contra tal decisão de recusa de entrada ou de entrega ou renovação do título de residência, ou ainda da decisão de expulsão, o interessado deve poder interpor “os recursos à disposição dos nacionais contra actos administrativos” (art. 8.º da Directiva n.º 64/221/CEE). Não obstante não ter a Directiva exigido a existência de recurso jurisdicional, mas tão só de recurso administrativo, a maior parte das legislações nacionais já prevêm, para estas situações, o recurso jurisdicional. De qualquer forma, e na falta de uma tal via de recurso, “o interessado deve ter, pelo menos, a possibilidade de fazer valer os seus meios de defesa perante uma autoridade competente diferente daquela que decretou a medida”⁽¹⁹⁵⁾.

Se os recursos jurisdicionais não forem possíveis ou se apenas se referirem à legalidade da decisão, ou ainda se não tiverem efeito suspensivo

(191) Art. 6.º da Directiva n.º 64/221/CEE, cit. nota 162.

(192) TCE, acordão “Rutili”, cit. nota 163.

(193) TCE, acordão “Adoui et Cornuaille”, cit. nota 167.

(194) TCE, acordão de 18.2.1975, proc. 66/74, “Farrauto”, Rec. 1975, p. 157.

(195) TCE, acordão “Royer”, cit. nota 38.

(art. 9.º, n.º 1 da Directiva n.º 64/221/CEE)⁽¹⁹⁶⁾, deve o interessado, antes de tomada a decisão, ter podido “fazer valer os seus meios de defesa” perante a autoridade administrativa competente para aplicar a medida. Deve ainda ter lugar, antes daquela decisão, a elaboração de um parecer prévio de uma autoridade independente (art. 9.º da Directiva n.º 64/221/CEE), salvo caso de urgência, cabendo a apreciação dessa mesma urgência, “nos casos justificados (...), à autoridade administrativa”⁽¹⁹⁷⁾.

A autoridade consultiva que intervem no processo referido, no pode ser a mesma que aplica a medida (art. 9.º, n.º 1 da Directiva n.º 64/221/CEE), devendo exercer as suas funções “com toda a independência, sem estar submetida, directa ou indirectamente, no exercício das suas funções, ao controlo da autoridade chamada a tomar as medidas previstas pela Directiva”⁽¹⁹⁸⁾. Tal não implica, necessariamente, que os seus membros sejam nomeados por um período determinado ou que sejam magistrados de carreira, assim como não impede que sejam remunerados através da mesma entidade que exerce igual competência face aos membros da entidade competente para aplicar as medidas. Do mesmo modo, não constitui requisito formal do parecer por ela elaborado a identificação dos membros da entidade consultiva ou a sua qualidade⁽¹⁹⁹⁾.

Deverá a emissão do parecer ocorrer num lapso de tempo razoável e suficientemente próximo da data da decisão de expulsão, de modo a garantir que não existem novos elementos susceptíveis de influenciar a decisão num sentido diverso daquele que foi considerado⁽²⁰⁰⁾.

Durante o processo, a presença do interessado não é obrigatória; realmente, caso o fosse, o interessado, ao manter o direito de permanecer no território, veria ser-lhe atribuído “o poder de suspender unilateralmente, pela interposição de recurso, a medida tomada a seu respeito”, o que seria “incompatível com o objectivo da Directiva, que é de conciliar as necessi-

(196) Em caso de haver lugar a recurso jurisdicional, a execução da medida só deverá ocorrer após o interessado ter tido oportunidade de interpor recurso; v. TCE, acórdão “Royer”, cit. nota 38.

(197) TCE, acórdão de 5.3.1980, proc. 98/79, “Pecastaing”, Rec. 1980, p. 691. Cfr., ainda, TCE, acórdão “Royer”, cit. nota 38.

(198) TCE, acórdão “Adoui et Cornuaille”, cit. nota 167.

(199) TCE, acórdão “Adoui et Cornuaille”, cit. nota 167.

(200) TCE, acórdão “Santillo”, cit. nota 164.

dades de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública, com as garantias que devem ser asseguradas às pessoas abrangidas por estas medidas”(201). A protecção judicial deve, porém, ser igualmente favorável a nacionais e a cidadãos dos demais Estados membros, mesmo que tal implique a “inclusão (...) da suspensão dos actos sujeitos a recurso”(202). Tal paridade é, em diversas situações, muito difícil de realizar, bastando atentar, por exemplo, na impossibilidade de expulsão dos nacionais de um Estado por esse mesmo Estado.

A detenção de um estrangeiro no intuito de concretizar a sua expulsão é lícita se legítima for a medida de expulsão face ao Direito Comunitário, cabendo então aos direitos interno e internacional apurar da admissibilidade da mesma(203).

(201) TCE, acordo “Pecastaing”, cit. nota 197. Cfr. Gérard Druésne, *L'ordre public et garanties procédurales offertes aux travailleurs migrants, les arrêts Pecastaing et Santillo de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, RTDE, 1980, p. 428, salientando a eventual discriminação “à rebours” que de tal obrigatoriedade poderia decorrer.

(202) TCE, acordo “Pecastaing”, cit. nota 197.

(203) TCE, acordo “Royer”, cit. nota 38.

BIBLIOGRAFIA

Sobre os direitos dos trabalhadores:

G. Lyon-Caen, *Le régime définitif de la libre circulation des travailleurs*, RTDE, 1969, p. 62.

D.F. Edens e S. Patijn, *The scope of the EEC system of Free Movement of Workers*, CMLR, 1972, n.º 1 p. 35.

Walter Munch et Jean Claude Séché, *Les droits de l'étranger dans les Communautés Européennes*, CDE, 1975, p. 251.

Henri Cassan, *Le principe de non-discrimination dans le domaine social à travers de la jurisprudence récent de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, RTDE, 1976, p. 259.

C. Tomuschat, *Le principe de proportionnalité: Quis iudicabit?*, CDE, 1977, p. 97.

Derrick Wyatt, *The social security rights of migrant workers and their families*, CMLR, 1977, n.º 14, p. 411.

Jean Claude Séché, *Free movement of workers under Community Law*, CMLR, 1977, n.º 14, p. 385.

Gabriela Catalano Sgrosso, *Il principio di parità di trattamento dei lavoratori e lavoratrice nel diritto comunitario*, RDE, 1979, p. 245.

David O'Keeffe, *Practical difficulties in the application of art. 48.º of the EEC Treaty*, CMLR, 1982, n.º 1, p. 35.

Massimo Benedettelli, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria in materia di diritti di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori*, RDE, 1983, p. 339.

Gérard Druesne, *Liberté de circulation des personnes*, RTDE, 1985, p. 719.

Sobre as exceções de ordem, segurança e saúde públicas:

C. Tomuschat, *L'Ordre public, menace pour la libre circulation*, CDE, 1975, p. 302.

Gérard Druesne, *La réserve d'ordre public et l'article 48.º du Traité de Rome*, RTDE, 1976, p. 229.

C. Tomuschat, *La libre circulation et le statut politique des ressortissants communautaires*, CDE, 1976, p. 64.

Denys Simon, *Ordre Public et libertés publiques dans les Communautés Européennes*, RMC, 1976, p. 201.

Ami Barav e Sandy Thomson, *Deportation of EEC nationals from the United Kingdom in the light of the Bouchereau case*, LIEI, 1977, 2, p. 19.

Ami Barav, *La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir de sanctions des États membres*, RTDE, 1977, p. 721.

Ami Barav, *Court recommendation to deport and free movement of workers in the EEC Law*, ELR, 1981, p. 140.

J. Lebullenger, *À propos de l'expulsion des étrangers: les garanties de procédure administrative en droit français et communautaire*, RCDIP, 1981, p. 447.

Gérard Druésne, *L'Ordre public à nouveau: comme la punition des filles de Danaos?*, RTDE, 1982, p. 706.

**PROTECÇÃO
DOS DIREITOS DO HOMEM**

**APLICAÇÃO
DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM**

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

121⁽¹⁾

MATHIEU-MOHIN E CLERFAYT CONTRA A BÉLGICA

- I. O art.º 3.º do 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, consagrando um princípio característico de regime verdadeiramente democrático, garante os direitos individuais de voto e de elegibilidade.
- II. “A expressão “*Corpo legislativo*” deve ser entendida face ao direito constitucional de cada Estado, não visando necessariamente apenas o Parlamento nacional.
- III. É obrigação do Estado organizar eleições democráticas.
- IV. O Estado goza de larga margem de apreciação na escolha do sistema eleitoral; impõe-se, porém, o respeito pela liberdade de expressão do povo e pela igualdade de tratamento dos cidadãos.

DATA DA DECISÃO: 2 de Março de 1987.

(1) Cour E. D. Homme, série A, n.º 113.

JUIZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, (presidente), J. Cremona, maltês Thór Vilhjálmsson, islandês, B. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, L.E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, R. MacDonald, canadiano (candidatado pelo Litschenteins), C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês, N. Valticos, grego, W. Ganshof van der Meersch, belga (2).

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitiu parecer no sentido de o art.º 3.º do Protocolo n.º 1 não fôra violado (10 votos contra 1) e de que não era necessário tomar posição quanto ao art.º 14.º da Convenção.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu:

- Não ter sido violado o art.º 3.º do 1.º Protocolo (treze votos contra cinco (3));
- Não haver violação do art.º 14.º da Convenção combinado com o art.º 3.º do 1.º Protocolo (catorze votos contra quatro)(4).

(2) Juíz ad hoc no impedimento do Juíz titular De Meyer.

(3) Dos Juízes Cremona, Bindschedler, Spielmann, Valticos.

(4) dos Juízes Cremona, Bindschedler, Spielmann, Valticos.

122(5)

WEEKS CONTRA O REINO UNIDO

- I. A decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem que admite a queixa individual define a competência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para o caso em apreço.
- II. A detenção permitida pelo n.º 1 do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem postula o respeito não só da lei interna como dos motivos de privação de liberdade previstos no art.º 5.º da CEDH.
- III. Importa que exista nexó de causalidade entre a condenação e a detenção efectuada ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do art.º 5.º da Convenção.
- IV. O libertado condicionalmente, depois reincarcerado por decisão administrativa, tem direito a recorrer a um tribunal que em curto prazo decida sobre a legalidade da detenção. Tal tribunal poderá não estar integrado na ordem judicial.

DATA DA DECISÃO: 2 de Março de 1987.

JUIZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, (presidente), J. Cremona, maltês Thór Vilhjálmsson, islandês, Bindschedler Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, Pinheiro Farinha, português, Pettiti, francês, Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, MacDonald, canadiano, C. Russo, italiano, Bernhardt, alemão, Gersing, dinamarquês, Spielmann, luxemburguês, De Meyer, belga.

(5) Cour E. D. Homme, série A, n.º 114.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitiu parecer no sentido da não violação do § 1.º do art.º 5.º (10 votos contra 1) e pela violação do § 4 do art.º 5.º da CEDH (7 votos contra 4).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu:

- Não se verificar violação do § 1.º do art.º 5.º da Convenção (dezasseis votos contra um)⁽⁶⁾;
- Ter sido violado o § 4.º do art.º 5.º (treze votos contra quatro)⁽⁷⁾.

(6) Do Juiz De Meyer.

(7) Dos Juízes Vilhjálmsson, Lagergren, Vincent Evans, Gersing.

123⁽⁸⁾

MONNEL E MORRIS CONTRA O REINO UNIDO

- I. A prisão permitida pela alínea a) do § 1.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem implica um nexo de causalidade entre a condenação e a detenção.
- II. Enquadra-se em tal alínea a não imputação da parte da detenção sofrida quando do recurso sem o menor fundamento credível.
- III. A protecção do artigo 6.º da Convenção não finda com o julgamento da 1.ª instância.
- IV. O condenado que, sem nenhuma probabilidade objectiva de sucesso, pretende recorrer não beneficia da protecção jurídica gratuita (§ 3.º, alínea c) do art.º 6.º da CEDH.

DATA DA DECISÃO: 2 de Março de 1987.

JUIZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, (presidente), Thór Vilhjálmsson, islandês, L. E. Pettiti, francês, Vincent Evans britânico, MacDonald, canadiano, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitiu parecer no sentido da não violação dos art.ºs 5.º § 1.º (10 votos contra 1) e 6.º (7 votos contra 4).

(8) Cour E. D. Homme, série A, n.º 115.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu:

- Não ter sido violado o § 1.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (cinco votos contra dois)⁽⁹⁾
- Ter o art.º 6.º aplicável ao caso concreto (seis votos contra um)⁽¹⁰⁾;
- Não haver violação quer do § 1.º quer do § 3.º do art.º 6.º (cinco votos contra dois)⁽¹¹⁾;
- Não haver violação do art.º 14.º combinado com o art.º 5.º ou com o art.º 6.º (unanimidade).

(9) Dos Juizes Pettiti e Spielmann

(10) Do Juiz Gersing

(11) Dos Juizes Pettiti e Spielmann

124⁽¹²⁾

LEANDER CONTRA A SUÉCIA

- I. A transmissão ao empregador (mesmo departamento militar do Estado) dos registos secretos da polícia contendo dados sobre determinado indivíduo, e não comunicados a este, constitui ingerência na vida privada.
- II. A lei deve indicar, mesmo tratando-se de controle secreto necessário à segurança nacional, claramente e de forma adequada as circunstâncias e condições em que tal ingerência é permitida e conter garantias bastantes contra possíveis abusos.
- III. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem não consagra o direito de acesso à função pública.
- IV. O indivíduo que, de maneira plausível, se julga vítima da violação de qualquer dos direitos reconhecidos na CEDH deve dispôr de recurso eficaz a uma instância nacional, que pode não revestir carácter judiciário.
- V. O art.º 13.º da Convenção não exige a possibilidade de recurso perante a autoridade nacional para julgar da conformidade da lei doméstica com a Convenção ou com normas jurídicas internas equivalentes.

DATA DA DECISÃO: 26 de Março de 1987.

JUIZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, (presidente, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, Pettiti, francês, Vincent Evans, britânico, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão.

(12) Cour E. D. Homme, série A, n.º 116.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitiu parecer no sentido de não se verificar a violação do art.º 8.º (unanimidade), não se pondo qualquer questão autónoma quanto à liberdade de exprimir opinião e receber informações (unanimidade) e não ter sido violado o art.º 13.º da CEDH (sete votos contra cinco).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu:

- Não terem sido violados, nem o art.º 8.º nem o art.º 10.º da Convenção (unanimidade);
- Não ter sido violado o art.º 13.º (quatro votos contra três)⁽¹³⁾;

(13) Dos Juizes Ryssdal, Pettiti, Russo.

125⁽⁴⁾

ETTL E OUTROS CONTRA A ÁUSTRIA

- I. As decisões sobre emparcelamento agrícola afectam o direito de propriedade, daí que devam ser proferidas com respeito pelo art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

- II. Não retira a independência e imparcialidade dos funcionários (nomeados por 5 anos e quase inamovíveis durante o mandato), que com Magistrados integram as Comissões de emparcelamento, o facto de pertencerem à mesma hierarquia, uma vez que não recebam instruções de quem quer que seja e a Administração não seja parte no processo.

DATA DA DECISÃO: 23 de Abril de 1987.

JUIZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, C. Russo, italiano.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitiu parecer no sentido da violação do § 1.º do art.º 6.º da CEDH (10 votos contra 2).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade, não se verificar violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção.

Pinheiro Farinha

(14) Cour E. D. Homme, série A, n.º 117.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO MARTINS MOREIRA CONTRA PORTUGAL

- I. A apreciação do carácter razoável da duração do processo é feita face às circunstâncias do caso, tendo em conta a sua complexidade, bem como o comportamento do requerente e das autoridades intervenientes.
- II. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a quem compete vigiar o cumprimento da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não pode aceitar práticas que a contrariem, por mais generalizadas que sejam.
- III. No que concerne ao § 1.º do art.º 6.º da Convenção, o Estado é internacionalmente responsável pela actuação das várias entidades intervenientes, ainda que não judiciárias, nomeadamente do Instituto de Medicina Legal.
- IV. Na determinação do montante da “reparação”, do art.º 50.º da Convenção, há que ter em conta a perda de oportunidade de o requerente obter o seu crédito se entretanto o devedor faliu e isso aconteceu depois de instaurado o processo interno.

P.F.

En l'affaire Martins Moreira,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 43 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (“la Convention”) et aux clauses pertinentes de son règlement, en une chambre composée des juges dont le nom suit:

MM. R. Ryssdal, *président*,
F. Gölcüklü,
J. Pinheiro Farinha,
Sir Vincent Evans,
MM. R. MacDonald,
J. A. Carrillo Salcedo,
N. Valticos;

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 25 juin et 7 octobre 1988,

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 du Portugal ("le Gouvernement"), les 18 décembre 1987 et 29 janvier 1988 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 11371/85) dirigée contre le Portugal et dont un ressortissant de cet État, M. José Martins Moreira, avait saisi la Commission le 24 juillet 1984 en vertu de l'article 25.

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration portugaise de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour (article 46), la requête du Gouvernement aux articles 45, 47 et 48. Elles sont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'État défendeur aux obligations qui découlent de l'article 6 § 1.

2. En réponse à l'invitation prévue à 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 à constituer comprenait de plein droit M. J. Pinheiro Farinha, juge élu de nationalité portugaise (article 43 de la Convention), et

M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 30 janvier 1988, celui-ci en a désignée par tirage au sort les cinq autres membres à savoir M. G. Lagergren, M. F. Gölcüklü, Sir Vincent Evans, M. R. MacDonald et M. J. A. Carrillo Salcedo, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § 4 du règlement). Par la suite, M. N. Valticos, suppléant, a remplacé M. Lagergren, qui avait donné sa démission audiences (articles 2 § 3 et 22 § 1 du règlement).

4. Ayant assumé la présidence de la Chambre (article 21 § 5 du règlement), M. Ryssdal a consulté par l'intermédiaire du greffier l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et le représentant du requérant au sujet de la nécessité d'une procédure écrite (article 37 § 1). Conformément à l'ordonnance ainsi rendue le 11 février 1988, le greffe a reçu le 27 avril le mémoire du Gouvernement et, le 17 mai, les prétentions du requérant au titre de l'article 50 de la Convention.

En outre, la Commission a déposé le 25 mars les documents que le président avait chargé le greffier de se procurer auprès d'elle.

5. Le 17 mai 1988, le président a fixé au 21 juin la date d'ouverture de la procédure orale après avoir recueilli l'opinion des comparants par les soins du greffier (article 38 du règlement).

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

Ont comparu:

— *pour le Gouvernement*

M. I. Cabral Barreto, procureur général
adjoint de la République, *agent,*

Mme Marta Santos Pais, greffe du
procureur général de la République, *conseil;*

— *pour la Commission*

M. J. J. Campions, *délégué;*

— *pour le requérant* (lui aussi présent)

Mme N. Neves Anacleto, *conseil.*

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, M. Cabral Barreto pour le Gouvernement, M. Campinos pour la Commission et Me Neves Anacleto pour le requérant. Les représentants respectifs du Gouvernement et du requérant ont produit certaines pièces à l'occasion des audiences.

7. Le 4 août, Me Neves Anacleto a communiqué au greffe les demandes de son client quant aux honoraires d'avocat. Le Gouvernement a présenté ses observations sur ce point le 9 septembre.

EN FAIT

8. M. José Gonçalves Martins Moreira, ressortissant portugais né en 1929, est employé de banque et réside à Loures (Portugal).

Le 12 novembre 1975, il se trouvait dans une voiture avec M. Virgilio da Silva Pontes qui la conduisait et en était le propriétaire. Près d'Évora, ils entrèrent en collision avec un autre véhicule, propriété de M. Antonio des Reis et piloté par M. Francisco Techana.

Blessé, le requérant fut hospitalisé jusqu'au 14 mai 1976. En août 1976 et en août 1977, il subit des interventions chirurgicales à Londres. Il demeure frappé d'une invalidité permanente de 25%.

9. Informé de l'accident par la police locale, le parquet près le tribunal de première instance d'Évora engagea des poursuites pénales contre les deux conducteurs pour dommages corporels involontaires. L'affaire fut classée en 1976 en vertu d'un décret-loi d'amnistie.

1. Procédure devant le tribunal de première instance

10. Le 20 décembre 1977, MM. Martins Moreira et Pontes ("les demandeurs") assignèrent au civil, devant le tribunal de première instance d'Évora, M. Francisco Techana, M. Antonio des Reis, la société Gestetner, pour le compte de laquelle le trajet s'effectuait, et la compagnie d'assurances "Império", dont la responsabilité était limitée par contrat à 200.000

escudos ("les défendeurs"). Le requérant réclamait une indemnité de 1.393.737 escudos 80, ainsi que les montants à liquider lors de la procédure d'exécution (*liquidação em execução de sentença*) pour tous les frais futurs résultant de la collision.

En application de l'article 68 du code de la route, l'action devait être examinée selon la procédure sommaire, qui se caractérise par la réduction de certains délais (articles 783 à 792 du code de procédure civile et arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n.º 81, p. 8, § 10).

a) *Phase préparatoire*

11. Le 13 janvier 1978, le juge ordonna la citation des défendeurs au moyen, pour ceux qui n'habitaient pas Évora, de commissions rogatoires (*cartas precatórias*).

La compagnie "Império" présenta ses conclusions (*contestação*) le 9 février, les autres défendeurs le 14 mars 1978.

La société Gestetner souleva en outre une exception préliminaire: elle contestait sa qualité de partie défenderesse au motif qu'elle n'avait pas eu la "direction effective du véhicule ayant causé l'accident", au sens de l'article 503 n.º 1 du code civil. Les demandeurs se prononcèrent sur l'exception dans le délai de cinq jours qui leur avait été imparti, conformément à l'article 785 du code de procédure civile.

De son côté, la compagnie d'assurances "Império" introduisit une demande incidente tendant à l'intervention (*intervenção principal*) des hôpitaux civils d'Évora et Santa Maria de Lisbonne, ainsi que de la compagnie d'assurances "Comércio e Indústria".

12. Après avoir déféré à cette demande le 31 mars 1978, le juge invita les parties intervenantes à indiquer leurs prétentions.

Le 27 avril 1978, il donna au ministère public jusqu'au 7 mai pour présenter les observations des hôpitaux intervenants. Il lui consentit par la suite une prorogation de trois mois, en vertu de l'article 486 n.º 3 du code de procédure civile; en raison des vacances judiciaires, le nouveau délai n'expira que le 1^{er} octobre 1978.

13. A l'issue de la procédure écrite, le juge décida le 6 novembre 1978 de tenir dans les dix jours (article 508 n.º 1 du code de procédure civile)

une audience préparatoire en vue, notamment, d'examiner l'exception préliminaire de la société Gestetner.

Le 21 décembre, il accorda l'assistance judiciaire aux demandeurs, la refusant à MM. Techana et des Reis.

14. Le 18 janvier 1979, le greffe du tribunal transmet le dossier au juge, qui rendit une décision préparatoire (*despacho saneador*) le 3 mars. Longue de trente-cinq pages, elle rejetait ladite exception et dressait la liste tant des faits incontestés (*especificação*) que de ceux à éclaircir pendant les débats (*questionário*). Il restait cent trente-trois faits à établir (*quesitos*). En outre, le juge relevait que le retard apporté à statuer (au-delà des dix jours prévus par l'article 787 du code de procédure civile) s'expliquait par une grande surcharge de travail et la complexité de l'exception considérée.

15. MM. Techana et des Reis, ainsi que la société Gestetner, firent opposition (*reclamação*, article 511 n.º 2) en ce qui concerne la liste susmentionnée. Les demandeurs répondirent le 17 avril 1979. Le 19, le greffe transmet le dossier au juge qui, par une ordonnance du 26 mai, accueillit partiellement, l'opposition des deux premiers mais écarta celle de la dernier. Le 6 juin, la société Gestetner attaqua cette décision et la décision préparatoire du 3 mars 1979 devant la cour d'appel (*tribunal de relação*) d'Évora.

Le juge d'Évora reçut les deux recours le 8 juin. Le 6 juillet, il décida qu'ils ne seraient communiqués à la cour d'appel qu'avec le recours éventuel contre le jugement sur le fond.

b) *Phase d'instruction*

16. Les parties furent ensuite invitées à produire leurs listes de témoins et d'autres moyens de preuve. Le 11 octobre 1979, les demandeurs prièrent le juge, notamment, d'ordonner une expertise médicale à propos d'un certain nombre de faits ou questions à élucider pendant les audiences; elle devait avoir lieu à l'Institut de médecine légale de Lisbonne ("l'Institut") conformément à l'article 600 n.ºs 2 et 3 du code de procédure civile, aux termes duquel:

“2. Dans les ressorts de Lisbonne, Porto et Coimbra, les instituts de médecine légale effectuent les examens médicaux légaux et les autres examens qu’ils sont particulièrement aptes à exécuter; les autres examens exigeant des connaissances particulières dans une spécialité médicale ou des recherches relevant de laboratoires ou d’autres institutions spécialisées sont exécutés dans un établissement officiel par les professeurs ou les cadres techniques y exerçant des fonctions.

3. Ce qui précède s’applique à tous les autres ressorts lorsque les choses ou personnes à examiner peuvent, sans inconvénient, être transportées au siège de l’institut ou établissement. L’examen a lieu à Lisbonne, Porto ou Coimbra suivant la cour d’appel dont relève la juridiction compétente.”

17. Le juge, à qui le greffe avait transmis le dossier le 31 octobre 1979, ne fit droit à la demande que le 13 février 1980. Il justifia par une surcharge de travail le délai écoulé, supérieur aux cinq jours que prévoit l’article 159 n.º 2 du code. Il invita aussi les défendeurs à lui indiquer dans les cinq jours les faits contenus dans le *questionário* et sur lesquels les médecins experts devraient se prononcer.

Ayant reçu notification de cette ordonnance le 28 février, la société Gestetner fournit le 7 mars 1980 les renseignements sollicités.

18. Le juge, qui avait reçu du greffe le dossier le 12 mars 1980, ordonna le 29 avril seulement, en invoquant une surcharge de travail, que la Faculté de médecine de Lisbonne fixât la date et l’heure auxquelles un médecin spécialiste en orthopédie et traumatologie pourrait examiner les demandeurs.

Le 4 mai, le président du conseil de la Faculté de médecine de Lisbonne l’informa que les expertises médicales en orthopédie étaient suspendues, faute de médecins spécialistes disponibles.

19. Le 23 mai, le juge chargé de l’expertise médicale l’hôpital civil de Lisbonne. Cependant, le service d’orthopédie de celui-ci l’informa, le 20 juin 1980, qu’il ne pouvait la mener à bien, car les intéressés n’y avaient jamais été hospitalisés et il y avait une surcharge de travail.

20. Le greffe lui ayant communiqué le dossier le 26 juin 1980, le juge ordonna, le 3 juillet, que les examens médicaux eussent lieu à l'Institut; il invita le directeur à en fixer la date et précisa qu'ils devaient être terminés dans le délai d'un mois. En outre, il expliqua pourquoi il n'avait pas déféré plus tôt à la requête des demandeurs tendant à confier lesdits examens à l'Institut: à sa connaissance, ce dernier ne comptait pas de spécialistes en orthopédie. Vu l'impasse dans laquelle se trouvait la procédure, il revenait cependant sur sa position. Par la même occasion, il avisa de la situation le directeur de cabinet du ministre de la Justice et le pria d'indiquer dans quel établissement on pouvait exécuter des expertises médicales en orthopédie et en traumatologie.

Le 17 juillet, le sous-directeur de l'Institut annonça au juge que les demandeurs seraient examinés le 6 octobre. Le 23 juillet, celui-ci ordonna leur comparution à cet effet.

21. Deux médecins de l'Institut procédèrent aux examens le jour prévu; ils établirent un rapport à l'intention du tribunal. Ils y concluaient que les demandeurs devraient être soumis à un nouvel examen après la production d'un certain nombre de documents relatifs à leurs état de santé, entre autres les rapports des hôpitaux où ils avaient été traités et la traduction portugaise des rapports d'un spécialiste anglais qui les avait soignés à Londres en 1977. En outre, et conformément à l'article 600 n.º 2 du code de procédure civile, les intéressés auraient à subir, dans une institution publique appropriée, un examen pratiqué par des experts en orthopédie qui répondraient aux questions posées dans la décision préparatoire du 3 mars 1979.

Parvenu au tribunal le 15 octobre 1980, le rapport fut communiqué le lendemain à MM. Pontes et Martins Moreira.

22. Ces derniers invitèrent le tribunal, le 20 octobre, à obtenir directement des hôpitaux concernés certains documents, à leur octroyer un délai de trente jours pour en déposer d'autres (notamment la traduction portugaise des rapports médicaux rédigés en anglais) et à demander à l'Institut à quel établissement de caractère public ils pouvaient s'adresser pour les expertises en orthopédie.

Le greffe transmet le dossier au tribunal le 28.

23. Le 5 janvier 1981, les demandeurs introduisirent une nouvelle requête tendant à ce que le juge nommât lui-même des experts médicaux spécialistes en orthopédie et exerçant à Évora. Ils y affirmaient avoir ignoré que l'Institut n'était pas en mesure de procéder à tels examens et que son rôle se limitait à coordonner les éléments fournis par eux ou réclamés à d'autres hôpitaux, sans quoi ils n'auraient pas recouru à lui. Ils ajoutaient qu'ils espéraient être examinés plus rapidement à Évora, compte tenu des longues listes d'attente dans les hôpitaux de Lisbonne.

24. Le juge leur donna satisfaction le 23 février; il requit les hôpitaux concernés de produire les documents réclamés par l'Institut et invita l'hôpital civil d'Évora à fixer une date pour l'examen des intéressés. Cependant, l'administration de cet établissement l'informa le 24 mars qu'il devait désigner lui-même des experts, l'hôpital n'étant pas compétente pour réaliser des expertises médico-légales.

Dans cette perspective, le juge pria l'hôpital, le 27 mars, de lui communiquer la liste des orthopédistes y travaillant. Il la reçut le 7 avril.

25. Le 21 avril 1981, le greffe transmet le dossier au juge qui, le jour même, décida de nommer les experts le 4 mai. A cette date il en désigna trois, l'un proposé par les demandeurs, un autre par les défendeurs et le troisième choisi par lui, et ce en présence de toutes les parties en cause.

Le 6 mai, il convoqua les experts pour le 1^{er} juin aux fins de leur prestation de serment. Elle eut lieu comme prévu et il leur assigna aussitôt un délai de quinze jours pour s'acquitter de leur tâche.

26. Le 1^{er} juin aussi, les demandeurs déposèrent au greffe du tribunal la traduction portugaise des rapports dressés par leur médecin anglais.

27. Le 15 juin 1981, les experts annoncèrent au juge qu'ils étaient en mesure de répondre aux questions sur lesquelles portait l'expertise. Le même jour, il fixa au 23 Juin la date de leur audition.

Dans leurs réponses, ils conclurent à l'unanimité que le requérant avait un taux d'incapacité permanente de 25% et M. Pontes de 50%, qu'ils se trouvaient tous deux dans un état de santé stable et qu'il ne fallait s'attendre ni à une aggravation ni à la nécessité d'un traitement ultérieur.

28. Le 9 juillet 1981, le juge prit acte de ce que M. Pontes avait omis de fournir la version portugaise d'un rapport médical réclamé par l'Institut. Le 20 juillet, in invita ce dernier à fixer la date d'un nouvel examen médical des demandeurs. Le 1^{er} septembre, l'Institut opta pour le 6 octobre 1981.

Les deux intéressés furent examinés le jour dit sur la base des documents produits. L'Institut rédigea un rapport final relatif à M. Martins Moreira, mais requit encore certaines pièces concernant à l'état de santé de M. Pontes — notamment une traduction portugaise de deux rapports en anglais, d'août et septembre 1981 —, lequel les transmit au juge le 9 novembre.

Le 18 novembre, le juge proposa à l'Institut un nouvel examen de M. Pontes. La date en fut fixée le 4 décembre au 25 janvier 1982 et les résultats communiqués au tribunal le 5 février.

c) Audience de jugement

29. Le 26 mars 1982, le juge décida que la procédure orale s'ouvrirait le 12 mai. Toutefois, les compagnies d'assurances "Comércio e Indústria", partie intervenante, et "Império", défenderesse, ne comparurent pas et le juge ajourna les débats au 1^{er} juillet.

Ils se déroulèrent finalement les 1^{er}, 2 et 5 juillet 1982. pour tenir compte de l'érosion monétaire, M. Martins Moreira porta le montant de sa demande d'indemnité à 2.787.479 escudos au lieu de 1.393.737,80 à l'origine (paragraphe 10 ci-dessus).

30. Le 15 juillet, le tribunal établit les faits de la cause lors d'une audience publique au cours de laquelle les parties plaidèrent aussi sur les points de droit.

31. Le 1^{er} octobre 1982, il déclara partiellement fondée l'action de MM. Martins Moreira et Pontes; il condamna solidairement les défendeurs à verser au requérant 732.000 escudos de dommages-intérêts.

Cependant, le tribunal réserva pour la procédure ultérieure d'exécution, conformément à l'article 661 n.º 2 du code de procédure civile, la question du remboursement des frais de transport exposés par les demandeurs pour recevoir des soins après l'accident.

2. Procédure devant la cour d'appel d'Évora

32. Le 13 octobre 1982, M. Martins Moreira attaqua le jugement devant la cour d'appel d'Évora. Sans contester les faits établis en première instance, il se plaignait de l'insuffisance de l'indemnité allouée.

Sans recours et celui de la société Gestetner furent déclarés recevables par une décision du 19 octobre, notifiée aux intéressés le 16 novembre.

Après le calcul et le paiement des frais et dépens de la procédure, le greffe du tribunal d'Évora transmit le dossier à la cour d'appel le 23 juin 1983. Enregistrée le 30 juin, l'action suivit son cours normal.

Conformément à une ordonnance rendue par elle le 14 novembre 1983, la cour reçut les mémoires du requérant le 20 décembre 1983, de la société Gestetner le 25 janvier 1984 et de la compagnie "Império" le 24 avril 1984. La compagnie "Comércio e Indústria" et les hôpitaux d'Évora et Santa Maria de Lisbonne n'en présentèrent pas, mais il fallut attendre jusqu'au 30 juillet 1984 l'échéance du délai imparti au dernier d'entre eux.

33. Après avoir recueilli les visas (*vistos*) des membres chargés de l'affaire, la cour, par un arrêt du 30 mai 1985, porta de 732.000 à 1.032.000 escudos l'indemnité octroyée à M. Martins Moreira.

3. Procédure devant la Cour suprême (Supremo Tribunal de Justiça)

34. La société défenderesse Gestetner se pourvut le 13 juin 1985 devant la Cour suprême, que de leur côté les demandeurs saisirent le 11 juillet d'un recours "subordonné" (*recurso subordinado*).

Après les formalités légales, le dossier parvint au greffe le 17 octobre 1985. Le 15 novembre, le juge rapporteur fixa un délai pour le dépôt des mémoires des parties. Il reçut le 6 janvier 1986 celui de la société Gestetner et le 3 février celui des demandeurs. MM. Martins Moreira et Pontes soutenaient notamment que les indemnités consenties pour préjudice moral étaient trop faibles et qu'ils devraient percevoir en outre une somme, à préciser au cours d'une procédure ultérieure d'exécution, pour les dommages futurs découlant de leur incapacité de travail.

Les délais pour le dépôt des mémoires des parties intervenantes expirèrent le 9 mai 1986. Le 9 juin, la société Gestetner présenta un contre-mémoire. Le dossier fut ensuite communiqué au ministère public pour avis et aux conseillers adjoints pour examen.

35. La Cour suprême statua le 5 février 1987. Vu l'invalidité permanente dont les demandeurs se trouvaient frappés à cause de l'accident, elle leur donna gain de cause sur ce point en leur accordant une indemnité supplémentaire, à déterminer lors de la procédure d'exécution, pour les dommages que l'on n'avait pu calculer en première instance. Elle confirma la décision de la cour d'appel pour le surplus; son arrêt fut notifié au requérant le 9 février.

4. Procédure d'exécution

36. Le 28 octobre 1987, M. Pontes et le requérant prièrent le tribunal d'Évora d'assurer le versement de la fraction déjà chiffrée de l'indemnité que leur avait allouée la cour d'appel; ils énumérèrent les biens saisissables de la société Gestetner. La saisie, réclamée par commission rogatoire à Lisbonne, se révéla impossible: le 18 janvier 1988, le tribunal compétent constata que ladite société faisait l'objet d'une procédure, laquelle a abouti, le 25 mars, à une déclaration de faillite. De son côté, la compagnie "Império" plaça en dépôt la somme de 184.334 escudos, à cause des difficultés rencontrées pour la répartir entre le requérant, M. Pontes et la compagnie "Comércio et Indústria".

Dans l'attente de l'indication, par les demandeurs, d'autres biens à saisir, la procédure d'exécution demeure pendante. Le greffe du tribunal n'en a pas moins dressé le décompte des frais y afférents et les intéressés ont déjà dû les payer.

Aussi le requérant n'a-t-il pas encore sollicité la détermination de la partie non liquide de l'indemnité.

5. Plaintes du requérant concernant la durée de la procédure

37. Le 26 janvier 1981, avant la fin de ses examens médicaux (paragraphe 2 ci-dessus), le requérant dénonça la longueur de la procédure auprès du médiateur (*Provedor da justiça*). Celui-ci lui répondit, en mars 1981, qu'il avait porté le contenu de la plainte à la connaissance du Conseil supérieur de la magistrature, lequel lui avait communiqué une note du juge d'Évora exposant les problèmes, juridiques et autres, soulevés par l'affaire; il classa la demande le 20 juillet 1981.

38. Le 3 mars 1983, alors qu'il attendait la transmission à la cour d'appel du dossier du tribunal de première instance d'Évora (paragraphe 32 ci-dessus), M. Martins Moreira s'adressa derechef au médiateur pour le prier d'intervenir.

Le 7 avril, le médiateur lui indiqua qu'il avait signalé la situation au Conseil supérieur de la magistrature.

Il lui écrivit à nouveau le 28 décembre 1983 pour l'informer du résultat de ses démarches auprès de ce dernier et du ministère de la Justice. Il s'avérait que les retards observés s'expliquaient par le temps nécessaire pour établir le décompte des frais de l'un des experts et par le manque de personnel au tribunal de première instance d'Évora. Le médiateur décida en conséquence de classer la plainte.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

39. Dans sa requête du 24 juillet 1984 à la Commission (n.º 11371/85), M. Martins Moreira s'en prenait à la durée de la procédure civile qu'il avait introduite le 20 décembre 1977 devant le tribunal de première instance d'Évora; il l'estimait contraire à l'article 6 § 1 de la Convention.

40. La Commission a retenu la requête le 14 octobre 1986. Dans son rapport du 15 octobre 1987 (article 31), elle exprime à l'unanimité⁽¹⁾ l'opinion qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1. Le texte intégral de son avis figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSIONS DU GOUVERNEMENT

41. A l'audience du 21 juin 1988, le Gouvernement a confirmé en substance la conclusion figurant dans son mémoire; elle consistait à inviter la Cour "à dire qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 la Convention dans le cas d'espèce".

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 6 § 1

42. D'après le requérant, l'examen de l'action civile intentée par lui et M. Pontes devant le tribunal de première instance d'Évora a duré au-delà du délai raisonnable visé à l'article 6 § 1 de la Convention, aux termes duquel

"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)."

La Commission souscrit en substance à cette thèse, combattue par le Gouvernement.

(1) Com intervenção do Membro português, Dr. Jorge Campinos.

A. Période à prendre en considération

43. En l'espèce, la période à considérer n'a pas commencé dès la saisine de la juridiction compétente (20 décembre 1977, paragraphe 10 ci-dessus), mais seulement avec la prise d'effet, le 9 novembre 1978, de la déclaration portugaise d'acceptation du droit de recours individuel. Pour vérifier le caractère raisonnable du laps de temps écoulé à partir de cette date, il faut cependant tenir compte de l'état où l'affaire se trouvait alors (voir en dernier lieu l'arrêt Milasi du 25 juin 1987, série A n.º 119, p. 45, § 14).

44. D'après le Gouvernement et la Commission, le "délai" s'est achevé le 9 février 1987, quand l'arrêt rendu quatre jours plus tôt par la Cour Suprême fut notifié aux parties (paragraphe 35 ci-dessus).

La Cour estime au contraire, avec M. Martins Moreira, qu'il couvre aussi la procédure ultérieure d'exécution (paragraphe 36 ci-dessus — arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n.º 81, p. 13, § 29)⁽²⁾. Il s'agit d'une seconde phase dont le déclenchement dépendait de l'initiative des demandeurs. Elle n'a débuté que le 28 octobre 1987, soit huit mois après le jugement, et seulement pour la fraction déjà chiffrée de l'indemnité; elle demeure inachevée à cause, notamment, de la faillite de la société défenderesse Gestetner (paragraphe 36 ci-dessus). La première phase, qui va du 9 novembre 1978 au 9 février 1987, s'étend à elle seule sur huit ans et trois mois.

B. Caractère raisonnable de la durée de la procédure

45. La caractéristique raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour (voir en dernier lieu l'arrêt Baraona du 8 juillet 1987, série A, n.º 122, p. 19, § 47).

46. Comme le souligne le Gouvernement, l'article 264 n.º 1 du code portugais de procédure civile laisse aux parties l'initiative de la marche de

(2) In *Documentação e Direito Comparado*, 14, 103.

l'instance. Cela ne dispense pourtant pas les tribunaux d'assurer le respect des exigences de l'article 6 en matière de délai raisonnable (voir en dernier lieu l'arrêt Baraona précité, p. 19, § 48). L'article 266 du même code leur prescrit d'ailleurs de prendre toute mesure propre à écarter les obstacles de nature à empêcher le déroulement rapide du procès. En outre, selon l'article 68 du code de la route l'action intentée par le requérant devait suivre la procédure sommaire, laquelle implique la réduction de certains délais (paragraphe 10 ci-dessus).

1. Complexité de l'affaire

47. D'après le Gouvernement, l'affaire offrait une grande complexité: il y avait deux demandeurs et plusieurs défendeurs et intervenants, qui disposèrent chacun de délais successifs pour présenter des mémoires; de surcroît, le dossier comportait non moins de 1800 pages et le litige n'était pas aisé à trancher.

M. Martins Moreira insiste au contraire sur la banalité d'une action civile en réparation du préjudice causé par un accident de la route.

48. La Cour estime, avec la Commission, que l'affaire ne revêtait pas en soi un caractère complexe.

Sans doute certains des éléments énumérés par le Gouvernement eurent-ils des répercussions sur la marche de l'instance et l'établissement d'une expertise médicale rencontra-t-il des difficultés (paragraphe 55-57 ci-dessous), mais il s'agissait de simples incidents de procédure qui ne sauraient justifier une durée aussi longue. Au demeurant, quinze heures suffisent aux experts nommés par le tribunal pour s'acquitter de leur tâche (paragraphe 25-27 ci-dessus).

2. Comportement du requérant

49. Le Gouvernement tire argument du fait que M. Martins Moreira saisit le tribunal conjointement avec M. Pontes et qu'avec ce dernier, il

demanda ultérieurement à d'être examiné par l'Institut de médecine légale de Lisbonne (paragraphe 10 et 16 ci-dessus).

Le comportement du requérant paraît pourtant naturel et compréhensible sur l'un et l'autre point. Quant au premier, il convient de rappeler que la responsabilité de la compagnie d'assurances Império était, par contrat, limitée à 200.000 escudos pour l'ensemble des dommages (paragraphe 10 ci-dessus) et de noter que l'introduction d'une action unique permit d'éviter une dualité de procédures, source de complications inutiles.

Au sujet de la seconde remarque du Gouvernement, la Cour relève que l'article 600 n.º 2 du code de procédure civile (paragraphe 16 ci-dessus) vise expressément les instituts de médecine légale. Dès lors, les demandeurs et leurs avocats étaient en droit de présumer que ces établissements possédaient les moyens voulus; on ne pouvait guère exiger d'eux qu'ils s'en assurassent.

50. La Cour reconnaît en revanche, avec la Commission, que le requérant aurait pu alléger le travail des médecins de l'Institut s'il leur avait fourni plus rapidement les pièces nécessaires. En octobre 1980, ils réclamèrent certains rapports cliniques et la traduction portugaise des avis d'un spécialiste anglais (paragraphe 21 ci-dessus). Le juge se procura les premiers par la voie officielle, ainsi que les demandeurs l'y avaient invité le 20 octobre 1980 (paragraphe 22 ci-dessus), mais le requérant ne produisit la dernière que le 1^{er} juin 1981 (paragraphe 26 ci-dessus). Il y a là un fait non imputable à l'État défendeur et qui entre en ligne de compte (voir, entre autres, l'arrêt Lechner et Hess du 23 avril 1987, série A n.º 118, pp. 18-19, § 49), mais en définitive il ne prolongea pas outre mesure la procédure: le juge ne désigna les experts en orthopédie que le 4 mai 1981 et ils ne prêtèrent serment devant lui que le 1^{er} juin; à cette date, il leur donna quinze jours pour mener à bien leur tâche, délai qu'ils respectèrent (paragraphe 25 et 27 ci-dessus).

51. Pour le surplus, il ressort du dossier que le requérant entreprit des démarches en vue d'accélérer le déroulement de l'instance. En janvier 1981 et mars 1983 il écrivit au médiateur, qui porta sa plainte à l'attention du Conseil supérieur de la magistrature en lui communiquant ses lettres (paragraphe 37-38 ci-dessus). Devant la lenteur de la procédure d'exper-

tise, M. Martins Moreira s'adressa aussi derechef au juge en dénonçant la passivité de l'Institut et en proposant une solution (paragraphe 23 ci-dessus).

3. Comportement des autorités compétentes

52. Requéérant et Commission énumèrent plusieurs retards imputables aux autorités judiciaires portugaises et en particulier au tribunal de première instance d'Évora.

De fait, il lui fallut plus de trois mois pour rendre la décision préparatoire (*despacho saneador*) après l'audience tenue à cete fin; pareil laps de temps paraît excessif malgré la complication créée par l'exception préliminaire de la société Gestetner (paragraphe 11-14 ci-dessus). En outre, le juge n'accueillit que les 13 février 1980 et 23 février 1981, respectivement, les demandes d'expertise médicale et d'examen orthopédique présentées par MM. Martins Moreira et Pontes. Or la première remontait au 11 octobre 1979 (paragraphe 16-17 ci-dessus), la seconde — précédée d'un rapport de l'Institut — au 20 octobre 1980 (paragraphe 21-24 ci-dessus). Du reste, il s'agissait là de mesures d'ordre purement administratif.

Enfin, après que le requérant eut interjeté appel le 13 octobre 1982, le greffe du tribunal d'Évora attendit jusqu'au 23 juin 1983 pour transmettre le dossier à celui de la juridiction supérieure; dans l'intervalle, il se contenta de s'assurer qu'y figuraient certains mémoires et d'établir le décompte des frais et dépens de la procédure de première instance (paragraphe 32 ci-dessus).

53. Le tribunal invoquait à l'époque une surcharge de travail (paragraphe 17-18 ci-dessus).

De fait, selon les propres indications de M. Martins Moreira le juge chargé de la cause trouva, en occupant son poste à Évora, plus de mille affaires pendantes et dut exercer aussi ses fonctions dans cinq autres tribunaux proches de la ville.

La situation ainsi décrite avait acquis un caractère structurel; partant, elle commandait des dispositions de nature à la redresser (voir notamment l'arrêt Guincho précité, série A n.º 81, p. 17, § 40). Il n'apparaît pas que les autorités compétentes en aient pris d'efficaces.

54. De leur côté, les procédures devant la cour d'appel et la Cour Suprême comportèrent des retards, notamment pendant la phase consacrée à l'examen du dossier par les magistrats (paragraphe 33-35 ci-dessus).

D'après le Gouvernement, une comparaison avec la durée constatée à ce niveau dans les autres États membres du Conseil de l'Europe tournerait sûrement à l'avantage du Portugal.

Pareil argument, du reste non accompagné de données précises, ne saurait convaincre. Il pourrait aboutir à l'acceptation de pratiques contestables mais suffisamment générales, tandis que selon la jurisprudence de la Cour il y a lieu de tenir compte des circonstances de chaque espèce (paragraphe 45 ci-dessus) et, en tout cas, de veiller au respect de l'article 6 § 1 de la Convention.

55. Si les divers retards observés plus haut dépassent un an et demi au total, ils n'expliquent pas à eux seuls la longueur de la procédure; elle découle surtout, les comparants s'accordent à le reconnaître, des difficultés rencontrées pour l'examen des demandeurs par des experts en orthopédie.

56. A cet égard, le tribunal de première instance d'Évora ne manqua pas de diligence; il essaya notamment de trouver des solutions de rechange, mais en vain.

Réclamée par les demandeurs le 11 octobre 1979 (paragraphe 16 ci-dessus), l'expertise médicale ne fut terminée qu'en octobre 1981 pour M. Martins Moreira et en février 1982 pour M. Pontes (paragraphe 28 ci-dessus). Elle prit donc deux ans pour l'un et un peu davantage pour l'autre. De prime abord déraisonnables, ces laps de temps appellent un contrôle attentif.

57. La Cour constate que le juge consacra une grande partie du délai considéré à des démarches administratives. Sachant que l'Institut ne comptait pas d'experts en orthopédie, il s'adressa d'abord à la Faculté de médecine de Lisbonne, puis à un hôpital civil de la même ville. Seul l'échec de ces initiatives, dû soit au manque de spécialistes soit à la surcharge de travail, le conduisit à ordonner, le 3 juillet 1980, que les examens eussent lieu à l'Institut (paragraphe 18-20 ci-dessus). Il fallut donc près de neuf mois pour en organiser.

Les examens se déroulèrent le 6 octobre 1980 et les médecins communiquèrent leurs conclusions au tribunal neuf jours plus tard. Toutefois, ils

ne dressèrent pas encore de rapports définitifs: n'étant pas spécialistes en orthopédie, ils recommandèrent d'inviter les intéressés à leur fournir certains documents et à subir un nouvel examen dans une institution publique appropriée (paragraphe 21 ci-dessus). Or le juge ne réussit que le 4 mai 1981 à désigner les experts appelés à s'acquitter de cette dernière tâche (paragraphe 24-25 ci-dessus).

58. L'expertise elle-même ne demanda que deux semaines: après avoir prêté serment le 1^{er} juin 1981, les experts annoncèrent dès le 15 au juge qu'ils étaient en mesure de répondre à ses questions, ce qu'ils firent le 23 (paragraphe 25 et 27 ci-dessus).

Les médecins de l'Institut examinèrent derechef les intéressés le 6 octobre 1981. Ils rédigèrent aussitôt un rapport final concernant M. Martins Moreira, sur la base de l'expertise orthopédique et des autres documents cliniques produits, mais il fallut attendre jusqu'au 5 février 1982 pour M. Pontes: celui-ci avait suivi un nouveau traitement à Londres en août et septembre 1981, et la traduction portugaise es pièces correspondantes ne fut prête que le 9 novembre (paragraphe 28 ci-dessus).

La Cour s'étonne que l'on ait eu besoin de deux ans pour pratiquer trois examens médicaux, dont le plus long n'exigea que quinze jours. Seules des circonstances très exceptionnelles pourraient justifier un tel délai.

59. D'après le Gouvernement, on ne pouvait de toute manière déterminer les conséquences de l'accident avec la rigueur scientifique voulue avant de connaître l'évolution de l'état de santé des intéressés.

Cette considération ne manque pas d'un certain poids mais on ne saurait en déduire, avec le Gouvernement, que les retards constatés en l'espèce se justifiaient. Pareille conclusion équivaldrait à priver de leur droit à obtenir justice dans un délai raisonnable, au sens de l'article 6, les personnes qui en ont le plus besoin du fait même de la gravité particulière de leurs blessures. Au demeurant, les experts nommés par le tribunal d'Évora conclurent dès le 23 juin 1981 à la stabilité de l'état de santé de MM. Martins Moreira et Pontes (paragraphe 27 ci-dessus).

60. Toujours selon le Gouvernement, seul le comportement des autorités judiciaires en cause pourrait en la matière engager la responsabilité

internationale du Portugal, et non des fautes éventuelles du législateur, de l'exécutif ou d'organes ou personnes ne relevant pas de la structure de l'État, en l'occurrence l'Institut qui n'aurait pas de rapports hiérarchiques avec les juridictions.

Cette thèse se heurte à la jurisprudence constante de la Cour. En ratifiant la Convention, l'État portugais a contracté l'obligation de l'observer et il doit, en particulier, en assurer le respect par ses différentes autorités (voir entre autres, *mutatis mutandis*, l'arrêt Guincho précité, série A n.º 81, p. 16, § 38).

Or, en l'occurrence, les diverses institutions que l'insuffisance de leurs ressources, ou leur surcharge de travail, empêchèrent de donner suite aux demandes du juge d'Évora, étaient toutes publiques. Leur caractère non judiciaire ne tire pas ici à conséquence.

Il en va notamment ainsi de l'Institut de médecine légale de Lisbonne, dont le manque de moyens provoqua des difficultés. L'article 600 n.º 2 du code de procédure civile confie aux instituts de ce genre le soin d'opérer les examens médicaux légaux. En outre, ils ont été créés à cette fin et dépendent administrativement du ministère de la Justice. Dès lors, il incombe à l'État portugais de les doter de moyens appropriés, adaptés aux objectifs recherchés, de manière à leur permettre de remplir les exigences de l'article 6 § 1 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Bouamar du 29 février 1988, série A n.º 129, p. 22, § 52).

En tout cas, l'expertise en question se situait dans le cadre d'une procédure judiciaire contrôlée par le juge, qui restait chargé d'assurer la conduite rapide du procès (voir notamment l'arrêt Capuano du 25 juin 1987, série A n.º 119, p. 13, § 30).

4. Conclusion

61. Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour constate que la durée excessive de la procédure découle pour l'essentiel du comportement des autorités compétentes, Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50

62. 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.”

M. Martins Moreira demande une réparation pécuniaire pour préjudice matériel et moral, ainsi que le remboursement de frais et dépens exposés au Portugal puis devant les organes de la Convention.

Le Gouvernement conteste la réalité, la nécessité et le caractère raisonnable des montants exigés; quant à elle, la Commission ne se prononce pas sur ce point mais elle exprime l'opinion que le requérant a droit en principe à une indemnité, pour dommage moral à tout le moins.

A. *Domage*

63. D'après le requérant, la longue durée de la procédure l'a empêché d'obtenir le versement, même partiel, de l'indemnité de 1.032.000 escudos que lui avait allouée la cour d'appel d'Évora (paragraphe 33 ci-dessus). En effet, la responsabilité de la compagnie Império était limitée à 200.000 escudos (paragraphe 10 ci-dessus), à répartir entre la compagnie intervenante Comércio e Indústria et les demandeurs au principal, MM. Pontes et Martins Moreira (paragraphe 36 ci-dessus). Pour le reste, la faillite de la société défenderesse Gestetner n'aurait pas permis au requérant de recouvrer sa créance (paragraphe 36 ci-dessus) et il risque de ne rien recevoir du tout vu l'énormité du passif. Il en irait ainsi, notamment, des frais assumés par lui pour suivre des traitements médicaux; la juridiction compétente les a évalués à 532.000 escudos. Pour arriver à y faire face, il aurait contracté des emprunts dont les intérêts atteindraient déjà 200.000 escudos environ.

M. Martins Moreira affirme en outre ne pouvoir, faute d'avoir touché la somme accordée, subir à Londres une nouvelle opération que rendrait nécessaire son état de santé actuel. Cette situation lui causerait une angoisse justifiant l'octroi d'un montant de 2.000.000 escudos pour dommage moral.

64. Pour le Gouvernement, les critères consacrés par la jurisprudence de la Cour devraient conduire à une solution sensiblement différente de celle que propose le requérant.

65. Il y a lieu de rappeler que le requérant, après avoir essayé en vain d'amener la compagnie Império et la société Gestetner à lui payer spontanément la fraction chiffrée de sa créance, demanda l'exécution forcée de la décision prononcée en sa faveur et la saisie des biens de ladite société (paragraphe 36 ci-dessus). Toutefois, le tribunal de Lisbonne constata, le 18 janvier 1988, que cette dernière faisait l'objet d'une procédure, laquelle a abouti, le 25 mars 1988, à une déclaration de faillite.

Sans doute s'agit-il là d'une circonstance postérieure à l'arrêt de la Cour suprême du 5 février 1987 (paragraphe 35 ci-dessus). Cependant, et même s'il n'est pas certain que le requérant aurait recouvré l'intégralité de sa créance au cas où la procédure principale se serait achevée plus tôt, la Cour estime raisonnable de conclure qu'il a subi à cause du long retard, contraire à l'article 6 § 1, relevé par le présent arrêt, une perte de chances justifiant l'actroi d'une satisfaction équitable pour préjudice matériel (voir notamment, *mutatis mutandis*, l'arrêt Lechner et Hess du 23 avril 1987, série A n.º 118, p. 22 § 64).

66. M. Martins Moreira a souffert de surcroît un tort moral indéniable: il a vécu et vit toujours dans l'incertitude et l'anxiété quant au résultat de la procédure litigieuse et à ses répercussions sur sa situation de fortune et sa santé.

67. Les divers éléments de dommage ainsi retenus ne se prêtent pas à un calcul exact. Les appréciant dans leur ensemble et, comme le veut l'article 50, en équité, la Cour alloue au requérant une indemnité de 2.000.000 escudos.

B. Frais et dépens

68. M. Martins Moreira réclame en outre le remboursement de 45.573 escudos de frais de procédure qu'il a dû payer au Portugal malgré l'octroi de l'assistance judiciaire (paragraphe 13, 23 et 36 ci-dessus), ainsi que de 12.000 escudos du chef de ses frais de déplacement à Evora.

Au titre des procédures suivies devant les organes de la Convention, qui lui ont octroyé le bénéfice de l'assistance judiciaire, il demande 12.086 escudos pour frais divers et 400.000 escudos pour les honoraires de ses deux avocats successifs, Me Rodrigues et Me Neves Anacleto.

69. Le Gouvernement invite la Cour à s'appuyer sur les principes ressortant de sa jurisprudence; ils militeraient pour une solution différente de celle que propose le requérant. Spécialement, la participation de deux avocats lui paraît superflue.

70. La Cour constate que le requérant a droit à recouvrer les frais exposés par lui au Portugal dans la mesure où la durée de la procédure, imputable pour l'essentiel au comportement des autorités compétentes (paragraphe 61 ci-dessus), a entraîné pour lui des dépenses supplémentaires et où il a essayé en vain de l'abrégé par certaines initiatives (paragraphe 37-38 ci-dessus). Il a également droit au remboursement de ceux qu'il a supportés pour l'examen de l'affaire à Strasbourg. La Cour évalue à 35.000 escudos le montant global des uns et des autres.

Quant à la participation de Me Neves Anacleto à l'audience du 21 juin 1988, elle a eu lieu à la demande de Me Rodrigues, empêché de se rendre lui-même à Strasbourg. Une bonne administration de la justice exigeait la présence d'un nouvel avocat, lequel a dû se familiariser avec l'affaire avant les débats. Au surplus, le montant de 400.000 escudos revendiqué apparaît raisonnable.

Au total, le requérant a donc droit au remboursement de 435.000 escudos pour frais et dépens, moins les 5.180 francs français versés par le Conseil de l'Europe par la voie de l'assistance judiciaire.

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

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1;
2. *Dit* que l'État défendeur doit verser au requérant 2.000.000 (deux millions) escudos pour dommage et lui rembourser, pour frais et dépens, 435.000 (quatre cent trente-cinq mille) escudos, moins 5.180 (cinq mille cent quatre-vingts) francs français à convertir en escudos au taux applicable le jour du prononcé du présent arrêt;
3. *Rejette* a demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé au audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le 26 octobre 1988.

Rolv RYSSDAL
Président

Marc-André EISSEN
Greffier

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO OLIVEIRA NEVES CONTRA PORTUGAL

Porque o Tribunal já em outros casos controlou o carácter razoável da duração dos processos de carácter civil correndo termos em Portugal e noutros países, precisando o conteúdo das obrigações dos Estados, nada obsta ao arquivamento do caso em que Estado e requerente acordaram na indemnização por não respeito de tal prazo razoável.

P.F.

En l'affaire Oliveira Neves,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 43 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la convention") et aux clauses pertinentes de son règlement, en une chambre composée des juges dont le nom suit:

MM. R. Ryssdal, *président*,
J. Cremona,
Mme D. Bindschedler-Robert,
MM. F. Gölcüklü,
J. Pinheiro Farinha,
A. Spielmann,
S. K. Martens,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 23 mai 1989,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") le 16 mars 1989, 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 11612/85) dirigée contre la République du Portugal et dont une ressortissante de cet État, Mme Maria de Conceição Oliveira Neves, avait saisi la Commission le 11 juin 1985 en vertu de l'article 25.

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration portugaise reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46). Elle a pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir s'il y a eu ou non manquement de l'État défendeur aux exigences de l'article 6 § 1.

2. La chambre à constituer comprenait de plein droit M. J. Pinheiro Farinha, juge élu de nationalité portugaise (article 43 de la Convention), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 30 mars 1989, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir M. J. Cremona, Mme D. Bindschedler-Robert, M. F. Gölcüklü, M. A. Spielman et M. S. K. Martens, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § 4 du règlement).

3. Par une lettre du 30 mars 1989, L'agent du Gouvernement a communiqué au greffier les termes d'un arrangement amiable conclu avec la requérante (paragraphe 10 ci-dessus). Il a en même temps demandé à la Cour si elle pouvait accepter la solution ainsi adoptée et, dans l'affirmative, rayer l'affaire du rôle en vertu de l'article 48 § 2 du règlement.

Le 3 avril, le conseil de l'intéressée a confirmé l'accord en question.

Consulté, le délégué de la Commission a indiqué, le 17 avril, qu'il n'avait pas d'observations à formuler.

EN FAIT

4. Mme Maria de Conceição Oliveira Neves, citoyenne portugaise née en 1932, exerce la profession de volaillère et réside à Vila Nova de Gaia (Portugal).

5. Le 13 mars 1979, elle congédia une employée qu'elle avait engagée en octobre 1976, Mme Maria Rosa Silva.

Le 15 mars 1980, celle-ci l'assigna devant la cinquième chambre (*juizo*) du tribunal du travail de Porto, composé d'un juge unique. Son licenciement, alléguait-elle, était nul faute de procédure disciplinaire préalable. En outre, elle réclamait 201.200 escudos d'arriérés de salaires et diverses indemnités.

6. Le 10 avril 1980, le magistrat ordonna la citation de la requérante, laquelle présenta ses conclusions en réponse dans le délai imparti.

Le 2 mai 1980, le greffier lui transmit le dossier en vue de la décision préparatoire (*despacho saneador*) et de la détermination des faits à éclaircir pendant les débats (*questionário*).

7. Le 10 avril 1982, le juge informa les parties qu'en raison du montant de la demande il y avait lieu de suivre une procédure sommaire; il leur donna huit jours pour déposer leurs listes de témoins.

Le 14 mars 1985, il fixa au 11 avril la date de l'audience. Il rendit sa décision à cette dernière date: il accorda gain de cause à Mme Silva, tout en renvoyant à une instance ultérieure le calcul de certaines des sommes allouées.

La défenderesse n'exerça pas de recours.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

8. Dans sa requête du 11 juin 1985 à la Commission (n.º 11612/85), Mme Oliveira Neves se plaignait de la durée de la procédure introduite contre elle devant le tribunal du travail de Porto; elle invoquait l'article 6 § 1 de la Convention.

9. La Commission a retenu la requête le 17 décembre 1987. Dans son rapport du 15 décembre 1988 (article 31), elle exprime à l'unanimité l'opinion qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1. Le texte intégral de son avis figure en annexe au présent arrêt (*).

EN DROIT

10. Gouvernement et requérante ont abouti au règlement amiable suivant (paragraphe 3 ci-dessus):

“(...) Article 1 — Mme Oliveira Neves accepte la somme de 1.300.000\$00 (un million, trois cent mille écus) en tant qu'indemnité accordée par le gouvernement portugais, laquelle constitue le dédommagement intégral et définitif de l'ensemble des préjudices matériels et moraux allégués dans cette affaire et qui se destine aussi à couvrir la totalité des frais d'avocat et autres.

Article 2 — Mme Oliveira Neves consent, moyennant le versement de cette somme, à se désister de l'instance pendante devant la Cour et à renoncer à toute action ultérieure de ce chef contre l'État portugais, devant les juridictions nationales ou internationales.

Article 3 — Mme Oliveira Neves accepte que le paiement de cette somme de 1.300.000\$00 (un million, trois cent mille écus) par le gouvernement portugais ait lieu aussitôt

(*) *Note du greffier.* Pour des raisons d'ordre technique, il n'y figurera que dans l'édition imprimée (volume 153-B de la série A des publications de la Cour), mais chacun peut se le procurer auprès du greffe.

après que la Cour européenne des Droits de l'Homme aura décidé de rayer l'affaire du rôle, en conformité avec le paragraphe 2 de l'article 48 de son règlement intérieur.

Le Gouvernement invite la Cour à entériner cet accord en vertu de l'article 48 § 2 du règlement, ainsi libellé:

“Lorsque la chambre reçoit communication d'un règlement amiable (...), elle peut, le cas échéant après avoir consulté (...) les délégués de la Commission (...), rayer l'affaire du rôle.”

Consulté, le délégué de la Commission n'a formulé aucune objection (paragraphe 3 ci-dessus).

11. La Cour prend acte du règlement amiable auquel sont arrivés le Gouvernement et la requérante. Elle pourrait néanmoins, eu égard aux responsabilités lui incombant aux termes de l'article 19 de la Convention, décider de poursuivre l'examen de l'affaire si un motif d'ordre public lui paraissait l'exiger (article 48 § 4 du règlement), mais elle n'en aperçoit aucun.

A ce sujet, elle rappelle que plusieurs litiges antérieurs l'ont conduite à contrôler le caractère “raisonnable” de la durée de procédures de “caractère civil” menées au Portugal (arrêts Guincho du 10 juillet 1984,⁽¹⁾ Baraona du 8 juillet 1987,⁽²⁾ Martins Moreira du 26 octobre 1988⁽³⁾), et Neves e Silva du 27 avril 1989, série A n.º 81, 122, 143 et 153-A) et dans d'autres pays (arrêts König du 28 juin 1978,⁽⁴⁾ Buchholz du 6 mai 1981, Zimmermann et Steiner du 13 juillet 1983, Pretto et autres du 8 décembre 1983, Deumeland du 29 mai 1986, Erkner et Hofauer du 23 avril 1987, Poiss du 23 avril 1987, Lechner et Hes du 23 avril 1987, Capuano du 25 juin 1987, H. contre

(1) Publicado em Documentação e Direito Comparado, 14, 105.

(2) A publicar em Documentação e Direito Comparado.

(3) Publicado neste número de Documentação e Direito Comparado.

(4) Sumariado em Documentação e Direito Comparado, 8, 117.

Royaume-Uni du 8 juillet 1987 et Bock du 29 mars 1989, série A n.º 27, 42, 66, 71, 100, 117-B, 117-C, 118, 119-A, 120-B et 150). Par la même, elle a précisé la nature et l'étendue des obligations assumées en la matière par les États contractants.

Partant il échet de rayer l'affaire du rôle.

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

Décide de rayer l'affaire du rôle.

Fait en français et en anglais, puis communiqué par écrit le 25 mai 1989 en application de l'article 54 § 2, second alinéa, du règlement.

Marc-André Eissen
Greffier

Rolv Ryssdal
Président

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

QUEIXA DE X CONTRA A ÁUSTRIA (1)

Não viola a Convenção Europeia dos Direitos do Homem a compilação pela polícia de dados pessoais de um arguido em processo penal em ordem a facilitar a administração da justiça.

P.F.

DECISÃO

EN FAIT

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

1. Le requérant, de nationalité autrichienne, est né en 1954 et domicilié à Vienne. Il est étudiant. Il est représenté devant la Commission par Me Georg Zanger, avocat à Vienne.

2. Les griefs du requérant reposent sur le fait qu'à l'en croire, les autorités autrichiennes le surveilleraient secrètement depuis l'âge de sept ans.

3. Le 16 juin 1976, des membres de l'organisation néo-fasciste "Aktion Neue Rechte", ci-après dénommée ANR, célébraient la "journée" dite de "l'unité allemande" devant l'Université de Vienne. Au même moment, une soixantaine d'étudiants — dont le requérant — participaient à

(1) Decisão de 4 de Maio de 1979

une réunion d'étudiants dans le grand amphithéâtre de la faculté de l'Université.

Ayant appris que des membres de l'ANR avaient provoqué d'autres étudiants et avaient même eu recours contre eux à la force, ils décidèrent d'organiser une manifestation anti-fasciste devant l'Université. Les amis du requérant ont alors, pour la plupart, quitté la salle de conférence en vue de participer à cette manifestation. Le requérant, par contre, est resté dans l'amphithéâtre afin de rédiger une résolution hostile à la démonstration de l'ANR. Ce n'est que par la suite que le requérant a appris que de violents incidents s'étaient déroulés devant l'Université.

4. A la demande de l'ANR et de certains de ses membres, des poursuites pénales ont ultérieurement été engagées contre le requérant devant le tribunal de première instance de Vienne. Le requérant a été inculpé de coups et blessures, dommages à la propriété et soustraction de biens, en violation des articles 83, paragraphe 1, 125 et 135, paragraphe 1 du code pénal autrichien. Ayant toutefois pu prouver qu'il n'avait pas participé aux incidents, le requérant a en définitive été acquitté des charges portées contre lui.

5. Le requérant allègue qu'après son acquittement, il persistait à croire que l'un des témoins avait porté un faux témoignage durant le procès. C'est pourquoi il chargea son avocat de se procurer copie du dossier complet de son affaire. En étudiant ce dossier, le requérant a constaté que son casier judiciaire, qui se trouvait entre les mains du tribunal, était vierge. Il a toutefois découvert aussi que la Direction de la police fédérale à Vienne (Bundespolizeidirektion Wien) avait communiqué au tribunal un rapport demandé par cette Direction à son Département de la sûreté nationale (Polizeidirektion Wien, Staatspolizeiliches Büro), concernant le caractère du requérant.

6. Dans ce rapport il était signalé, entre autres, qu'une enquête confidentielle effectuée à l'Université de Vienne, le ... juin 1976, avait été révélé qu'un certain M. X, membre de la KSV* et âgé de 25 ans environ, aurait

(*) Une association d'étudiants communistes.

dirigé l'action entreprise le 16 juin 1976 devant l'Université de Vienne contre les membres de l'ANR. Selon ce même rapport, l'enquête avait révélé en outre que le suspect était l'étudiant X, né le ... 1954, de nationalité autrichienne, célibataire, demeurant à..., Vienne et connu des services de police. La Sûreté ajoutait qu'elle était en possession des renseignements suivants concernant le requérant: au cours des années 1961, 1963 et 1972, il avait participé à des camps de vacances au château de S., dans la région de Klagenfurt. Ces camps étaient organisés par l'Union démocratique "Kinderland-Junge Garde". Du 26 au 29 octobre 1972 le requérant aurait en outre suivi à M... un cours de formation s'adressant à des membres et des responsables du KPO**. Quant à l'année 1974, il était noté que le requérant aurait été propriétaire, rédacteur en chef, diffuseur, etc. de la publication mensuelle "...", un organe du KSB à Vienne. Selon ledit rapport, le requérant serait aussi responsable du contenu de cette publication. Il était enfin noté que du 8 au 14 février 1976 le requérant aurait participé à un séminaire d'une semaine organisé au centre de formation du KPO "... à M...., à l'intention de militants et de responsables.

Le requérant a appris l'existence de ce rapport de police le 8 septembre 1977, après que le dossier de l'affaire lui eut été remis.

GRIEFS

7. Le requérant se plaint d'avoir été en permanence, depuis l'âge de 7 ans, surveillé par les autorités compétentes qui de ce fait se sont immiscées dans sa vie privée et dans l'exercice et de son droit de circuler librement (Recht auf Freizügigkeit), et de son droit à la liberté d'opinion, de conscience et d'expression et à la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées par tous les moyens, et de son droit à la liberté de réunion et à la liberté d'association à des fins pacifiques. L'exercice de ses droits et libertés a en outre fait l'objet de restrictions illégales, du fait que depuis l'âge de 7 ans pratiquement tous ses faits et gestes ont été contrôlés.

** Le parti communiste autrichien.

C'est ainsi que dans un dossier intitulé "Spitzelakten" son comportement privé et social est intégralement consigné. Contrairement aux dispositions législatives, il a en conséquence été suivi par les autorités bien qu'il n'ait jamais commis aucun délit.

Le requérant est par ailleurs que ses droits ont été violés du fait que les autorités compétentes ont divulgué au tribunal le contenu de leur rapport au cours des poursuites pénales engagées contre lui. Il ne peut par conséquent s'empêcher de penser que cette divulgation a été faite dans l'intention de le faire apparaître comme un individu peu sûr, voire suspect, au plan politique. Il voit dans cet agissement une ingérence intolérable des autorités dans la procédure alors en cours, vu que le rapport devait être utilisé comme un élément de preuve contre lui.

Le requérant considère la surveillance dont il est l'objet comme particulièrement inquiétante, puisqu'on lui reproche ainsi d'être membre d'organisations démocratiques telles que le parti communiste autrichien, qui figure parmi les fondateurs de la République d'Autriche.

Le requérant prétend que les articles 8, 9, 10, 11 et 14 de la Convention ont été violés puisque la surveillance dont il est l'objet est privée de toute base légale et qu'à son avis lesdites dispositions garantissent le droit à la liberté et le droit à l'exercice d'activités politiques sans restriction.

8. Le requérant affirme enfin qu'il n'existe aucune voie de recours (kein ordentliches Rechtsmittel) contre l'acte de surveillance en tant que tel. Ni la surveillance, ni l'établissement d'un rapport de surveillance, ni la communication du rapport au tribunal ne procédaient d'une décision. Ce n'est que le ... septembre 1977 que le requérant a pris connaissance des faits ayant motivé sa présente requête et il estime par conséquent avoir respecté la règle des six mois.

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

9. La présente requête a été introduite devant la Commission le 14 décembre 1977 et enregistrée le 23 février 1978.

La Commission a examinée la question de la recevabilité de la requête le 4 décembre 1978 et décidé, conformément au paragraphe 2 (b) de l'article 42 de son Règlement intérieur, de donner connaissance de la requête au Gouvernement autrichien et de l'inviter à présenter par écrit ses observations sur la question de la recevabilité. La Commission a considéré que la requête pourrait notamment soulever une questions sur le terrain de l'article 8 de la Convention.

Les observations du Gouvernement défendeur sont datées du 16 février 1979 et la réplique du requérant du 29 mars 1979.

OBSERVATIONS DES PARTIES

Le Gouvernement

10. Le Gouvernement défendeur a affirmé que le requérant n'avait jamais été surveillé par les autorités. Les renseignements de la Direction de la police fédérale à Vienne ont été communiqués au tribunal pénal de Vienne dans le cadre des poursuites pénales engagées à la suite des violents incidents qui s'étaient déroulés devant l'Université de Vienne le 16 juin 1976. Deux étudiants, membres de l'organisation politique ANR (Aktion Neue Rechte), qui avaient distribué des tracts devant l'Université, avaient signalé avoir été attaqués et frappés par des opposants politiques. Les agresseurs leur avaient en outre arraché les tracts qu'ils allaient distribuer. La Direction de la police fédérale à Vienne ignorait totalement qui étaient les auteurs de la prétendue agression mais, dans une lettre du... juin 1976 adressée à la Direction, l'ANR a désigné le requérant comme étant l'auteur. La Direction était alors tenue de procéder à l'indispensable enquête sur un délit qui était attribué au requérant et constituait une violation des articles 83, paragraphe 1, 125 et 125, paragraphe 1 du code pénal.

11. Le Gouvernement défendeur a expliqué en outre que, l'incident du 16 juin 1976 ayant de toute évidence éclaté pour des raisons d'ordre

politique, c'est le Département de la sûreté nationale de la Direction de la police fédérale à Vienne qui avait été chargé de l'enquête. Le Département de la sûreté nationale est un service chargé par la loi des activités de police concernant les agissements illégaux commis pour des motifs politiques.

12. Aux termes de l'article 3 du code de procédure pénale toutes les autorités compétentes en matière pénale étaient tenues d'"examiner avec la même attention aussi bien les circonstances tendant à charger l'accusé (au sens autrichien du mot) que les éléments de preuve à sa décharge". En raison du contexte politique de l'incident il importait, pour l'administration des preuves, de dévouvir tous les indices militant en faveur de la participation des suspects à cet incident ou contre leur participation. En présence d'actes délictueux il incombe aux services de police de vérifier toutes les circonstances susceptibles d'intéresser le tribunal pénal chargé de juger les faits. En l'espèce, des renseignements pouvaient être trouvés par les données réunies en application de la loi sur l'immatriculation auprès de la police (Meldegesezt) et des lois sur la presse.

13. C'est donc exclusivement au cours de l'enquête ordonnée à la suite de la dénonciation d'un délit que la Direction de la police fédérale à Vienne a réuni à partir de ses archives administratives les faits qui pouvaient permettre de conclure, le cas échéant, à une motivation politique. Ces archives étaient tenues conformément à la législation régissant l'immatriculation à la police et la presse.

14. La Surêté nationale disposait des éléments d'information suivants:

- a. Des listes de membres de groupes privés soumises, conformément au paragraphe 3 de l'article 5 de la loi de 1954 relative à l'immatriculation sur les registres de police, par les personnes chargées de faire les déclarations au bureau d'immatriculation et où figuraient les noms des participants aux camps de vacances organisés par la "Demokratische Vereinigung Kinderland — Junge Garde" au château de S. en 1961 et 1963 et des participants au cours de formation organisé à l'intention de membres et des responsables du parti communistes autrichien (KPÖ) à M..... en 1972. Selon le Gouver-

nement, la note qui signalait qu'en 1972 aussi il y avait une "Vormerkung wie 1961" était erronée. Pour 1972, une inscription dans les registres de police — conformément au paragraphe 3 de l'article 5 de ladite loi de 1954 — faisait apparaître les noms des participants à un camp organisé par la "Vereinigung Kinderland — Junge Garde", à T. le requérant figurait parmi les participants inscrits.

Il ressortait en outre de la liste établie conformément au paragraphe 3 de l'article 5 de ladite loi que les participants à ce camp avaient été déclarés au bureau d'immatriculation par "Kinderland — Junge Garde", en d'autres termes par l'organisateur lui-même. Les déclarations concernant les participants aux camps organisés en 1961 et 1963 et au cours de la formation organisé en 1972 avaient été fournies de la même manière;

- b. Une déclaration déposée à la Direction de la police fédérale à Vienne par le requérant lui-même et concernant le projet de publication du périodique ".....";
- c. Les noms des participants à un séminaire d'une semaine organisé à l'intention de militants et de responsables au centre de formation "....." du KPÖ à M. ont été signalés au Bureau d'immatriculation par le directeur du centre, qui a présenté à ce bureau le livre des visiteurs dont la tenue est obligatoire en vertu de l'article 8 de la loi de 1972 relative à l'immatriculation auprès de la police.

15. En l'espèce, les services de police se sont bornés à rassembler pour les besoins de la procédure pénale les données administratives dont ils disposaient conformément à la loi.

Les données ainsi recueillies étaient exclusivement à la procédure judiciaire engagée ultérieurement et n'ont, en fait, pas porté préjudice au requérant, comme son actuitement l'a en définitive montré.

Il ressort donc de ce qui précède que le requérant n'était placé ni sous la surveillance du Département de la sûreté nationale de la Direction de la police fédérale à Vienne, ni sous celle d'aucun autre service de police. Les droits garantis par la Convention n'ont par conséquent pas été violés.

16. Par désir d'être complet, le Gouvernement a souligné en outre que le fait de tenir registre de données, ou de communiquer celles-ci en vertu de l'obligation d'assistance mutuelle des autorités (Art. 22 de la Loi constitutionnelle fédérale), ne saurait constituer une violation du droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, ne serait-ce qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention.

17. Pour les motifs susmentionnés, le Gouvernement défendeur a demandé qu'en vertu de l'article 27 de la Convention la requête soit déclarée irrecevable pour défaut manifeste de fondement.

Le Requérant

18. Le requérant a fait valoir, en premier lieu, que l'affirmation selon laquelle il n'avait jamais été surveillé par les autorités était contraire aux faits de la cause. Rien que les listes soumises par le Gouvernement renseignent sur le champ d'activité de la Sûreté nationale (Staatspolizei) en Autriche. Certes, les registres tenus conformément à la loi relative à l'immatriculation ne révélaient aucune surveillance illégale. Toutefois, dès lors que divers services communiquaient de telles informations à la Sûreté nationale, à la demande de celle-ci, et que celle-ci les réunissait, il y avait usage abusif de l'information sous la forme d'une surveillance centralisée de la personne. De l'avis du requérant, le Gouvernement a lui-même produit la preuve de la surveillance que le requérant incrimine.

19. Il est vrai que toutes les circonstances qui tendent à charger ou à disculper un accusé doivent être examinées avec la même attention et que les autorités peuvent porter à la connaissance du tribunal de telles circonstances.

Le Gouvernement défendeur n'a toutefois aucunement expliqué l'allégation formulée en l'espèce. Le but de la présente requête est moins de se plaindre que des éléments à charge aient été transmis éventuellement au tribunal que de s'élever contre le fait que les données de la Sûreté nationale ont été versées au dossier. Le requérant reconnaît qu'on ne saurait aucunement invoquer ces données ni pour l'accuser ni pour le disculper. Il se

demande en outre quelle importance il pouvait y avoir, au cas où il aurait été reconnu coupable de coups et blessures volontaires, de savoir qu'il avait participé à un camp de vacances pour enfants alors qu'il avait sept ans. Le Gouvernement n'a pas non plus fournir d'explication à ce sujet.

20. Le requérant ajoute qu'il n'était ni sérieux ni pertinent d'affirmer que les données avaient été réunies exclusivement en vue de la procédure judiciaire et qu'il n'en subissait aucun préjudice. A son avis, le Gouvernement voulait ainsi éluder le fait qu'en réalité les autorités avaient produit ces documents dans la seule intention d'influencer illégalement la procédure pénale. Au regard du droit pénal autrichien il était indubitablement sans pertinence aucune de savoir si quelqu'un avait ou non participé, à l'âge de sept ans, à un camp pour enfants organisé par un parti politique.

La compilation de telles données et leur production dans une procédure pénale étaient contraires aux droits de l'homme, tels qu'ils sont garantis.

21. Pour ces motifs les faits de la cause, tels qu'ils sont exposés dans la requête, doivent être admis comme établis. Le requérant demande en conséquence que sa cause soit déclarée recevable.

EN DROIT

22. Le requérant affirme qu'il a été surveillé par les autorités autrichiennes. Il allègue notamment une violation de l'article 8 de la Convention, qui est ainsi conçu:

- “1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droits que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.”

23. La Commission relève en premier lieu que le requérant prétend ne disposer d'aucun recours en droit autrichien quant aux griefs qu'il fait valoir dans sa requête. Le Gouvernement défendeur n'a pas contesté cette affirmation. La Commission peut donc admettre qu'aucune question ne se pose sur le terrain de l'article 26 de la Convention.

24. La question qu'il appartient alors à la Commission d'examiner en l'espèce est de savoir si les griefs du requérant font apparaître quelque violation de l'article 8 de la Convention. Il apparaît que le requérant se plaint en particulier que les renseignements dont les services de police disposaient conformément aux lois sur l'immatriculation à la police et sur la presse, aient été réunis par la Direction de la police fédérale à Vienne et produits dans la procédure pénale engagée contre lui.

25. La Commission fait observer en premier lieu qu'en l'espèce, la compilation de données a été faite aux fins d'une enquête sur les accusations précises dans une affaire pénale, et qu'on ne saurait voir là une mesure de surveillance. Il faut noter en outre que le requérant n'a produit aucun élément de preuve attestant qu'il a, personnellement, en quelque circonstance, fait l'objet d'une surveillance secrète de la part des autorités autrichiennes. Néanmoins, la question se pose de savoir s'il y a eu ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8, paragraphe 1, de la Convention —, du fait que les informations auxquelles la police avait accès ont été réunies et présentées au tribunal dans le cadre de la procédure pénale engagée contre le requérant. La Commission considère toutefois que cette question peut demeurer non résolue, puisque l'ingérence, si ingérence il y a eu, pouvait se justifier aux termes de l'article 8, paragraphe 2, pour les raisons qui suivent.

26. Il apparaît évident que le rassemblement des données administratives, auxquelles la police avait accès, n'a commencé qu'une fois le procédure pénale engagée contre le requérant. Le Gouvernement défendeur a affirmé que les renseignements étaient exclusivement destinés à cette procédure. Les données disponibles grâce aux prescriptions de la loi sur l'immatriculation à la police et des lois sur la presse, ont pu fournir des indices. De l'avis de la Commission, il est incontestablement de la plus haute importance que les autorités judiciaires appelées à traiter une affaire pénale,

établissent toutes les circonstances utiles à l'examen du cas. Elle constate en outre que le requérant n'a produit aucun élément de preuve attestant que lesdits renseignements auraient été réunis et présentés au tribunal pour des raisons autres que celles de faciliter l'examen du cas, qui s'est en définitive terminé par l'acquiescement du requérant.

27. A la lumière de ces considérations, la Commission est convaincue que les données auxquelles la police avait accès conformément à la loi ont été réunies et utilisées à seule fin d'appliquer la législation pénale. Par ailleurs, lesdits renseignements ont été obtenus conformément à la loi, c'est-à-dire conformément à l'article 22 de la Loi constitutionnelle fédérale, qui concerne l'obligation d'assistance mutuelle des autorités. La Commission en conclut que l'ingérence subie par le requérant dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8, paragraphe 1, de la Convention, est justifiée, en vertu du paragraphe 2 du même article, comme nécessaire, dans une société démocratique, pour la prévention des infractions pénales.

28. Il s'ensuit que la requête est manifestement mal fondée, au sens de l'article, 27, paragraphe 2, de la Convention.

Pour ces motifs, la Commission

DÉCLARE LA REQUÊTE IRRECEVABLE.

**ESTUDOS
SOBRE OS DIREITOS
DO HOMEM**

F. MATSHER

**LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR
RELATIVE À L'ARTICLE 6
DE LA CONVENTION (*)**

(*) *Documentação e Direito Comparado* honra-se mais uma vez com a publicação de um trabalho do Professor Franz Matscher.

O Doutor Franz Matscher nasceu em Merano, Tirol do Sul, em 19 de Janeiro de 1928. É Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Professor Catedrático de Direito de Processo Civil e de Direito Comparado na Universidade de Salzburg, de que já foi Reitor.

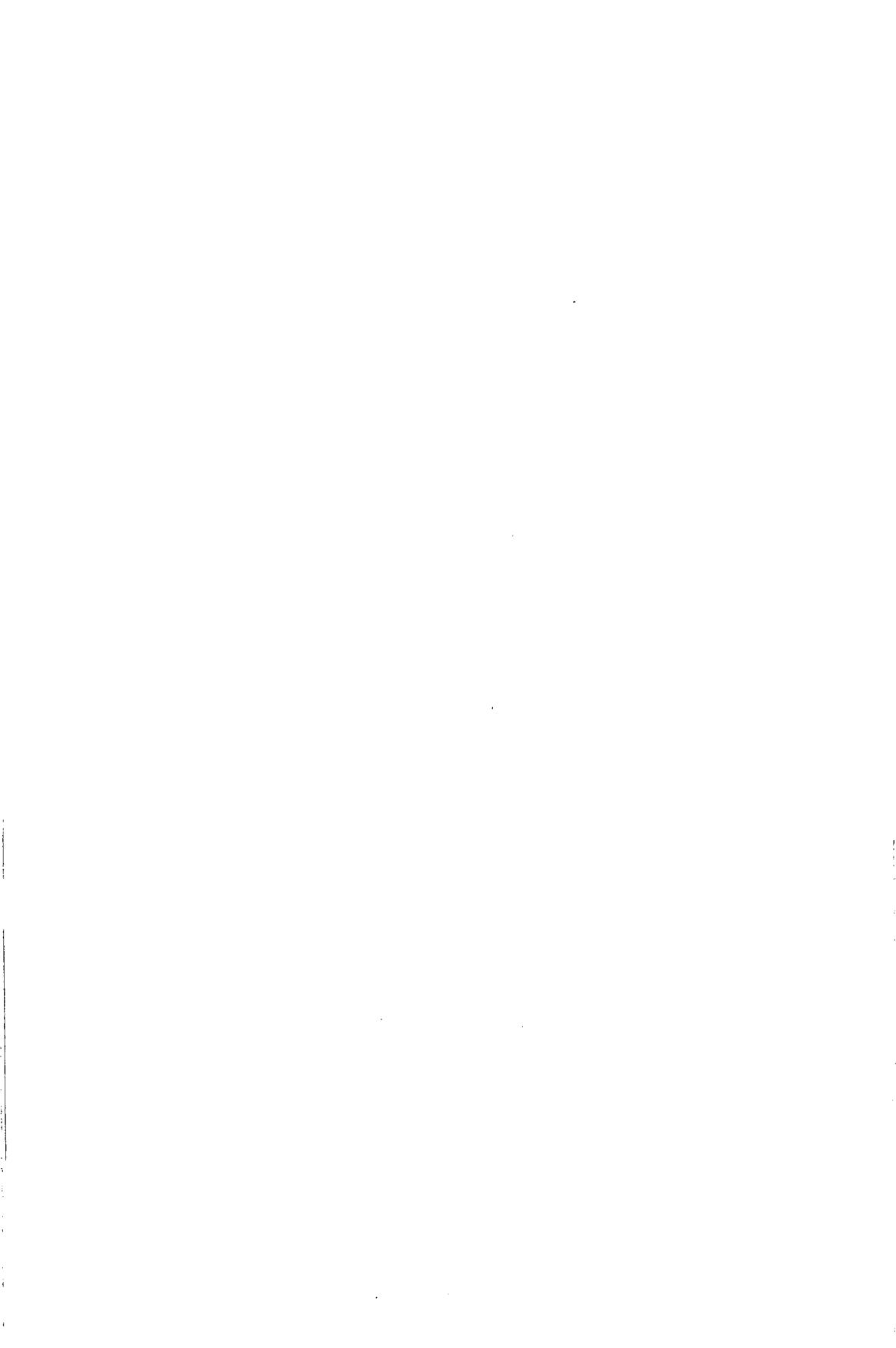
Foi Diplomata de Carreira.

Ensina Direito Comparado entre os sistemas jurídicos da Áustria e da Itália na Universidade de Innsbruck e direito inglês na Academia Diplomática de Viena.

Autor de numerosas publicações, fez investigações não só sobre o direito de processo e direito comparado, como de direito internacional, nomeadamente no que concerne às relações entre o direito internacional e o direito nacional.

Membro do Instituto Austríaco dos Direitos do Homem.

Ao Professor Matscher e ao Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Doutor Ryssdal, se agradece a autorização dada, por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, para a publicação em "*Documentação e Direito Comparado*".



LA JURISPRUDENCE DE LA COUR RELATIVE À L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION (*)

I. GENERALITES

Contrairement a toute prévision, l'art. 6 est devenu un de ceux qui occupent de plus en plus les organes de la Convention. En effet, des environ 120 arrêts sur le fond que la Cour a rendu depuis 1961, 70 ont trait (exclusivement ou partiellement) à l'interprétation et à l'application de cet article. Néanmoins, lors de la ratification, les États n'avaient pas songé que cette disposition de la Convention pourrait leur causer des problèmes et seulement deux d'entre eux ont opposé des réserves, d'ailleurs, toutes de portée limitée. C'est parce que à l'époque, évidemment, ils ne pouvaient pas connaître la direction que, par la suite, la jurisprudence évolutive des

(*) Rapport présenté lors de la visite d'une délégation de la Cour Fédérale Suisse à Strasbourg, le 24 février 1988.

organes de Strasbourg avait pris à cet égard, et parce qu'ils avaient été tous plus ou moins convaincus que leur droit judiciaire, en matière civile et pénale, répondait à toutes les exigences de l'art. 6.

Je voudrais commencer par expliquer en bref le système de l'art. 6 en mettant en relief les problèmes inhérents à son interprétation et application.

Après cela, j'essaierai de tracer une esquisse de la jurisprudence de la Cour relative à la "branche civile" de cet article. Ensuite, mon collègue le juge Pettiti, s'occupera de sa "branche pénale".

L'art. 6 prévoit, dans son al. 1, certaines garanties procédurales — garanties institutionnelles et garanties procédurales stricto sensu — auxquelles doit répondre toute procédure en matière civile et pénale:

- décision par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi,
- procédure équitable,
- audience publique et publicité de la décision,
- décision dans un délai raisonnable.

En outre, les al. 2 et 3 stipulent explicitement certaines garanties spécifiques pour les procédures en matière pénale. Je n'en parlerai pas ici d'une manière approfondie, parce qu'elles font partie du thème qui va être traité par M. Pettiti.

Si je les mentionne, c'est seulement parce que, d'un côté, ces garanties peuvent être considérées comme déjà comprises dans la disposition générale de l'al. 1, d'autre côté parce qu'elles sont en partie utilisables pour mesurer et pondérer la portée de l'al. 1 aussi en ce qui concerne les matières civiles.

Ainsi, p. ex., le droit à l'assistance judiciaire gratuite n'est prévue expressément que pour les affaires pénales (art. 6 al. 3/c); néanmoins, selon la jurisprudence de la Cour, dans certaines circonstances, la possibilité d'obtenir l'assistance judiciaire peut être une condition du droit à l'accès effectif à un tribunal (Airey 9.10.79 A/32, § 26).

On pourrait en dire autant de la garantie énoncée à la lit.d de l'al. 3 qui n'est qu'une explicitation du principe de l'égalité des armes, lequel, comme élément nécessaire du procès équitable, vaut pour le civil à titre égal que pour le pénal.

II. L'APPLICABILITÉ DE L'ART. 6

Mais ce qui est controversé dans l'interprétation de l'art. 6 ce sont moins les garanties procédurales qu'il énonce mais avant tout le champ de son application.

En ce qui concerne la branche civile, à laquelle je me limiterai, l'applicabilité de l'art. 6 présuppose qu'on soit en présence

1. d'un droit (ou d'une obligation, qui n'est que l'autre face de la médaille);
2. qu'il y ait contestation au sujet de ce droit ou qu'il s'agisse de la détermination du droit en question;
3. que ce droit soit de caractère civil.

Les deux premiers éléments — (décision d'une) "contestation" et "droit" sont étroitement liés entre eux sans pourtant se confondre.

L'élément "droit" a été analysé dans plusieurs arrêts de la Cour. A juste titre, elle a affirmé que l'art. 6 al. 1 ne vaut que pour les droits (de caractère civil) reconnus par la législation interne et n'assure par lui-même à ces droits aucun contenu matériel déterminé (James 21.2.86 A/98 § 58s; Lithgow 8.7.86 A/102 § 111s).

En outre, lorsque l'existence de ce droit est contestée d'après la législation interne, il faut que la prétention du demandeur soit "réelle et sérieuse", qu'elle doit s'appuyer sur une thèse au moins défendable ("vertretbare Rechtsbehauptung") (Sporrort et Lönnroth 23.9.82 A/52 § 81; Ashingdane 25.8.85, A/93 § 55; cinq affaires britanniques, p. ex. H/GB 8.7.87 A/120 § 68, 69).

Quand est-ce qu'il y a contestation au sujet d'un droit? Pour ma part, je donne la préférence au terme anglais de "determination" qui, d'après moi, exprime mieux que l'expression française de "décision d'une contestation" le sens de la disposition en question.

En effet, il facilite l'inclusion de certaines procédures organisées en règle d'une manière unilatérale, où il n'y a donc pas d'adversaire (les procédures dites "gracieuses"), telles que l'amortissement de titres de valeur, la ratification d'une adoption ou l'interdiction, toutes relatives à des droits de caractère incontestablement civil, mais au sujet desquels ils seraient souvent

malaisé de parler d'une "contestation", tandis qu'il va sans dire que leur objet est la "détermination" des droits en question.

Aussi en ce qui concerne certaines procédures administratives ou disciplinaires — qualifiées de "civiles" par les organes de la Convention — et commençant généralement elles aussi par des actes unilatéraux (demande ou retrait d'un permis ou d'une concession, infliction d'une sanction disciplinaire, etc.), on évite la conception parfois irritante de ne voir la "contestation" — et donc l'applicabilité de l'art. 6 al. 1 — qu'à partir de l'appel contre la décision de premier degré, ce qui, d'après moi, n'est guère compatible avec la fonction d'une procédure de recours. En effet, à l'intérieur d'un système intégré de procédures, l'objet et la nature d'une affaire ne changent pas suivant les différents degrés de juridiction. En d'autres termes, ou la "contestation" forme l'objet de cette procédure dès le début, ou elle lui reste étrangère; elle ne peut pas "surgir" en appel ou en cassation.

Mais je ne voudrais pas m'attarder sur les deux éléments "droit" et "contestation" (ou "détermination"). Je les ai traités d'une manière approfondie dans ma contribution aux *Mélanges Wiarda* ("La notion de décision d'une contestation sur un droit ou une obligation (de caractère civil) au sens de l'art. 6 al. 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme) qui vont être présentés au public le 29 avril prochain.

Venons maintenant au troisième élément, à la notion de "droit de caractère civil".

Il s'agit là, sans aucun doute, d'un des problèmes les plus épineux que l'interprétation de la Convention comporte. Bien qu'il existe à ce sujet un nombre considérable d'arrêts de la Cour et une abondance de prises de position de la part de la doctrine, la question de savoir qu'est ce que c'est qu'un droit de caractère civil n'a pas encore trouvé une réponse définitive. Bien sûr, la Cour part de la qualification autonome des notions juridiques que la Convention comporte et la Cour s'y est référée plusieurs fois expressément (p. ex. *König* 28.6.78 A/27 § 88, 89).

D'après moi, la meilleure définition de la qualification autonome a été donnée par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans l'arrêt *Eurocontrol* (14.10.76 Rec. 1976, 1552) lorsqu'elle affirma que l'interprétation autonome veut dire avant tout que l'interprétation des clauses d'une convention internationale ne doit pas être faite exclusivement à la lumière du sens et de la portée que les termes en question possèdent dans la législa-

tion interne de l'État contractant concerné, mais qu'il faut se référer "d'une part aux objectifs et au système de la Convention et d'autre part aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes des droits nationaux". Pour le dire d'une autre manière, il faut essayer de dégager le "dénominateur commun" qui est subjacent aux termes en question, car il est légitime de supposer que — à défaut d'une définition légale dans la convention elle-même — tel est le sens que les États contractants ont voulu donner à ceux-ci.

Cette qualification autonome est sans aucun doute la méthode adéquate pour l'interprétation d'une convention multilatérale normative. Cependant, elle n'est pas exempte des dangers et trop facilement l'interprète, qui n'a pas procédé aux recherches comparatives nécessaires, risque de passer le seuil de l'interprétation autonome et de s'aventurer sur le terrain de la politique législative, qui n'est pas le domaine du juge.

Pour être complet, je devrais ajouter que, en plus de l'interprétation autonome, la Cour professe également l'interprétation téléologique et évolutive, tandis que de l'interprétation historique elle ne fait qu'un usage très réduit (p. ex. closed shop 13.8.81 A/44, § 51, 52; James cit. § 64).

En effet, les travaux préparatoires de la Convention ne sont pas d'une grande lucidité et cohérence. P. ex., en ce qui concerne l'interprétation de la notion de "droit de caractère civil", plusieurs auteurs ont essayé de se baser sur le développement historique de la notion, au cours de l'élaboration de la Convention, à l'appui de leurs thèses contradictoires.

Quelle est donc la conception de "droit de caractère civil" qui se dégage de la jurisprudence de la Cour? Je commence par souligner que cette jurisprudence est encore en train d'évolution. En effet, l'interprétation de cette notion occupe toujours un temps considérable dans nos délibérations.

Je tâcherai de tracer une esquisse de cette évolution, d'une façon neutre et objective, car — mes collègues le savent et plusieurs de nos hôtes de la Cour Fédérale Suisse peut-être le sauront aussi — à ce sujet je ne partage pas toujours les opinions de tous mes collègues.

Pourtant je ne voudrais pas manquer d'attirer l'attention sur les problèmes que la jurisprudence de la Cour soulève à cet égard.

Comme on le verra tout de suite, il s'agit avant tout de délimiter le "civil" de l'administratif et du disciplinaire, ou, en parlant dans les termes de la théorie générale du droit, de distinguer le droit public du droit privé — une distinction chère aux juristes continentaux, mais moins familière à ceux du common law.

Jusqu'au commencement des années 70, la jurisprudence de la Commission n'a considéré comme rentrant dans la notion de "droit de caractère civil" que ce qui correspondait à la notion classique, quoiqu'elle aussi flottante, de droit privé, au sujet duquel la solution des controverses est confiées, au moins dans les États de l'Europe continentale, aux juridictions ordinaires de droit civil. Avant cette période, la question ne s'était jamais posée devant la Cour.

Dans l'arrêt Ringeisen (16.7.71 A/13 § 94) relatif à l'autorisation, nécessaire en droit autrichien pour le transfert de la propriété d'un terrain d'exploitation agricole ou florestale — le premier arrêt en la matière — la Cour, en suivant la minorité de la Commission dans la même affaire, a adopté une démarche que j'appellerais "fonctionnelle" de la notion de droit civil: est de nature civile, dit l'arrêt "toute procédure, dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère civil... peu importe dès lors la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée... et celle de l'autorité compétente en la matière...".

"En conséquence — comme il a été dit plus tard (König cit. § 90) —, pour savoir, si une contestation porte sur la détermination d'un droit de caractère civil, seul comptent le caractère — j'ajoute: à déterminer d'après la qualification autonome — du droit qui se trouve en cause".

A première vue, la formule est fascinante dans sa simplicité; vue de près, on se rend compte, qu'elle est peut-être trop simple, car elle est trop large. En effet, dans l'ensemble des mesures d'intervention de l'État dans une société moderne, il n'y a rien qui ne puisse être déterminant pour un droit de caractère privé — du permis de construire une villa, du permis de conduire une voiture, à l'autorisation gouvernementale pour l'exportation du matériel de guerre.

Bien sûr, dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour s'est efforcée de délimiter la portée de la formule:

Dans l'arrêt König (cit. § 91), relatif au retrait, par les autorités administratives allemandes, de l'autorisation d'exercer la profession de médecin et d'exploiter une clinique privée, la Cour a opéré une distinction entre l'octroi et le retrait d'un droit; seul le deuxième, semble-t-il, tomberait sous le coup de l'art. 6.

C'est donc une allusion à la théorie des droits acquis dont on connaît le caractère fort problématique. En outre, j'ai des doutes sur le bien-fondé d'une telle distinction.

Plus tard, dans l'arrêt *Le Compte I* (23.6.80 A/43 § 47), relatif à l'interdiction de pratiquer la médecine pendant une certaine période, à titre de mesure disciplinaire, par des autorités ordinales et judiciaires belges, la Cour a précisé que l'art. 6 al. 1 ne se contenterait pas d'un lien tenu ni de répercussion lointaine: des droits et obligations de caractère civil devraient constituer l'objet — ou l'un des objets — de la contestation, l'issue de la procédure devrait être directement déterminante pour une tel droit.

Peu après, cette manière de voir a été confirmée dans l'arrêt *Le Compte II* (10.2.83 A/58, § 28), portant sur une affaire semblable.

En critiquant ce raisonnement dans une opinion séparée (ad *Le Compte I*, cit.), j'avais dit ce qui suit:

“Au moins, dans l'arrêt *König* (§ 95), la Cour a pu affirmer que le retrait de l'autorisation de pratiquer avait constitué *l'objet* (ou l'un des objets) des procédures administratives qui avaient été intentées à l'encontre du requérant. Dès lors, dans la mesure où l'on peut considérer comme un droit de caractère civil le droit d'exercer une certaine profession, même réglementée par le droit public — ce que je conteste —, une procédure tendant au retrait de ce droit aurait vraiment pour objet, elle aussi, un droit de caractère civil.

Dans la présente affaire, cela n'était nullement le cas. En effet, le droit des requérants de continuer à exercer la médecine n'avait été *ni l'objet ni l'un des objets* des procédures devant les organes de l'Ordre des médecins et devant la Cour de cassation. Le seul objet des procédures en question était de savoir si les requérants avaient enfreint les règles de la déontologie médicale et, dans l'affirmative, de leur infliger la sanction correspondante, consistant en une suspension du droit d'exercer la médecine. Ce n'est que cette sanction qui a atteint leur situation professionnelle et qui, par là, a eu *une incidente indirecte* sur les relations de droit privé que les requérants auraient pu entretenir avec leurs patients. Or, la Cour elle-même le relève à juste titre, des “répercussions lointaines” sur un droit civil, d'une mesure prise au cours d'une procédure, ne suffisent pas à conférer à celle-ci le caractère d'une procédure (sur une contestation) de droit civil.”

Benthem (23.10.85 A/97): il s'agissait d'une procédure administrative néerlandaise ayant pour objet l'octroi, à un pompiste, de la licence pour

l'exploitation d'une installation des liquigas. L'affaire montre une analogie indéniable avec l'affaire König, mais, à différence de celle-ci, la Cour semble avoir abandonné le critère de distinction entre l'octroi et le retrait d'un droit.

Feldbrugge, Deumeland, 29.5.86 A/99 et 100: dans l'assurance sociale (en l'occurrence, d'après la législation néerlandaise et allemande) prédominent les aspects de droit privé sur ceux de droit public; les litiges relatifs aux prestations de l'assurance sociale concernent donc des droits de caractère civil.

Van Marle 26.6.86 A/101: un examen portant sur le remplissement des conditions légales requises pour être immatriculé comme expert-comptable, d'après la nouvelle législation néerlandaise, s'apparente d'un examen de type scolaire ou universitaire et s'éloigne trop de la tâche normale du juge, de sorte que l'on ne peut pas parler d'une contestation au sens de l'art. 6 al. 1. Il n'y a pas donc lieu de s'interroger sur le caractère — civil ou non — du droit en question. Pourtant, une minorité de la Cour a exprimé l'opinion qu'il existait bien une contestation, mais que celle-ci ne portait pas sur un droit de caractère civil.

H/B 30.11.87 A/127: Le droit à la réinscription de l'avocat rayé du rôle concerne un droit de caractère civil.

J'ajoute que la Commission a entrepris elle aussi plusieurs tentatives de circonscrire la notion de droit de caractère civil et de délimiter ainsi l'applicabilité de l'art. 6 al. 1."

Je me réfère au rapport Kaplan (7598/76, 17.7.80, DR 21,5), confirmé par le Comité des Ministres dans sa Res. DH (81) 1, 23.1.81, où il est dit que lorsque l'autorité avait décidé, en se basant sur un pouvoir discrétionnaire que la loi lui conférait, et lorsque l'intéressé admet que la décision comme telle était conforme à la loi en question (il n'en attaquait que l'opportunité), on ne serait pas en présence d'une contestation relative à un "droit" (de caractère civil).

- D'après M. Sperduti, ancien vice-président et membre de la Commission, l'art. 6 n'interviendrait pas lors de la création d'un droit moyennant une autorisation, license, etc. par l'autorité administrative compétente, mais seulement lors d'un litige au sujet de ce droit (p. ex. dans son vote séparé au rapport Benthem 8848/80, 8.10.83; Ettl A/9273/81 3.7.85).

— Je me réfère également à l'essai entrepris par une minorité de la Commission (Melchior, Frowein, Tenekides, Sampaio, Weitzel et Soyez); (voir leur vote séparé conjoint au rapport Benthem, cit.) de tirer en quelque sorte une somme de la jurisprudence de la Cour en la matière.

D'après l'opinion de cette minorité, on devrait considérer comme "droit de caractère civil" tous les droits qui sont des droits individuels dans l'ordre juridique interne et qui ressortissent du domaine de la liberté générale de l'individu, dans son activité professionnelle ou toute autre activité autorisée par la loi. Il en est et demeure ainsi même lorsque, pour des raisons d'utilité publique et de protection de l'intérêt général, l'État a reçu des pouvoirs de surveillance quant à l'exercice de ces droits. Ces pouvoirs peuvent se déployer selon des techniques très différentes: l'agrément donné à des actes privés, octroi ou retrait de licences ou d'autorisations, notamment en liaison avec l'usage d'un bien ou l'exercice d'une activité professionnelle.

D'ailleurs, un essai de synthèse semblable a été entrepris par L. Wildhaber dans sa contribution "Civil Rights (Art. 6 Abs. 1 EMRK)" aux Mélanges "Festgabe zum Schweizer Juristentag, 1985", p. 469.

Cette esquisse que je viens de vous présenter montre que la jurisprudence des organes de la Convention au sujet de l'applicabilité de l'art. 6 est encore loin de pouvoir être considérée comme bien établie; en effet, la solidité de sa base prêt à des doutes et ses bornes ne sont pas toujours faciles à être saisis à l'avance.

La conséquence en est qu'elle donne peu de directives aux États contractants et les laisse dans l'incertitude. Mais c'est une méthode de travail de la Cour de se limiter, autant que possible, au cas concret, et d'éviter toute énonciation de caractère général (je me réfère au phénomène, souvent regretté par la doctrine, du "judicial self-restraint" qui caractérise les arrêts de la Cour).

Quelle était la raison de cette interprétation extensive de la notion de "droit de caractère civil"? C'était la reconnaissance que l'individu a un besoin plus pressant de garanties procédurales dans ses contestations avec l'autorité publique que pour les querelles de droit privé avec ses voisins. Or, au sujet des premiers, l'art. 6, qui ne vise que les contestations de droit

privé, est défectueux. C'était donc pour soupler cette lacune que les organes de la Convention ont étendu la protection de l'art. 6. al. 1, conçu par les auteurs de la Convention pour les affaires de droit privé au sens classique du mot, aussi aux affaires administratives et disciplinaires, liées en quelque sorte aux intérêts de droit privé de l'individu. C'était donc l'intention d'offrir à l'individu une protection contre les ingérences des pouvoirs publics, corporatifs et sociaux, contre des ingerances qui, dans la société moderne, deviennent toujours plus nombreuses et s'étendent à tous les domaines de la vie.

Bien sûr, du point de vue dogmatique on peut avoir des doutes sur le bien fondé de la démarche entreprise par la Cour, et je n'en dirai pas plus pour le moment.

Je note seulement, en terminant, que aussi le Conseil de l'Europe est devenu sensible au problème et le CDDH a chargé son Comité d'experts compétent (DH-DEV) à examiner avec priorité le problème et à étudier la possibilité d'inclure dans un nouveau protocole additionnel à la Convention, des garanties spécifiques et appropriées pour les procédures administratives, de créer donc une sorte d'art. "6 bis".

Qu'il me soit aussi permis d'ajouter que l'Institut autrichien des Droits de l'Homme tiendra prochainement à Salzbourg un colloque qui sera consacré à l'étude des "Garanties judiciaires pour les procédures administratives".

Cette initiative, lorsqu'elle aura abouti, aurait l'avantage de limiter les garanties de l'art. 6 aux affaires civiles classiques, pour lesquelles la disposition a été conçue, et de créer des garanties procédurales adéquates qui ne seront pas nécessairement toutes celles de l'art. 6, pour les affaires administratives, non seulement pour celles qui, suivant la jurisprudence actuelle, sont considérées comme rentrant dans la notion de droit civil, mais aussi pour le reste, auquel cette jurisprudence ne s'étend pas.

En effet, de lege ferenda il est difficile à comprendre que p. ex. les procédures disciplinaires des professions libérales soient assorties de garanties procédurales, tandis que les procédures disciplinaires des fonctionnaires publics ne le seraient pas; que le retrait de l'autorisation d'exercer la médecine ou le droit à titre de profession libérale devrait être couvert par les garanties procédurales de l'art. 6, tandis que cela ne serait pas le cas pour un médecin fonctionnaire d'un service public de santé ou pour un juriste fonctionnaire de l'administration publique. En outre, il y a un besoin incontestable de garanties procédurales dans beaucoup d'autres domaines, que l'on songe à la matière fiscale, sociale, etc.

III. LES GARANTIES DE L'ART. 6 AL. 1

Le temps me manque pour parler aussi des garanties procédurales qui entrent en ligne de compte, lorsque l'art. 6 est applicable.

Je n'en dirai que quelques mots:

- Depuis l'arrêt *Golder* (21.2.75, A/18 § 36) il n'est plus contesté que l'art. 6 al. 1 ne se limite pas à prévoir des garanties procédurales, une fois que une procédure a été portée devant un tribunal; l'art. 6 garantit aussi le droit d'accès à un tribunal pour la décision de toute controverse en matière civile. Pourtant, la jurisprudence de la Cour n'exclut pas l'existence de certaines limitations implicites à ce droit d'accès (*Ashingdane cit.*, § 47).
- En ce qui concerne les garanties de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal, la Cour a développé — spécifiquement pour le pénal — (*Piersack* 1.10.82 A/53 § 30; *De Cubber* 26.10.84, A/86 § 26), mais transposables aussi au civil — les critères de l'indépendance et de l'impartialités structurelle ou organique; dans cet ordre d'idées, la Cour se réfère souvent à l'adage "Justice must not only be done; it must also be seen to be done", c'est à dire que aussi les apparences peuvent revêtir de l'importance (*Sramek* 22.10.84 A/84 § 42).
- Pour ceux qui est du délai raisonnable, on connaît les critères que la Cour a développé à cet égard (v. p. ex. *Zimmermann et Steiner* 13.7.83 A/66 § 24 ss). Sans doute il s'agit là d'un essai d'objectiver et de rationaliser a jurisprudence de la Cour; néanmoins, il faut le reconnaître, l'application de ces critères aux espèces concrètes laisse à l'interprète une certaine marge d'appréciation.
- Enfin, dans plusieurs de ses arrêts (*Pretto* 8.12.83 A/71 § 20ss; *Axen* 8.12.83 A/71 § 28ss et *Sutter* 22.2.84 A/74, § 29ss), la Cour a rédimensionné l'exigence de la publicité notamment en ce qui concerne la procédure devant une cour suprême.



ADENDA:

**DECISÕES REFERIDAS JÁ PUBLICADAS OU SUMARIADAS EM
“DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO”:**

AIREY — Sumariada, sob n.º 33, no n.º 9 pág. 50.

JAMES — Sumariada, sob n.º 105, nos n.ºs 25/26, pág. 323.

LITHGOV — Publicada no n.º 22, pág. 93.

SPORRONG E LONNROTH — Publicada no n.º 10, pág. 105.

ASHINGDANE — Sumariada, sob n.º 99, no n.º 24, pág. 30.

KÖNIG — Publicada no n.º 2, pág. 373.

CLOSED SHOP — Publicada no n.º 7, pág. 253.

RINGEISEN — Sumariada, sob n.º 16, no n.º 4 pág. 274.

LE COMPTE I — Publicada no n.º 6, pág. 565.

LE COMPTE II — Sumariada, sob n.º 61, no n.º 15 pág. 133.

BENTHEM — Sumariada, sob n.º 103, nos n.ºs 25/26, pág. 321.

FELDBRUGGE — Sumariada, sob n.º 106 nos n.ºs 27/28, pág. 315.

DEUMELAND — Sumariada, sob n.º 107, nos n.ºs 27/28, pág. 317.

VAN MARLE — Publicada no n.º 22, pág. 260.

GOLDER — Sumariada, sob n.º 18, no n.º 6, pág. 560.

PIERSACK — Publicada no n.º 11, pág. 75.

DE CUBBER — Sumariada, sob n.º 91, no n.º 23, pág. 73.

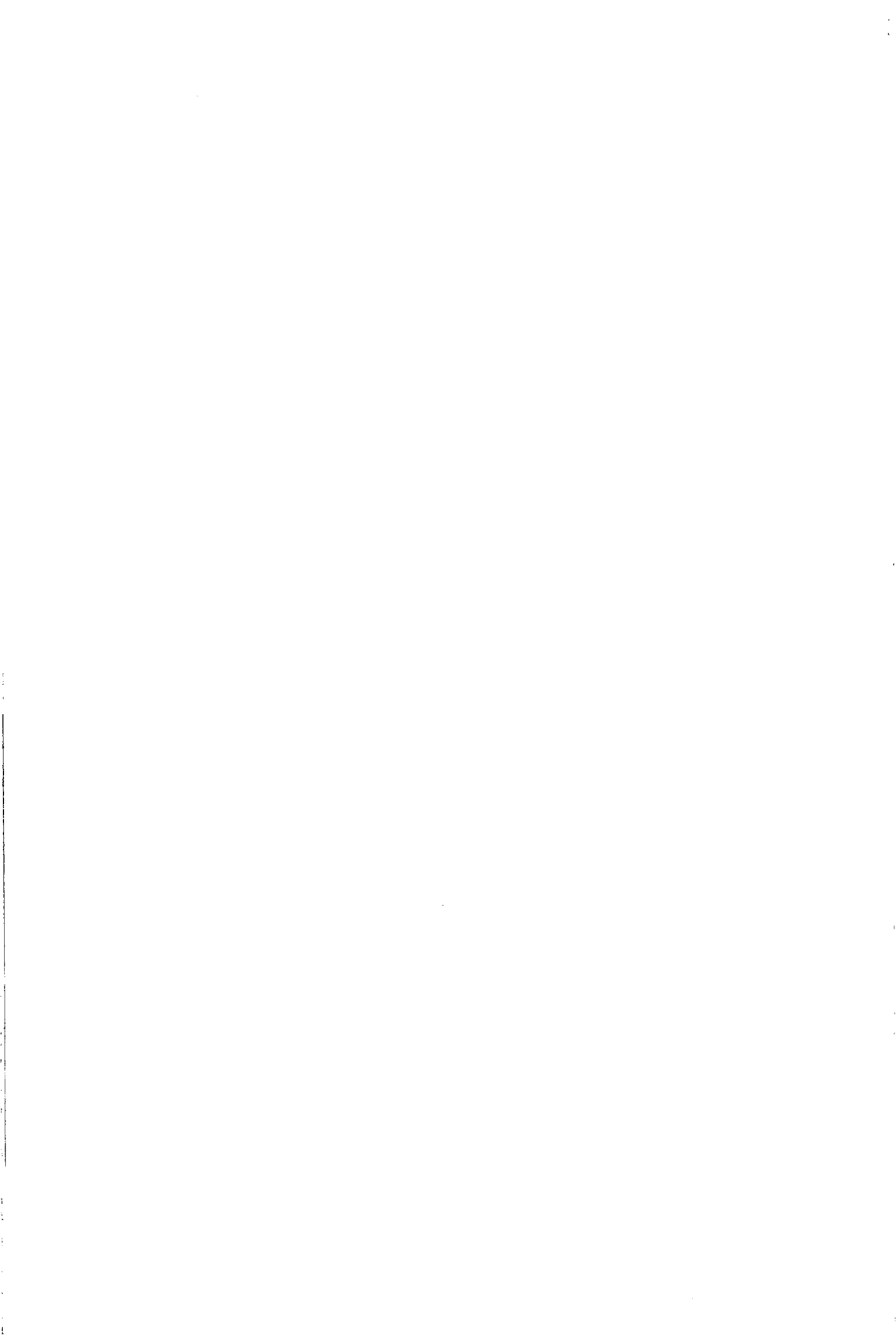
SRAMEK — Publicada no n.º 15, pág. 173.

ZIMMERMANN E STEINER — Sumariada, sob n.º 69, no n.º 16, pág. 73.

PRETTO — Sumariada, sob n.º 74, no n.º 17, pág. 57.

SUTTER — Sumariada, sob n.º 74, no n.º 20, pág. 33.

KAPLAN — Relatório da Comissão, publicado no n.º 21, pág. 78.



PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO

**A VINCULAÇÃO
DAS ENTIDADES PÚBLICAS
PELOS DIREITOS,
LIBERDADES E GARANTIAS**



ÍNDICE

1. Introdução
2. A Aplicabilidade Imediata dos Direitos, Liberdades e Garantias
 - 2.1 Posições na doutrina portuguesa
 - 2.2 Relevância desta questão para o tema em análise
 - 2.3 Posição adoptada
3. A Vinculação do Poder Legislativo
 - 3.1 A questão da vinculação do Legislador pelos direitos criados por lei, de natureza análoga à dos direitos fundamentais

- 4. A Vinculação das Entidades Administrativas
 - 4.1 Os direitos, liberdades e garantias como limites ao poder discricionário
 - 4.2 A não vinculação das entidades administrativas pelas leis contrárias aos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias
 - 4.2.1 Posições nas doutrinas alemã e portuguesa aplicabilidade imediata
 - 4.2.2 Posição adoptada: alcance do princípio da
 - 4.2.3 A colocação do problema como conflito entre o princípio da constitucionalidade e princípio da legalidade
 - 4.2.4 Implicações da questão com o princípio da separação de poderes
 - 4.2.5 A vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias e o dever de obediência hierárquica
 - 4.2.6 Conclusão
 - 4.3 A vinculação da actividade regulamentar da Administração pelos direitos, liberdades e garantias
 - 4.4 Sentido da expressão “entidades públicas”. A vinculação da Administração pelos direitos, liberdades e garantias quando recorre a formas de direito privado
 - 4.4.1 Posições nas doutrinas alemã e portuguesa
 - 4.4.2 Posição adoptada

4.5 Sentido da expressão “entidades públicas”.

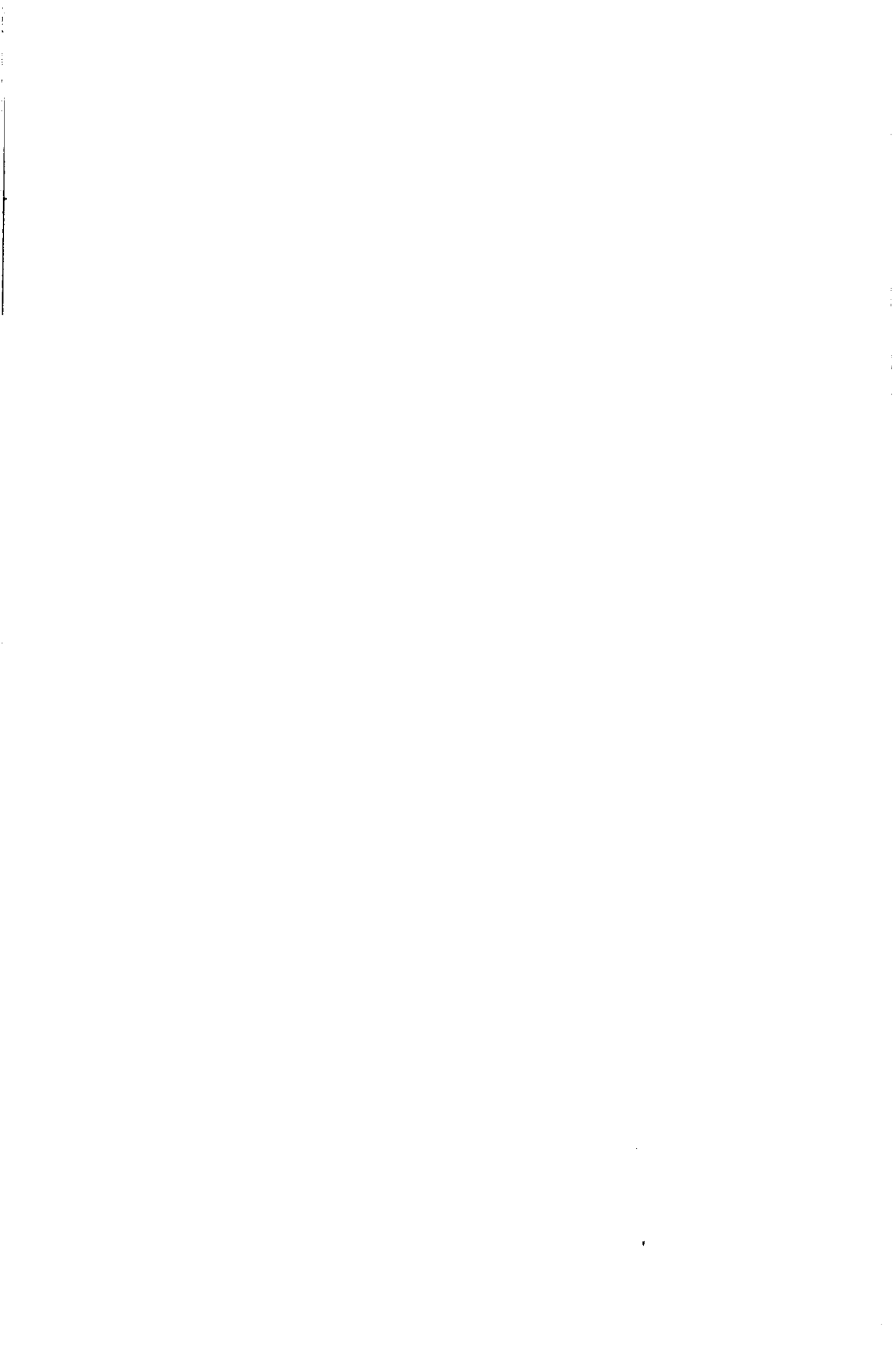
A questão da vinculação das partes contratantes em convenções colectivas de trabalho pelos direitos, liberdades e garantias

5. A Vinculação do Poder Judicial

6. Os Actos de Governo

Bibliografia

Índice



I INTRODUÇÃO

Debruçar-nos-emos sobre a questão da vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias, consagrada no artigo 18.º n.º 1 da Constituição portuguesa de 1976 (“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas...”).

Trata-se de um dos aspectos em que se decompõe o regime material dos direitos, liberdades e garantias. Desse regime constam, ainda, os princípios da aplicabilidade imediata da vinculação das entidades privadas; da reserva de lei; do carácter restritivo das restrições; da limitação, suspensão ou privação, quanto a qualquer pessoa, apenas nos casos e com as garantias da Constituição e da lei; da auto-tutela através do direito de resistência; do carácter excepcional das suspensões e da responsabilidade criminal por violação dos direitos, liberdades e garantias. ⁽¹⁾ Regime material que é, por força do artigo 17.º da Constituição, aplicável aos direitos enunciados no título II, assim como aos direitos fundamentais de natureza análoga.

O preceito que consagra, na Constituição portuguesa, o princípio da vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias tem como fonte material directa o artigo 1.º, n.º 3, da Lei Fundamental de Bona (“Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos directamente aplicáveis que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”). Neste mesmo preceito se inspirou o legislador constituinte

(1) Vd. Jorge Miranda, “Direito Constitucional — Direitos, Liberdades e Garantias” (lições da Universidade Católica) Lisboa, 1980.

espanhol de 1978 (Artigo 53.º, 1: os direitos, liberdades e garantias reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os Poderes Públicos). Dele se pode aproximar, por outro lado, o artigo 19.º, 2, da Constituição da R.D.A. (“O respeito e a protecção da dignidade e da liberdade da pessoa são comandos que se impõem a todos os órgãos do Estado, a todas as forças sociais e a todos os cidadãos”).

2. A aplicabilidade Imediata dos Direitos, Liberdades e Garantias

Não deve deixar de ser feita uma referência prévia ao princípio da aplicabilidade imediata, estreitamente ligado, como veremos, ao princípio da vinculação das entidades públicas. O alcance que, em nossa opinião, deve ser dado a este segundo princípio depende, quanto à questão mais importante e, também, mais controversa, da vinculação das entidades administrativas, do alcance que for dado ao princípio da aplicabilidade imediata.

Pode entender-se que, com este princípio, se reafirma o carácter jurídico e não proclamatório, preceptivo e não programático, das normas sobre direitos, liberdades e garantias. Por outro lado, clarifica-se a noção de que os direitos em causa se fundam na Constituição e não na lei. Afasta-se, de forma explícita, a doutrina segundo a qual os direitos, liberdades e garantias só teriam existência jurídica por força da lei ou que valeriam apenas com o conteúdo que lhe fosse dado pela lei. Dirá Kruger que ao princípio dos “direitos fundamentais no quadro da lei” se vem substituir o princípio da “lei apenas no quadro dos direitos fundamentais”. Os princípios constitucionais vinculam o legislador e é em função desses princípios que deve ser aferida a validade das leis.

O alcance do princípio da aplicabilidade imediata deve, no entanto, ser outro, sob pena de se confundir com o princípio da constitucionalidade. Há que dar-lhe um sentido útil e há que concretizar a diferença de tratamento entre as normas respeitantes aos direitos, liberdades e garantias (imediatamente aplicáveis) e as outras normas constitucionais.

2.1 *Posições na doutrina portuguesa*

Para Jorge Miranda, haveria que distinguir normas exequíveis por si mesmas e normas não exequíveis por si mesmas. Perante as primeiras, o princípio da aplicabilidade imediata traduzir-se-ia na possibilidade de invocação dos direitos pelos seus titulares, independentemente da existência ou suficiência da regulamentação legal. Perante normas não exequíveis por si mesmas — ex: artigo 33.º, 6 (estatuto do refugiado político); artigo 26.º, 2 (garantias no domínio da informática); artigo 40.º (direito de antena); artigo 49.º (direito de sufrágio); artigo 52.º, 2 (direito de acção popular); direitos de controlo de gestão e de participação política das comissões de trabalhadores; direito de contratação colectiva, direito à objecção de consciência (com dúvidas) —, o artigo 18.º n.º 1 imporia ao legislador, independentemente das condições económicas e institucionais do artigo 50.º (na sua versão inicial), e sob pena de inconstitucionalidade por omissão desde o termo da primeira sessão legislativa, a edição de normas que as tornassem imediatamente exequíveis ⁽²⁾.

Vieira de Andrade atribui, na edição de 1977 das suas lições, ao princípio da aplicabilidade imediata o alcance seguinte. Mesmo que o direito careça, na vida prática, de regulamentação legal, presume-se a sua “perfeição” jurídica, em termos de poder ser aplicado na falta de lei ou contra a lei. No que toca ao direito de liberdade, não surgem problemas. A regulamentação ou concretização pelo legislador podem revelar-se convenientes, mas não são uma necessidade jurídica. Quanto aos direitos de participação política, não produzem efeitos sem a interposição do legislador, mas não são equiparáveis aos direitos sociais, não têm conteúdo indeterminado. A intervenção do legislador corresponde a uma obrigatoriedade absoluta (o legislador não tem liberdade para optar quanto ao “an” ou ao “quando” da elaboração de uma lei eleitoral, por exemplo). A aplicabilidade imediata não poderá valer em relação a direitos de liberdade e participação programáticos (quando a Constituição delegue excepcionalmente, no legislador a competência para determinar o conteúdo de um direito de liberdade ou

(2) Ver op. cit., pg 487 e segs.

participação (ex: artigo 48.º, 1 e 2), meras pretensões (ex: artigo 49.º, 2 (direito de acção popular)), ou, ainda, direitos fundamentais que o sejam só formalmente (artigo 40.º 1, e 2 (direito de antena)) (3).

Na edição de 1983 do seu livro, a sua opinião surge reformulada nos termos seguintes.

O princípio da aplicabilidade imediata implica a presunção de imediata exequibilidade, de “perfeição”, de autosuficiência das normas em causa. A questão não levanta problemas em relação aos direitos de abstenção. O mesmo não se poderá dizer dos direitos políticos e de certos direitos a prestações de garantia de direitos e liberdades. Impõe-se, aqui, uma actuação legislativa que organize o processo e os meios de acção pública. No entanto, o conteúdo do direito é, no essencial, determinável por via de interpretação ao nível constitucional (nisto se distinguem os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais, cujo conteúdo depende, no essencial, das opções do legislador). Por outro lado, no plano dos factos, os meios de acção pública necessários ao exercício dos direitos em causa (administração eleitoral para os direitos políticos, polícias para os direitos a prestação de garantia de direitos e liberdades, etc.) correspondem a “serviços essenciais, desde sempre assegurados pelo Estado”. Estes dois factores tornam os preceitos constitucionais directamente aplicáveis, porque não faltará, em regra, a lei. Mas mesmo que falte, o juiz poderá sempre, pelo menos, declarar o conteúdo e os limites dos direitos individuais, sendo pensável, até, a condenação concreta do Estado à prática do acto omitido indispensável à plena realização desse direito (4).

Vital Moreira e Gomes Canotilho levantam dúvidas quanto à aplicação do princípio nos casos em que a própria Constituição remete expressamente para a lei a regulamentação de um ou mais aspectos do regime de determinado direito (Ex: artigo 40.º 1 (direito de antena), artigo 52.º, 2 (direito de acção popular), artigo 66.º, 3 (direito ao ambiente))(5).

(3) Ver Direito Constitucional - Direitos Fundamentais (lições policopiadas do ano lectivo 1977-1978, Coimbra, 1977-78, pgs. 247 a 257.

(4) Ver “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Coimbra, 1983, pgs. 254 a 259.

(5) Ver “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 1.º volume, 2.ª edição, 1984, pgs. 164 e 165.

O segundo destes autores considera, no seu manual de Direito Constitucional, que a aplicabilidade imediata não se verifica quando é a própria Constituição a fazer depender da lei a eficácia de certo direito. Mas recusa a definição do conceito de direito fundamental com base em critérios ligados à determinabilidade dos direitos, assim como a ligação necessária do conceito de direito subjectivo à ideia de accionabilidade judicial (assim, o artigo 37.º, 1, por exemplo, consagraria um autêntico direito subjectivo à informação, a que corresponde uma obrigação de informação por parte do Estado, mesmo que o cidadão não tenha à sua disposição um meio contencioso que lhe garanta a operacionalidade prática do seu direito). A imposição constitucional no sentido da concretização dos direitos fundamentais não prejudica a consistência subjectiva do direito carecido de concretização. O direito de acesso aos tribunais, por exemplo, é imediatamente aplicável, ainda que a lei que venha a concretizar esse direito estabeleça garantias acrescidas (defesa oficiosa, patrocínio judiciário, etc.)⁽⁶⁾.

2.2 Relevância desta questão para o tema em análise

Facilmente se compreende a relevância desta questão para o tema sobre que incide a nossa reflexão. Qual a atitude que deverão tomar as entidades administrativas e judiciárias na ausência de lei regulamentadora? Deverão conferir ao particular a possibilidade de exercício do seu direito (o direito de objecção de consciência não regulamentado, por exemplo)? Como qualificar a atitude do legislador que omite a edição de normas necessárias à plena exequibilidade dos direitos, liberdades e garantias?

Mas tal relevância não se esgota neste aspecto.

No caso de existir uma lei concretizadora dos direitos, liberdades ou garantias constitucionalmente consagrados, deve entender-se, como veremos, que o princípio da aplicabilidade imediata necessariamente colide com o princípio da hierarquia das fontes de direito (o qual impõe a submissão de um acto criador de Direito ao que directamente o precede na

(6) Ver "Direito Constitucional", Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 1980, pgs. 562 e 533.

hierarquia), podendo qualquer autoridade pública (e não apenas os tribunais, como normalmente se entende, e que sempre o poderiam fazer em virtude da sua competência para o controlo da constitucionalidade das leis que são chamados a aplicar) recusar a aplicação de uma lei contrária à Constituição por ofensa dos direitos, liberdades ou garantias nela previstos.

Mas este segundo aspecto será abordado mais tarde. Detenhamo-nos, para já, na questão inicial: a vinculação das entidades públicas na ausência de lei regulamentadora.

2.3 Posição adoptada

Há-de entender-se que o princípio da aplicabilidade imediata conduz a uma presunção de directa executabilidade. Se não se provar a indispensabilidade da intervenção legislativa (não apenas a sua utilidade em função da certeza jurídica e da necessidade de definição precisa dos contornos do direito, assim como das suas limitações⁽⁷⁾), as normas são imediatamente executáveis.

Não é, para tal, decisivo que o legislador constituinte tenha utilizado a expressão “nos termos da lei”. Nestes casos, ao contrário de outros, em que nada se diz (a liberdade religiosa, por exemplo⁽⁸⁾), a omissão do legislador é inconstitucional. Em todos, a intervenção legislativa não pode, em princípio, ser condicionante da titularidade e exercício dos direitos. Assim, poder-se-ão invocar, mesmo na ausência de lei, o direito à objecção de consciência⁽⁹⁾ e o direito dos jornalistas ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, apesar de a Constituição os reconhecer “nos termos da lei”. “Nos termos da lei” não significa “nos casos previstos na lei”. Se a intervenção legislativa se traduzir em limitações aos direitos em causa, tais limitações hão-de considerar-se sujeitas ao regime geral das restrições. Desta forma, deve entender-se, por exemplo, que o direito à objecção de consciência é directamente invocável fora do âmbito da prestação de serviço militar, mesmo que o legislador só

(7) Caberia, então, tal tarefa ao Poder Judicial.

(8) Ver artigo 41.º da Constituição.

(9) Jorge Miranda manifesta-se hesitante quanto a esta questão, como vimos atrás.

tenha intervindo quanto a esta matéria (o que não seria, pois, defensável, se se entendesse que o direito está consagrado nos casos previstos na lei).

Da mesma forma, pode exercer-se o direito de contratação colectiva na ausência de lei (como sucede no ordenamento inglês, por exemplo), apesar de a Constituição remeter para a lei a determinação da legitimidade para a celebração de convenções colectivas e da eficácia das respectivas normas. Será invocável, mesmo na ausência de lei, apesar da utilidade evidente de intervenção legal na matéria, o direito de resposta.

Deverá, ainda, presumir-se que a intervenção legislativa que seja condição necessária da exequibilidade do direito se destina, unicamente, à definição de aspectos puramente organizatórios (normas sobre organização do recenseamento eleitoral, por exemplo) ou à precisão dos contornos do direito em causa através da definição clara dos seus limites, sem que no legislador se delegue a faculdade de definir o seu conteúdo essencial. Esta presunção leva-nos a optar por uma de duas interpretações possíveis do artigo 38.º, 8 (as estações de radiodifusão só podem funcionar mediante licença a conferir nos termos da lei). Pode entender-se que a intervenção da lei se destina unicamente a definir critérios de praticabilidade do exercício do direito (rateio de ondas) ou da conformação do princípio da liberdade de expressão com valores constitucionalmente consagrados, estando, por isso, sujeita ao regime das leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias, ou pode entender-se que está na disponibilidade da lei a configuração do conteúdo do direito a emitir, não estando as suas eventuais restrições sujeitas ao regime da limitação dos direitos, liberdades e garantias, cabendo, tais limitações, em qualquer caso, dentro do espaço de liberdade do legislador. Deverá optar-se pela primeira das duas interpretações.

No entanto, pode, mesmo assim, acontecer que à lei caiba um verdadeiro poder de modelação (ex: direito de acção popular (consagrado “nos casos previstos na lei”); direito dos cidadãos de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos (artigo 48.º, 2), direito das comissões de trabalhadores à informação e ao controlo de gestão nas empresas (artigo 55.º, a) e b)), estatuto do refugiado político (artigo 33.º, 6)).

Em todos os casos de inexecutabilidade directa, de que são exemplo os que acabo de citar, o princípio da aplicabilidade imediata traduz-se na possibilidade de invocação do direito, em caso de existência de lei, contra essa lei e na vinculação das entidades públicas directamente aos direitos,

liberdades e garantias, com alteração do funcionamento normal das regras de hierarquia das fontes de Direito. Mas analisaremos esta questão mais tarde.

O que não me parece de aceitar é o entendimento de Jorge Miranda, segundo o qual, nestes casos, a aplicabilidade imediata se traduziria no facto de a ausência de lei regulamentadora ser considerada uma inconstitucionalidade por omissão, sem dependência de quaisquer condições institucionais ou de facto de ordem sócio-económica. Tal regime não poderá considerar-se específico das normas de direitos, liberdades e garantias, já que é comum a todas as normas constitucionais preceptivas.

Também não me parece de aceitar a distinção que Vieira de Andrade faz entre direitos material ou só formalmente fundamentais. Não se aplicaria o regime do artigo 18.º a estes últimos, ainda que incluídos no título II. A tal não obstaría a redacção do artigo 17.º, uma vez que este pressupõe a existência de direitos fundamentais. Haveria que recorrer a um critério substancial, sendo decisiva a referência imediata à ideia de dignidade da Pessoa Humana ⁽¹⁰⁾.

De facto, a ligação dos direitos liberdades e garantias à ideia de dignidade da pessoa humana pode ser mais ou menos imediata. A sua tutela pode ser necessária em função de imperativos de Direito Natural (direito à vida, liberdade de consciência, etc.) ou mais ligada a opções políticas contingentes (porque os “valores transcendentais não se manifestam sem refração” (Jorge Miranda)), sem que, no entanto, nestes últimos casos, a ligação ao princípio da dignidade da Pessoa humana desapareça. Assim, por exemplo, o direito de antena ou os direitos de participação política das comissões de trabalhadores (que, para Vieira de Andrade, seriam direitos só formalmente fundamentais) que, apesar de serem fruto de opções políticas contingentes, se ligam à ideia de dignidade da Pessoa Humana, enquanto concretizações do direito genérico de participação política dos cidadãos. Mas também não é directa e necessária a ligação à tutela da Pessoa Humana de direitos como o direito à greve, o qual, para Vieira de Andrade, deveria ser considerado um direito materialmente fundamental.

Traçar a linha de separação entre direitos materialmente ou só formalmente fundamentais não pode depender de um critério “a priori”, precisamente porque é difícil estabelecer o ponto a partir do qual um direito deva, em função da sua menos imediata ligação ao princípio da dignidade da Pessoa Humana, deixar de receber o tratamento próprio dos direitos fun-

damentais. Tudo depende do critério contingente do legislador constituinte, traduzido, na Constituição de 1976, formalmente, na colocação sistemática de determinado preceito.

Tal não significa que a mais ou menos imediata ligação ao princípio da dignidade da Pessoa Humana não possa ser relevante para outros efeitos. A admissibilidade de determinadas restrições, por exemplo, pode depender dessa ligação mais ou menos imediata.

3. A Vinculação do Poder Legislativo

Podem ser atribuídos à vinculação do Poder Legislativo pelos direitos, liberdades e garantias vários sentidos.

Pode, por um lado, entender-se que, com a enunciação desse princípio, se reafirma o princípio da constitucionalidade. O legislador está submetido à Constituição, quer como poder vinculado, quer como poder discricionário (aceitando-se a transposição deste conceito do domínio da actividade administrativa para o domínio da actividade legislativa). É aceitável esta ideia. Ainda que tal seja, em rigor, desnecessário, o princípio da vinculação do Poder Legislativo pelos direitos, liberdades e garantias não deixa de explicitar e reforçar o princípio da constitucionalidade.

Pode, por outro lado, considerar-se que a consagração do princípio da vinculação do Poder Legislativo pelos direitos, liberdades e garantias reforça os princípios da limitação das intervenções legislativas nesta matéria (respeito pelo conteúdo essencial do direito em causa, restrição apenas nos casos previstos na lei e através de norma geral e abstracta). Apesar de habilitado a regulamentar os direitos, liberdades e garantias, não tem o legislador à sua inteira disponibilidade o respectivo regime. Enquanto poder vinculado ao regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias, a sua situação não se distingue da dos outros poderes do Estado, por mais amplos que sejam os seus poderes de intervenção legislativa.

Também nos parece de aceitar este entendimento.

Há quem, na doutrina alemã (Dürig, designadamente⁽¹⁾), atribua a este princípio um sentido de afirmação do valor supra-positivo dos direitos, liberdades e garantias. O legislador está vinculado aos direitos, liberdades e garantias, não apenas enquanto poder constituído, mas enquanto

poder do Estado. É o Estado que, como tal, está vinculado aos direitos, liberdades e garantias.

Embora seja inegável a vinculação do Estado, enquanto tal, por alguns direitos, liberdades e garantias, não pode ser esse o sentido do artigo 18.º, 1, o qual se refere a “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias”, e não, como o faz a Lei Fundamental de Bona, a “direitos fundamentais aqui enunciados”. E não se poderão considerar direitos naturais todos os direitos sujeitos ao regime do artigo 18.º.

3.1 A questão da vinculação do legislador pelos direitos, criados por lei, de natureza análoga à dos direitos fundamentais

Detenhamo-nos, de seguida, na análise de outro problema.

A extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos fundamentais de natureza análoga, previstos na Constituição ou na lei (artigos 16.º e 17.º da Constituição) não levará à vinculação do legislador por outras normas legais? Estaríamos, nestes casos, perante uma verdadeira “constitucionalização” de normas legais. A esta conclusão chega Vieira de Andrade⁽¹²⁾.

Não chegaremos, por esta via, a soluções excessivamente rígidas? Qualquer direito de natureza análoga à dos direitos fundamentais, criado no futuro por lei, seria automaticamente “constitucionalizado”, impondo-se, por isso, ao legislador ordinário que o pretendesse eliminar. Não poderia ser eliminada, por exemplo, a possibilidade de impugnação contenciosa de todos os regulamentos, estabelecida pelo D.L. 129/84, de 27/4.

Dizer, como Vieira de Andrade, que os direitos em causa pertencem à “Constituição material” (encontrar-nos-íamos, pois, perante um caso semelhante ao da inconstitucionalidade de normas constitucionais), não nos parece relevante, quer porque nem todos pertencerão⁽¹³⁾, quer porque, nesse caso, a vinculação do legislador se faria independentemente da

(11) Ver Maunz — Dürig, “Grundgesetz Kommentar”, Vol. I, Munique, 1966, anotações 103 a 106 ao art. 1.º, n.º 3.

(12) Ver “Os Direitos Fundamentais...”, pgs.79-80 e 211.

(13) É óbvio que Vieira de Andrade parte do pressuposto de que o são sempre, o que se compreende, se tivermos presente o que atrás se disse quanto à posição deste autor a respeito da noção de direitos material ou só formalmente constitucionais. Também com base nesse pressuposto se torna mais aceitável a tese que criticamos.

extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos de natureza análoga previstos na lei que é operada pelos artigos 16.º e 17.º

Invocar outras hipóteses em que o legislador estaria vinculado, por força da Constituição, a outras normas legais (decretos-leis publicados ao abrigo de uma lei de autorização e essa lei de autorização; leis regionais e leis gerais da República) também não se nos afigura aceitável, porque estamos, nestes casos, perante hipóteses de leis a que correspondem funções diferentes e que, por esse facto, podem estar na origem de fenómenos de “ilegalidade da lei”. São situações diferentes da que vimos analisando, em que estamos perante dois actos do mesmo poder legislativo e com a mesma função.

Deparar-nos-íamos, seguindo a opinião criticada, com uma inadmissível delegação do poder constituinte. Ao legislador ordinário seria conferido um verdadeiro “cheque em branco” para emitir normas com eficácia igual às normas constitucionais.

O perigo seria tanto menor quanto mais exigentes fossemos ao apreciar o carácter análogo aos direitos fundamentais previstos no título II da Constituição dos direitos fundamentais previstos nas leis (sê-lo-iam unicamente, segundo Vieira de Andrade, os que decorrem directamente da protecção da dignidade da Pessoa Humana). Mas a necessária fluidez do critério também é factor de incerteza.

Qual seria, então, o sentido do artigo 16.º, n.º 1 (Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis)?

Poderá ser, precisamente, a vinculação das entidades não legislativas (ou que, sendo-o, não tenham competência para criar o direito em causa) aos direitos fundamentais consagrados em leis. Tais direitos vinculam as entidades administrativas ou judiciais, as entidades privadas; só podem ser suspensos, quanto a todas as pessoas, nos casos e com as garantias previstas na Constituição e a sua violação dá lugar à responsabilidade do Estado e demais entidades públicas. Mas a entidade legislativa com competência para criar os direitos é livre para os eliminar (só não o será se se tratar de direitos correspondentes à Constituição material ou de verdadeiros direitos naturais) e não está, por outro lado, sujeita, ao limitar esses direitos, às regras constitucionais sobre restrições (artigos 18.º, n.º 2 e 3).

4. A Vinculação das Entidades Administrativas

A vinculação das entidades administrativas pelos direitos, liberdades e garantias não é um simples reflexo da vinculação do legislador pelos direitos, liberdades e garantias. Essa vinculação só ganha autonomia se dela se retirarem consequências que ultrapassem as que derivam do princípio da legalidade. Não se pode dizer que a Administração está submetida aos direitos, liberdades e garantias apenas na medida em que está submetida à lei, a qual, por sua vez, estará submetida à Constituição.

Quais serão, pois, essas consequências?

Debruçar-nos-emos sobre uma delas, a mais controversa (a possibilidade de recusa de aplicação, por parte das entidades administrativas, de uma lei inconstitucional por violação dos direitos, liberdades e garantias) num segundo momento.

Começemos por analisar outro corolário da vinculação das entidades administrativas pelos direitos, liberdades e garantias, o qual se traduz na sua consagração como limites autónomos do poder discricionário.

4.1 *Os direitos, liberdades e garantias como limites ao poder discricionário*

A entidade administrativa que actua no exercício de um poder discricionário está limitada, não apenas quanto ao fim ou pelos princípios da imparcialidade e da justiça (artigo 266.º, da Constituição), mas também, pelos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias.

Ainda que o motivo principalmente determinante da prática do acto administrativo condiga com o fim visado pela lei na concessão do poder discricionário, não poderá esse acto contrariar, objectivamente, os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias.

Está, por essa razão, sujeita ao princípio da igualdade a actuação discricionária da Administração. Com isto não fica destruída a discriciona-

riedade. Poderia pensar-se que o princípio da igualdade conduz a uma auto-vinculação da Administração, transformando-se o poder discricionário numa competência vinculada ao primeiro de uma série de actos. Entende-se, normalmente, que o princípio da igualdade não impede mudanças de critérios, apenas exige que essas mudanças tenham por base fundamentos objectivos (descobertas técnicas; actuação precedente ilegal (uma vez que não há um “direito à igualdade na ilegalidade”), actuação precedente que, à luz da experiência ulterior, se provou inconveniente, etc.).

4.2 A não vinculação das entidades administrativas pelas leis contrárias aos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias

4.2.1 Posições nas doutrinas alemã e portuguesa

A questão da atitude das entidades administrativas perante leis inconstitucionais por violação dos direitos, liberdades e garantias tem sido objecto de múltiplas análises, quer na doutrina alemã, quer na doutrina portuguesa.

Para Rönitz⁽¹⁴⁾, a Administração teria de aplicar sempre a lei, não podendo sequer verificar a sua constitucionalidade.

Dürig e Hofman⁽¹⁵⁾ entendem que a Administração pode verificar a inconstitucionalidade da lei, sem que, no entanto, possa rejeitar, ou pura e simplesmente, não aplicar, as leis que considerasse inconstitucionais. A lei inconstitucional é anulável, e não nula. Até à sua anulação, produz efeitos, o que impede a Administração de a rejeitar. A Administração deve, no entanto, suspender a aplicação da norma até à decisão do caso pela entidade fiscalizadora da Constituição.

(14) In *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, p. 841 e segs (cit. por Vieira de Andrade in op. cit., pg 260).

(15) in Dürig, Maunz, Herzog, Scholz, “Grundgesetz; Kommentar”, 1978, anotação 86 ao artigo 20.º Hofmann, “Die Verwaltung und das Verfassungswidrige Gesetz”, in *Juristenzeitung*, 1961, pgs. 193 e segs. (cit. por Vieira de Andrade, op. cit., pg. 260).

Scheuner⁽¹⁶⁾ defende a possibilidade de a Administração verificar a conformidade das leis com a Constituição e, além disso, a de não aplicar normas inconstitucionais.

Para Bachof⁽¹⁷⁾, a Administração deve verificar a constitucionalidade das normas a aplicar, embora deva partir de uma presunção de constitucionalidade. O órgão administrativo, não podendo suspender a lei e tendo de optar pela aplicação ou não aplicação, *deverá* não a aplicar se a inconstitucionalidade da lei for evidente. Se o não for, *poderá* não a aplicar se, possuindo conhecimentos jurídicos, estiver convencido (não bastando a dúvida) da inconstitucionalidade e os efeitos negativos da não aplicação não forem superiores aos prejuízos resultantes da aplicação. O órgão administrativo hierarquicamente subordinado deverá comunicar as suas dúvidas ao superior hierárquico ou ao Governo, tratando-se de um órgão autárquico. Se tal comunicação impuser a suspensão da aplicação da lei, só poderá fazê-lo, se, dessa forma, não resultarem prejudicados o interesse público e os direitos individuais.

Detenhamo-nos, de seguida, na análise da doutrina portuguesa.

Vital Moreira e Gomes Canotilho colocam o problema como conflito entre o princípio da constitucionalidade (traduzido na eficácia directa dos direitos, liberdades e garantias) e o princípio da legalidade. Às entidades administrativas não é reconhecido o direito de fiscalização da constitucionalidade das leis, prevalecendo, assim, o princípio da legalidade. No entanto, o princípio da “concordância prática” poderá justificar, por exemplo, a não decisão imediata do problema e a sua apresentação aos superiores hierárquicos. Por força do artigo 271.º, 3, da Constituição, por outro lado, as normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias prevalecem quando a observância do princípio da legalidade conduzir à prática de um crime. Finalmente, as entidades administrativas não deverão praticar actos de aplicação de uma lei violadora dos direitos, liberdades e garantias quando se defrontem, concretamente, com o direito de resistência dos particulares (artigo 21.º da Constituição)⁽¹⁸⁾.

(16) in “Der Betriebs-Betrater”, 1960, pg 1253 e segs (cit. por Vieira de Andrade, op. cit., pg. 261)

(17) in “Die Prüfungs und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem Verfassungswidrigen und dem Bundesrechtwidrigen Gesetz” in AOR, 87, 1962, pg.1 e segs. (cit. por Vieira de Andrade, op. cit., pg 261).

(18) Ver op. cit., pgs.164 e 165.

Gomes Canotilho, no seu manual de Direito Constitucional, volta a perspectivar o problema como conflito entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da legalidade. À Administração não compete qualquer poder de controlo da constitucionalidade — reafirma-se. São inseguros os critérios de distinção propostos pela doutrina (o critério da evidência, designadamente). Aos agentes administrativos é sempre possível a representação às entidades hierarquicamente superiores, mas estão vinculados às leis e ordens concretas de aplicação até uma eventual decisão judicial de inconstitucionalidade. O funcionário ou agente administrativo deverá desobedecer a ordens concretas de aplicação das leis (inexistentes) violadoras dos direitos fundamentais que impliquem a prática de um crime (artigo 271.º, 3 da Constituição). As leis violadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, inquestionavelmente, as violadoras dos direitos à vida e à integridade pessoal, são leis inexistentes, o que leva a que os agentes administrativos se possam deparar com o direito de resistência dos particulares (artigo 21.º da Constituição)⁽¹⁹⁾.

Para Mário Esteves de Oliveira, a interpretação literal do artigo 18.º, 1, conduziria à prevalência do dever de obediência da Administração à lei. Há, no entanto, que recusar tal solução, por representar uma subversão do princípio da hierarquia das fontes de Direito e por ser contrária à competência exclusiva dos tribunais, quando ao controlo da constitucionalidade das leis. A aplicabilidade directa significa, para este autor, unicamente, a submissão directa dos tribunais e da Administração aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias na ausência de lei regulamentadora.⁽²⁰⁾

Para Jorge Miranda, embora, em geral, o princípio da subordinação da Administração à Constituição não signifique o poder de a Administração se subtrair ao respeito da lei com fundamento em inconstitucionalidade (pois órgãos de garantia da Constituição são somente os tribunais), pode entender-se que o artigo 18.º, 1, autoriza, no domínio dos direitos, liberdades e garantias, os órgãos administrativos a não aplicar leis contrárias (ou evidentemente contrárias) aos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias — embora o dever de obediência dos

(19) Ver op. cit., pgs.566 e 567.

(20) Ver “Direito Administrativos”, Vol. 1, Coimbra, 1980, pg.83 a 88.

funcionários e agentes a ordens ou instruções do superior hierárquico só cesse quando o seu cumprimento implique a prática de qualquer crime (artigo 271.º, 3, da Constituição) (21).

João Caupers entende que, se o Tribunal Constitucional se tiver já pronunciado pela constitucionalidade, deve partir-se de uma “presunção de constitucionalidade”. Quanto aos diplomas sujeitos a fiscalização preventiva, o não exercício desta faculdade, indiciando a inexistência de dúvidas da parte do Presidente da República, só muito excepcionalmente poderá permitir suspeitas de inconstitucionalidade. Já quanto aos diplomas que não passem pelo Presidente da República, é mais fácil de admitir que a entidade administrativa em causa emita um juízo de inconstitucionalidade (22)

Vieira de Andrade também considera que estamos perante um conflito entre o princípio da constitucionalidade (mais concretamente, o princípio da aplicabilidade directa dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias) e o princípio da legalidade da Administração. O conflito não pode ser resolvido através da prevalência automática do princípio da constitucionalidade, uma vez que não é a constitucionalidade da lei, mas o juízo que sobre essa constitucionalidade possam fazer os órgãos administrativos, que está em causa. A concessão ao poder administrativo de ilimitados ou vastos poderes para o controlo da constitucionalidade das leis a aplicar levaria a uma anarquia administrativa, inverteria a relação Lei-Administração e contrariaria o princípio da separação de poderes. A submissão da Administração à lei não visa apenas a protecção dos direitos dos particulares, mas também a defesa e prossecução do interesse público.

Por outro lado, a obediência cega à lei inconstitucional somente se poderia defender com base numa concepção do poder administrativo como inimigo principal das liberdades, excluindo a sua autonomia como poder e a sua possibilidade de actuar como contrapeso (responsável) dos Poderes Legislativo e Judicial.

Na esteira de Bachof, haveria que distinguir as situações com base em critérios de proporcionalidade. A vinculação imediata da Administração à Constituição deve prevalecer quando a inconstitucionalidade for evidente.

21) Ver, op. cit., pg.493 a 499.

22) Ver “Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição”, Coimbra, 1985, pgs 156 e 157.

Ao vício da inconstitucionalidade evidente corresponde a sanção da nulidade-inexistência. Não haverá conflito, porque a lei não “existe”, não produz efeitos e não obriga a Administração.

Em todo o caso, deverá procurar-se sempre uma solução que corresponda a um equilíbrio ponderado dos valores em jogo. Sempre que possível, deverá remeter-se aos órgãos superiores da Administração a competência para a não aplicação. Sempre que possível, e desde que daí não advenha prejuízo, deverá optar-se pela suspensão da aplicação da lei. Deve funcionar uma presunção de constitucionalidade, se o órgão em causa tiver dúvidas, ou só puder ter dúvidas (dada a sua falta de conhecimentos específicos). O órgão administrativo justificadamente convencido da inconstitucionalidade deve pesar os “prós” e os “contras” da aplicação e da não aplicação e decidir-se pela atitude que considere menos onerosa⁽²³⁾.

4.2.2 Posição adoptada: alcance do princípio da aplicabilidade imediata

Cabe-nos, agora, expôr a nossa opinião.

Do princípio da aplicabilidade directa só pode decorrer a vinculação das entidades administrativas pelos direitos, liberdades e garantias, traduzida na possibilidade de não aplicação, por essas entidades, das normas que os violam.

Uma norma directamente aplicável produz, sem necessidade de qualquer mediação, efeitos na esfera jurídica dos seus destinatários, podendo os direitos por ela criados ser invocados, a partir da sua entrada em vigor, pelos respectivos titulares (assim como podem ser tutelados pelos tribunais).

A aplicabilidade directa quebra, necessariamente, o normal encadeamento hierárquico de normas de diferentes graus. A submissão de um comportamento a uma norma do topo da pirâmide faz-se, normalmente, apenas através de uma norma da base. Em casos de normas directamente aplicáveis, a submissão faz-se, directamente, em relação à norma de topo. E isto verifica-se, quer na ausência da norma intermédia, quer em caso de não conformidade dessa norma intermédia com a norma superior. Neste

(23) Ver op. cit., pgs 259 a 264.

último caso, a vinculação à norma superior faz-se sem que seja necessária a prévia invalidação da norma intermédia.

Não é, pois, de aceitar a ideia de que a aplicabilidade imediata das normas constitucionais só relevaria em caso de ausência de norma legal. Não é esse o alcance dado ao princípio no caso das normas de Direito Internacional e de Direito Comunitário, cuja imediata aplicabilidade implica a sua primazia sobre as normas nacionais. Aplicabilidade imediata não significa apenas aplicabilidade na ausência de lei (nesse caso deveria falar-se em aplicabilidade supletiva), mas aplicabilidade na ausência de lei e contra a lei (24).

Por outro lado, parece não dever recusar-se a sanção de nulidade ao acto administrativo que viole direitos, liberdades ou garantias (veja-se, neste sentido, as posições de Jorge Miranda⁽²⁵⁾ e Mário Esteves de Oliveira⁽²⁶⁾). O acto nulo não produz nunca os seus efeitos. Os particulares podem, por isso, opôr resistência passiva à respectiva execução, não lhe devendo, pois, obediência. Podem, por outro lado, e pela mesma razão, os próprios funcionários desobedecer à ordem nele contida, sem que, com isso, pratiquem uma infracção disciplinar, pois a inexistência jurídica da ordem constitui justificação do facto da desobediência (27).

Deste modo, ainda que se não retirasse do princípio da aplicabilidade imediata a consequência inicial, poder-se-ia chegar ao mesmo resultado quando a violação dos direitos, liberdades e garantias chegasse a traduzir-se num acto administrativo e se tratasse de o executar.

Só a noção de aplicabilidade imediata que defendemos é coerente com o direito de resistência dos particulares a ordens que ofendam os seus direitos, liberdades ou garantias. O direito de resistência é consequência da aplicabilidade imediata⁽²⁸⁾. Funciona, obviamente, mesmo quando a ordem é legal por se basear em lei ainda não declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

(24) A Constituição venezuelana, no seu artigo 50.º, limita-se a consagrar a primeira faceta do princípio da aplicabilidade imediata ("A falta de lei reguladora destes direitos não diminui o exercício dos mesmos").

(25) Op. cit. pg.498.

(26) Op. cit. pg.547.

(27) "Manual de Direito Administrativo", Vol. I, 1973, pg. 516.

(28) Assim, Jorge Miranda (op. cit., pg. 520) e Vieira de Andrade (op. cit., pg. 337).

Não se compreenderia que as mesmas leis fossem obrigatórias para os funcionários encarregados da sua aplicação, não o sendo para os seus destinatários. Seria particularmente gravosa a situação do funcionário que não pode recusar-se a aplicar a lei inconstitucional e que, ao aplicá-la, fica sujeito à resistência defensiva dos particulares (ainda que esta deva exercer-se segundo regras de proporcionalidade).

Vital Moreira e Gomes Canotilho⁽²⁹⁾ entendem que as entidades administrativas não deverão aplicar actos violadores dos direitos, liberdades e garantias quando se defrontem, concretamente, com o direito de resistência dos particulares. Mas não nos parece aceitável que da atitude concreta dos particulares se possa fazer depender o dever da Administração de não aplicação. A Administração deve aplicar, ou não deve. Se deve, por imperativo do princípio da legalidade, é irrelevante a atitude concreta dos particulares. Se o não deve, em virtude da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias, não deve em qualquer caso, porque não deixa de haver violação dos direitos, liberdades e garantias quando os particulares não exercem o seu direito de resistência.

São, pois, estas as consequências que decorrem do princípio da aplicabilidade imediata. Não nos parecem aceitáveis soluções que defendam a aplicação destas consequências de forma diferenciada, consoante os casos concretos, de acordo com critérios de conveniência, de proporcionalidade, de defesa de outros fins da Administração. É ao Legislador Constituinte que cabe fazer este tipo de ponderações. Deve fazê-lo antes de consagrar princípios com um alcance como o que tem o princípio da aplicabilidade imediata. Uma vez consagrados esses princípios, há que respeitar esse alcance, aceitando-se todas as suas consequências⁽³⁰⁾. Por outro lado, se se pretende, através desses critérios, afastar o controlo da constitucionalidade das leis pelas entidades administrativas, pela incerteza que, desse modo, se geraria, não deixa de ser de incerteza a situação que se cria por se colocar a aplicabilidade das leis na dependência de juízos da entidade administrativa, já não apenas de inconstitucionalidade, mas também de proporcionalidade entre benefícios e vantagens da aplicação ou não aplicação.

(29) Ver *Supra*.

(30) As consequências que o princípio da aplicabilidade imediata acarreta atestam a especial relevância atribuída pelo Legislador Constituinte aos direitos, liberdades e garantias em relação a outros valores constitucionais.

Também não nos parece que sejam aceitáveis soluções diferentes de acordo com a evidência, ou não evidência, da inconstitucionalidade, ou que a sanção que corresponde à norma inconstitucional dependa da evidência dessa inconstitucionalidade⁽³¹⁾. A inconstitucionalidade existe ou não existe. Há violação dos direitos, liberdades e garantias, ou não há. A maior gravidade da inconstitucionalidade (que justificaria uma sanção mais forte) não depende apenas da sua evidência⁽³²⁾. Mas, ainda que assim fosse, as consequências da aplicabilidade imediata não poderiam depender da maior ou menor gravidade da inconstitucionalidade.

Para Vieira de Andrade, a não submissão das entidades administrativas a normas inconstitucionais violadoras dos direitos, liberdades e garantias justificar-se-ia porque essa inconstitucionalidade, quando evidente, acarretaria a nulidade-inexistência da norma em causa. Parece-nos que o que está em causa é a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, não um vício particularmente grave (inexistência) de inconstitucionalidade. A não obrigatoriedade de leis inexistentes não depende do regime do artigo 18.º, vigora em âmbitos alheios aos dos direitos, liberdades e garantias.

Também não pode limitar-se, como faz Vieira de Andrade, o direito de resistência dos particulares a actos cuja inconstitucionalidade seja evidente (porque só esses seriam inexistentes e não produziram efeitos). A Constituição não distingue. O direito de resistência é consequência da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias, não da inexistência dos actos administrativos em causa. Pode justificar-se o direito de resistência contra ordens não evidentemente inconstitucionais.

4.2.3 *A colocação do problema como conflito entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da legalidade*

Não nos parece correcta a colocação do problema como conflito entre o princípio da constitucionalidade (traduzido na aplicabilidade imediata

(31) Assim, Vieira de Andrade. Ver supra.

(32) Embora, para Vieira de Andrade, a teoria da evidência, referida à inconstitucionalidade material, associe à ideia de “patência” a ideia de “gravidade” (ver op. cit., pg 263, nota 21). Mas, em todo o caso não se dispensa a “patência”.

dos direitos, liberdades e garantias) e o princípio da legalidade (ambos constitucionalmente consagrados, pelo que haveria que os harmonizar). Por duas razões.

Por um lado, porque deve entender-se que os princípios não são, por definição, harmonizáveis. O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias é uma excepção ao princípio da legalidade. Como vimos, tal princípio conduz, necessariamente, a uma alteração das normais relações Lei-Constituição. A ponderação da importância relativa dos princípios da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias e da legalidade foi feita pelo Legislador Constituinte. Este, ao decidir-se pela consagração do primeiro destes princípios, não pode ter deixado de recusar, neste âmbito, as consequências normais do princípio da legalidade.

Até aqui, temo-nos referido ao princípio da legalidade num sentido estrito, como submissão à lei ordinária. Mas pode entender-se o princípio num sentido mais amplo, como vinculação àquilo a que a doutrina francesa chamou “bloco de legalidade”⁽³³⁾. No “bloco de legalidade” incluem-se os regulamentos (regras que não são exteriores à Administração, mas por ela criadas), as normas de Direito Internacional (e, poderemos acrescentar, de Direito Comunitário), princípios gerais de Direito e a Constituição⁽³⁴⁾. Para Vedel, legalidade exprime a conformidade ao Direito, é sinónimo de regularidade administrativa; deve entender-se a noção de Lei em sentido mais largo, que coincide com o de Direito.

De facto, parece-nos claro que na relevância do princípio da legalidade avulta, hoje, não tanto a importância da submissão à lei como manifestação da Vontade Geral representada nas assembleias parlamentares (o Governo tem poderes legislativos e uma legitimidade democrática, ainda que indirecta), mas, mais amplamente, a importância da vinculação da actividade administrativa por normas gerais e abstractas (quer sejam externas à Administração, quer sejam elaboradas pela própria Administração, pois a generalidade e a abstracção são, por si só, garantia de respeito pelos princípios da igualdade e da certeza jurídica).

(33) Ver, por exemplo, Vedel, *Droit Administratif*, Paris, 1976, pg 266 e 271 e Rivero, *Direito Administrativo* (tradução portuguesa), Coimbra, 1981, pg 90 e segs.

(34) O “Conseil d’État” considera-se competente para anular actos administrativos directamente contrários à Constituição, mas não dos que, sendo inconstitucionais, são conformes a uma lei, uma vez que não é competente para controlar a constitucionalidade das leis.

Este enfraquecimento da ligação entre princípio da legalidade e supremacia do Parlamento facilita a inclusão da conformidade à Constituição no conceito de legalidade.

Em todo o caso, a Administração está, em princípio, submetida à Constituição de forma indirecta, por força do princípio da hierarquia das fontes de Direito. No âmbito dos direitos, liberdades e garantias, o princípio da aplicabilidade imediata vem tornar essa submissão directa.

Veremos, em breve, como este conceito amplo de legalidade se revela útil em matéria de impugnação contenciosa de regulamentos.

4.2.4 *Implicações da questão com o princípio da separação de poderes*

Faz-se apelo, a propósito da questão da vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias, ao princípio da separação de poderes. A possibilidade de a Administração se recusar a aplicar uma lei inconstitucional seria contrária ao princípio da separação de poderes.

A separação de poderes é um instrumento de limitação do poder (“il faut que le pouvoir arrête le pouvoir”) e, nessa medida, de protecção do cidadão perante o poder do Estado. O sistema de controlos recíprocos de freios e contrapesos orienta-se finalisticamente para essa protecção.

Não deve, por isso, invocar-se o princípio da separação de poderes para diminuir essa protecção e em nome da simples defesa da invulnerabilidade do espaço reservado a um dos poderes. Assim se compreende que Helmut Michel afirme que o princípio da separação de poderes “não contraria a possibilidade de controlo por parte do poder executivo, antes o permite”⁽³⁵⁾. Vieira de Andrade, no mesmo sentido, afirma que a obediência cega à lei exclui a autonomia do poder administrativo como poder e a “sua possibilidade de actuar como contrapeso (responsável) dos poderes legislativo e judicial”.

Poderá, no entanto, dizer-se que é apenas ao Poder Judicial que cabe esta tarefa de limitação do Poder Legislativo. De facto, invoca-se o princípio do monopólio da competência de controlo da constitucionalidade das leis por parte dos tribunais para afastar a possibilidade de não aplicação de

(35) in “Normenkontrolle durch die Volziehende Gewalt” in *Neu Juristische Wochenschrift*, 1960, pgs 841 e segs.

uma norma inconstitucional por parte da Administração. Mas a questão deve ser focalizada, não como uma fiscalização da constitucionalidade das leis por parte da Administração, mas como a correcta interpretação do princípio da legalidade em sentido amplo (o qual, por força da aplicabilidade directa dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, se traduz, neste âmbito, em vinculação directa à Constituição).

4.2.5 A vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias e o dever de obediência hierárquica

A questão que vimos analisando não pode ser desligada das suas implicações com o dever de obediência hierárquica. Pode mesmo entender-se que a doutrina que tem sido defendida só vale para órgãos administrativos situados no topo da escala hierárquica. Neste sentido deveria ser entendida a expressão “entidades públicas”. São esses órgãos os directos e principais responsáveis pela prossecução das atribuições da pessoa colectiva pública⁽³⁶⁾ que estão em causa, dotados, por isso, de poderes de direcção, de superintendência e disciplinar. Só eles poderiam tomar uma atitude de tão longo alcance como a da recusa de aplicação de uma lei. Também serão quem, normalmente, mais habilitado cientificamente estará para o fazer.

Quando se trate de órgãos hierarquicamente subordinados, não está em causa, apenas, um eventual conflito entre os princípios da constitucionalidade e da legalidade. Está, ainda, em causa o dever de obediência hierárquica. E este, diante da legalidade, só cessa quando “o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime” (artigo 271.º, 3, da Constituição). Ao funcionário caberia, tão só, com base no artigo 271.º, 2, da Constituição, a representação às entidades hierarquicamente superiores (assim, Gomes Canotilho)⁽³⁷⁾.

No entanto, não nos parece que devam ser diferentes, neste caso, as consequências do princípio da aplicabilidade imediata. E, de qualquer modo,

(36) “Os responsáveis pela totalidade da função” (Robin de Andrade).

(37) Ver supra.

as consequências seriam as mesmas, quando se tratasse de executar actos administrativos ofensivos dos direitos, liberdades e garantias, os quais, como todos os actos nulos, não produzem efeitos, sendo, por isso, legítima a desobediência às ordens de execução por parte do funcionário. Deverá ser diferente a solução quando a ordem é, não para a execução de actos nulos, mas para a sua prática?

Correndo o funcionário o risco de ser punido por desobediência, caso o seu juízo de inconstitucionalidade da lei venha a ser considerado inadequado pelo tribunal que vier a julgar a sua conduta, a recusa de aplicação da norma inconstitucional será, na prática, reservada para casos extremos (limitando-se o funcionário, nos outros casos, à representação às entidades hierarquicamente superiores, com o que fica excluída a sua responsabilidade). Este tipo de factores de ordem prática não pode deixar de ser tido em consideração como atenuante da gravidade das consequências da possibilidade de recusa de aplicação de uma lei pelas entidades administrativas.

O mesmo sucede, de resto, com o direito de resistência dos particulares, o qual, pelas mesmas razões, se reservará, na prática, para casos extremos de violação dos direitos, liberdades e garantias.

4.2.6 *Conclusão*

Concluimos, pois, pela susceptibilidade de não aplicação de normas inconstitucionais por violação dos direitos, liberdades e garantias por parte das entidades administrativas. Não é possível introduzir limitações a este princípio sem cairmos em incoerência com os fundamentos de que se parte.

Já será admissível partir de uma presunção de constitucionalidade, tanto mais forte quanto menores os conhecimentos jurídicos do funcionário (a ponto de se poder tornar quase inilidível, salvo casos de flagrante e clamorosa inconstitucionalidade) e quanto menor a sua posição hierárquica. O facto de os funcionários administrativos não terem uma preparação adequada, cientificamente, para emitir juízos de inconstitucionalidade ou, mesmo quando a têm, não exercerem uma função judicial, não se guiarem por estritos critérios de justiça, mas também de conveniência e de oportunidade, justifica essa presunção.

O facto de o Tribunal Constitucional se ter pronunciado em sentido favorável à constitucionalidade torna a presunção, também, praticamente

inilidível. É certo que o Tribunal Constitucional não declara a constitucionalidade, que a questão da inconstitucionalidade da lei pode voltar a ser suscitada perante os tribunais, mas o facto de estarem em confronto, por um lado, os juízos de uma autoridade administrativa, que são, pelas razões apontadas, particularmente falíveis, e, por outro lado, os do órgão mais habilitado na matéria parece impôr esta solução. São, por outro lado, de aceitar as sugestões de João Caupers, atrás expostas. Deve presumir-se a constitucionalidade dos diplomas que, podendo ser sujeitos a fiscalização preventiva de inconstitucionalidade, não o foram efectivamente.

Com este tipo de considerações, não se pode dizer que caímos nos erros das posições que vimos criticando, nem que há incoerência com a posição que vem sido defendida.

Não se trata de admitir as consequências do princípio da aplicabilidade imediata apenas de forma selectiva (como faz, por exemplo, Vieira de Andrade). A presunção de constitucionalidade pode ser ilidida quando o funcionário administrativo estiver convencido da inconstitucionalidade, ainda que esta não seja evidente. Pode dizer-se que, no fundo, as sugestões que são avançadas (presunções de constitucionalidade) valem como conselhos de sensatez e boa política e não como regras jurídicas vinculativas.

4.3. A vinculação da actividade regulamentar da Administração pelos direitos, liberdades e garantias

Os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias vinculam a Administração estadual directa e indirecta, assim como as Administrações regional e autárquica, tanto a Administração agressiva, como a Administração prestadora de serviços.

A Administração está vinculada pelos direitos, liberdades e garantias, quer quando age por via individual e concreta (através de acto administrativo), quer quando age por via normativa (através de regulamento).

Foi aflorada, atrás, a ideia de que uma noção ampla de legalidade da Administração (que nela incluía a inconstitucionalidade) poderia ter relevância em matéria de impugnação contenciosa de regulamentos. Vejamos porquê.

Na doutrina portuguesa, entende-se que a competência para a anulação de um regulamento, por parte dos tribunais administrativos, deve ser limitada às hipóteses de legalidade desse regulamento devendo ser excluídas as hipóteses, de inconstitucionalidade, visto que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, de uma norma é reservada ao Tribunal Constitucional⁽³⁸⁾. Os particulares não podem requerer essa declaração (o nosso sistema não conhece formas de controlo de constitucionalidade equiparáveis ao “recurso de Amparo” ou à “Verfassungsbeschwerde”). Não poderão, pois, impugnar regulamentos inconstitucionais por violação dos direitos, liberdades e garantias. É certo que o poderiam fazer de forma indirecta, recorrendo de actos administrativos de aplicação dos mesmos (sendo, neste caso, o tribunal administrativo competente para conhecer incidentalmente da inconstitucionalidade dessas normas (artigo 207.º da Constituição)). Mas há regulamentos que são imediatamente executáveis, regulamentos que, nos termos da alínea i) do n.º 1 do artigo 26.º do D.L. 129/84, de 27/4 (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais), “produzem os seus efeitos imediatamente, sem dependência de um acto administrativo ou jurisdicional de aplicação”. Neste caso, pode dizer-se que o particular ficaria desarmado. E não se compreenderia que os regulamentos feridos de invalidades mais graves (inconstitucionais) estivessem sujeitos a um tratamento mais benévolo do que os regulamentos simplesmente ilegais. Nem se compreenderia que a situação do particular variasse conforme estivessem em causa regulamentos imediatamente executáveis ou regulamentos não imediatamente executáveis.

Se adoptarmos o referido conceito amplo de ilegalidade, já se poderá entender que no controlo directo da legalidade dos regulamentos pelos tribunais administrativos pode caber a questão da sua conformidade à Constituição.

Embora esta doutrina valha para qualquer tipo de inconstitucionalidade de um regulamento, pode entender-se que é reforçada, quando se trate de inconstitucionalidade por violação dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, pela vinculação das entidades públicas por esses mesmos preceitos.

(38) Vejam-se Afonso Queiró, “Lições de Direito Administrativo”, Coimbra, 1976, pg. 498 e Mário Esteves de Oliveira, op. cit., pg. 144.

4.4 *Sentido da expressão “entidades públicas”. A vinculação da Administração pelos direitos, liberdades e garantias quando recorre a formas de direito privado*

4.4.1 *Posições nas doutrinas alemã e portuguesa*

Cabe-nos, agora, analisar o problema da vinculação da Administração pelos direitos, liberdades e garantias quando prossegue os seus fins através de formas de direito privado. É questão que tem recebido respostas diversas na doutrina. Examinemos algumas.

Para Zippelius, a Administração estadual, directa e indirecta, está vinculada pelos direitos, liberdades e garantias, quando, utilizando formas de direito privado, devido à natureza dos assuntos, leva a efeito tarefas públicas (orientação da actividade económica, previdência, etc.). Está submetida, estritamente, ao princípio da igualdade de tratamento, não podendo escapar às limitações impostas pelos direitos, liberdades e garantias mediante uma “fuga para o Direito Privado”.

Surge a exigência de respeito pelos direitos, liberdades e garantias sempre que o Estado negoceia com base numa posição monopolista ou numa forte posição análoga (ainda que não se traduza em poderes de natureza jurídica).

Seria, no entanto, uma simplificação excessiva aceitar as limitações impostas pelo respeito pelos direitos, liberdades e garantias, duma maneira esquemática, em todas as relações jurídicas privadas em que intervenha o Estado.

Assim, muitas autovinculações voluntárias assumidas em face do Estado deverão ser respeitadas (ex: um correspondente de imprensa, colocado por uma entidade pública, que se obriga a usar o seu direito de liberdade de opinião duma maneira leal para com essa entidade). Por outro lado, em muitos casos, o Estado intervém no comércio jurídico como qualquer outra pessoa privada, de tal modo que não se verifica a necessidade de garantias especiais para a liberdade. Uma fábrica de cerveja do Estado, por exemplo, que participe nas relações jurídicas sob forma de pessoa privada, sujeita ao mesmo regime legal das empresas suas concorrentes, tem de dispôr de alguma liberdade para escolher os seus associados. Seria abusivo pretender que todos os donos de cervejaria tivessem a possi-

bilidade, com base no direito à igualdade de tratamento, de exigir daquela fábrica fornecimentos de cerveja em igualdade de circunstâncias⁽³⁹⁾.

Vieira de Andrade pronunciou-se em sentido não muito distante da opinião de Zippelius.

Não deve admitir-se que a Administração se possa furtar arbitrariamente a uma vinculação mais efectiva pelos direitos, liberdade e garantias, decidindo actuar por meio do direito privado. Ainda não é possível, no entanto, pôr em prática regras que permitam controlar a legitimidade da escolha entre actuação através do direito público e actuação através do direito privado.

“Entidades públicas”, para efeitos de aplicação do artigo 18.º da Constituição, não é o mesmo que pessoas colectivas públicas. Relevante para a inclusão na categoria de “entidades públicas” é uma situação específica de supremacia, a existência de poderes públicos de “imperium”. A razão de ser da vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias em termos mais exigentes do que as entidades privadas encontra-se, precisamente, neste privilégio de poder. Assim, serão “entidades públicas” as pessoas colectivas de direito privado que, na sua relação com os particulares, disponham de poderes públicos de “imperium” (empresas concessionárias de serviços públicos ou de obras públicas ou instituições de previdência). Mas estarão vinculadas pelos direitos, liberdades e garantias, mesmo quando recorram ao Direito Privado. Não serão “entidades públicas” pessoas colectivas públicas que não disponham desses poderes (pessoas colectivas públicas apenas com poderes organizatórios e certificativos, como instituições de previdência, ou, em princípio, os entes públicos de carácter económico), as sociedades de economia mista ou de capitais públicos, as pessoas colectivas privadas de utilidade pública ou certas sociedades de interesse colectivo⁽⁴⁰⁾.

A opinião de João Caupers coincide com a de Vieira de Andrade. O que, na perspectiva do cidadão, distingue a entidade pública, e se torna motivo de especial preocupação, é o facto de tal entidade não necessitar de outorgar qualquer contrato, ou de obter uma decisão judicial, para lhe impôr ou proibir determinada conduta⁽⁴¹⁾.

(39) ver “Teoria Geral do Estado”, Lisboa, 1974 (tradução portuguesa da 3.ª edição alemã), pg. 174 e 175.

(40) Ver op. cit., pgs. 266 a 269.

Para a teoria tradicionalmente defendida na Alemanha (por Zeidler e Bullinger, entre outros) na vigência da Lei Fundamental de Bona (contrária à que, na vigência da Constituição de Weimar, foi defendida, entre outros, por Fleiner e Jellinek), a Administração, actuando através do Direito Privado, estaria vinculada pelos direitos, liberdades e garantias, enquanto entidade pública, quando prosseguisse fins imediatamente públicos e obrigatórios⁽⁴²⁾ e, ainda, em caso de abuso de utilização do Direito Privado (para Dürig, neste caso, a vinculação far-se-ia de forma mediata, através de cláusulas gerais de direito privado)⁽⁴³⁾.

Hesse vai mais longe. A Administração está vinculada pelos direitos, liberdades e garantias, mesmo quando se trate de actos puramente domaniais (“fiskalische Verwaltung”), actos de gestão do seu património, em termos idênticos aos que caracterizariam a actividade de qualquer particular, cujos fins só mediatamente poderão ser considerados de natureza pública (ex: a Administração que compra material de escritório).

É inadmissível a “formação de uma reserva da actividade estadual fora da Constituição”, a possibilidade de desvinculação dos direitos, liberdades e garantias através do manejo das formas de direito privado.

Pode escolher-se a inaplicabilidade do Direito Administrativo, não a inaplicabilidade dos direitos, liberdades e garantias.

Falta provar, por outro lado, de acordo com o mesmo autor, o argumento de que a vinculação pelos direitos, liberdades e garantias limita significativamente a liberdade de manobra da Administração.

Há, no entanto, ainda segundo Hesse, que distinguir. A liberdade de manobra da Administração pode ser maior ou menor. É, por exemplo, maior na compra de um terreno ou num contrato de fornecimento contínuo do que na concessão de subsídios. Decisivas são as características da função que se realiza. De qualquer modo, a Administração nunca poderá, por exemplo, na compra de um imóvel, escolher o vendedor em virtude das suas concepções políticas ou da sua religião⁽⁴⁴⁾.

(41) Ver op. cit., pg. 154.

(42) No mesmo sentido se pronunciou, várias vezes, o “Bundesgerichtshof”.

(43) Ver Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, Vol. I, 4.ª ed. ref., Karbruhe, 1970, pg. 142.

(44) Ver op. cit., pg. 142.

Encontramos reflexo destas ideias na posição de Gomes Canotilho.

Para este autor, no entanto, não teria relevância prática a diferença entre vinculação enquanto entidade pública e vinculação enquanto entidade privada⁽⁴⁵⁾.

4.4.2 *Posição adoptada*

Qual será, então, a solução mais correcta?

Parece-nos, em primeiro lugar, que está fora de dúvida que a Administração está vinculada pelos direitos, liberdades e garantias quando actua por meio de contrato administrativo (como seria o caso de um contrato de fornecimento contínuo, a que Hesse se refere). Apesar de se tratar de um contrato, a Administração está dotada, em razão das exigências do interesse público, de poderes exorbitantes em relação ao direito comum (o poder de alteração do contrato, ainda que dentro de determinados limites, por decisão unilateral, designadamente).

Mas a Administração está vinculada pelos direitos, liberdades e garantias, enquanto entidade pública, mesmo quando actua recorrendo às formas de direito privado.

São muito discutidos os critérios de distinção entre pessoas colectivas de direito privado e de direito público (critério do fim, das prerrogativas de autoridade, da existência obrigatória, da criação estadual, etc.). Parece-nos que o critério a seguir deverá variar de acordo com as finalidades do Legislador ao consagrar cada uma das diferenças de regime jurídico entre pessoas colectivas de direito privado e pessoas colectivas de direito público. Assim, se não se quiser incluir pessoas colectivas de direito privado na categoria de “entidades públicas” a que se refere o artigo 18.º, 1, deve entender-se que o critério de distinção entre pessoas colectivas de direito privado e pessoas colectivas de direito público deve ser, para efeitos de aplicação deste artigo, específico e ter em conta a “ratio” da diferença de regime entre entidades públicas e entidades privadas.

Mas será que essa “ratio” é, como entende Vieira de Andrade, a da necessidade de particular protecção do particular que se depara com entidades dotadas de poder de autoridade (“jus imperii”), sendo, por isso, esse tipo de entidades que se inclui na categoria de “entidades públicas”?

Não nos parece que assim seja, pela razões seguintes.

(45) Ver op. cit., pgs. 565 e 566.

Aos direitos, liberdades e garantias há-de ser reconhecida uma dimensão valorativa e objectiva. O seu respeito impõe-se em qualquer tipo de relação jurídica, independentemente da existência ou não de posições de desigualdade (jurídica ou factual) entre os respectivos sujeitos. Viola, pois, os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias a atitude do condutor de táxi que se recusa a transportar um passageiro em virtude da sua raça, ainda que este possa, facilmente, tomar outro táxi.

A razão que justifica limitações à vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias nos mesmos termos das entidades públicas está, não no facto de as relações jurídico-privadas serem, em princípio, igualitárias, mas nos imperativos de respeito de um princípio, igualmente consagrado constitucionalmente, basilar numa sociedade livre e, em última análise, também ele decorrente, como os direitos, liberdades e garantias, da dignidade da Pessoa Humana, que é o princípio da autonomia privada, da autonomia dos indivíduos e grupos sociais menores (a família, de forma proeminente) perante o Estado.

Tal princípio concretiza-se, no âmbito que, neste momento, nos interessa, no princípio da liberdade contratual.

Quando o Estado recorre ao Direito Privado não se justificam limitações à plena vinculação pelos direitos, liberdades e garantias, precisamente porque não está em causa a necessidade de autonomia dos particulares. Não há um valor de autonomia que se imponha como limite aos direitos, liberdades e garantias (nem mesmo, obviamente, tratando-se de uma actividade de autarquias locais, cuja autonomia em relação ao Estado é valor constitucionalmente tutelado, porque não está em jogo a autonomia do privado perante o público). O recurso ao Direito Privado é um mero expediente técnico, destinado a facilitar uma maior maleabilidade da actuação da Administração. Não há um interesse próprio do Estado-empresário que possa entrar em conflito com os interesses do Estado-poder (o qual impõe a vinculação aos direitos, liberdades e garantias).

Mas não ficarão esta maleabilidade e esta liberdade de manobra afectadas pela vinculação pelos direitos, liberdades e garantias⁽⁴⁶⁾?

Devemos ter presente que os direitos, liberdades e garantias são um simples limite externo a essa liberdade de manobra. O princípio da igualdade de tratamento não impõe (retomando o exemplo de Zippel-

(46) Veja-se a tese de Zippellius, atrás exposta.

lius) a uma empresa pública de cervejas um fornecimento em igualdade de circunstâncias a todos os donos de cervejarias. A Administração é livre de escolher um critério que justifique um tratamento diferenciado dos outros contratantes. Ao comprar papel, por exemplo, pode escolher o outro contratante em função de critérios de menor preço, melhor qualidade ou outros. A vinculação pelos direitos, liberdades e garantias não impõe positivamente a escolha de um critério, apenas limita essa escolha de forma negativa. Não se pode recorrer a critérios discriminatórios, escolher, por exemplo, o outro contraente em função das suas opções políticas.

Não está, também, sujeita a controlo a conformidade de uma escolha concreta com o critério de que se partiu (saber se, de facto, o outro contraente é o que oferece condições de preço mais vantajosas), desde que essa desconformidade não seja indício de tratamento discriminatório.

Tudo isto se verifica, também, quanto à vinculação da Administração pelos direitos, liberdades e garantias quando exerce poderes discricionários. A vinculação limita negativamente a discricionariedade, mas não a elimina.

Podem, assim, ser consideradas “entidades públicas”, para efeitos de aplicação do artigo 18.º, 1 da Constituição, pessoas colectivas de direito privado (empresas públicas, se as considerarmos pessoas colectivas de direito privado, ou sociedade de capitais públicos).

Para além da vinculação pelos direitos, liberdades e garantias, pode a Administração estar sujeita a outro tipo de limites, estabelecidos na Constituição ou em leis ordinárias (estatutos de empresas públicas, designadamente), que podem variar de acordo com a actividade, as empresas ou a natureza dos contratos em causa. Pode, por exemplo, estabelecer-se a obrigatoriedade de concursos públicos.

Tais limites vêm provar como, mesmo quando recorre ao direito privado, a Administração pode estar sujeita a limites a que não estão sujeitos os particulares. Deve, assim, entender-se que a Administração nunca pode, de forma absoluta, despir-se da sua natureza pública e assumir a veste privada. Mesmo quando recorra ao Direito Privado, está sujeita, por exemplo, aos princípios da justiça e da imparcialidade (artigo 266.º, 2, da Constituição).

Mas estarão vinculadas pelos direitos, liberdades e garantias, enquanto entidades públicas, as pessoas colectivas privadas dotadas de poderes de autoridade (empresas concessionárias, por exemplo)? Qual a situação das

peças colectivas de direito privado e regime administrativo, bem como das peças colectivas privadas de utilidade pública?

Em princípio, está em causa, mesmo nestes casos, a autonomia destas entidades. Mas a atribuição de prerrogativas de autoridade ou, mesmo, de um tratamento fiscal privilegiado em relação às demais peças colectivas privadas pode exigir, como contrapartida, a limitação dessa autonomia no que se refere, pelo menos, aos direitos, liberdades e garantias. É assim, pela natureza das coisas, em caso de exercício de poderes de autoridade.

Por força do regime do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7/11, a não discriminação é condição de atribuição da qualidade de pessoa colectiva de utilidade pública. Desta disposição pode deduzir-se, “a contrariu sensu”, que, em princípio, por imposição dos princípios de respeito pela sua autonomia, mesmo as peças colectivas de fim altruístico estão vinculadas pelos direitos, liberdades e garantias enquanto entidades privadas. Para que lhes seja atribuída a qualidade de pessoa colectiva privada de utilidade pública, é que devem sujeitar-se a essa vinculação enquanto entidades públicas.

4.5 Sentido da expressão “entidades públicas”.

A questão da vinculação das partes contratantes em convenções colectivas de trabalho pelos direitos, liberdades e garantias

Tem sido problema discutido na doutrina alemã o de saber se entre as entidades públicas a que se refere o artigo 1.º, 3 da Lei Fundamental de Bona (correspondente ao artigo 18.º, 1 da Constituição portuguesa) se devem incluir as partes de convenções colectivas de trabalho.

Dürig recusa tal inclusão, afastando-se, dessa forma, de uma posição que se traduziu em várias decisões do BundesArbeitGericht e que se baseava na ideia de delegação de poderes de natureza pública nas entidades em causa. Já o mesmo não valeria, ainda segundo Dürig, no caso de portarias de extensão e de regulamentação, em que estamos, claramente, perante actos da Administração⁽⁴⁷⁾.

(47) Ver Maunz-Dürig, op. cit., anotação 115 ao artigo 1.º, 3.

O facto de os sindicatos contribuírem para a produção de normas (através da negociação colectiva), revestidas de sanção jurídico-pública (artigo 44.º da Lei de Relações Colectivas de Trabalho), bem como o facto de os seus fins não serem de livre escolha dos associados, estando tipificados na lei, é motivo para que alguns autores falem em personalidade “semi-pública” dos sindicatos⁽⁴⁸⁾.

Também se tem entendido que as convenções colectivas, porque fontes de Direito com valor idêntico ao das portarias regulamentadoras, estão sujeitas a controlo da constitucionalidade⁽⁴⁹⁾.

Parece-nos, no entanto, que os sindicatos e associações patronais não devem ser considerados “entidades públicas” para efeitos de aplicação do artigo 18.º, 1. Estão vinculados pelos direitos, liberdades e garantias enquanto entidades privadas. Trata-se de associações que têm como fins a representação e defesa dos interesses dos seus membros, de inscrição livre, e autónomas em relação ao Estado ou outras entidades públicas (artigo 56.º da Constituição). A contratação colectiva funda-se num princípio de autonomia colectiva e é, precisamente, como vimos, com base no respeito de princípios de autonomia que se compreende a diferença de regime entre vinculação das entidades públicas e vinculação das entidades privadas.

Tal não impede que se chegue, por outra via, aos mesmos resultados a que se chegaria se se considerasse os sindicatos e as associações patronais entidades públicas.

É que, neste caso, a autonomia não significa, pelas razões expostas de seguida, um limite à plena vinculação pelos direitos, liberdades e garantias.

Por um lado, a autonomia pode deixar de ser limite à vinculação pelos direitos, liberdades e garantias no mesmos termos das entidades públicas, quando se trate de relações de poder factual análogas às relações de poder do Estado perante os cidadãos. Não se poderá, então, considerar que estamos perante expressões genuínas de autonomia. É desse teor, em princípio, a relação de trabalho, o que justifica o carácter colectivo da contratação, bem como as invulgares limitações legais à autonomia contratual.

Por outro lado, às partes das convenções colectivas são conferidos poderes de natureza jurídica e as suas decisões vinculam os contratos

(48) Ver, sobre a matéria, Monteiro Fernandes, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, Vol. II, Coimbra, 1983, pg 69.

(49) Ver Vital Moreira e Gomes Canotilho, *op. cit.*, pg 482.

individuais de trabalho que, no seu âmbito, se venham a celebrar. A analogia com a relação Estado-cidadão é, aqui, mais acentuada, porque não se trata, apenas, de uma relação de poder social e económico entre empregador e trabalhador (se assim fosse, talvez se pudesse recusar a transposição automática, para essa relação, dos princípios que regem as relações Estado-cidadão), mas, de certa forma, de uma relação de poder jurídico entre as associações patronais e os sindicatos, por um lado, e os empregadores e trabalhadores, individualmente considerados, por outro (não podendo, obviamente, admitir-se a ideia de delegação nos primeiros de faculdades de renúncia a direitos, liberdades e garantias, mesmo que estes possam ser renunciáveis pelos seus titulares).

Poderá, ainda, fazer-se apelo à ideia, atrás referida, de vinculação plena pelos direitos, liberdades e garantias (nos termos das entidades públicas) como contrapartida da atribuição de poderes de natureza jurídico-pública (a eficácia das convenções colectivas).

5. A Vinculação do Poder Judicial

Pode entender-se que a vinculação dos tribunais pelo direitos, liberdades e garantias se traduz no dever de não aplicação, pelos primeiros, do preceitos legais que não respeitem (artigo 207.º da Constituição) tais direitos, liberdades e garantias, ou que não respeitem as condições a que está sujeita a intervenção legislativa nesta matéria (artigo 18.º, 2 e 3, da Constituição). Traduzir-se-ia, ainda, por outro lado, no dever de interpretação conforme à Constituição dos preceitos relativos a essa matéria⁽⁵⁰⁾.

Em sistemas como o alemão pode atribuir-se um sentido mais amplo à vinculação do Poder Judicial pelos direitos, liberdades e garantias.

Por meio da “*Verfassungsbeschwerde*”, pode qualquer particular recorrer para o Tribunal Constitucional de uma sentença judicial que viole os seus direitos fundamentais, depois de esgotados os recursos normais e num prazo de um mês.

O princípio da vinculação do Poder Judicial pelos direitos, liberdades e garantias traduz-se, neste sistema, não apenas na protecção dos mesmos,

(50) Ver Jorge Miranda, op. cit., pg. 498, Vieira de Andrade, op. cit., pgs. 568 e 569 e Gomes Canotilho, pgs. 562 e 569.

através dos tribunais, mas também na protecção dos mesmos contra os tribunais.

Os tribunais estão vinculados aos direitos, liberdades e garantias no decurso da sua actividade processual (no “como” da sua actuação), não só em relação a direitos especificamente processuais (os que estão previstos nos artigos 101.º a 104.º da Lei Fundamental de Bona), mas também a regras mais gerais, como o princípio da igualdade⁽⁵¹⁾.

Os tribunais não podem, por outro lado, violar os direitos, liberdades e garantias através do conteúdo das sentenças. São susceptíveis de recurso todas as sentenças de que resulte uma violação dos direitos, liberdades e garantias, quer porque se aplica uma lei inconstitucional, quer porque, por erro de interpretação (exclui-se o erro de facto, segundo a jurisprudência e a doutrina), a aplicação de uma lei constitucional limitadora dos direitos fundamentais conduz, no caso concreto, a um resultado inaceitável. Em matérias administrativas e penais, não se exige que a questão tenha sido invocada pelas partes na instância inferior, ao contrário do que sucede em matérias de Direito Civil⁽⁵²⁾.

Não conhecendo o Direito português qualquer regime semelhante, não há uma protecção específica contra sentenças judiciais que violem os direitos, liberdades e garantias.

Essa protecção decorre, no entanto, reflexamente, da sujeição dos tribunais à Lei e à Constituição e do sistema normal de recursos.

6. Os Actos de Governo

Deve entender-se que, também no exercício da função política ou governamental, estão os órgãos do Estado vinculados pelos direitos, liberdades e garantias. Isto decorreria, desde logo, da sujeição de todos os actos estaduais (também dos actos de governo, portanto) à Constituição (artigo 3.º, 2, da Constituição).

(51) Não pode, por exemplo, invocar-se o princípio da livre apreciação das provas para se recusar a vinculação pelo princípio da igualdade.

(52) Ver, sobre o sistema alemão, Maunz-Dürig, op. cit, anotações 118 a 126 ao artigo 17.º, 3.

Segundo Vieira de Andrade, deverá entender-se que o Presidente da República tem o dever de utilizar o seu direito de veto e de não promulgar diplomas que considere violadores dos direitos fundamentais. Por outro lado, o indulto, a comutação de penas e a concessão de amnistias devem ser considerados, em caso de violação de direitos, liberdades e garantias, poderes juridicamente vinculados e não prerrogativas arbitrárias de clemência.

Está, ainda, vinculado pelos direitos, liberdades e garantias, o poder dirigente da política externa (que se inclui na função política) ⁽⁵³⁾.

Lisboa, 2 de Janeiro de 1987

(53) Ver, sobre a matéria deste capítulo, Vieira de Andrade, op. cit., pg. 270, e Gomes Canotilho, op. cit., pg. 569.

BIBLIOGRAFIA

- CAETANO (Marcelo), "*Manual de Direito Administrativo*", tomo I, 10.^a edição, Lisboa, 1973
- CAUPERS (João), "*Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*", 1985
- FROMONT (Michel), "*La Protection des Droit Fondamentaux en République Fédérale d'Allemagne*", in *Recueil d'Études en Hommage à Charles Eisennam*, Paris, 1977
- GOMES CANOTILHO (José Joaquim), "*Direito Constitucional*", Vol. I, 2.^a edição, Coimbra, 1980
- HESSE (Konrad), "*Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*", Vol. I, 4.^a edição ref., Karlsruhe, 1970.
- MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, SCHOLZ, "*Grundgesetz: Kommentar*", Vol. I, Munique, 1966
- MICHEL (Helmut), "*Normenkontrolle durch die Vollziehende Gewalt*", in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960
- MIRANDA (Jorge), "*O Regime dos Direitos, Liberdades e Garantias*", in *Estudos sobre a Constituição*, Vol. III, Lisboa, 1979
- MIRANDA (Jorge), "*Direito Constitucional — Direitos, Liberdades e Garantias*", (lições da Universidade Católica Portuguesa), Lisboa, 1980
- MIRANDA (Jorge), "*Manual de Direito Constitucional*", Vol. I, tomos I e II, 1981 e Vol. II, 2.^a edição, 1983

- MONTEIRO FERNANDES (António de Lemos), "*Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*", Vol. II, Coimbra, 1983
- QUEIRÓ (Afonso), "*Lições de Direito Administrativo*", Vol. I, Coimbra, 1976
- QUEIRÓ (Afonso) e BARBOSA de Melo, "*A Liberdade de Empresa e a Constituição*" in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1967
- RIVERO (Jean), "*Droit Administratif*", 7.^a edição, Paris, 1975
- RÜFNER (W.) "*Formen Öffentlicher Verwaltung in Bereich der Wirtschaftlichen*", 1967
- VEDEL (Georges), "*Droit Administratif*", 6.^a edição, Paris, 1976
- VIEIRA de ANDRADE (José Carlos), "*Direito Constitucional — Direitos Fundamentais*", policopiado, Coimbra, 1977-78
- VIEIRA DE ANDRADE (José Carlos), "*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*", Coimbra, 1983
- VITAL MOREIRA-GOMES CANOTILHO, "*Constituição da República Portuguesa Anotada*", Coimbra, 1978 e 1.^o volume da 2.^a edição (revista e ampliada), Coimbra, 1984
- ZIPPELLIUS (Reinhold), "*Teoria Geral do Estado*" (tradução portuguesa da 3.^a edição alemã), Lisboa, 1974

ESTUDOS

A. M. PESSOA VAZ
Ord. Professor of Faculty of Law University of Coimbra
Portugal

J. ÁLVARO DIAS
Master of Law University of Coimbra
Portugal

**LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION
DES JUGEMENTS ETRANGERS JUDICIAIRES
ET ARBITRAUX EN MATIERE CIVILE
ET COMMERCIALE AU PORTUGAL (*)**

(*) Relatório nacional apresentado no 8.º Congresso Internacional de Direito Processual,
Utrecht, 24-29 de Agosto de 1987.

SOMMAIRE

I. INTRODUCTION

Notions préliminaires:

1. Définition du problème, délimitation, complexité et lignes d'orientation de son objet dans le cadre du présent Rapport National.
2. Présupposés et importance théorique et pratique du thème spécifique de ce topique.
3. Droit en vigueur (judiciaire et arbitral):
Convention de Bruxelles de 1968; doctrine; jurisprudence; perspectives de politique législative et conventionnelle Portugaise.
4. Plan d'exposition, d'après les directives des rapporteurs généraux: approche des thèmes centraux et plus importants pour le Droit Portugais *commun et conventionnel*, en termes généraux, avec quelques topiques de développement.

II. FONDEMENT DU PRINCIPE DE LA RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS ETRANGERS

1. Difficultés pratiques, techniques et dogmatiques à dépasser.
2. Evolution historique et systèmes en vigueur dans l'actualité.

III. LE DROIT PORTUGAIS

1. Considérations générales.
2. Le système portugais en tant que système de révision formale imparfaite.
3. Conditions nécessaires à la confirmation et à l'exécution des jugements étrangers.
4. L'ordre public.
5. Obstacles à la confirmation.

IV. LA CONVENTION DE BRUXELLES

1. Breve note historique: La Convention apparaît comme un «instrument d'intégration européenne», comme un «*Traité fédérateur*».
2. Caractéristiques principales et innovations plus hardies (un «*Traité révolutionnaire*».
3. Object primordial de la Convention: — procurer et faciliter «*la libre circulation des jugements dans le Marché Commun*».
4. La Convention en tant que premier pas vers la création d'un «*Code Judiciaire Européen*».
5. La grande réceptivité de la *Doctrine* portugaise face au besoin urgent de ratification de la *Convention de Bruxelles*.

V. ARBITRAGE

(Reconnaissance et exécution des jugements arbitraux étrangers):

1. Considérations préliminaires.

2. Droit en vigueur matérialisé en *deux niveaux normatifs*: législation *commune interne* et droit *conventionnel international* (*Protocole et Convention de Genève* de 1923 et 1927 respectivement).
3. *Droit comparé*: Vision panoramique et *évolution*: *Convention de New York*, 1958; et *Loi-modèle* de la CNUDCI de 1985.
4. *Politique législative*: Perspectives a court et moyen délai. La doctrine et le législateur portugais *favorables* au changement et *perfectionnement* de la législation en vigueur.

VI. NOTE CONCLUSIVE

VII. BIBLIOGRAPHIE GENERALE

VIII. BIBLIOGRAPHIE NATIONAL

XIX. NOTES REMISSIVES

X. INDEX GENERAL



I. INTRODUCTION

Notions élémentaires

Notions élémentaires

1. En face de sa nature particulière et de la grande importance et transcendance de ses objectifs et de ses présuppositions fondamentaux: — une «*Réalité politique*» (traduite dans une organisation de la communauté international en États souverains et indépendants, dotés de l'autonomie législative et juridictionnelle); et une «*Realité sociologique*» (traduite, à son tour, dans l'existence constante et dans la progressive intensification des relations internationales de nature privée, civiles et commerciales) — il s'ensuit que le Droit International Privé (DIP), qui vise discipliner et permettre la réalisation concrète et effective à tout ce vaste ensemble de réalisations judiciaires inter-individuelles en résolvant les multiples problèmes qu'elles suscitent), constitue dans l'opinion générale des auteurs, un des branches plus complexes et plus délicats de la Science du Droit de nos jours. ⁽¹⁾

1.1. D'autre part, parmi les grands thèmes classiques de la théorie du DIP: — le problème du «droit des étrangers»; — des «conflits de lois» (ou de la compétence législative); — des «conflits de juridiction» (ou de la compétence juridictionnelle); — e, enfin, le problème de l'efficacité dans un État (État requis, de for ou *ad quem*) des droits acquis ou déclarés par jugement dans les tribunaux d'un autre État (État d'origine ou *a quo*) ⁽²⁾ — les dernières problèmes, et plus accentuablement le dernier (dont on s'occupe dans ce Rapport national), constituent, selon l'opinion d'éminents internationalistes, soit portugais

⁽¹⁾ Cf. Bibliographie générale portugaise.

⁽²⁾ V. infra, p. 7.

(Profs. *Machado Villela* et *Ferrer-Correia*), soit étrangers ⁽³⁾, les thèmes de plus grande intérêt pratique (et pas seulement technico-dogmatique) de toute cette problématique du DIP. Il suffit de relever, comme le fait le dernier auteur cité:

«le nombre assez considérable des traités bilatéraux et multilatéraux qui ont été conclus en ce domaine après la deuxième guerre mondiale et surtout dans les trois dernières décennies.» ⁽⁴⁾ *Ferrer-Correia*, op. cit. 2, p. 105.

1.2. Et en cherchant à «établir les plus nettement possible les frontières de ce problème», l'auteur en référence souligne que «reconnaître un jugement étranger, c'est lui accorder dans un pays tiers — État *ad quem* — les effets qui lui revient d'après la loi de celui où il a été rendu, État *a quo* —, ou, du moins, quelques-uns de ces effets. Et que les conditions de la reconnaissance pouvant varier la nature de l'effet particulier que l'on a en vu, — souligne encore — qu'il convient de rappeler, dès l'abord, la *typologie* des effets des jugements».⁽⁵⁾

Et à ce propos il indique à suite que dans cette typologie «des effets propres du jugement considéré comme tel — ceux qui tiennent à sa nature d'acte juridictionnel — sont l'autorité de la *chose jugée* et la *force exécutoire*.»⁽⁶⁾

Il y a aussi des autres effets des jugements: parfois, un effet *constitutif*, et quelques autres (effets *secondaires* ou *latéraux*); finalement, le jugement être envisagé comme un *titre*, un moyen de preuve — c'est la question de la *force probante* ou de l'effet probatoire du jugement, qui ce pose alors. ⁽⁷⁾

1.3. Mais dans ce rapport, comme en result du titre du topique 7 nous nous limiterons seulement à analyser les deux effets principaux des jugements: — la *chose jugée* et la *force exécutoire* des décisions judiciaires et arbitraux.

⁽³⁾ Cf. du première auteur «Tratado Elementar», I vol., p. VII et de le deuxième Leçons de D. I. P., 1973, p. 3; et d'entre les auteurs étrangers, Batifol et le Lágarde, *Traité 7^{ème}*, 1977, p. 381 ss.

⁽⁴⁾ Auteur cité, p. 103.

⁽⁵⁾ Ferrer Correia, *idem*, p. 106.

⁽⁶⁾ *Idem*, p. 106.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

Dans la suite de cette matière, nous nous efforçons de suivre les lignes d'orientation tracée par les éminents rapporteurs généraux de ce *topique* (les Professeurs *Kerameus* et *Barbosa Moreira* dans l'excellent et assez complet «questionnaire» envoyé par le premier de ces auteurs aux rapporteurs nationaux.

Ainsi, nous nous proposons d'examiner les points suivants:

1.3.1. *Premièrement*, et plus en détail, les solutions consacrées par le droit positif portugais actuellement en vigueur — avec quelques observations relatives à notre évolution historique et législative.

1.3.2. *Deuxièmement*, nous aborderons aussi, mais d'une façon plus rapide et plus synthétique, la position critique de la doctrine portugaise et du législateur national, en face aux innovations et au progrès introduits par les différentes conventions bilatérales et multilatérales plus modernes, qu'existent aujourd'hui dans un grand nombre de pays, et surtout la *Convention de Bruxelles* de 1968, en ce qui concerne le problème de la reconnaissance *automatique* ou *de plan* des jugements étrangers, mais aussi en ce qui concerne d'autres importantes innovations aussi consacrées par cette Convention; nommément, la *dispense de contrôle* de la compétence international du tribunal *a quo*, *l'inexistence de contradictoire* dans la fase exécutoire, l'expresse *prohibition* de tout révision au fond, etc.

1.3.3. Nous ferons, *finalement*, quelques breves considérations conclusives sur les *lignes de tendance* vérifiées dans les plus récentes reformes réalisées, ou en cours de réalisation, soit dans la législation portugaise, soit dans le droit comparé.

1.4. Pour définir, avec un minimum de rigueur, l'encadrement historique — positif et logique — dogmatique soit, celui du droit portugais actuel, soit celui de la *Convention de Bruxelles*, qu'on a mentionné ci-dessus, quant au problème qu'on est en train de focaliser dans ses multiples manifestations et implications, nous jugeons indispensable (ou, au moins, de grande intérêt méthodologique et systématique) tracer d'abord un bref schéma ou vision panoramique du *fondement* du principe de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, ou à la première de l'*évolution* des différents systèmes historiques et doctrinales qu'on dominé cette matière:

1.4.1. Dès un système *extrême* (de *territorialité stricte*), que *nie* en principe toute et quelque reconnaissance dans l'État de for aux jugements judiciaires prononcés dans un autre État.

1.4.2. Jusqu'à système diamétralement contraire, de la plus ample *extra-territorialité* avec la conséquente reconnaissance et exécution *de plan* et *automatique* de tous les jugements étrangers dans l'État de for ou *ad quem*.

1.4.3. Passant par d'autres et différentes modalités ou gradations de solutions *intermédiaires* (pas toujours clairement définies par les auteurs), où la reconnaissance est, en principe, admissible, dès qu'il soit observées déterminées *conditions* de forme et de fond et d'autres natures, lesquelles ont quelques aspects fondamentaux *communs* (comme, par exemple, l'exigence constante de la *compétence internationale* du tribunal *ad quo* ⁽⁸⁾ (*Ferrer Correia, Machado Villela, Alberto dos Reis*, etc.); et d'autres aspects particuliers spécifiques, dans une ligne de solutions assez diversifiée et complexe, quelques fois très difficile de se reconduire aux modèles systématiques propres et raisonnables, quoique de nature mixte. ⁽⁹⁾

— Cette difficulté est particulièrement accentuée et notoire quand on veut, précisément, définir le *cadre des conditions* de la reconnaissance et de l'exécution (revision de mérite ou délibération; différentes modalités de systèmes mixtes de contrôle; nature et limites du respect de l'*ordre publique*; la sauvegarde des règles des conflits et des droits de défense des nationaux du tribunal de for; réciprocité; etc.

1.5. Mais je tiens à insister, dès cette Introduction, quoique à titre préliminaire (à fin de clarifier, au départ, quelques idées fondamentales sur le thème en analyse), que dans le cadre mentionné des conditions et des qualités requises pour la reconnaissance, le problème de la *compétence internationale* du tribunal d'origine, a obtenu, en effet, dans l'ensemble de la doctrine générale, une position d'exceptionnelle importance.

⁽⁸⁾ Ferrer Correia, n° 2, p. 121; M. Vil., n° 1, p. 31 ss. et A. Reis, cit., p. 196.

⁽⁹⁾ Cf. infra, p. 28 ss.

Ainsi, parmi nous le Professeur Ferrer-Correia soutient que «d'entre les conditions généralement exigées pour qu'un jugement étranger soit reconnu, c'est à la compétence international du tribunal d'origine qu'il faut attribuer le rôle d'élément capable de fournir à la règle de la reconnaissance sa *explication logique* — sa *justification conceptuelle*»⁽¹⁰⁾ (Cf. auteur cité «*La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*» (Droit Comparé), in «Estudos vários de direito», Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 1982, p. 120; et aussi du même auteur l'étude «*Breves reflexões sobre a competência internacional indirecta*», dans le même oeuvre, p. 195).

Et dans un autre passage du premier des études indiquées, Ferrer-Correia réaffirme, de manière catégorique, que «l'existence de compétence internationale chez l'État qui a rendu le jugement» est la condition «véritablement *primordiale* de cette reconnaissance et en quelque sorte le vrai *pivot* du système»⁽¹¹⁾ (Cf. op. cit., idem, p. 121).

En resumant, Ferrer-Correia conclue, que «les États reconnaissent les jugements en provenance d'un pays étranger, en vue des *objectifs pratiques* signalés plus haut, parce que (et quand) ils estiment que le tribunal d'origine était en mesure d'exercer *légitimement* son pouvoir juridictionnel dans le cas d'espèce, car ce tribunal (d'origine) c'est réellement maintenu dans les limites de sa compétence internationale»⁽¹²⁾ (Cf. op. cit., idem, p. 121).

Et une pensée semblable apparaît aussi clairement énoncé par quelques éminents auteurs étrangers. En effet, Franceskanis, a soutenu que «le contrôle de la compétence du juge étranger est l'axe autour duquel, en tous pays, pivote le système de la reconnaissance des décisions étrangères» (Cf. «*Revue Critique*, 1972, p. 529)⁽¹³⁾; et dans le même sens on peut citer Morelli, «*Diritto Processuale Civile Internazionale*», 1967, p. 313, s.) et spécialement Droz, lequel a son tour affirme que «en droit commun, la *régularité* de la compétence du juge d'origine, et *son contrôle* par le juge requis, constitue la *Pierre de touche* des règles de conflits de juridiction»⁽¹⁴⁾ (Cf. op. cit. *infra*, n° 1.5, p. 303).

⁽¹⁰⁾ Cf. les deux ouvrages mentionnées au texte, p. 120 et 195.

⁽¹¹⁾ Cf. idem, p. 121.

⁽¹²⁾ V. Bibliographie générale, Ferrer-Correia 2, p. 121.

⁽¹³⁾ Cf. idem, p. 529.

⁽¹⁴⁾ V. Bibl. générale, p. 303 et vidé, aussi Fernandes Costa, op. cit., in Bibl. portugaise, p. 30 ss.

1.6. Toujours dans le cadre des idées *préliminaires* de cette Introduction, il faut dès maintenant, faire référence à cette dernière qualité requise pour la reconnaissance internationale du tribunal *ad quem*, tel qu'on la trouve réglementée dans la *Convention de Bruxelles* de 1968.

Car il s'agit d'une des plus importantes et des plus applaudis *innovations* de cette Convention (indirectement cités dans le *Questionnaire du Professeur Kerameus*): la *dispense*, ou même l'*interdiction* du contrôle de la compétence internationale de la Juridiction de l'État d'origine (art. 28.3).

Malgré l'apparente contradiction infranchissable entre cette innovation de la *Convention* de 1968 et le *principe général* de l'exigence de la compétence internationale du tribunal *a quo* déjà référé, il faut souligner qu'aussi bien la doctrine étrangère (A. L. Droz, op. cit., 1972, p. 304) ⁽¹⁵⁾ que la doctrine portugaise (Ferrer-Correia, op. cit. supra, p. 11) défendent l'énorme portée de cette innovation, dans le cadre de la création d'un vrai *droit commun* de la compétence internationale, *directe*: droit commun *uniforme* d'un côté; droit commun résultant de la *justaposition* des règlements internes des *divers États* de la communauté de l'autre côté. (Ferrer-Correia, op. cit. supra, n.º 2-3 nota: pp. 185 et 214 respectivement). ⁽¹⁶⁾

L'auteur cité insiste vigoureusement dans la défense de cette «*lecture*» de l'art. 28, al. 3 de la *Convention de Bruxelles*: en affirmant même que ce nouveau précepte conventionnel, au lieu d'atténuer, *renforce* l'importance du principe de la «*compétence internationale*» du Tribunal d'origine, en tant que base pour la reconnaissance des jugements étrangers. — Par l'intermédiaire d'une argumentation subtile, mais, d'après nous, d'une incontestable *cohérence logique* et *fort réaliste*, Ferrer-Correia défend que «la raison du art. 28, 3 de la *Convention CEE* en est que le contrôle de la compétence est *aparu*, comme *depourvu d'intérêt* dans le cadre d'un traité posant des règles *très précises* au stade de la *compétence directe*, et qui par ailleurs, voulait *favoriser* au maximum la «*circulation des jugements*» (cf. op. cit. supra, n.º 2-185). ⁽¹⁷⁾

Il convient d'observer que ce principe a été aussi clairement défendu par Droz lorsque cet auteur a affirmé à son tour:

⁽¹⁵⁾ Cf. in *Bibl. générale*, 1, p. 31 et note 1.

⁽¹⁶⁾ V. in *Bibl. portugaise*, op. cit., 2, p. 214.

⁽¹⁷⁾ V. *Bibl. cit.*, idem.

«Puis que, d'une part, La Convention posait des règles de *compétence directe très strictes* avant un caractère *impératif*, donc sujettes à contrôle des Cours Suprêmes, et que, d'autre part, elle interdisait de *revenir sur le fond* de l'affaire, il devenait *inutile* de conserver un contrôle sur une question après tout *mineure*» Partant de l'idée qu'en qui concerne le fond (et pour les parties c'est *ce qui importe!*), les juges des États contractants étaient tous *presumés* parfaitement *intègres* et professionnellement compétents, pourquoi ne pas étendre cette *présomption* à leur appréciation des règles de compétence edictées par un Traité, qui devient à leurs yeux «la loi au même titre que celles qu'ils appliquent pour résoudre le litige lui-même?»

«Un contrôle de la compétence eût été, dans ces conditions, aussi *paradoxal* — et *attentatoire à la dignité* des juges des États contractans que le contrôle, en droit commun, de la compétence interne du juge étranger ou de la régularité de la procédure suivie à l'étranger, lorsque *toute révision au fond est éliminée*». (18)

1.6. Nous sommes persuadés que cette position de grand ouverture «et total agrément» que Ferrer-Correia, à la suite de Droz et d'autres auteurs, a défendu face à cette délicate question, et plusieurs autres innovations plus hardies de la *Convention de la CEE*, — qui a déjà été qualifiée un «*Traité révolutionnaire*» (Droz, un «*Traité fédérateur*» (Goldam) et «l'aurore d'un future code judiciaire européen» (G. et Holleaux) (cf. *apud Mota Campos*, op. cit., p. 87 et plusieurs auteurs par lui cités) (19) constitue une des principales lignes d'orientation à signaler dans l'actuelle doctrine portugaise plus qualifiée et progressive pour la *future évolution* de notre législation positive ce très important domaine de la *reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers* — dans le sens de la construction d'un *vrai droit communautaire uniforme* et de sa réglementation *conventionnelle* à travers la *ratification* du Traité en analyse. Puisque, à notre avis, nous sommes persuadés qu'on peut prophétiser que cette actuelle position de la doctrine portugaise responsable peut devenir *décisive* pour une

(18) Cf. Droz, op. cit., in *Bibl. générale*, 1, p. 272 et 303 ss..

(19) Cf. auteur, cité in *Bibl. portugaise*, p. 87 ss..

très rapide et opportune *ratification* au Portugal de la Convention de Bruxelles de 1968, donnant ainsi réalisation effective à l'art. 220 du *Traité de Rome*:

— d'ailleurs, le premier pas en a déjà été par le Decret d'Adhesion de 1/6/85 (cf. Mota Campos, *op. cit.*, p. 87). ⁽²⁰⁾

1.7. Une fois terminée cette court introduction par une *vision prospective*, quoique extrêmement concise, de l'évolution *previsible* du Droit International Privé au Portugal, dans le cadre actuel de l'orientation de la *Convention de Bruxelles*, qui constituera le dernier thème à développer dans la *partie conclusive* de ce Rapport National, nous allons passer rapidement à l'analyse du premier point du *Plan* de cette étude, esquissé au début (cf. *supra*, n° 1.3), à fin de définir la position actuelle du Droit Portugais face à l'object central de notre rapport. Et pour une plus facile et rigoureuse approche et encadrement historique, logique et dogmatique de son object, nous allons commencer par faire la référence préalable déjà annoncée au problème du «fondement» de l'institut de la reconnaissance des jugements étrangers (judiciaires et arbitraux) qui ont dans l'actuel Droit Portugais, en ce qui concerne le plan normatif interne, un traitement et une solution presque uniforme (arts. 1094 ss., 1097, 47 et 95 du CPC de 1961).

II. FONDEMENT DU PRINCIPE DE LA RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS ETRANGERS

1. Difficultés conceptuelles dans la justification de l'Institut

Une idée nucléaire qu'on aperçoit facilement est la suivante:

D'après l'affirmation du principe de la souveraineté de l'État et de la conséquence indépendance des États et l'inhérente réfutation du droit commun roman

⁽²⁰⁾ Cf. *idem*.

qu'a informé le Moyen Âge et dans lequel l'efficacité au-delà des frontières (*extra territorium*) ne posait pas de problèmes, une question fondamentale se pose:

Comment justifier qu'un État sanctionne, accepte la production dans ses frontières des effets de décision dont il n'a pas joué un rôle de protagoniste, c'est à dire, dont il n'a pas été le titulaire du «*jus decidendi*»?

Cette question est bien difficile lorsque, comme on le sait bien, au *XVII^{ème} siècle et par l'influence de l'école hollandaise* on a accepté critique-ment le principe de la stricte territorialité des jugements.

En effet — on défendait — le magistrat ne peut pas se lier à un État dont il n'a pas reçu des pouvoirs.

À cette question a donné des différentes réponses consonant les grands courants de la pensée que historiquement et dès lors on a adopté.

Mais toutes ces réponses n'ont pas été satisfaisantes même si elles, sont à peu près séduisantes.

L'idée qu'on peut relever est celle d'une *justice* qu'on ne peut pas considérer comme *matériel*, sous peine de tomber systématiquement dans une révi-sion de «*mérite*», mais seulement *formel*, où les valeurs essentiels sont ceux de la *securité* et de la *stabilité* de la vie juridique internationale, à fin de ne pas frustrer les expectatives des parties et des tiers. Ces expectatives enracinent dans le fait d'une quelque situation juridique avoir été définie par un tribunal, dont la décision a la force du *fait jugé* dans le pays où elle a été prononcée, et qu'on ne doit pas sous-estimer. C'est dans cette idée que résident la force et le *fondement* du principe de la reconnaissance des jugements étrangers.

2. À titre préliminaire, on dirait qu'il a une série d'obstacles de poids à la reconnaissance des jugements étrangers.

Ainsi:

- le principe de la souveraineté, déjà mentionnée, que peut prendre, quel-ques fois, des *dimensions exagérées*.
- la peur de que la décision *ait nuit* un des litigants, surtout s'il est un sujet de l'État de for ou s'il y est résident.
- la possibilité du tribunal qui a prononcé le jugement qu'on veut voir reconnu ou confirmé, avoir *excedé sa compétence*.

Résumé: le majeur ou le moindre poids attribué à ces considérations conditionne la position adoptée par les différents États, comme nous l'avons souligné ⁽²¹⁾: que vonte des ceux qui *réfuser l'exécution des décisions prononcées à l'étranger* à ceux qui font la *reconnaissance automatique* ou «*ipso jure*» de ces décisions.

Entre ces positions extrêmes, on peut trouver des solutions intermédiaires ⁽²²⁾, soit le cas du *système de la reconnaissance par voie d'exequatur*, c'est-à-dire la *Révision ou le contrôle préalable* (Italie, Brazil, Portugal), soit un autre système où le jugement étranger n'est pas reconnu *directement*. ⁽²³⁾

Dans ce dernier cas l'État peut concéder à la partie intéressée le droit d'*intenter un procès dans le pays où elle veut faire valoir la décision, ayant comme fondement seulement le jugement étranger (actio judicati)*. Ça se passe génériquement dans le droit anglais et dans le droit américain. ⁽²⁴⁾

3. Mais il faut faire quelques considérations à ce propos pour tracer un bref cadre panoramique de l'*évolution historique et doctrinale* de cet institut. Ainsi:

«On sait que pendant le Moyen Age, notamment pendant l'époque de splendeur de la théorie italienne des status, les juristes essayaient de résoudre les problèmes de ce que nous appelons aujourd'hui le droit international privé en se plaçant dans une perspective juridique unitaire, celle du droit commun: le droit romain: parce que ce droit constituait le cadre juridique général où les status ou droits particuliers trouvaient leur raison d'être et leur fondement ⁽²⁵⁾. Dans ces circonstances, l'efficacité (*extra territorium*) des jugements étrangers ne saurait soulever des difficultés particulières; et, en effet, nous trouvons cette idée admise à partir du XI^{ème} siècle, qui dans le cadre d'une *conception unitaire* du phénomène juridique, qui devrait vite aboutir à cette idée que pour

⁽²¹⁾ V. supra, p. 9 ss.

⁽²²⁾ Cf. supra Introduction, n° 1.4.3, p. 10.

⁽²³⁾ Ibidem.

⁽²⁴⁾ Cf. par tous Ferrer-Correia, in *Bibl. portugaise*, 4, p. 27.

⁽²⁵⁾ Cf. Ferrer-Correia, «*Réconnaissance*», cit., p. 113.

chaque litige *un seul* juge compétent et la décision émise par ce juge la seule *valable*, il fallait, donc, l'accepter comme telle partout.»^o

Mas, «par la suite avec l'avènement de la conception de la souveraineté étatique et de l'indépendance des États, la formation des grands États territoriaux, et la répudiation définitive de l'existence d'un droit commun, d'autres idées se firent jour. Ainsi au XVII^{ème} siècle, l'influence des juristes de l'école néerlandaise, c'est le principe de la stricte territorialité des jugements qui est arrêté; car en vérité, la juridiction des magistrats ayant rendu ces jugements, n'allait jamais au-delà des frontières de l'État auquel ils sont soumis et duquel ils ont reçu tout leur pouvoir.»⁽²⁶⁾ Pourtant, «eu égard à certains besoins et à certaines exigences de la vie sociale, on a tôt fait d'admettre que la décision rendue dans un État déterminé, bien qu'elle ne soit pas le seul compétent, doit être reconnue par les autres États. En même temps, un large mouvement s'amorce visant la justification conceptuelle, le «pourquoi» de la reconnaissance des jugements étrangers.»

«La justification qui est apparue la première fut celle de la *comitas gentium*. Idée aux contours imprécis, tantôt elle s'identifie à une *vague aspiration de justice*, tantôt ses partisans font appel expressément aux relations de *bonne amitié* entre les États (*Foelix*), ou bien à une quelconque, on ne sait exactement laquelle, que les États seraient censés tirer de la reconnaissance par leurs tribunaux des jugements rendus à l'étranger.

«Cette position est insoutenable; aussi le théorie de la *comitas* doit-elle être considérée à l'heure actuelle comme une idée absolument *périmée*. Elle s'inspire, en effet, d'une conception inadmissible, la conception d'après laquelle les valeurs juridiques provenant d'un État étranger n'ont, en principe, aucun droit à la reconnaissance de la part de l'État du for, sauf dans les cas exceptionnels fixés dans la loi, selon *le bon plaisir du législateur*. D'autre part, la théorie évoquée se base sur une erreur manifeste, lorsqu'elle prétend que la

* Dans ce chapitre nous suivrons beaucoup de près l'étude du Prof. FERRER-CORREIA, cité *supra*, p. 11, et l'ouvrage de M. CONDORELLI, «La funzione del riconoscimento di sentenza straniera» (Milan, 1967, pp. 7-105.

(26) *Ibidem*.

reconnaissance des jugements étrangers dérive de l'*intérêt des États* en tant que tels; en effet, ce sont plutôt des considérations relatives à la sauvegarde de l'*intérêt des particuliers*, à la certitude et à la stabilité, des rapports interindividuels (comme nous l'avons déjà vue) ⁽²⁷⁾ qui sont à l'origine du principe de la reconnaissance des jugements étrangers et en constituent le *vrai fondement*».

4. Comme il fallait s'y attendre, avec «l'*iluminisme*» ce fut la tendance vers les justifications de base jusnaturaliste qui l'emporta chez les auteurs; il suffit de citer *Pufendorf, von Martens, Vattel*. Il est vrai que ce dernier fait appel aux principes du «*droit des gens*»: et que conformément à ces principes, chaque souverain a le droit d'administrer la justice, et toutes les sentences définitives prononcées régulièrement dans l'exercice de ce droit doivent être respectées et obtenir leur effet même *chez l'étranger...*; dans ce sens «entreprendre examiner la justice d'une Sentence définitive, c'est *attaquer* la Juridiction de celui qui l'a rendue («*Vattel, Droit des Gens*», 1978). Toujours est-il que l'auteur cité déduisait cette règle d'un principe de *droit nature*». ⁽²⁸⁾

Au XIX^{ème} siècle, c'est toujours la tendance *universaliste* qui prédomine, surtout avec *Savigny* et *Mancini*. Chez ces auteurs, comme on le sait, les règles concernant l'application des lois étrangères et la reconnaissance des jugements forment un système que les États sont tenus de respecter et dont le fondement ultime se trouve dans *l'idée (Savigny) d'une véritable «communauté de droit» entre les nations (Rechtsgemeinschaft der Völker)*. ⁽²⁹⁾

«On a beau critiquer ces doctrines universalistes; mais on arrive toujours à la conclusion qu'elles ont eu une influence très favorable sur l'évolution ultérieure du droit international privé». ⁽³⁰⁾

Le fait est que à la splendeur de l'école universaliste du XIX^{ème} siècle va vite suivre le *positivisme nationaliste* le plus néfaste. Cette évolution est, certes,

⁽²⁷⁾ Cf. supra, p. 19.

⁽²⁸⁾ Ferrer Correia, 2, p. 115.

⁽²⁹⁾ Idem.

⁽³⁰⁾ Idem, 116.

due à plusieurs facteurs, dont nous ne pouvons pas nous occuper ici. Mais il semble qu'un de ces facteurs ait été le caractère extrêmement vague, incertain, *approximatif* du fondement que l'on attribuait au droit international privé au sens large, y compris le «chapitre de la reconnaissance des jugements étrangers». Un fondement en vérité si «incertain et imprécis qu'il devenait inutilisable pour la découverte et la formulation de *règles concrètes*». ⁽³¹⁾

D'autres auteurs ont eu recours à l'idée de *contrat* ou *quasi-contrat judiciaire*. La sentence étrangère constitue «un titre opposable en tous lieux à la partie adverse, parce que les parties, en procédant devant le juge, ont formé une espèce de «*quasi-contrat* qui les oblige à se conformer au jugement» (*Massé*). Les juges du pays du for doivent respecter ce quasi-contrat, comme ils seraient tenus de respecter une convention extrajudiciaire passée à l'étranger: il ne leur est pas permis d'aller à l'*encontre* de la volonté des parties.» ⁽³²⁾

A cette théorie il a été objecté, très pertinemment, d'ailleurs, que son point de départ est *faux*, que le jugement ne peut être conçu comme un produit de la *volonté* des parties et que d'une base erronée il est certainement impossible de déduire une conséquence valable. Et si on ne peut pas parler d'un contrat entre les plaideurs, l'hypothèse d'un contrat qui aurait été conclu entre le souverain (l'État) et les parties n'est pas à accepter non plus. ⁽³³⁾

5. A son tour la théorie des *droits acquis*, qui a eu jadis un grand succès, à l'heure actuelle est encore suivi en Angleterre.

Comme on le sait, on a eu recours à cette notion non seulement pour fonder *logiquement* la *pratique* consistant à reconnaître les jugements rendus en pays étranger, mais avant tout pour expliquer le phénomène de l'application *extra-territoriale des lois*. Si, d'après le principe posé par les juristes hollandais du XVII^{ème} siècle, toutes les lois sont territoriales, si, donc, elles perdent toute autorité au-delà des frontières de l'État auquel elles appartiennent, il faut trouver une *explication* pour le fait que, «toujours et partout, les tribunaux font application de règles et d'institutions, de droit étranger». De même en ce qui

⁽³¹⁾ Ibidem.

⁽³²⁾ Cf. Ferrer-Correia, idem, p. 117.

⁽³³⁾ Idem, p. 116.

concerne la phénomène similaire de la «reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangers». (³⁴).

6. Reste à dire un mot au sujet de la théorie soutenue par *von Bar* qui conçoit la sentence comme une *lex specialis*. La sentence n'est autre chose que l'acte par l'entremise duquel la «disposition *abstraite*» de la loi devient «*concrète*». Si, donc, les lois d'un État déterminé sont réputées compétentes pour régler telle affaire, ils s'ensuit que tout jugement valablement rendu dans ce même État et pourtant sur l'affaire en question doit être reconnu lui aussi. «Reconnaître le jugement n'est que la *conséquence logique* du fait que l'on estime compétente la loi de l'État au nom duquel la décision fut émise».

Dans l'avis de *Ferrer-Correia* cette théorie, si séduisante soit-elle, est sûrement à rejeter. En effet, elle refuse à l'institut de la reconnaissance des jugements étrangers son *autonomie* par rapport au droit international privé, tandis que cette autonomie est un fait que «nul ne saurait nier». *Le problème des conflits de lois est une chose, celui de la reconnaissance des jugements étrangers en est une autre*. Il se peut que la juridiction compétente par rapport à certain litige soit celle d'un État autre que celui auquel appartient la loi appelée à régir la relation dont le litige est issu. Il se peut, en outre, que d'après les règles en vigueur dans le pays requis l'octroi de «*l'exequatur*» aux décisions étrangères ne dépend pas du fait que le tribunal *a quo* ait tranché le litige conformément aux principes de la législation que le droit international privé de la *lex fori* tient pour compétente. D'ailleurs, nous verrons que c'est là l'orientation qui actuellement tend à prédominer».

Remarquons encore, pour en finir, que la théorie de *von Bar* nous mène logiquement au système dit de la *révision au fond*, c'est-à-dire, au système d'après lequel l'*exequatur* ne sera pas concédé avant qu'un tribunal de l'État requis vérifie la conformité de la décision aux prescriptions légales qui sont en vigueur dans ce même État. Or, la révision au fond est un système aujourd'hui »*nettement dépassé*».

7. D'après une synthèse assez suggestive et raisonnable de *Ferrer-Correia*, aucune des théories que nous venons d'évoquer ne se révélant satisfaisante, il faut chercher ailleurs la solution du problème.

(³⁴) Cf. *idem*, p. 117 ss.

Et qu'il nous semble qu'une distinction s'impose dès l'abord. Il s'agit avant tout de résoudre une «*question pratique*»: celles des *finalités sociales* ou des buts que l'on poursuit au moyen d'un règlement juridique déterminé, qui est dans la présente matière celui qui porte sur la *reconnaissance* et l'*exécution* des jugements étrangers. Dans ce cas, les objectifs sont, à n'en pas douter, de la même nature que ceux que le droit international privé a principalement en vue. Ce dont il s'agit, en substance, c'est «*d'assurer la continuité et la stabilité*» des situations de la vie juridique internationale, afin que les attentes des parties et des tiers ne soient pas *frustrées*. Le fait qu'une situation juridique controversée ait définie para un tribunal, dont la décision est passée en force de chose jugée dans le pays où elle fut rendue, ne saurait être *ignoré*. «La décision puisqu'elle est devenue «*définitive*» dans ce pays, a *mis fin* au litige, a *affermi* les *expectatives* des personnes concernées et *consolidé* des droits qui apparaissaient auparavant comme *incertains*. Il faut donner *tout son poids* à *cette circonstance*. Il ne faut sûrement pas que l'*incertitude* antérieure *renaisse* et se *reinstalle*».

Et Ferrer-Correia conclue: «C'est dans des considérations de cet ordre que le principe de la reconnaissance des jugements étrangers va puiser *sa force* et chercher sa *justification substantielle*».

III. DROIT PORTUGAIS

Considérations Générales

3.1 On a déjà dit que Portugal n'a pas opté par aucune des solutions extrêmes ci-dessus mentionnées, mais si par un système de reconnaissance par voie d'«*exequatur*», c'est-à-dire, la révision ou *le contrôle préalable*.

Ainsi, au Portugal, les jugements étrangers, tel comme les décisions arbitrales, peuvent produire les effets que lui sont inhérents, selon la loi du pays d'origine, dès que le remplissage de certaines conditions soit sanctionné par le tribunal portugais compétent, culminant le procès expressément intenté avec cet

objectif — actué à travers la procédure spéciale de la «révision des jugements étrangers» (articles 1094 à 1102 du Code de Procédure Civile).

Cette idée est une idée depuis longtemps sédimentée au Portugal, à déjà cent cinquante ans.

Plus précisément, cette idée a été consacrée par la Reforme Judiciaire du 13 janvier 1837 et s'est maintenue dans la Nouvelle Reforme Judiciaire de 1841; elle a passé pour le Code Civile de 1867, dit de Seabra (article 31), et elle a aussi passé pour le Code de Procédure Civile de 1876 (articles 805 et 1087 et suivants) et pour le Code de Procédure Civile de 1939 (articles 50 et 1100 et suivants).

La Reforme de 1961 n'a fait que confirmer ces principes.

En effet, l'article 1094 du Code de Procédure Civile en vigueur dans son 1^{er} numéro affirme que:

«Sans préjudice de ce qui est établi dans les traités et les lois spéciaux, aucune décision sur droits privés, prononcée par un tribunal étranger ou par arbitres étrangers, a de l'efficacité au Portugal, quelle que soit la nationalité des parties, *sans être révisée et confirmée*».

Encore à propos du contre-écrit de la première partie, il faut noter, en effet, que, selon l'article XXV de la Concordat du 7 mai 1940 entre Portugal et la Saint-Siège et selon l'article 24 de Decret-Loi n.º 30615 du 27 juillet 1940, les décisions et les jugements définitifs des tribunaux et des divisions ecclésiastiquement compétents en ce qui concerne la nullité du mariage catholique et la dispense de mariage raté et non-consommé, une fois vérifiés par la Cour de Cassation de la Signature Apostolique, sont transmis, par voie diplomatique, à la Cour de Cassation territorialement compétent, qui les rend executifs indépendamment de leur révision et de leur confirmation.

C'est-à-dire, sauf les faits comptés de la reconnaissance de plan des décisions judiciaires étrangers, la loi portugaise a subordonné à la règle du contrôle préalable la production au Portugal de tous les effets propres du jugement, tandis acte juridictionnel, c'est-à-dire, soit l'effet du fait jugé soit l'effet de titre executif.

Plus: Comme expressément défend *Alberto dos Reis*, page 750 du 2^{ème} volume de *Processos Especiais* (Procès Spéciaux), la révision s'impose non seulement quand il est en jeu *l'effet positif* du fait jugé mais aussi *l'effet négatif*, c'est-à-dire, quando il est en jeu l'exception du fait jugé,

Un autre idée évidente que mérite l'assentiment des auteurs est celle de que les jugements étrangers ne peuvent pas servir de base à quelque enregistrement en Bureaux de Conservateurs nationaux sans qu'ils soient révisés et confirmés.

1. Il faut noter que, de pair à ces effets principaux, on peut aussi considérer certains effets *secondaires ou latéraux* quand le jugement est vu comme *fait juridique* à qui l'ordonnement lie certains effets pratico-juridiques.

Et, en quelques procès, on ne peut même pas être sûr de que le jugement ne soit pas vu comme un simple moyen de preuve.

2. En effet, à partir du XI^{ème} siècle et dans un tableau de conception unitaire du phénomène juridique, on acceptait comme bonne l'idée de que à chaque litige un et un seul juge était compétent et son décision serait la seule valide, alors acceptée partout.
3. Bien que le nombre de tels pays vienne à diminuer sensiblement dans le post-guerre, on peut encore compter dans ce nombre la *Suède*, la *Norvège*, la *Finlande*, l'*Union Soviétique* et la *Bulgarie*.

D'autre côté, et comme on a déjà dit dans l'ouverture de cette communication et résulte indubitablement de l'article 1094 («décision sur droits privés»), on est en train de parler sur les décisions qu'aient un caractère civil ou commercial, indépendamment du tribunal où elles sont prononcées. Par conséquent, le Tribunal de Coimbra a décidé, dans son arrêt du 24 février 1981 (*Colectânea de Jurisprudência — Recueil de Jurisprudence — art. 4-5*) le suivant:

- «I — Les jugements criminiaux qui ne sont que matière pénale ne peuvent pas être susceptibles de révision.
- II — Mais s'il s'agit de matière attenante aux droits privés (comme dans le cas de la séparation civile), et si le tribunal a de la compétence pour le décider, le jugement est susceptible de révision dans cette partie.»

3.2. *Le système Portugais comme un système de révision formale imparfaite*

L'article 1096 du Code Civil Portugais énumère les conditions nécessaires et suffisantes pour que la Cour d'Appel territorialement compétente — (article 71, alinéa d) et l'article 1095), Code de Procédure Civile — concède la révision dont la faute implique naturellement le devoir de nier la confirmation du jugement.

Il faut, quand même, introduire dès lors une ligne de séparation en ce qui concerne à la diligence à laquelle le Tribunal est obligé dans la connaissance des différents présuppositions de l'article 1096.

Quelques uns sont, en effet, de *connaissance officieuse obligatoire* du tribunal (article 1101 C.P.C.).

Ils sont ceux qui se trouvent mentionnés dans les alinéas a), f) et g) de l'article 1096, c'est-à-dire:

- Il faut ne pas exister des doutes ni sur l'authenticité du document où le jugement est prononcé ni sur l'intelligence de la décision.
- Il faut ne pas avoir des décisions contraires aux principes de l'ordre publique portugaise.
- Il faut que le jugement qui ait été prononcé contre un portugais et qu'il n'offense pas les dispositions du droit privé portugais si celui fût obligé à résoudre la question selon les règles de conflits du droit portugais.

Il y a d'autres conditions dont l'existence le tribunal n'est pas obligé à vérifier officieusement, mais s'il constate qu'elles n'existent pas il peut et doit nier la confirmation (article 1101, la partie du C.P.C. referente aux alinéas b), c) et e) de l'article 1096).

Ça se passe dans les cas suivants:

- Si le jugement n'a pas transité en jugé selon la loi du pays où il a été prononcé.
- S'il a été prononcé par un tribunal incompétent selon les règles de conflits de juridictions de la loi portugaise.

- Si on peut invoquer la exception de listispence ou de fait jugé ayant fondement dans une cause affectée à un tribunal portugais.
- Si l'accusé n'a pas été convenablement cité.

On peut se demander maintenant où sont les detours que mènent à qualifier notre système comme un système de *révision formelle ou delibation*.

Le premier, et le plus important, on peut le trouver dans l'alinéa g) de l'article 1096 dont le contenu a été déjà cité mais qu'on doit maintenant expliquer:

Si le jugement étranger a été prononcé contre un portugais, le tribunal de révision est obligé à s'enquérir si la décision est contraire aux principes de droit privé portugais dans le cas d'être obligé à résoudre la question selon les règles de conflits portugaises, c'est-à-dire, voulant le tribunal confirmer un jugement étranger prononcé contre un portugais, il n'a que deux options:

- A) Le tribunal portugais de révision conclut que les lois portugaises ne peuvent pas être appliquées.
- B) Le tribunal portugais, selon le Droit Interne Portugais, conclut l'opposé, c'est-à-dire, il conclut que la loi compétente est la portugaise.

Dans le premier cas: La question est dépassée et le tribunal n'est pas obligé à s'enquérir si le jugement est conforme aux principes de droit interne portugais.

Ainsi, la confirmation ou la non-confirmation du jugement dépend de la vérification des conditions de l'article 1096.

Dans le deuxième cas: Le tribunal doit s'enquérir si le jugement est conforme aux principes du D.I.P. et s'il constate que le jugement n'a pas été prononcé d'accord à ces principes, il doit nier la confirmation.

Le même se passe dans le cas d'erreur d'interprétation du tribunal étranger, même si le tribunal a prononcé le jugement dans le tableau du droit portugais.

On ne peut pas douter qu'à travers tout ce travail d'enquête, le tribunal est en train d'apprécier le propre mérite du jugement. C'est une authentique révision de mérite.

D'accord à ce qu'on a déjà décidé dans l'Arrêt de la Cour d'Appel de Coimbra de 1976:

- «I. La révision de jugement étranger dans le cas de l'alinéa g) de l'article 1096 du C.P.C. s'agit plus d'une question de mérite que d'une question formelle. Alors, on ne peut pas y indiquer seulement les expressions «sévices et injures graves» mais concretiser d'abord les faits où réside le fondement allégué pour qu'on puisse décider s'ils configurent ou pas les sévices et injures graves de notre droit civil.
- II. Avec cette exigence on ne veut pas envahir l'aire de juridiction étranger mais apurer les faits qu'ont mené le tribunal à prononcer le jugement et vérifier si tout (faits et décisions) s'adapte à la loi portugaise.
- III. Si le tribunal américain se limite, dans le jugement dont ou veut faire la révision, à proclamer la «dissolution du mariage la base de sévices et d'injures graves, ce jugement ne peut pas nous habilitier à décider si les dites sévices et injures graves s'encadrent ou pas dans les conditions de l'article 1778 du C.P.C. — dans l'actuelle rédaction du Decret-Loi n.º 261/75 du 27 mai — et ça veut dire que le jugement susdit ne peut pas être confirmé par faute de remplissage de toutes les conditions légaux».

Une deuxième situation où on peut aussi obtenir une révision de mérite est celle à qui se réfère la deuxième partie de l'article 1100 ayant référence à l'alinéa c) de l'article 771 du C.P.C.

En effet, ce qui résulte de la correcte interprétation de telles dispositions légales est la possible impugnation de la demande de confirmation du jugement «quand on présente un document comme preuve de que la partie n'a pas eu de la connaissance ou elle n'a pas eu de l'occasion de faire usage du procès où la décision à réviser a été prononcée, document qu'est suffisant pour modifier la décision dans un sens plus favorable à la partie vaincue» (article 771, alinéa c) du C.P.C.).

Dans ce cas, le tribunal doit analyser les fondements *de fait* du jugement étranger et, de cette façon, il est en train de faire une révision de mérite.

À propos de la portée de cette alinéa c) de l'article 771 du C.P.C., nous nous permettons de citer quelque jurisprudence soit celle de la Cour d'Appel soit celle de la Cour de Cassation.

Ainsi, la Cour d'Appel de Porto a décidé dans son Arrêt du 3 mai 1972 (Révue des Tribunaux de Justice 90-129) le suivant:

- «I. Ayant la ressource de révision de l'article 771, alinéa c) comme base le document de que la partie n'a pas eu la possibilité de faire usage du procès où la décision a reviser a été prononcée, suffisant lui-même pour modifier la décision dans un sens plus favorable à la partie vaincue, on peut admettre cette impossibilité quand *il s'agit d'une entreprise avec un grand volume d'affaires en différents pays et qu'allègue ne peut pas le trouver dans ses archives pendant le cours du procès, bien que l'appelant affirme qu'il connaissait l'existence du document.*
- II. Malgré tout, on doit refuser la révision si dans le procès où le jugement a été prononcé on n'a pas allégué les faits que les documents se destinaient à prouver.»

L'Arrêt de la Cour de Cassation de Justice du 15 mai 1974 (B.M.J. 235-219) dit le suivant:

- «I. Le document référé dans l'alinéa c) de l'article 771 du C.P.C. doit corporifier une déclaration de vérité ou de science, c'est-à-dire, une déclaration testimonial destinée à représenter un état de choses, alors il doit être un document dans un sens strict. Il doit être aussi un document décisif, doté lui-même de telle force que puisse donner au juge la possibilité de conduire la persuasion de que, à travers ce document, l'affaire pourra avoir solution différente de celle qu'il a eu.
- II. Il ne se trouvait pas dans les conditions prévues dans cette disposition et ne peut pas fonctionner pour les fins corrélatives — bien qu'il soit capable de s'intégrer dans la notion étendue de l'article 362 du C. Civil — un rapport technique ou un calcul analytique dont il est auteur un ingénieur civil en matière de sa spécialité.»

Le 18 avril 1975, le même Tribunal a décidé:

«Dans le terme document, constant de l'alinéa c) de l'article 771 du C.P.C., on ne peut pas intégrer le jugement: d'où que, jugés mal fon-

dés les embargos opposés à une exécution parce qu'on n'a pas prouvé que la somme n'a pas été reçue par l'exécuté, il ne peut pas servir de fondement à la révision du respectif jugement, dans les termes du precepte cité, la décision penale que, bien qu'elle ne reçoie pas l'accusation et ordonne que l'affaire attende la production de meilleure preuve, elle a l'affirmation de que la somme citée n'a pas été reçue par l'exécuté.»

Le 5 juillet 1979 la Cour d'Appel d'Évora a décidé le suivant:

- «I. La ressource de révision du jugement, ayant fondement dans l'alinéa c) de l'article 771 du C.P.C., n'est pas admissible que quand on ne peut pas imputer à la partie vaincue la manque de la production du document dans l'affaire où elle est succombée — cette manque tant peut être imputée à l'autre partie ou au tiers, qu'à une cause de force majeure.
- II. D'autre côté, ce document doit, lui-même, être suffisant pour détruire
- III. Étant la ressource de révision une espèce hybride, participant des caractéristiques des ressources et des procès, il est possible de se servir de la providence prévue dans l'article 477 du C.P.C., à fin de s'obtenir le complément et la correction de la pétition.»

Le 5 février 1980, la Cour d'Appel de Lisboa a décidé la suivant:

- «I. Il n'est pas du tout liquide que la révision à l'abri de l'article 771, al. c) du C.P.C., doive être admise quand le document ait été formé postérieurement à la décision qu'on veut réviser.
- II. Dans la ressource de révision, le document référé dans l'article 771, al. c) du C.P.C., doit s'en rapporter aux faits constitutifs vérifiés, au moins, jusqu'à la fin de la discussion.
- III. Donc, la circonstance du propriétaire avoir acquêtté une maison propre après le jugement de déménagement fondé dans les articles 1096, n.º 1, al. a) art. 1098 du C.P.C. avoir transité en jugé, il n'est pas susceptible de modifier ce jugement dans un sens plus favorable à la partie vaincue.»

Et «at last but not least» et toujours à titre d'exemple on peut mentionner l'Arrêt de la Cour de Cassation du 17 avril 1980:

- «I. L'impugnacion d'une demande de révision et de confirmation d'un jugement étranger ayant comme fondement l'existence du cas de révision prévue dans l'art. 771, al. c) du C.P.C., seulement peut exister si le document invoqué respecter la situation au temps de la décision.
- II. L'Arrêt qu'a jugé précédente une demande de révision et de confirmation d'un jugement du Tribunal de Maputo, Moçambique, et prononcé dans un procès intenté par le respectif curateur de mineurs, de régulation du pouvoir paternel entre époux résidents, un, dans la ville de Maputo, l'autre, au Portugal, et où le respectif juge a actué dans les moldes habituelles des juges portugais, n'offense pas le disposé dans les alinéas c), f) et g) de l'art. 1096 du C.P.C.»

Pour synthétiser, on peut conclure, faisant notes les mots du Prof. Ferrer-Correia, quando il affirme que «le système de notre droit est celui de la révision formel ou delibation, avec deux detours dans le sens la révision de mérite: *un*, d'importance évidente, celui de l'al. g) de l'art. 1096; et. *l'autre*, pas si évident, celui de l'art. 771, al. c).

CONDITIONS NECESSAIRES A LA CONFIRMATION DES JUGEMENTS ETRANGERS

L'art. 1096 du C.P.C. énumère sept conditions dont la vérification conditionne la confirmation d'un jugement étranger. Mais l'art. 1100 affirme que la partie citée peut déduire l'opposition à la demande de confirmation, pas seulement ayant comme fondement la non-remplissage des conditions mentionnées dans l'art. 1096, mais aussi s'il s'agit d'un des cas de révision spécifiés dans les al. a), c) et g) de l'art. 771.

Dans un niveau jurisprudentiel, confirmant ce qu'on a dit, on a l'Arrêt de la Cour d'Appel de Lisboa du 14 décembre 1975 (publié dans *le Recueil de Jurisprudence*, 1979, 5°, 1619).

Le Prof. Ferrer-Correia désigne par *conditions directes* de confirmation, celles citées dans l'art. 1096, et par *conditions indirectes* les fondements de l'opposition dans les al. a), c) et g) de l'art. 771.

Le Prof. Alberto dos Reis préfère une terminologie différente:

Les premières, *conditions de confirmation* et les deuxièmes, *obstacles à la confirmation*.

D'abord, les conditions de confirmation:

1) L'authenticité et l'intelligence de la décision

À cause de l'al. a9 de l'art. 1096, le tribunal doit s'assurer:

- de l'authenticité du document où le jugement est prononcé,
- de que la décision est intelligible.

Le tribunal doit s'assurer de qu'il est devant un jugement vrai, c'est-à-dire, il doit s'assurer de que le tribunal étranger a vraiment prononcé une décision.

Bien sûr que c'est «la loi du pays jugeur et non la loi portugaise qui a de la compétence pour déterminer les conditions que le document doit satisfaire pour donner la sécurité de que le jugement étranger est une réalité juridictionnel».

Mais on doit faire la législation du document quand on a des doutes sur la authenticité.

C'est ce qui resulte de l'article 365/2 du Code Civile et de l'article 540 du C.P.C..

Le premier affirme que «si le document n'est pas légalisé dans les termes de la loi procéduelle et s'il y a des doutes fondées sur sa authenticité ou sur l'authenticité de la reconnaissance, on peut exiger la légalisation».

L'article 540 du C.P.C. dit le suivant:

«Les documents authentiques passés à l'étranger selon les lois du pays, peuvent être considerés légalisés si la signature du fonctionnaire publique est reconnue par un agent diplomatique ou consulaire portugais dans le respectif État et si la signature de cet agent est authentiquée avec le respectif timbre sec consulaire.»

À ce propos, la Cour de Cassation a déjà décide dans son Arrêt du 25 octobre 1974 que:

- «I. Pour qu'une décision d'un tribunal arbitral étranger soit confirmée, il est nécessaire que on n'ait pas de doutes sur l'authenticité du document dont le jugement est prononcé.
- II. Mais la légalisation n'est pas condition d'authenticité d'un document passé dans un pays étranger parce qu'elle n'est nécessaire que quand on a des doutes fondées sur son authenticité.
- III. Il n'empêche pas la démonstration de l'authenticité du document le fait d'avoir été élaboré dans un pays avec lequel Portugal n'avait pas, à la date du contrat et du jugement, des relations diplomatiques ou consulaires, ce qu'empêche le fonctionnement de la règle de l'art. 540 du C.P.C., parce que ce qu'intéresse, pour les effets de révision est qu'il n'ait pas des doutes sur l'authenticité du document où la décision est prononcée.»

L'Arrêt de la Cour de Cassation du 6 janvier 1977 a decidé ce qu'on doit comprendre comme l'intelligibilité du jugement:

«Pour les effets de l'art. 1096 du C.P.C., le jugement a réviser est intelligible quand on comprend parfaitement la décision et ses fondements.»

Dans un sens partiellement différent va l'opinion d'Abílio Neto qu'invoque en faveur de sa position l'autorité de José Alberto dos Reis et de Ferrer-Correia, ainsi comme différents arrêts de la Cour de Cassation:

L'al. a), selon résulte de sa lettre, exige seulement l'intelligibilité de la partie décisive pour le décernement de la demande, mais non les respectifs fondements. Cette condition ne serait pas admissible parce que la loi du pays où la décision a réviser a été prononcée peut dispenser la fondation et même la cohérence entre la partie décisive et la respective justification de fait et de droit. Mais on ne peut pas se passer sans l'intelligibilité de la décision parce que, sans elle, on ne pourrait pas ni connaître les autres conditions indiquées dans les alinéas f) et g) de l'art. 1096 — l'inexistence, dans le jugement, de commandes contraires aux principes de l'ordre public portugaise et au droit privé national, quand par ceci l'affaire dût être résolue — ni exécuter la décision, la finalité essentielle de la demande de révision.

C'est cette idée qu'on peut trouver dans les leçons d'Alberto dos Reis, *Processos Especiais* (Procès Spéciaux), 2^{me} volume, pages 161 et suivants, et aussi dans les leçons du Prof. Ferrer-Correia, y cité, dans la mesure qu'ils défendent qu'on ne peut pas refuser l'exequatur quand il y a de l'opposition entre les fondements et la décision. Et aussi dans l'orientation qu'on a suivie dans les arrêts de cette Cour de Cassation du 2 et du 30 avril-mai et décembre, tous de l'an 1965, publiés dans le Bulletin du Ministère de Justice».

Bien sûr que le tribunal ne peut pas confirmer une décision dont le contenu n'est pas intelligible, une décision dont le sens n'est pas perceptible.

D'où que la première condition d'intelligibilité *peut être* la traduction en langue portugaise de la décision prononcée par un tribunal étranger.

Et on dit «peut être» parce que dans les termes de l'art. 140 du C.P.C., la traduction n'est pas une condition essentielle d'authenticité des documents écrits en langue étrangère.

En effet, cette disposition légale dit le suivant:

Bien sûr que, comme expressément l'affirme le Prof. Alberto do Reis (*Processos Especiais* — Procès Spéciaux — volume II, page 169), «le phénomène

de la prévention de juridiction mentionné dans l'al. d) de l'art. 1096 présuppose un cas de *compétence élèctive* c'est-à-dire, qu'on a pour le même procès deux tribunaux différents et simultanément compétents (arts. 75 — le tribunal compétent pour les procès de divorce et de séparation de personnes et de biens; art. 79 — le tribunal compétent pour le procès de dommages-intérêts par l'abordage de bateaux).

On peut donner comme exemple le cas de l'abordage de bateaux. Bon: Dans les termes de l'art. 79, le procès respectif de dommages-intérêts peut être intenté dans quatre tribunaux différents:

- le tribunal du lieu de l'accident
- le tribunal du domicile du propriétaire du bateau
- le tribunal du lieu où le bateau appartient ou où le bateau a été trouvé
- le tribunal du lieu du premier port où le bateau abordé entre.

C'est-à-dire: le créateur de l'indemnisation a la faculté de choisir entre les quatre options possibles, le tribunal où il veut intenter le procès. D'où, la désignation de compétence élèctive, parce qu'il a le droit de choisir.

On ne doit pas oublier que l'art. 497/3 du C.P.C. portugais déclare pas éclatante la pendance de l'affaire devant la juridiction étrangère et ça veut *dire* qu'on ne peut pas compter sur l'exception de litispèndence quand l'affaire identique est en cours, pas devant un tribunal portugais mais devant un tribunal étranger.

Mais il est très tôt pour conclure qu'il a de la contradiction entre le numéro 3 de l'art. 497 et l'al. d) de l'art. 1046 du C.P.C.

Les deux dispositions ont, en effet, des domaines d'application différents (cfr. Prof. José Alberto dos Reis, *Processos Especiais* (Procès Spéciaux), volume II, pages 170 et 171).

En termes lapidaires et conclusifs, on peut dire que «la pendance de la cause devant la juridiction étrangère n'actue pas directement, et elle n'a pas d'efficacité directe; mais elle peut arriver à l'avoir indirectement, si sur la cause on a prononcé un jugement avec transit en jugé par un tribunal internationalement compétent et qui a prévenu la juridiction».

1. Quand on a des documents écrits en langue étrangère sans être accompagnés de traduction légalement idoine et quand on n'a pas de traducteur officiel dans le tribunal, le juge peut ordonner officiellement ou à demande de la

partie contraire, que le présentateur joint une traduction faite par un notaire ou authentiquée par le fonctionnaire diplomatique ou consulaire de l'État respectif.

2. Dans la faute de ce fonctionnaire diplomatique ou consulaire de l'État respectif et dans l'impossibilité d'obtenir une traduction notariale, le document est traduit par un expert nommé par le tribunal.

2) Transi en jugé

Dans les termes de l'art. 1096 al. b), «pour que le jugement soit confirmé il est nécessaire qu'il ait transité en jugé selon la loi du pays où il a été prononcé».

Un problème délicat est celui de savoir sur qui retombe la charge de la preuve.

Une façon possible de voir ce problème est la suivante:

Si les conditions indiquées dans l'art. 1096 sont des conditions nécessaires à la confirmation, il paraît que retombe toujours sur le requérant la charge de la preuve que ces conditions existent, c'est-à-dire, les faits mentionnés dans l'art. 1096 fonctionneraient comme faits constitutifs de droit à la confirmation, donc ayant la faute de la preuve de quelque d'entre eux, la confirmation devrait être refusée.

Mais il paraît que cette vision du problème n'est celle plus curiale. Ainsi, on doit le perspective de cette façon:

Une fois que, par impératif légal (art. 1101 du C.P.C.), le tribunal seulement peut nier *officieusement* la confirmation quand l'examen du procès où la connaissance dérivée de l'exercice de la fonction de le convaincre qu'il manque une des conditions exigées dans les al. a), f) et g) de l'art. 1096. Si les cas cités ne se vérifient pas, on présume que ces conditions existent.

Ainsi, il est sûr que le requérant est dispensé de faire preuve positive et directe de toutes les conditions indiquées.

C'est celle-ci sans doute la position du Prof. Ferrer-Correia quand il affirme que:

«Le simple fait de ne pas faire partie du procès la preuve de que le jugement a transité en jugé, n'est pas suffisant pour le tribunal refuser la con-

firmation. Dans ce cas, le tribunal peut *présumer* que le transi en jugé s'est fait. C'est la partie citée qu'est chargée de refuter la présomption.»

La jurisprudence n'a fait que confirmer tel assertion doctrinale, comme on peut conclure, par exemple, de l'Arrêt de La Cour d'Appel de Lisboa du 14 février 1975:

- «I. Selon l'art. 1101 du C.P.C., la Cour d'Appel niera la confirmation du jugement étranger quand, par l'examen du procès ou par la connaissance dérivée de l'exercice de ses fonctions, apure de non-remplissage de toutes les conditions exigées dans les alinéas b), c) et e) de l'art. 1096 du référé Code.
- II. Ainsi, le tribunal ne pourra pas nier la confirmation s'il est impossible de conclure si cettas conditions se vérifient ou non, ayant comme cause la faute d'éléments.»

Ou de l'Arrêt de la Cour de Cassation du 19 février 1981:

- «I. Etre composé d'un procès de révision de jugement étranger, où la citation personnelle de l'accusé a été efectivée, le tribunal à qui la révision a été demandée n'est pas obligé à s'enquérir si tel acte procéduel a obéi aux conditions imposées par *lex fori* ou par le tribunal jugeur.
- II. Dans ce type de procès incombe au récurrent, qui a déduit l'opposition, la charge de réfuter la présomption de que les conditions exigées dans les alinéas b) à c) de l'art. 1096 du CPC se verifient, sans quoi on doit confirmer le jugement a reviser.

3) Compétence internationale du tribunal d'origine

La 3^{ème} condition pour la confirmation du jugement est qu'il ait été prononcé par un tribunal compétent selon les règles de conflits de la juridiction de la loi portugaise» (art. 1096, al. e)).

Cettes règles sont celles de l'art. 65 du CPC

Mais quel est le vrai sens à attribuer à l'al. e) de l'art 1096?

Comment interpréter la référence aux règles de l'art. 65 si elles seulement nous disent quand les tribunaux portugais ont de la compétence internationale

et ce qu'on veut s'enquérir est si le tribunal étranger jugeur avait de la compétence internationale?

Ferrer-Correia défend que l'intention du législateur a été celle de déterminer si le jugement confirmé avait été prononcé par un tribunal étranger compétent, quand un tribunal portugais, dans la même situation, se trouverait aussi internationalement compétent.

D'autre façon: «le tribunal d'origine est internationalement compétent si on peut vérifier en ce qui concerne quelque des présuppositions que, selon notre loi (art. 65 — CPC), décident de la compétence internationale des tribunaux portugais».

Machada Vilela défendait la même, relativement au texte correspondant du Code de 1879, qui est aujourd'hui celui de Baptista Machado (Bulletin de la Faculté de Droit de Coimbra, 1965, pages 106-114). Tel que ce qu'arrivait chez José Alberto dos Reis (*Processos Especiais* — Procès Spéciaux — II^{ème} volume, page 167):

«Il ne peut pas être un autre le sens de l'al. e)».

4) L'affaire jugée et litispendence

Dans les termes de l'al. d) de l'art. 1096:

«Pour que le jugement soit confirmé, il faut ne pas invoquer l'exception de la litispendence ou l'exception du procès jugé ayant fondement dans un affaire affectée à un tribunal portugais, sauf s'il a été le tribunal étranger à provenir la juridiction.»

«C'est-à-dire: la confirmation doit être niée quand dans le tribunal il est en cours un procès identique ou on a déjà décidé un procès identique à celui jugé par le jugement dont on veut la révision, sauf si, avant la proposition du procès au Portugal, il était déjà intenté dans un tribunal étranger.»

En ce qui concerne cette matière il est expressif l'Arrêt de la Cour de Cassation:

- «I. En matière de révision des jugements étrangers la notre loi s'inspire, basiquement, dans ce qu'on appelle le système de delibation, c'est-à-dire, un système de révision simplement formel.
- II. On doit nier la confirmation quand dans un tribunal portugais il en cours un procès identique, ou bon a déjà décidé un procès identique à celui jugé par le jugement dont on veut la révision, sauf si, avant la proposition du procès au Portugal, il était intenté dans un tribunal étranger».

5) La citation de l'accusé

La cinquième condition de confirmation pour que le jugement soit confirmé, dans les termes de l'al. e) de l'art. 1096 est «que l'accusé doit être convenablement cité, sauf s'il s'agissait d'un procès où la loi portugaise dispenserait la citation initiale et si l'accusé a été tout de suite condamné par faute d'opposition au de demande, que la citation ait été faite dans sa propre personne.»

La citation de l'accusé est une garantie essentielle.

C'est un principe fondamentale de justice que personne ne soit pas condamnée sans être entendue.

Par conséquent, s'il n'y a pas de citation ou si l'accusé a été condamné *par défaut*, n'ayant pas la citation etée personnelle, le jugement ne peut pas être confirmé parce qu'on a fait un passe-droit à une formalité qu'est dans le minimum une des garanties indispensables à la défense du droit.

La première partie de l'al. e) de l'art. 1096 formule un principe, mais tout de suite elle introduit une exception:

Principe: il est indispensable que l'accusé soit cité *convenablement*.

Il est incontestable que pour se déterminer si la citation a été faite selon les formalités légales c'est à la «les fori» qu'on doit faire attention; c'est-à-dire, les formalités que la citation doit satisfaire sont celles prescrites par la loi du lieu où la diligence *s'effectue*.

Exception: Sauf s'il s'agit d'un procès où la loi portugaise dispense la citation initiale.

Il y a effectivement des cas exceptionnels dans la loi portugaise où on admette des providences contre déterminées personnes sans qu'elles soient entendues.

C'est ce qui se passe, par exemple:

- dans la restitution provisoire de possession (art. 394 CPC)
- dans l'arrestation (art. 404 CPC)
- dans l'embargo d'une nouvelle oeuvre (art. 45, n.º 2, CPC)
- dans l'enrôlement (art. 423, n.º 3 CPC)
- dans l'interdiction par démence (art. 953, n.º 2 CPC)
- dans la faillite (art. 1178, n.º 1 CPC)

Bon, si on veut la confirmation de l'expédition ou du jugement étrangers qu'a décrété quelques des providences référées, le fait de l'accusé ou le réquis n'avoir pas été cité, cela ne serait pas un obstacle à la confirmation de la décision.

Dans la deuxième partie de l'al. e) de l'art. 1096, vient inscrite une délimitation à la règle de qu'est la *lex fori* que détermine la forme de citation.

Et la limitation est celle: si l'accusé a été tout de suite condamné par faute d'opposition à la demande, il est indispensable que la citation ait été faite dans sa propre personne.

Il faut, quand même, noter que la loi portugaise seulement limite l'application de la *lex fori* dans ce qui concerne l'exigence de citation personnelle; en ce qui concerne le façon de faire la citation, c'est la «*lex fori*» que continue à régler.

Il est significatif à ce propos l'Arrêt de la Cour d'Appel de Coimbra, le 20 mars 1949, cité par Alberto dos Reis dans la page 174, 2^{ème} Volume. *Processos Especiais* (Procès Spéciaux) publié dans le Bulletin du Ministère de Justice, n.º 5, page 273.

Il est aussi significatif, mais beaucoup plus récent, l'Arrêt de la Cour d'Appel de Lisboa du 13 février 1981, publié dans la *Colectânea de Jurisprudência* (Recueil de Jurisprudence), 1981, 1.º, page 231, où peut lire dans le sommaire le suivant:

- «I. Pour la confirmation di jugement prononcé dans un procès d'inventaire il n'est pas présupposition indispensable que le réquis ait été personnellement cité.

- II. Mais il est présupposition que le réquis ait cité consonnant la *lex fori*.
- III. Rien obligeait la réquerement à indiquer, dans les actes, le séjour du réquis dont elle a eu, postérieurement, de la connaissance.»

6. L'ordre Public

D'accord à ce que est dans l'al. f) de l'art. 1096, il est encore condition indispensable de confirmation que le jugement n'ait pas de décisions contraires aux principes de l'ordre public portugaise.

Ce qu'on doit entendre comme «ordre public portugaise» — écrit Alberto dos Reis — est une question difficile et compliquée.

Selon le même auteur «on doit avoir comme certain que l'ordre public portugaise dont on parle dans l'al. f) de l'art. 1016, est l'ordre public internationale et non l'ordre public interne. Il s'agit évidemment d'une limitation à l'application des lois étrangers, même quand on veut cette application indirectement à travers l'exécution du jugement étranger; or l'ordre public que fonctionne comme limite à l'application de loi étrangère normalement compétence est l'ordre public internationale et non l'ordre public interne.

Bien sûr que savoir «quel est le contenu de l'ordre public internationale et quelles sont les dispositions des lois portugaises inspirées dans les principes de l'ordre public internationale est un problème de solution difficile» et «la seule chose à qu'on peut aspirer est l'énumération de principes généraux d'orientation que servent de critère et de boussole dans la mer flottante et incerte des réalités de la vie juridique». Ce que, évidemment, extravase le contour de cette communication.

Une question aussi importante et susceptible d'une réponse plus rapide est celle savoir si l'al. f) de l'art. 1096 doit être interprété dans le sens d'empêcher la confirmation des jugements étrangers, pas seulement quand la *décision est elle-même* offensive des principes de l'ordre public portugaise mais aussi quand les *fondements* où la décision s'appuie sont contraires à ces principes.

Dans l'opinion de Ferrer-Correia — l'al. f) suggère vivement l'interprétation de que ce qu'importe vraiment est au la situation créée par le jugement étranger ne soit pas elle-même contraire à l'ordre public portugaise.

Le Prof. José Alberto dos Reis exprime la même opinion quand il dit indubitablement «ce que l'al. *f*) exige est que le jugement n'ait pas de *décisions* contraires aux principes de l'ordre public portugaise. Il faut, ainsi faire attention à la décision elle-même, et à la situation que la décision crée et établie et non aux fondements où elle s'appuie».

Sur l'application pratique de cet al. *f*), on peut lire dans le sommaire de l'Arrêt de la Cour de Cassation le suivant:

- «I. Dans l'ordre juridique nationale, la révision et la confirmation des jugements étrangers sont conditionnées par sa harmonisation en conditions de forme et de mérite que l'art. 1096 du CPC établi.
- II. La réstruction prohibitive de l'al. *f*) de l'art. 1096 du CPC se rapporte à une condition de caractère formel qu'est de la décision constant du jugement en révision n'être pas contraire aux principes de l'ordre public portugaise.
- III. Si la décision de paternité decretée par la Cour d'Appel Française ne pas heurter le droit portugais, que, expressément reconnaît et applique la corrective investigation, il est évident que les principes de l'ordre public internationale ne sont pas contrariés.
- IV. Un jugement prononcé par un tribunal français déclarant un mineur fils de père portugais, basé dans la concubinage notoire du père et de la mère dans le période légal de conception et dans la bonne conduite de la mère n'offense pas le droit privé portugais».

Pour finir, il faut référer qu'on ne peut pas considérer offensive de l'ordre public portugaise, le jugement étranger qu'ait appliqué les règles de conflits des lois, différents de celles que le droit portugais consacre. Dans l'opinion d'Alberto dos Reis «bien que les règles des conflits soient de l'ordre public, sa fonction est différente de celle des disposition de l'ordre public comme normes-limites».

Les premières visent la détermination de la loi normalement compétente; *les autres* visent la défense d'une certaine ordre juridique interne.

7) La correcte application du droit privé portugais quand, ayant le jugement été prononcé contre une personne de nationalité portugaise, il dût résoudre la question

Cette dernière condition de confirmation fait partie de l'al. g) de l'art. 1096 et elle a déjà été expliquée dans un autre point.

Pour synthétiser, trois conditions cumulatives sont nécessaires pour que fonctionne ce dernier obstacle à la confirmation:

1. Il faut que la compétence de l'ordre juridique portugaise ait été violée — ce que, en soi-même, n'est pas suffisant, parce que l'application par le tribunal d'origine de la loi désignée par notre DIP ne fonctionne pas comme condition générale de la reconnaissance des jugements étrangers.
2. Il faut que la décision soit offensive des dispositions du droit privé portugais.
3. Il faut que la partie contre laquelle le jugement a été prononcé soit portugaise — c'est-à-dire, le litigant qu'a *chus* dans le procès étranger doit avoir la nationalité portugaise.

Comme facilement se peut conclure «l'intention de la loi est livrer ce citoyen portugais à qui le tribunal étranger a appliqué indûment une loi différente de sa loi nationale et que présumablement par voie de ça il a jugé contre soi un procès, c'est dispenser cet individu de la nécessité de supporter, en face de l'ordre juridique portugaise, les conséquences de cette décision judiciaire».

Sur le point de vue de l'application pratique, on peut voir le disposé dans l'Arrêt de la Cour de Cassation du 30 janvier 1981:

- I. Intenté un procès de divorce contre une portugaise dans le for de Vancouver — Columbia Britannique, la solution du tribunal étranger ne pouvait pas enfreindre le droit privé national, appelé impérativement à régler les procès, consonante les règles de conflits des articles 52 et 55, du CC.
- II. À date du jugement de divorce, rendu absolu, les époux ne se trouvaient pas séparés à déjà six ans consécutifs, comme ce qu'est exigé dans la disposition, alors en vigueur, de l'al. h) de l'art. 1778 du CC,

selon la rédaction du Décret-Loi n.º 561/76, du 17 juillet (art. 1792 du même Code), étant évident que le for de Vancouver dans la prononciation du jugement n'a pas absorbé relativement à la demande de divorce, le fondement que, face au droit civil portugais, est exigé pour que la dissolution de l'attache conjugal soit décrétée.

III. Dans le procès de révision, les juges ont la fonction spécifique de s'enquérir si le jugement étranger a les conditions — faits où se fonde le fondement et sa qualification juridique — établies dans la loi pour produire ses effets au Portugal, et si le procès est un procès de simple appréciation ou déclaration de la Cour d'Appel, parce que il se limite à nier ou à concéder l'exequatur au jugement étranger, il est évident que, par nature, se trouvent exclus les faits prétendus, survenants accordables, en principe, à autres procès.

IV. D'où qu'il ne soit pas important que, à la date de l'entrée de la pétition de révision, il ait déjà terminé le délai prévu dans le fondement de la pétition de divorce — six ans consécutifs pour la séparation de fait.»

On peut aussi voir ce que dit l'Arrêt de la Cour d'Appel d'Évora, du 12 février 1981:

«Parce qu'il ne respecte pas l'al. g) de l'art. 1096 du CPC, avec référence au Code Civil — v. articles 1778 du Décret-Loi n.º 561/76, du 17 juillet et 1781, la rédaction du Décret-Loi n.º 496/77, du 25 novembre —, un jugement du 23 décembre 1976 du Tribunal de Maputo, Moçambique, déclarant le divorce entre citoyens portugais fondementé, sans séparation de fait librement consentie par cinq ans consécutifs, ne peut pas être confirmé par la Cour d'Appel.»

À titre d'exemple, on peut encore lire à ce propos le dispositif dans l'Arrêt de la Cour de Cassation du 17 décembre 1981:

«La révision de mérite d'une décision étrangère, dans les termes de l'al. g) de l'art. 1096 du CPC, dont l'application les parties ne peuvent pas renoncer, elle ne peut pas avoir lieu quand il ne fait pas partie de la décision les faits que lui servent de fondement et d'appréciation dont dépend l'émission du jugement de légalité de la même décision en face de la loi portugaise.»

Dans l'Arrêt de la Cour de Cassation du 25 mai 1982, on a le suivant:

«I. On ne peut pas confirmer au Portugal un jugement prononcé dans l'Écosse et qui a décrété le divorce des époux portugais, y domiciliés,

ayant fondement dans la séparation de fait para un période superior à deux ans et le consentement pour le divorce donné par l'époux réquis, parce que cettas circonstances ne fondent pas le divorce litigieux de la loi portugaise, que devrait être appliquée (art. 1778 et 1792, du Code Civil).

- II. Même si on entendît qualifier tel divorce comme litigieux, ou par consentement mutuel, il y a de l'offense au droit privé portugais (al. g) de l'art. 1096 du CPC) car il a été décrété sans précédence de quelque conférence, sans un «période de réflexion», condition de nature substantive et constante de l'art. 1776 et de l'art. 1777 du C. Civil).

Dans l'Arrêt de la Cour d'Appel de Lisboa, du 14 octobre 1982, le suivant:

«L'exigence de la deuxième conférence — dans le divorce par consentement mutuel — mentionnée dans l'art. 1777 du Code Civil est de caractère personnel, pour ce qui non-vérification de cette conférence n'est pas une offense au droit privé portugais pour les effets d'appréciations par l'art. 1096 al. g) du CPOC, en cas de révision de jugement étranger».

Dans l'Arrêt de la Cour de Cassation du 28 avril 1983, le suivant:

- «I. A) La première condition dont dépend l'appréciation de l'al g) de l'art. 1096 du CPC est que le jugement a réviser ait été prononcé relative-ment aux décisions où un national de notre Pays ait été vaincu; B) Pour l'application de cet alinéa a susdité, il s'impose au Tribunal la vérification, même officieuse, de l'existence de cette condition, consonant l'art. 1101 du Code cité, et c'est lui que doit ordonner toutes les diligences indispensables à l'éclaircissement des faits dont dépend son applicabilité.
- II. Ainsi, la décision de droit, pour ce qui le procès devrait baisser à la deuxième instance pour être jugé de nouveau, tout dans les termes des articles 723/3, 730 et 1102/1 du CPC».

Dans l'Arrêt de la Cour d'Appel de Lisboa du 24 mai 1983:

«Si le jugement décrete un divorce par consentement mutuel, il n'est pas indispensable la condition de l'al. g) de l'art. 1096 du CPC parce qu'on ne peut pas dire que tel jugement a été prononcé *contre* en portugais, mais si, à son faveur.»

Dans l'Arrêt de la Cour d'Appel de Lisboa du 14 juillet 1983:

«La révision de mérite exigée par l'al. g) de l'art. 1096 du CPC est toujours dispensable quand c'est le citoyen portugais à demander la confirmation du jugement contre soi prononcé dans un tribunal étranger.»

Dans l'Arrêt de la Cour de Cassation du 7 décembre 1983:

«Pour l'effet du disposé dans l'al. g) de l'art. 1096 du CPC, on ne peut pas considérer contre un portugais un jugement d'un tribunal brésilien qui a homologué le «racquit» de divorce amicale équivalent à notre séparation de personnes et biens para consentement mutuel.»

Dans l'Arrêt de la Cour de Cassation du 10 janvier 1984, le suivant:

- I. On ne peut pas confirmer au Portugal le jugement américain de divorce entre portugais si initié le procès comme litigieux et retirant l'accusé sa défense, on n'a pas, quand même, prouvé que le divorce s'est passé par accord mutuel et il n'est pas possible de connaître les faits pour qu'on puisse conclure par la correcte application du droit privé portugais, dans les termes de l'al. g) de l'art. 1096 du CPC.
- II. Le nouveau mariage, entre-temps célébré par la réquise, ne peut pas produire des effets au Portugal en attendant qu'il soit enregistré (l'art. 1, 2, 3 et 8 Code d'Enregistrement Civil) pour ce qui on ne peut pas parler de droit acquis.»

8) L'obstacles à la confirmation

On entend comme *obstacles à la confirmation* les cas de révision spécifiés dans les al. a) e) et g) de l'art. 771 du CPC, c'est-à-dire:

1. Le cas de prouver par jugement condamnatore en procès criminel, déjà transite en jugé, que le jugement à confirmer a été obtenu para subornation, corruption ou prévarication (art. 771 al. a)).

Allegué ce fait, l'accusé doit faire immédiatement sa preuve à travers de la junction du document — c'est-à-dire, à travers du certificat du jugement passé en jugé en procès criminel condamnant le(s) juge(s), signataires du jugement à réviser et à confirmer par subornation, corruption ou prévarication. Faite, ainsi, la preuve du document d'opposition, la Cour d'Appel doit nier *l'exequatur* tout court.

Elle n'est pas obligée à remplacer ou à faire remplacer par un autre le jugement étranger, au contraire de ce qu'arriverait s'il s'agissait d'une vraie ressource extraordinaire de révision; on se limite à refuser la confirmation.

2. Le cas d'exister un document de que la partie vaincue n'a pas eu de la connaissance ou de qu'elle n'en a pas pu faire usage dans le procès, où la décision à réviser a été prononcée, ce qu'est suffisant pour modifier la décision dans un sens plus favorable à cette partie (art. 771, al.c)).

Le cité doit montrer le document et prouver qu'il est *nouveau*, c'est-à-dire, il ne pouvait pas le présenter dans le procès où le jugement à réviser et à confirmer a été prononcé.

Si la Cour d'Appel, à son tour, appure qu'il s'agit d'un document réellement *nouveau* (document dont la partie n'avait pas de la connaissance dans la dépendance du procès dont le jugement a émané) et que le document, lui-même, est suffisant pour détruire la preuve où le jugement s'est fondé, elle doit nier la confirmation du jugement étranger et finir son activité, car elle ne peut pas prononcer après une décision que remplace celle du jugement étranger.

3. Le cas du jugement confirmé doit être contraire à un autre que constitue un affaire jugé pour les parties, formé antérieurement (art. 771, al. g)).

Dans ce cas, l'opponent doit présenter une certification du jugement que constitue pour les parties un affaire antérieur jugé tandis que le procès était pendent.

Après la production de cetttes preuves, la Cour doit nier *l'exequatur*.

Un problème compliqué et object de *solutions différentes* est celui de la compatibilisation quant aux domaines respectives de l'application de l'art. 771, al. g) (pour lequel on est renvoyé par force de l'art. 110 du CPC).

C'est un problème qu'on signale mais que dans cette comunication, breve sans être superficielle, nous nous privons de dissèquer.

IV. LA CONVENTION DE BRUXELLES

1. Un instrument d'intégration européenne:

C'est seulement après 8 années de négociations que la Convention de Bruxelles a été signée, le 27 septembre de 1968 — et sa rectification et son entrée en vigueur est faite 4 années plus tard, le premier février 1973.

— La persévérance des négociateurs a correspondu à leur grande *ambition*: celle d'élaborer un instrument juridique avancé — «progressiste» dans le meilleur sens l'expression capable de faire face aux vieux problèmes qui avaient gagné une plus grande acuité dans le contour du *Marché Commun Européen*.

En réalité ils ont achevé à imposer aux États de la Communauté Européenne une convention qui a déjà été classifiée comme un «*traité révolutionnaire*» et comme un «*traité fédérateur*» bien que, d'une façon plus modérée, d'autres auteurs l'ont classifié comme une «œuvre innovatrice, originelle et un système cohérent» où il est possible découvrir.

— «L'aurore d'un futur *code judiciaire européen*» (cf. infra).

Du point de vue de M. Campos c'est un fait incontestable que la Convention de Bruxelles se présente comme un instrument d'intégration européenne, non seulement par l'avance qui elle représente dans le plan strictement juridique, mais surtout parce qu'en *renforçant les garanties judiciaires nécessaires* à tous ceux que comme producteurs ou consommateurs se déplacent dans le cadre commentaire, cette convention contribut dans une large mesure pour la réalisation du *Marché Commun Européen*.

En effet la Création des Communautés Européennes — et en particulier la CEE — irait déterminer un *increment* des relations de toute ordre entre les États membres.

La libéralisation du commerce d'importation et exportation, la libre circulation des travailleurs, l'exercice du droit d'établissement et de la libre prestation de services, la liberté de circulation des capitaux — ont impliqué un essor considérable de procès judiciaires en tous les États membres. Il s'imposait donc que les sentences proférées dans un État-membre pouvaient être exemptes, dans aucun autre, d'une révision de mérite et bénéficier ainsi d'une reconnaissance immédiate et une exécution facile a fin de leur conférer l'efficacité nécessaire pour

un trafic juridique — commercial «intense» et «fluide» qu'on prétend favoriser dans le contour du Marché Commun Européen.

2. L'article 220 du Traité de la CEE et son implementation

D'ailleurs, les auteurs du Traité de Rome, qui a créé la CEE, se sont rendus compte du besoin de faciliter la «libre circulation des sentences» dans l'espace communautaire.

La commission d'experts constituée pour l'effet n'a pas seulement formulé des règles en vue de la simplification des procès pour l'obtention de la reconnaissance des différences droits nationaux étaient considérables.

La commission d'experts constituée pour l'effet pas seulement formulé des règles en vue de la simplification des procès pour l'obtention de la reconnaissance ou du «exequatur» — comme l'art. 220 CEE semblait suggérer — par contre, elle a cherché l'origine des difficultés (c'est à dire, l'existence de divergences profondes entre les règles nationales sur compétence internationale), essayant de résoudre d'une façon satisfaisante les problèmes qui étaient auparavant dans la base de la plupart des obstacles à la reconnaissance et exécution des sentences étrangères.

- Ainsi, la Convention de Bruxelles se propose atteindre deux desseins;
- d'une part le *compliment de l'art. 220* du Traité de Rome qui a établi la CEE en vue de rendre plus simple la reconnaissance et exécution des décisions proferées par les tribunaux européens (*interdisant sa révision quant au fond*); d'autre part, et pour mieux atteindre ce propos, énoncer les règles de compétence internationale *communes aux divers États* — membres de la Communauté.

Les règles communes de compétence internationale sont règles de compétence directe — puisqu'elles désignent directement le Tribunal ou Tribunaux des États contractants auxquels est attribuée la compétence pour juger en chaque cas particulier.

Ces règles s'intègrent dans l'ordonnement juridique interne de chaque État et par cette raison le tribunal appelé à connaître une cause avec un élément de connexion avec l'ordre juridique d'un autre ou d'autres États contractants devra *ignorer les règles de compétence international de la lex fori pour appliquer, avant, les règles uniformes de la Convention de Bruxelles.*

Et c'est évident que cette application généralisée des mêmes règles de compétence *élimine une des causes plus fréquentes de refus* de la reconnaissance ou de «*exequatur*» de sentences étrangères.

Mais les auteurs de la Convention de Bruxelles sont allés plus loin, en *interdisant au juge national la possibilité d'une révision de fond de la sentence proférée par un tribunal européen (art. 29 et 34 de la Convention)* et rendent plus facile le processus pour l'obtention de la reconnaissance ou du «*exequatur*», les États contractants membres de la CEE ont institué ce que dans une formule impressive se désigne par «*marché commun des sentences*».

3. La convention de Bruxelles et les textes attachés

La Convention de Bruxelles est un instrument normatif, composé de 58 articles traitant les matières en détail.

Ainsi dans l'article 63: les États contractants reconnaissent qu'un État qui devient membre de la CEE s'oblige d'accepter que la présente convention soit prise comme base des négociations nécessaires pour assurer dans les relations entre les États contractants et cet État l'application de l'article 220, dernière alinéa du Traité qui créa la CEE.

Les adaptations nécessaires pourront être objet d'une Convention Spéciale entre les États Contractants d'une part, et cet État d'autre part.

Dans la suite de cette disposition l'adhésion de Danemark, de l'Irlande et du Royaume Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord à la Communauté Européenne en 1973 a impliqué des négociations entre les États de la Communauté en vue de régler le texte de la Convention à la participation des nouveaux États membres.

Ces négociations termineraient avec la *signature, le 9 octobre de 1978, d'une convention qui a déterminé le changement* de quelques dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre de 1968.

À son tour, l'intégration de la Grèce en 1980 a impliqué l'ouverture de nouvelles dispositions en vue de son adhésion à la convention.

Étant donné que la Convention avait été revue peu avant on n'a fait que quelques adaptations formelles pour assurer la participation du nouveau État membre de la Communauté Européenne.

Pareillement le Portugal et l'Espagne entameront des négociations: avec les dix États membres de la Communauté à fin d'établir les conditions de leur

adhésion à la Convention de Bruxelles et réaliser les adaptations éventuellement nécessaires.

Ainsi, et en vue de leur adhésion à la CEE en juin 1985 Le Portugal et l'Espagne ont assumé l'obligation imposé par l'art. 63 de la Convention de Bruxelles déjà référé.

4. La sentence étrangère ne dispense pas l'exequatur

Nous avons dit que la reconnaissance est de plein droit ce que lui permet de produire tous les effets normaux avec l'exclusion de l'effet exécutoire.

Cette exclusion était inévitable parce que seulement l'autorité publique de l'État peut utiliser son pouvoir coercitif pour faire exécuter sur la personne et les biens du débiteur le dispositif des décisions judiciaires.

La force exécutoire à une sentence est un acte qui exprime le «*ius imperii*» est une règle incontestable du Droit International Public que aucun État peut réaliser un acte de pouvoir public dans le Territoire d'un autre État: notamment, l'emploi de la *force* publique (physique) sur les personnes et sur les biens.

V. ARBITRAGE

Reconnaissance et exécution des jugements arbitraux étrangers

1. Notions préliminaires

Parmi les objectifs du présent topique de ce Rapport National l'institut de la Reconnaissance et de l'exécution des jugements arbitraux étrangers doit être envisagé dans le domaine normatif en deux plans ou niveaux distincts:

- a) Le plan de la législation commune;
- b) Le plan du Droit International Conventionnel.

Dans le premier plan subsiste dans ce domaine le Code de Procédure Civile de 1961 (arts. 1094 suivs., 1097, 4995) — qui détermine pour les jugements arbit-

traux un régime pratiquement semblant à celui de la reconnaissance et de l'exécution des jugements judiciaires (arts. 1094 à 1120 CPC). Puisque les deux plus récents altérations de la législation de l'arbitrage interne (Dec-L, 243/84 du 17 juillet et Loi 31/86 du 29 août) ne changent substantiellement pas les préceptes clés relatifs à la reconnaissance et l'exécution des jugements arbitraux étrangers en vigueur en 1961 (et depuis le CPC de 1939).

Dans le second plan on n'a pas vérifié récemment (et après 1927) quelques altérations dans la législation portugaise actuellement en vigueur, étant encore et toujours applicables le *Protocole de Genève* de 1923, et la Convention de Genève de 1927, en ce qui concerne les conditions et la compétence et l'exécution des décisions arbitrales étrangères, respectivement.

2. Droit comparé: évolution

C'est par tous connu que c'est dans le *Droit Commercial International* que l'arbitrage joue et gagne un rôle de grand relief. C'est, ainsi que le 21 juin de 1985, à la fin de sa XVII^{ème} Session la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) approuva une *Loi — Modèle* sur l'Arbitrage Commercial International.

Déjà en 1976, d'ailleurs, il avait été publié le Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI — ensemble de règles que les intéressés pourront utiliser dans les processus arbitraux auxquels ils en prennent part.

En 1980 cette même CNUDCI a approuvé un Règlement de Conciliation dans le but de promouvoir et rendre plus facile la résolution des litiges pour accord entre les parties.

En outre la création de normes spécifiques pour l'arbitrage commercial international, l'influence de l'idée arbitrale en siège d'intervention législatif se révèle encore en phase de rénovation, un peu partout, des dispositifs légaux sur l'arbitrage interne.⁽³⁵⁾.

Au Portugal cette idée est pleinement confirmée par l'évolution législatif plus récent déjà mentionnée. Ainsi:

⁽³⁵⁾ Cf. Ramos Moura et Ângela Soares, p. 320 ss..

- les art. 1508 et suivants du Code de Procédure Civil ont été révoqués par le Dec. loi 243/84 du 17 juillet; lequel a été révoqué à son tour par la
- Loi 31/86 du 29 août (art. 39 n.º 1) laquelle dans ses art. 32 à 35 se rapporte au problème de l'arbitrage international.
- Mais dans le plan international conventionnel le Portugal se trouve seulement lié comme nous avons déjà souligné au
- Protocole de Genève relatif aux clauses d'arbitrage, de 1923,
- et à la Convention de Genève pour l'exécution des sentences arbitrales, de 1927.

Ça veut dire que dans ce domaine nous continuons un peu isolés du monde de nos jours, puisqu'on persiste en oublier (ou de moins à ne pas donner réceptivité) à

- la Convention de New York de 1958, une convention extrêmement importante en matière de reconnaissance et exécution de sentences arbitrales, qui englobe plus de 70 pays, et qui a remis par ses propos termes les deux premières (celles de Genève de 1923 et 1927) à une vigueur presque «résiduelle». ⁽³⁶⁾. cf.

En effet le paragraphe 2 de l'art. VII de la Convention de New York détermine que «ces instruments cesseront d'être en vigueur entre les États contractants, à partir du jour et dans la mesure où il's s'insèrent dans cette Convention.»

- En ce qui concerne le *procés d'arbitrage* en soi — même, 4 conventions internationales sont survenues, mais avec un caractère seulement régional. Il s'agit de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961) de la Convention européenne ayant une loi uniforme en matière d'arbitrage (Strasbourg 1966) ⁽³⁶⁾, la Convention de Moscou de 1972, qui établie un arbitrage obligatoire pour tous les litiges puissent survenir dans les relations de coopération entre les pays membres du Conseil d'Aide Economique Mutuel (MAEM) et la Convention interamericaine sur l'arbitrage du Commerce international (Panama 1975). La première et les deux dernières sont en vigueur; mais la limitation régionale de son champ d'application les empêche

⁽³⁶⁾ Idem, p. 324.

de correspondre aux propos d'unification ou harmonisation qui doivent caractériser les textes élaborés internationalement en matière d'arbitrage. ⁽³⁷⁾

- On sentait donc le manque d'un instrument juridique de «*vocation universelle*» comprenant toute une gamme de question impliquées par l'arbitrage commercial international. Et c'est justement cet espace que la réglementation approuvée par la CNUDCI a pour but occuper aujourd'hui.

Il faut référer que le système de reconnaissance et exécution des décisions arbitrales étrangers qui est entre nous equiparé à celui des sentences judiciaelles. (cf. supra.) prend dans cette *loi-modèle* qui manifest un au Portugal — *des changements profonds*.

Ainsi, l'art. 35 de la *Loi-Modèle établit le principe de la reconnaissance automatique* ou de *jure* d'une sentence articulé dans le cadre d'un arbitrage commercial international.

On s'exempte, donc, de cette façon, de *quelque homologation*.

- En ce point, on va plus loin que la Convention de New York de 1985, où la reconnaissance elle — même n'est pas obligatoirement exempte d'un *contrôle préalable* ou d'un procès de révision dans les termes de son art. 3.

Ça veut dire: l'effet de *fait jugé* d'une sentence se produira *automatiquement* dans les États qui viennent à incorporer la Loi — Modèle, sans avoir besoin de l'intervention d'une autre autorité judiciaire quelconque de cet État. Cette intervention est seulement *nécessaire* pour la production d'un autre des effets que la sentence arbitrale peut produire:

- un *effet exécutif*.

⁽³⁷⁾ Cf. auteurs cités, idem, p. 327 et 249 ss. et supra p. 59; et Batiffol et Lagarde, op. cit., 1, p. 381 ss. et 405 ss.

Dans cette supposition, c'est indispensable l'intervention du tribunal judiciaire compétent, lequel agira suivant un pétition écrit que lui sera dirigé (action exécutive).

3. Le système ainsi structuré rend plus simple la reconnaissance des décisions arbitrales et correspond à ce qui se passe en effet avec les instruments conventionnels multilatéraux qui concernent la reconnaissance des sentences étrangères — C'est ainsi la Convention de la Haie du 1^{er} Janvier 1971, sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (art. 26 e 31).

Il faut remarquer que la teneur de l'art. 35, paragraphe 1, évince aucune condition de reciprocité dans l'application de ces dispositions de la «Loi-Modèle». Ça ne veut pas dire que, en l'introduisant un État soit empêché de la sauvegarder. À l'exemple de ce qui se passe à la Convention de New York de 1958, bien qu'elle soit une Convention Universelle elle permet qu'un État membre puisse formuler une réserve dans le but de son application rester dépendant de la reciprocité (art. 1 de cet instrument conventionnel).

Il advient de la structure diverse des deux instruments — la Convention et la Loi-Modèle — l'inutilité d'une prévision expresse de ce point dans le contexte présent; une telle prévision ne se concilierait pas très bien avec l'intention d'unification qui a été dans la base d'élaboration du texte qu'on est en train d'analyser.

Au paragraphe 2 de l'art. 35 on rend connues les conditions à satisfaire pour qu'une partie puisse invoquer la sentence arbitrale ou bien demander son exécution. On y oblige cette partie à fournir l'original de la sentence, dûment authentiqué, ou bien une copie certifiée conformément et aussi l'original de la Convention d'arbitrage ou bien copie certifiée conformément. En plus, si la sentence ou la convention d'arbitrage ne sont pas rédigées dans une langue officielle de l'État introduisant la Loi - Modèle (et où le problème de la reconnaissance et de l'exécution est posé) la partie intéressée dans la reconnaissance devra faculter une traduction dûment certifiée dans cette langue.

Les conditions qu'on vient de référer se justifient per si et traduisent l'exigence de deux notes normalement considérées comme attributs indispensables de tout le document qu'on désire voir reconnu et exécuté comme sentence (judicielle ou arbitrale) — l'authenticité et intelligibilité de la décision y comprise. Dans le système de la Loi — Modèle, ces conditions représentant la rigueur maximé dont l'État qui l'introduise peut utiliser dans la reconnaissance et exé-

cution des sentences arbitrales (19°): il s'agit donc d'une norme dont le contenu peut être écarté par les États seulement pour alléger encore plus le processus de reconnaissance.

Ce n'est pas permis notamment d'exiger que la sentence à reconnaissance ou à exécuter ait été enregistrée ou déposée dans un tribunal du pays où elle été proférée.

Politique législative: Perspectives à bref et moyen délai

4. La parfaite *conscience critique* manifestée par la généralité de nos internationalistes, des plus jeunes aux plus distingués, expérimentés et remarquables, des «graves défauts et du retard» de notre actuelle législation (commune et conventionnelle) dans cette importante matière de la reconnaissance et de l'exécution des jugements arbitraux étrangers, et les solides connaissances, ainsi que l'intérêt que tous ont manifesté pour les instruments internationaux et régionaux plus modernes et plus progressives et avec une plus grande expansion parmi les nations civilisés du monde actuel, nous permettent de prévoir une évolution vraisemblablement rapide et profonde de notre actuelle législation dans le sens de l'adhésion du Portugal à la Convention de New York de 1958 et de l'adoption par notre pays des plus importantes innovations et progrès avantages de la Loi-modèle de CNUCID de 1985: en particulier la reconnaissance automatique ou *ipso jure* des décisions arbitrales étrangères en ce que cette loi-modèle dépasse la Convention de New York et se compare à la «révolutionnaire» Convention de Bruxelles de 1958.

VI. NOTE CONCLUSIVE

1. L'institut de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers (judiciaires et arbitraux) est prévu et expressément réglé dans l'ordre juridique portugaise, en un ou deux plans normatifs considérés en ensemble :

2. Les jugements judiciaires se trouvent seulement réglés dans le plan normatif *interne* (articles 1094 à 1102 e 47 du CPC de 1961). L'adhésion du Portugal à la CEE en 1/6/85 a été un premier pas décisif vers la *raification* par progressives altérations à l'actuel régime en vigueur au Portugal (particulièrement la reconnaissance *automatique* ou *ipso jure*, la *dispense de contradiction* dans la fase executive, la non *révision de mérite*, etc. — en vue à la réalisation de l'*object primordial* que cette importante Convention International se propose d'atteindre: — favoriser au maximum la «*libre circulation des jugements au sein des pays de la Communauté Economique Européenne*», à travers cet important «*Traité révolutionnaire*» (*Droz*) ou «*Traité fédéré*» (*Holleaux*), expressivement classifié aussi de «*Marché Commun des Jugements*», ou «*premier pas d'un Code Judiciaire Européen*».

3. Les jugements arbitraux, à son tour, se trouvent, prévus et réglés à deux niveaux normatifs distincts. Au niveau de la législation *commune interne* (art. 1094, 1097 et 95 du CPC de 1961), avec des altérations pratiquement irrelevantes dans ce domaine de la récente Loi de 31/86 du 29/8 1986 sur l'arbitrage interne et international (*mais réalisé en territoire portugais*); et au niveau *conventionnel — international*, puisque le Portugal se trouve encore aujourd'hui lié aux deux plus anciennes Conventions internationales réalisées dans le domaine de l'arbitrage — le *Protocole de Genève* de 1923 (sur les conditions de l'arbitrage) et la *Convention de Genève* de 1927 (sur l'exécution des jugements arbitraux étrangers).

4. En ce qui concerne les perspectives de politique législative, c'est à dire, des *reformes futures* à réaliser au Portugal dans cette matière, il convient de souligner, encore une fois, que la doctrine portugaise plus spécialisée et qualifiée a montré une parfaite conscience de la nécessité d'ajourner l'introduction dans notre pays, soit des innovations citées à plus large portée, de la *Conven-*

tion de Bruxelles de 1958, en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements judiciaires étrangers — par la ratification par le Portugal de cet important instrument international de la CEE; soit les incontestables progrès de la Convention de New York de 1958, ayant un énorme rayonnement dans le monde (plus de 70 pays) et de la *Loi-modèle* de la CNUDCI de 1986 (en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements arbitraux étrangers).

BIBLIOGRAPHIE GENERAL (*)

- ALEXANDRE, D., «Les Pouvoirs du juge de l'exequatur», Thèse Strasbourg, 1970.
- ARMINJON, «Précis de droit international privé», 3^e éd., Paris, Dalloz, 1947-1958.
- ARNOLD, H., «Der Entwurf eines Gerichtsstands-und Vollstreckungs-abkommens für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft», dans *A. W. D.*, 1965, 321 et suiv.
- BAIWIR, J., «Étude de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution en matière civile et commerciale», dans *Rev. des buisiers de justice*, 31 mars 1969, n^o B, 7, p. 446 et suiv.
- BARIATTI, S., «Sull' Interpretazione Dell'art. 17 Della Convenzione di Bruxelles Dell 27 Settembre 1968», *Riv. Dir. priv. e proc.*, 1986, p. 819.
- BARTIN, E., «Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises», Paris, Domat-Montchrestien, 1930-1935.
- BATIFFOL, H., «Traité élémentaire de droit international privé», 6^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959.
- BATIFFOL, H., «Droit international privé» 4^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967.
- BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., «Droit international privé», 6^e éd., Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970-1971.
- BATIFFOL, H., «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», dans *Mélanges offerts à R. D. Kollelijn et J. Offer*, Leyde, Sijthoff, 1962, 55.
- BAUER, H., «La compétence judiciaire internationaux des tribunaux civils français et allemands», Paris, Dalloz, 1965.
- BAUGNIET, J. et WESER, M., «L'exequatur des jugements, des sentences et des actes authentiques», dans *Rapports belges au VIII^e Congrès International de droit comparé. escara*, 29 août — 5 septembre 1970, Bruxelles, C.I.D.C., 1970.

(*) Dans chaque citation on remet pour la Bibliographie générale et national: — indication premièrement le sobrenom de l'auteur; et après le numéraux d'ordre de l'ouvrage cité, s'ils sont plusieurs.

- BAUMBACH, A. et LAUTERBACH, W., «Zivilprozessordnung», München-Berlin, C. H. Beck Verlag, 1958.
- BELLET, P., «L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun», dans *Clunet*, 1965, p. 833 et suiv.
- BELLET, P., «La jurisprudence du tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers», dans *Travaux du Comité français de droit international privé*, 23^e à 25^e année, 1962-1964, Paris, Dalloz, p. 251 et suiv.
- BERNAD, M., «De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers et de l'exécution des jugements étrangers en France. Étude de la Convention franco-belge du 8 juillet 1899, Thèse, Paris, L. Larose, 1900.
- BONGLET, M., «La reconnaissance et l'exécution des jugements dans les six pays de la C.E.E.», dans *Ann. Fac. Droit Lyon*, 1969, II, 55.
- BREDIN, J. D. et LOUSSOUARN, Y., «Droit du commerce international», Paris, 1969.
- BRUILLIARD, G., «Les solutions du droit international privé français commun et conventionnel en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers», dans *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, 283 à 320, publié également dans *L'efficacia delle sentenze straniere nelle convenzioni multilaterali dell'Aja e della C.E.E.*, Padova, Cedam, 1969, 51 à 86.
- BÚLOW, A., «Effets de la prorogation internationale de juridiction en matière patrimoniale», dans *Ned. Tjdschr. int. recht.*, 1962, 89.
- CAMBIER, CYR., «Le droit de procédure: principe et élément régulateur de l'autorité du juge dans les Communautés européennes», dans *De individuele rechtsbescherming in de Europese gemeenschapeen*, Antwerpen, 1967, p. 117.
- CARBONE, S., «Il regime della litispendenza nelle convenzioni dell'Aja e di Bruxelles», dans *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 7.
- CATHALA, T., «La Convention communautaire de Bruxelles du 27 septembre 1968, sur la compétence judiciaire et l'exécution en matière civile et commerciales», *D. S.*, 1969, 251.
- CATHALA, T., «L'interprétation uniforme des conventions conclues entre Etats membres de la C.E.E. en matière de droit privé», dans *D.*, 1972, 1, 31.
- CASSESE (Antonio), «Il Diritto Interno nel Processo Internazionale», Padova, 1962.
- DE PAEPE, P., «De l'autorité et de l'exécution des jugements, des sentences arbitrales et des actes judiciaires, suivant la Convention franco-belge du 8 juillet 1899», dans *Clunet*, 1905, p. 530 et suiv.; *Clunet*, 1906, p. 318 et suiv.
- DROZ, G. A. L., «Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», Paris, Bibliothèque de droit international privé, vol. XII, Dalloz, 1972.
- DROZ, G.A.L., «Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», Paris, Dalloz, 1973.
- DROZ, G.A.L., «Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», dans *Rev. crit. d.i.p.*, 1973, p. 21.
- DUTOIT, B. et MERCIER, P., «La II^e session de la Conférence de la Haye de droit international privé», dans *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, fasc. 2.

- EHENZWEIG, A., «La loi du forum compétent. L'harmonie ultime des règles de conflits de lois et conflits de juridictions», dans *Liber Amicorum Baron L. Fredericq*, Gand, Edit. E. Story-Scientia, 1965, p. 399 et suiv.
- FOYER, J., «L'avant-projet de Convention européenne sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale», dans *Revue des syndics et administrateurs judiciaires de France*, 1966, p. 111 et suiv.
- FOYER, J., *Rapport à l'Assemblée nationale (française) sur le Projet de loi (nº 762) autorisant la ratification de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi que du protocole et de la déclaration joints, signés à Bruxelles le 27 septembre 1968, Document n.º 810 du 7 octobre 1969.*
- FRAGISTAS, Ch. N., «La compétence internationale en droit privé», dans *Recueil des cours de l'Académie de Droit international*, 1961, Leyde, Sijhoff, 1962, t. CIV, p. 159 et suiv.
- FRAGISTAS, Ch. N., «Les compétences exorbitantes dans les travaux de la Conférence de droit international privé de la Haye», dans *Revue roumaine des sciences sociales (série de science juridique)*, Bucarest, 1968, p. 175 et suiv.
- FRAGISTAS, Ch. N., «Deux Convention multilatérales récents sur la reconnaissance des jugements étrangers», dans *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 745 et suiv., publié également dans *L'efficacia delle sentenze nelle convenzioni multilaterali dell'Aja e della CEE*, Padova, Cedam, 1969, p. 15 à 49.
- FRANESCAKIS, Ph., «Compétence étrangère et jugement étranger», dans *Rev. crit. d.i.p.*, 1953, p. 24.
- GINSBURG, R., «Recognition and Enforcement of Foreign Civil Judgements. A Summary view of the Situation in the United States», dans *The International Lawyer*, vol. 4, 1970, p. 720.
- GIULIANO, «*La Giuridizione civile italiano e la straniero*» 2^e éd., Milano, 1970.
- GOLDMAN, B., «Un Traité fédérateur: la Convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance et des décisions en matière civile et commerciale», dans *Rev. trim. dr. eur.*, 1971, p. 1 et suiv.
- GOTHOT, P., HOLLEAUS, D., «La Convention entre les Etats membres de la Communauté Européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», dans *Clunet*, 1971, p. 747 à 805.
- GRAULICH, P., «Principes de droit international privé. Conflit de lois, conflit de juridictions», Paris, Dalloz, 1961.
- HAY, P., «The Common Market Preliminary Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Judgements. Some Consideration of Policy and Interpretation», dans *A.J.C.L.*, 1968, p. 149 et suiv.
- HERZOG, P., with the collaboration of WESER, M., «Civil procedure in France», The Hague, Nijhoff, 1967.
- HOLLEAUS, D., «Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements», Paris, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, 1970.
- ISSAD, M., «Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur, de la révision au contrôle», Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Dalloz, 1970.
- JEANTET, F. C., «Un droit européen des conflits de compétence judiciaire et de l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», dans *Cahiers de dr. eur.*, 1970, p. 375.

- JENARD, P., Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Document CEE, reproduit dans Doc. parlem., Chambre, 1969-1970, n.º 1).
- JENARD, P., «Principales fondamentaux de la Convention CEE sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions», dans *Sem. jur.*, 1973, 2593.
- JENARD, P. et LEMONTEY, J., «Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», dans *Juris-Classer de droit international*, fasc. 631.
- KAUFMANN, H., «La Suisse et la Convention de la Communauté Economique concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile e commerciale», *Mémoires publiés par la Fac. Droit Genève*, 1969, n.º 29.
- KLEIN, F. E., «Quelques observations sur la portée des règles de rattachement de l'Etat requis dans les Conventions de La Haye et de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale», dans *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 48 à 52.
- MALAURIE, Ph., «Le contrôle des jugements étrangers», D., 1963, p. 129.
- MERCIER, P., «Effets internationaux des jugements dans les Etats du Marché commun», Thèse, Lausanne, 1965.
- MERCIER, P., «Le projet de Convention du Marché Commun sur la procédure civile internationale et les Etats tiers», dans *Cahiers dir. eur.*, 1967, p. 367 et suiv., p. 513 et suiv..
- MERCIER, P. et THORENS, J., «Le projet de Convention de la CEE étudié du point de vue de la Guise», dans *Rapport du Centre d'études juridiques européennes*, Genève, 1966, p. 1 et suiv..
- MERCIER, P., «La Convention CEE sur la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale ou une étape vers la fédération européenne», dans *Riv. dir. int. proc.*, 1969, p. 89 à 100.
- MORELLI, G., «Diritto civile internazionale», 2^e éd., Padova, Cedam, 1954.
- MORELLI, C., «*Studi di diritto processuale civile internazionale*», Milano, Giuffrè, 1961.
- NEWMAN, K. H., «Compétence juridictionnelle et reconnaissance des jugements dans le Marché commun», dans *Bulletins des juristes européens*, Paris, 1971, n.ºs 33-34, p. 73 à 82.
- NIBOYET, J. P., «*Traité de droit international privé français. Le conflit des autorités. Le conflit des juridictions*», t. VI, Paris, Sirey, 1949.
- NORMAND, J., «La délivrance des actes à l'étranger et les délais de distance dans le décret n.º 65-1006 du 26 novembre 1965», dans *Rev. crit. D.I.P.*, 1966, p. 387 et suiv..
- NUSSBAUM, A., «*Deutsches interanationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des Osterreichischen und Schweizerischen Rechts*», Tübingen, J. C. B. Mohr Verlag, 1932.
- PERROUD, J., Répertoire de droit international para A. DE LAPRADELLE et J. P. Niboyet, Ve Décisions judiciaires étrangères.
- PILLET, A., «*Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*», Paris, Sitey, 1913.
- POULLET, P., «*Manuel de droit international privé belge*», 3^e éd., Bruxelles, Péc. 1947, et supplément para W. Van Hille en 1954.

- RIAD, F.A.N., «La valeur internationale des jugements en droit comparé», Paris, Sirey, 1955.
- RIEZLER, E., «internationales Zivilprozessrecht», Berlin-Tübingen, 1949.
- RIGAUX, Fr., «L'efficacité des jugements étrangers en Belgique», dans J. T., 1960, p. 285 et suiv., p. 302 et suiv..
- RIGAUX, Fr., «Harmonisations des règles de conflits de lois et de juridictions dans les divers groupes régionaux d'Etats», dans *Rapports Belges au VI^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1962.
- RIGAUX, Fr. «Le nouveau projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé», dans *Clunet*, 334.
- ROBERS, J. L., «La reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions de justice à l'intérieur du Marché commun», dans *J.C.P.*, 1962, n^o 1679.
- ROSENBERG, L., «Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts», 8^e éd., München-Berlin. C. H. Beck Verlag, 1960; 9^e éd., 1961.
- SERENI, A. P. «Principi generali di diritto e Processo Internazionale», Milano, 1985.
- SMITH, H., «International Aspects of Federal Civil Procedure», dans *Columbia Law Review*, vol. LXI, 1961, p. 1031 et suiv.
- SZASZY, I., «International Civil Procedure. A comparative study», Leyden, Sijthoff, 1967.
- VALLADAO, H., «Le droit latino-américain», Paris, Sirey, 1954.
- VANDER ELST, R., note dans J. T., 1955, 162.
- VANDER ELST, R., «Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge», Bruxelles, Parthénon-Paris, Sirey, t. I^{er}, 1956; t. II^e, 1963.
- VANDER ELST, R., «Le Code judiciaire et les conflits juridictions», dans J. T., 1970, p. 305 et suiv., et J. T., 1971, p. 349 et suiv.
- VAN DER GUCHT, J., «Projet de Convention entre les Etats de la CEE relative à la faillite», dans *Jur. Comm. Belg.*, 1968, p. 361 à 368 et 607 à 616.
- WESER, M., «La libre circulation des jugements dans le Marché commun», dans *Travaux du comité français de droit international privé, 1966-1969*, p. 353.
- WESER, M., «La compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements», dans *Nouvelles, Traité des Communautés Européennes*, 1969, p. 1009, n^{os} 2541 et suiv.
- WESER, M., «La Convention Communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions réalise-t-elle la libre circulation des jugements dans le Marché commun», dans J. T., 1973, p. 229 et suiv.

BIBLIOGRAPHIE PORTUGAISE

- CAMPOS, J. Mota, «A Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 sobre a competência judiciária, reconhecimento e execução das sentenças», Lisboa, 1968, pp. 87 a 227.

- CORREIA, A. Ferrer.**, «Lições de Direito Internacional Privado. Aditamentos. O reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras», Coimbra, 1973.
- «La Reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale» (Droit Comparé) — Cours professé à la Faculté Internationale de Droit Comparé, de Strasbourg, in «Estatutos vários de direito», Coimbra, 1982, pp. 105 à 191.
- «Breves reflexões sobre a competência internacional indirecta», in op. últ. cit., pp. 193 à 222.
- «Reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras à face das convenções europeias mais recentes, em especial a da CEE», Coimbra, 1987, policopiado, pp. 1 a 27 (en publication).
- COLLAÇO, J. Magalhães**, «Revisão de sentenças estrangeiras». Lições do ano lectivo de 1962-63, Lisboa.
- «Qualificação em Direito Internacional Privado», Lisboa, pp. 282-285.
- COSTA, M. Fernandes**, «Direitos adquiridos e reconhecimento das sentenças estrangeiras», Coimbra, 1983, Separata do Bol. Fac. Dir. Coimbra, pp. 30 e ss.
- FERREIRA, V. Taborda**, «Sistema de Direito internacional privado segundo a lei e a jurisprudência», Lisboa, 1957.
- MACHADO, J. Baptista**, «Lições de direito internacional privado», 3.^a ed., Coimbra, 1985.
- MAGALHÃES, J. M. Barbosa**, «Estudos sobre o novo Código de Processo Civil», vol. II, pp. 390 e ss.
- MENDES, J. Castro**, «Alguns problemas sobre revisão de sentença estrangeiras», Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 1965.
- RAMOS, R. Moura**, «Direito internacional privado e Constituição», Coimbra, 1980.
- RAMOS, Moura e Ângela B. Soares**, «Contratos internacionais» — «Arbitragem comercial e internacional» (análise da lei-modelo da C.N.U.D.C.I. de 1985), Coimbra, pp. 320 a 440, in Bol. Fac. Dir. de Coimbra
- REIS, J. Alberto**, «Processos especiais». Revisão das sentenças estrangeiras, 2.^o vol., Coimbra, 1974, pp. 139 e ss.
- VAZ, A. M. Pessoa**, — Atendibilidade de factos não alegados —, Coimbra, 1980.
- «Poderes e deveres do Juiz na Conciliação Judicial», Coimbra, 1976.
- «A motivação das sentenças e a Revisão Constitucional», Coimbra, 1982.
- «The nature and perspectives of judicial settlement in modern publicistic legal proceedings — Portuguese national report on the topic 4 for the VIIth International Congress on Procedural Law in Wurzburg, 1983.
- «A crise da Justiça em Portugal», in Rev. Ord. Advogados, 1986.
- VILELA, A. Machado**, «Observações sobre a execução das sentenças estrangeiras», in Bol. Min. Just., n.º 32, 1952, pp. 31 a 66.
- «Tratado elementar teórico e prático de direito internacional privado», Coimbra, 2.^o vol.

M. FERREIRA DA SILVA
Avocat à Lisbonne

**PROCEDURES ET JUGEMENTS
PROVISOIRES (*)**

(*) Relatório nacional apresentado no 8.º Congresso Internacional de Processo Civil, Utrecht, 24-29 de Agosto de 1987.

I

INTRODUCTION

Les procédures menant à un jugement provisoire qui sera ou pourra être remplacé par un jugement définitif constituent l'objet du présent rapport.

L'on considérera ici *soit des procédures avec autonomie formelle soit des jugements provisoires rendus dans les procédures mêmes qui mènent au jugement définitif*.

Sont exclues les procédures à caractère conservatoire, soient celles dont l'effet consiste à «préordonner les moyens qui garantissent l'efficacité de l'exécution de la sentence finale à prononcer» tandis que dans le cas de procédures provisoires l'on obtient «un jugement préliminaire et provisoire sur le rapport litigieux» (Prof. Alberto dos Reis — Code de Procédure Civile noté, volume 1, page 627).

En droit portugais, les procédures provisoires sont traitées conjointement avec les procédures conservatoires, la distinction doctrinale citée étant ainsi très difficilement applicable. Nous préférons ne pas débattre de cette question et exclure pragmatiquement tous les procédés qui mènent à la saisie de biens ou à leur mise en régime d'indisponibilité par leur détenteur.

La méthode suivie dans l'étude de ce thème est de caractère descriptif, sans préoccupations théoriques exhaustives quant à la caractérisation des décisions provisoires (et la discussion au sujet de l'intégration de certains procédés dans ces décisions).

Législation portugaise à laquelle il sera fait le plus souvent référence:

— Code de Procédure Civile (C.P.C.) — 1961 (avec quelques modifications ultérieures);

- Loi Tutélaire des Mineurs (L.T.M.) — 1978;
- Code de Procédure du Travail (C.P.T.) — 1981;
- Loi de Procédure des Tribunaux Administratifs (L.P.T.A.) — 1985/1986.

II

ENUMERATION ET DESCRIPTION SOMMAIRE DES PROCEDURES ET DES JUGEMENTS PROVISOIRES EXISTANTS EN DROIT PORTUGAIS

A. Dans la juridiction civile

Les procédures provisoires prennent acte principal dans un chapitre spécifique du Code de Procédure Civile sous le titre «Procédures Préventives» ⁽¹⁾ (art. 381^o à 427^o).

Outre les dispositions propres à certaines procédures provisoires, parallèlement à des procédures purement conservatoires, une théorie générale sur la matière est appliquée dans ce chapitre et il y aura éventuellement lieu d'y faire appel lorsque des procédures provisoires se présentent dans d'autres domaines.

Les «procédures préventives» ont les caractéristiques suivantes:

- a) elles ont pour but d'éviter le «periculum in mora»;
- b) elles le font par moyen d'une composition provisoire;

⁽¹⁾ En portugais: «procedimentos cautelares».

- c) l'appréciation judiciaire des faits est sommaire («*summaria cognitio*»), un «*fumus bonis juris*» lui étant suffisant;
- d) elles sont en rapport de dépendance avec la procédure définitive laquelle, par hypothèse, est présumée être jugée favorablement au demandeur.

Les procédures provisoires spécifiquement prévues dans le chapitre cité ci-dessus, sont les suivantes:

1. Les aliments provisoires

Qui visent l'obtention d'une prestation alimentaire «fixée par rapport au *strict nécessaire* pour couvrir les frais de nourriture, de logement et d'habillement du demandeur ainsi que les frais exposés par la demande, lorsque le demandeur ne pourra pas obtenir l'aide judiciaire» (art. 388° C.P.C.).

2. Restitution provisoire de possession

Dans le cas de dépossession violente, le possesseur peut demander à ce que la possession lui soit restituée provisoirement, se fondant sur les faits qui constituent *la possession, la dépossession et la violence* (art. 393° C.P.C.).

3. Suspension des délibérations sociales

«Si une association ou une société, quelle que soit son espèce, prend des délibérations contraires à celles qui sont prévues par la loi, par les statuts ou par le contrat, tout associé pourra requérir, dans un délai de 5 jours, que la concrétisation de ces délibérations soit suspendue, en faisant valoir sa qualité d'associé et en démontrant que cette décision pourrait entraîner un dommage considérable» (art. 396° C.P.C.).

La même procédure est utilisée pour la suspension de délibérations de l'assemblée de co-propriétaires d'immeubles soumis au régime de propriété horizontale (art. 398° C.P.C.).

4. Opposition à nouvel oeuvre (2)

«Celui qui s'estime offensé dans son droit de propriété singulière ou commune, en tout autre droit réel de jouissance ou en sa possession, en conséquence d'une oeuvre, d'un travail ou d'un nouveau service qui lui cause ou menace de lui causer préjudice, peut requérir, dans un délai de 30 jours à compter de la date à laquelle il a pris acte du fait, l'ordre de suspendre immédiatement le travail ou le service» (art. 412.º, n.º 1 C.P.C.).

L'intéressé peut également procéder à l'opposition directement par voie extra-judiciaire, en notifiant verbalement, devant deux témoins, le maître d'oeuvre ou, en son absence, le responsable ou son remplaçant.

L'opposition n'aura cependant plus d'effet si, dans un délai de 5 jours, la ratification judiciaire n'a pas été requise (art. 412.º n.º 2 C.P.C.).

5. «Procédures préventives non-spécifiées»

Il s'agit d'une procédure à utiliser lorsque la situation n'est pas prévue par l'une des procédures déjà indiquées (elle peut également être utilisée afin d'obtenir des mesures strictement conservatoires.

A ce propos, l'article 399.º du C.P.C. prévoit:

«Lorsque quelqu'un manifeste la crainte fondée qu'autrui, avant que la procédure définitive ne soit engagée ou en instance, puisse nuire gravement ou de façon difficilement réparable, à son droit et si aucune des procédures réglementées dans ce chapitre ne convient à ce cas, il peut requérir les mesures adéquates à la situation et notamment l'autorisation de pratiquer certaines actions, d'intimider l'accusé afin qu'il s'abstienne d'une certaine conduite ou d'exiger la remise de biens meubles ou immeubles qui constituent l'objet de l'action à un tiers.»

* * *

Des décisions provisoires prises au cours ou dans les procédures définitives en instance sont prévues par les articles du C.P.C. mentionnés ci-dessous:

(2) En portugais: «embargo de obra nova».

1. 1047, n.º 7 (relatif aux procédures de divorce et de séparation demandées par un des conjoints):

«A tout moment de la procédure, le juge, par sa propre initiative ou à la demande d'une des parties ou au cas où il le jugerait convenable, pourra fixer un régime provisoire quant aux *aliments*, quant au règlement de l'exercice de l'*autorité parentale* et quant à l'utilisation de la *maison de résidence de la famille*; pour cela, le juge pourra, au préalable, ordonner la réalisation des démarches qu'il considère nécessaires.»

2. 491.º

«Si l'action a pour base un *titre d'obligation signé par le défendeur*... il doit déclarer lors de sa défense s'il confirme ou s'il nie sa signature... s'il confirme sa signature, expressement ou tacitement, mais qu'il nie l'obligation, il sera condamné provisoirement, au cas où l'action doive se poursuivre; cependant, l'exécution reste suspendue jusqu'à la condamnation définitive du moment que l'accusé fournisse une caution.»

3. 974.º

«Au cas où l'existence du contrat de location est reconnue, il sera ordonné, avant le jugement définitif, de procéder au *déménagement provisoire*, lorsqu'il s'agit d'une location rurale et que les raisons fondées permettent de croire que la défense a un but purement dilatoire, ou lorsque l'action est fondée sur le manque de paiement du loyer et le demandeur n'a pas prouvé *par des documents* certains faits parmi lesquels fondamentalement, le paiement ou la modification de la date de l'échéance ou le versement des loyers en dette, accru de l'indemnisation prévue par la loi.»

4. 946.º n.º 3 et 953.º n.º 2

«Dans les procédures de tutelle et de curatelle on prévoit la nomination judiciaire du tuteur ou du curateur provisoire ainsi que la possibilité de décider provisoirement sur d'autres matières.»

* * *

Outre les procédures préventives on trouve dans le C.P.C. une procédure spéciale désignée par «*possession ou remise judiciaire*» ou par «*possession judiciaire simple*» ⁽³⁾ (art. 1044.º à 1051 C.P.C.) dont la décision finale n'a pas autorité de chose jugée.

Au sujet des conditions dans lesquelles elle pourra être utilisée, l'art. 1044.º du C.P.C. dispose: «Celui qui a en sa faveur un titre translatif de propriété peut requérir que lui soit conférée la possession ou la remise judiciaire de la chose.»

Et au sujet du jugement le n.º 2 de l'art. 1049.º prévoit: «Le jugement décidera sommairement si la possession doit être conférée ou la chose remise et selon quels termes. Lorsque le défendeur invoque la possession en son nom propre l'on vérifiera si celle-ci doit prévaloir sur celle du demandeur; lorsqu'il prouve qu'il a l'usufruit de la chose en vertu d'un titre légitime, on ne pourra conférer au demandeur la possession que lorsqu'elle ne nuit pas à l'usufruit du défendeur, à moins qu'il ne démontre avoir fait cesser ce titre par le moyen compétent.»

* * *

Un autre jugement provisoire peut être retrouvé dans l'*opposition d'un tiers* ⁽⁴⁾.

«Lorsque la saisie, la saisie-arrêt, l'inventaire, la possession judiciaire, l'assignation de déménagement, ou toute autre démarche ordonnée judiciairement (est exclue la saisie de biens dans la faillite) offense la possession d'un tiers, la personne offensée peut demander la restitution à sa possession par moyen d'*opposition*» (art. 1037.º C.P.C.).

⁽³⁾ En portugais: «*posse ou entrega judicial*» ou «*posse judicial avulsa*».

⁽⁴⁾ En portugais: «*embargos de terceiro*» — il s'agit d'une procédure spéciale de défense de la possession non-considérée comme recours.

L'opposition d'un tiers peut encore, aux fins de manutention de possession, être introduite avant que la démarche référée à l'article 1037^o soit exécutée mais toujours après qu'elle soit ordonnée.

L'opposition d'un tiers dispose d'une phase initiale qui se termine par une décision prise dans un des deux sens suivants:

- a) le rejet qui implique le terme de la procédure;
- b) l'acceptation qui représente une décision purement provisoire puisqu'elle assure uniquement la suite de l'opposition et non son succès final, étant donné, cependant — et voici l'intérêt de cette décision provisoire que les termes de la procédure dans laquelle a été prononcée la décision qui a entraîné l'opposition «restent suspendus en ce qui concerne les biens auxquels se réfèrent l'opposition et le demandeur de l'opposition peut demander en fournissant aussitôt une caution, la restitution provisoire de la possession» (art. 1041^o n^o 2 C.P.C.).

B. Dans la juridiction de mineurs

L'article 157^o de la L.T.M., applicable à toutes les procédures civiles relatives aux mineurs dispose ainsi: «En tout état de la procédure et à chaque fois qu'il le juge convenable, le Tribunal peut décider à titre provisoire, relativement aux matières qui doivent être examinées dans le jugement définitif, ainsi qu'ordonner les démarches qui se montrent indispensables pour assurer l'exécution effective de la décision. Les décisions déjà prises à titre définitif peuvent également être provisoirement modifiées.»

Malgré cette disposition d'application générale, le n^o 4 de l'article 177^o de la L.T.M. prévoit encore:

«La conciliation entre les parents — acte initial de la procédure de réglementation de l'exercice de l'autorité parentale — déjà engagée, peut être suspendue, en établissant, pour des périodes et des conditions déterminées, un régime provisoire lorsque le Tribunal le considère comme étant convenable pour les intérêts du mineur.»

Et l'article 199° de la même L.T.M. consacré à la déchéance ou retrait partiel de l'autorité parentale, réfère que «comme préliminaire ou comme incident dans la procédure de déchéance de l'autorité parentale, il pourra être ordonné la suspension de cette autorité et la garde du mineur par un tiers... la pension que les ascendants doivent régler pour le soutien et pour l'éducation du mineur sera immédiatement fixée provisoirement».

C. Dans la juridiction du travail

Le C.P.T. prévoit, dans les articles 38° à 45°, une procédure préventive dénommée «*suspension de licenciement*».

Le but de cette procédure est celui de maintenir provisoirement le contrat de travail en vigueur, avec toutes les conséquences qui en résultent, jusqu'à ce qu'il soit jugé en procédure définitive, si le licenciement constaté a été valable ou non valable (s'il y a eu ou non cause juste).

En procédure de travail l'on pourra également employer les «*procédures préventives non-spécifiées*» du C.P.C., lorsque la situation le demande, eu égard au fait que le C.P.C. s'applique au cas omis dans le C.P.T.

Et, dans les procédures spéciales résultantes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, il est prévu avec un certain développement, la fixation d'une pension ou d'une indemnisation provisoire (art. 124° et suivants du C.P.T.).

D. Dans la juridiction administrative

Dans le contentieux administratif de recours, il est prévu la possibilité de requérir la suspension de l'efficacité de l'acte auquel il a été porté recours. La suspension est octroyée par le Tribunal lorsque les conditions suivantes sont remplies:

- a) l'exécution de l'acte cause probablement un préjudice difficilement réparable au requérant et aux intérêts qu'il défend dans le recours;

- b) la suspension n'entraîne pas de grave dommage à l'intérêt public;
- c) de la procédure ne résultent pas de forts indices d'illégalité dans la portée du recours.

Dans le contentieux administratif par actions, une fois que, comme dans la procédure du travail, la loi de procédure civile est d'application supplétive, rien ne s'oppose à ce que les *procédures préventives* du C.P.C. soient considérées pour les cas où elles sont adéquates et lorsqu'elles ne contrarient par les règles du droit administratif.

III

PARTICULARITES DES PROCEDURES PROVISOIRES

1. La défense

Certains jugements en procédures préventives sont ou peuvent être rendus sans audition de la partie adverse. Ceci se vérifie dans les cas suivants:

- a) Restitution provisoire de possession (art. 394.^o C.P.C.) — le défendeur n'est cité qu'au cas où un immeuble urbain destiné à être habité est en cause;
- b) «Procédures préventives non-spécifiées» — le Tribunal n'entendra le défendeur qu'au cas où cette audition ne met pas en péril l'achèvement de la mesure en question (art. 400.^o n.^o C.P.C.);
- c) «Opposition à nouvel oeuvre» — le juge n'entend le défendeur que s'il l'estime nécessaire.

En ce qui concerne l'*opposition d'un tiers*, la fait que le défendeur soit admis à intervenir dans la phase initiale qui mène à l'acceptation ou à la rejection liminaires de l'opposition est discutable. Certaines juristes soutiennent que l'intervention est défendue.

Dans les procédures de *divorce et de séparation et dans la juridiction de mineurs* le défendeur doit être entendu avant que les jugements provisoires ne soient rendus. Cependant rien ne s'oppose, légalement, à ce que des décisions provisoires ne soient prises sans audition du défendeur ce qui se vérifiera, par exemple, lorsqu'il se dérobe systématiquement à comparaître devant le Tribunal ou au cas où il ne serait pas retrouvé.

Dans la procédure de «*possession judiciaire simple*» et ceci dû à sa nature particulière «outre le cité, tout autre intéressé qui prétende défendre sa possession, est admis à contester la demande» (art. 1047^o C.P.C.).

2. Rapport avec la procédure définitive

«La procédure préventive est toujours la dépendance d'une cause qui a pour fondement le droit prévenu et peut être instaurée soit avant soit comme incidente de la procédure définitive» (art. 384^o C.P.C.).

«Les mesures préventives sont périmées:

- a) Lorsque le requérant ne propose pas l'action définitive dont elles dépendent dans un délai de 30 jours à compter de la date à laquelle il a été notifié du jugement qui a ordonné les mesures requises ou, lorsque, l'ayant proposée, la procédure reste sans suite durant plus de 30 jours de par sa négligence en promouvoir les termes respectifs ou ceux d'un incident d'où dépend sa suite;
- b) lorsque l'action définitive est considérée mal-fondée par jugement avec autorité de chose jugée» (art. 382^o).

Au cas où l'action définitive est jugée en faveur du demandeur il doit être également considéré que la mesure conservatoire est périmée et est remplacée par la définitive.

En ce qui concerne la procédure de «*possession judiciaire simple*» une autre action ne sera pas nécessairement engagée; cependant, «la décision prononcée n'empêche pas que le vaincu fasse valoir son droit par moyen d'actions provisoires ou par d'autres moyens compétents» (art. 1051º C.P.C.).

Dans le cas de «*suspension de licenciement*», l'action définitive doit être engagée dans les 30 jours suivant le licenciement sous peine de caducité de la suspension (art. 45º C.P.T.).

Les procédures prises dans les procédures de *divorce ou dans la juridiction de mineurs* se maintiennent jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par d'autres, provisoires aussi, ou par des définitives à l'exception de celles qui sont mentionnées dans l'article 199º de la L.T.M. qui restent sans effet dans les mêmes cas et dans les mêmes termes que ceux des mesures préventives du C.P.C.

La suspension de l'exécution des actes administratifs doit être demandée avant la portée du recours ou bien conjointement avec la pétition de celui-ci (art. 77º n.º 1 L.P.T.A.) et lorsque décidée, elle peut être soumise à un terme ou à une condition; cependant, en l'absence de détermination en contraire, elle subsiste jusqu'à ce que la décision du recours ait pris force de chose jugée (art. 79º L.P.T.A.). Elle est périmée, entre-temps, si, ayant été demandée avant le recours, celui-ci n'a pas été porté dans le délai légal.

3. Tribunal et juge compétent

La règle est que, pour les *procédures préventives*, le Tribunal où l'action définitive respective doit être proposée est celui qui est territorialement compétent (art. 83º C.P.C.).

Lorsque l'action définitive est engagée, la procédure préventive y est jointe et le juge de l'action définitive sera le seul compétent pour ce qui concerne ses termes (art. 384º n.º 2 C.P.C.).

Et si lorsque la procédure préventive a été introduite l'action définitive était déjà en instance elle serait introduite auprès du Tribunal où l'action définitive était en instance et serait un incident de celle-ci (art. 384º n.º 3 C.P.C.).

Tous les jugements provisoires, dont notamment ceux des procédures préventives, incombent à un juge unique à l'exception du cas de la *suspension de*

l'exécution des actes administratifs; celle-ci relève, dans le Suprême Tribunal Administratif, de la compétence d'une fonction collégiale (art. 78° n° 5 L.P.T.A.).

Le seul juge qui tranche sur les procédures préventives est, en principe, comme nous l'avons constaté, le juge de la procédure définitive.

Les décisions provisoires prises dans les procédures définitives en instance, sont, également, de la compétence du «juge du procès».

Il importe de souligner qu'au Portugal, le dénommé «juge du procès» statue sur toutes les questions soulevées au cours de ce même procès, y compris, la prononciation du jugement.

Seule la décision sur les faits, laquelle dans les procédures définitives de plus grande valeur appartient à une formation collégiale de 3 juges dont il fait partie, n'est pas de sa compétence.

Celle-ci est la seule nuance dans la coïncidence effective entre le juge des décisions provisoires et des définitives.

4. Influence du jugement provisoire dans le jugement définitif

La loi établit expressement que le «rejet de la mesure demandée n'empêche pas le demandeur d'introduire l'instance définitive respective, la décision prononcée sur la mesure préventive n'ayant pas d'influence sur l'appréciation de l'action définitive» (art. 386° C.P.C.).

Le fait que la mesure demandée ait été accordée ne constitue pas, non plus, selon la loi, un avantage pour le demandeur en ce qui concerne l'objet du jugement définitif.

Malgré qu'il n'existe pas, à caractère public, de plaintes dans ce sens, il y aura lieu de reconnaître cependant que l'attribution commune des jugements provisoires et définitifs au même juge est susceptible de nuire à la nécessaire indépendance des deux.

5. Preuve

En général, les preuves que les parties peuvent employer sont restreintes (normalement les preuves testimoniale et littérale) mais le juge jouit de toute liberté pour faire appel à d'autres juges s'il l'estime convenable ou nécessaire.

Dans les *procédures préventives* le nombre maximum de témoins est de huit et dans les procédures de «*possession judiciaire simple*» et d'«*opposition d'un tiers*» il est de cinq.

Il est commun que la loi réfère que les demandeurs de décisions provisoires doivent présenter ou que le Tribunal doit procurer une «*preuve sommaire*» des faits et que le juge décide après que «*les preuves indispensables*» aient été produites.

Dans le cas d'*opposition à nouvel oeuvre*, le demandeur n'a pas besoin de présenter des preuves et ce sera le juge qui, au cas où il l'estime convenable, exigera la preuve (sommaire) des fondements invoqués.

Dans la procédure de «*suspension de licenciement*», l'on peut produire uniquement la preuve littérale (surtout le procès disciplinaire).

Dans le cas de certaines décisions provisoires et ceci selon les termes énoncés par la loi, les déclarations faites par les parties pendant l'audience assument une importance relevante (v. g., aliments provisoires, suspensions de licenciement, décisions dans les procédures de divorce et dans la juridiction de mineurs...).

6. Exécution des jugements provisoires — La caution

L'exécution des jugements provisoires n'a pas de particularités spéciales sinon le fait que le défendeur bénéficie de la possibilité, dans certains cas, de s'y opposer en fournissant une caution adéquate.

C'est le cas des *procédures préventives non-spécifiées* (art. 401.º n.º 3 C.P.C.) de l'*opposition à nouvel oeuvre* (art. 419.º C.P.C.) et de la *condamnation provisoire selon les termes de l'article 419.º du C.P.C.*

Dans d'autres hypothèses, c'est l'intéressé à l'exécution de la décision provisoire qui ne pourra l'obtenir sans pour cela fournir une caution.

Ainsi, lorsque l'*opposition d'un tiers* est introduite la démarche à laquelle elle se réfère est sans suite; le juge pourra cependant demander à ce que le demandeur de l'opposition fournisse une caution (art. 1043.º n.º 3 C.P.C.).

Et, «si le défendeur a demandé des impenses qui autorisent la rétention, l'assignation provisoire de déménagement ne sera pas ordonnée tant que le demandeur n'aura pas prouvé, par des documents, qu'il a effectué le paiement ou versé la somme demandée» (art. 974.º n.º 3 C.P.C.).

Pour les questions qui relèvent du *contentieux administratif*, lorsque le paiement d'une somme est en cause, l'octroi de la suspension dépend du fournissement de la caution (art. 76° n° 2 L.T.P.A.).

7. Prise en considération du préjudice prévisible qui peut être causé par l'exécution du jugement provisoire

La loi attribue souvent une signification au fait que le préjudice prévisible causé de par l'exécution du jugement provisoire pourrait être manifestement supérieur à celui qui serait causé de par le fait que la mesure n'ait pas été décidée.

Ainsi:

- a) dans le cas de suspension de délibérations sociales, «bien que la délibération soit contraire à la loi, aux statuts et au contrat, le juge peut s'abstenir de la suspendre lorsque le préjudice résultant de la suspension est supérieur à celui qui peut être causé par l'exécution» (art. 397° n° 3 C.P.C.).
- b) les «procédures préventives non-spécifiées» ne sont pas ordonnées «lorsque le préjudice résultant de la mesure excède le dommage que l'on prétend éviter grâce à elle» (art. 401° n° 1 C.P.C.).
- c) dans le cas d'oppositions à nouvel oeuvre, la continuation de l'oeuvre peut être autorisée lorsque l'on constate que le préjudice résultant de l'arrêt des travaux est plus important que celui qui peut résulter de leur continuation (art. 419° n° 3 C.P.C.). — cette autorisation est, cependant, dépendante du fournissement d'une caution pour les frais de démolition totale.
- d) dans le cas de suspension de l'acte administratif déjà exécuté — ce qui peut survenir dans certains cas — celle-ci ne pourra pas être octroyée si l'intéressé au maintien de l'acte prouve que de là résultera un préjudice plus difficilement réparable que celui qui résulte, pour le demandeur, de l'exécution de l'acte (art. 81° L.P.T.A.).

8. Délais de procédure

Les délais de procédure, dans le cas de procédures provisoires sont normalement raccourcis, notamment ceux qui sont attribués au juge.

Il arrive, cependant, que le fait que le juge ne respecte pas les délais ne soit pas passible de sanctions (sauf théoriquement d'une sanction disciplinaire) raison pour laquelle, dû à un commun excès de travail, le jugement des procédures provisoires subit des retards considérables.

En tout cas, il est certain que celles-ci se déroulent plus rapidement que les définitives.

Les procédures préventives sont considérées urgentes, leurs délais comptent donc pendant les vacances judiciaires (art. 143^o C. P. C.).

9. Délais pour agir

Bien qu'il ne soit pas usuel d'attirer l'attention sur ce fait il est toutefois certain que, dans beaucoup de cas, un délai est prévu pour que le requérant demande les décisions provisoires sous peine de ne plus pouvoir le faire après.

C'est le cas de:

- a) la restitution provisoire de possession — qui doit être intentée dans un délai d'un an à partir de la dépossesion (comme c'est d'ailleurs le cas pour toutes les actions possessoires);
- b) la suspension de délibérations sociales — qui doit être intentée dans un délai de 5 jours à partir de la date de l'assemblée au cours de laquelle les délibérations ont été prises. Au cas où le demandeur n'a pas été régulièrement convoqué par l'assemblée la suspension doit être intentée dans le même délai à partir de la date à laquelle celui-ci a pris connaissance des délibérations en cause (art. 396^o n^o 3 C. P. C.);
- c) l'opposition à nouvel oeuvre — qui doit être intentée dans les 30 jours à partir de la date à laquelle le demandeur a appris le fait (art. 412^o n^o 1 C. P. C.).

Si l'intéressé a employé l'opposition par la voie extra-judiciaire la ratification respective par le Tribunal doit être demandée dans les 5 jours qui se suivent (art. 412^o n^o 2 C. P.).

Toutefois l'État et les Mairies ne sont pas soumis à ces délais (art. 413° n.º 2 C. P. C.);

- d) l'opposition d'un tiers — qui doit être déduite dans les 20 jours après que l'acte ait été exécuté ou que l'opposant ait pris connaissance de l'offense mais jamais après que les biens respectifs aient été vendus ou adjugés;
- e) la suspension de licenciement — qui doit être demandée dans les 3 jours qui suivent la décision de licenciement (n.º 5 de l'art. 11.º de la loi n.º 48/77).

10. Production d'effets provisoires aussitôt après demande introductive ou l'assignation

Souvent, les effets que l'on prétend obtenir par le jugement provisoire commencent à se vérifier avant qu'il ne soit prononcé ou se reportent à une date précédente une fois qu'il est rendu.

Ainsi:

- a) dans les aliments provisoires: «les aliments sont dûs à partir du premier jour du mois qui suit la date de la demande introductive respective» (art. 389.º n.º 5 C. P. C.);
- b) dans la suspension de délibérations sociales: «à compter de l'assignation et tant que la demande de suspension n'est pas jugée, il n'est pas loisible à l'association ou à la société d'exécuter la délibération en cause» (art. 397.º n.º 4 C. P. C.);
- c) dans l'opposition d'un tiers — «lorsqu'elle est introduite, avant que la démarche offensive de possession soit réalisée mais seulement après qu'elle soit ordonnée, celle-ci ne sera pas effectuée avant la décision de réception ou du rejet initial de l'opposition (art. 1043.º n.º 2 C. P. C.);
- d) dans l'opposition à nouvel oeuvre par voie extra-judiciaire — le maître d'oeuvre doit arrêter immédiatement les travaux jusqu'à la décision sur la demande de ratification judiciaire;
- e) dans la suspension des actes administratifs l'autorité administrative lorsque le duplicata de la demande a été reçu, ne peut commencer ou pour-

suivre l'exécution de l'acte que lorsqu'elle reconnaît, en résolution fondée, qu'il est absolument urgent, pour l'intérêt public, de l'exécuter immédiatement (art. 80º L. P. T. A.).

11. Recours et autres moyens d'opposition au jugement

Les jugements provisoires sont passibles de recours.

Ce recours n'a pas d'effet suspensif sur l'exécution.

L'on excepte le recours de la *suspension de licenciement* qui aura un effet suspensif si, au moment de faite appel l'employeur a déposé auprès du Tribunal la somme correspondante à six mois de salaire de l'employé (d'où celui-ci pourra se faire payer s'il reste au chômage).

Dans la *juridiction de mineurs* les recours auront l'effet que le Tribunal aura déterminé (art. 159º L. T. M.). Cependant, en ce qui concerne la régularisation de l'autorité parentale (art. 185º L. T. M.) et la prestation d'aliments aux mineurs (art. 188º L. T. M.) les recours n'ont jamais d'effet suspensif.

Lorsqu'il s'agit d'une *opposition à nouvel oeuvre et de procédures préventives non-spécifiées* outre le recours, l'on emploie, dans certains cas, un moyen particulier d'opposition au jugement nommé «embargo» qui implique la réappréciation de ce qui a été décidé par le même Tribunal qui a ordonné la mesure (art. 401º et 417º du C. P. C.).

Dans le cas d'«embargo», le maître d'oeuvre peut demander à ce que lui soit octroyé le droit à une indemnité par rapport au préjudice dû à la suspension de l'oeuvre.

Il n'y aura pas lieu à un recours à la décision qui détermine la pension ou l'indemnisation provisoire dans les cas de procédures issues d'accidents de travail ou de maladies professionnelles mais uniquement à une réclamation auprès du juge même qui l'a prononcée.

12. Responsabilité du demandeur d'une mesure injustifiée ou périmée. Le plaideur téméraire

Selon les dispositions de l'article 387º du nº 21 du C. P. C., «si la *mesure préventive* est jugée injustifiée ou est périmée, le demandeur est responsable des

préjudices causés au défendeur lorsqu'il n'a pas agi assez prudemment et il ne pourra plus requérir une autre mesure qui soit dépendante de la même cause».

Il s'agit d'un principe générique qui manque d'être adapté à chaque situation concrète.

Dans le cas des *aliments provisoires*, le demandeur ne répond que sur des dommages causés ayant eu mauvaise-foi et il n'y aura lieu, en aucun cas, à la restitution des aliments provisoires perçus (n° 2 de l'art. 387° C. P. C. et 2007° du n° 2 du Code Civil).

A propos des décisions provisoires et d'après leur nature particulière, la loi a jugé nécessaire de concrétiser des hypothèses de litige abusif ou dilatoire.

Ceci se vérifie:

- a) dans la condamnation provisoire selon les dispositions de l'article 491° du n° 2 du C. P. C. — lorsque l'on reconnaît que la signature niée par le défendeur est authentique, il est soumis aux sanctions prévues pour le plaideur téméraire (n° 4 de l'art. 491° déjà référé);
- b) dans la procédure de possession ou remise judiciaire — «si la citation à un détenteur supposé a été requise afin de parvenir, par la complicité ou par la passivité de celui-ci, à la dépossession du vrai détenteur, le demandeur répondra du préjudice que le détenteur aura subi et sera, en outre, condamné dans la procédure où la fraude a été vérifiée, pour avoir agi de mauvaise-foi. La personne citée encourt la même responsabilité lorsqu'il a eu acquiescement de sa part» (art. 1050° du C. P. C.);
- c) dans les procédures résultantes d'accidents de travail ou de maladies professionnelles si le juge est convaincu que la personne responsable n'a pas immédiatement assumé la responsabilité afin de se dérober à la condamnation provisoire, il la condamnera comme plaideur téméraire (art. 125° du n° 3 C. P. T.).

13. Jugements provisoires contre des autorités publiques

Exceptée la juridiction administrative, seule l'opposition à nouvel oeuvre prévoit des spécialités lorsque les autorités publiques sont concernées, raison

pour laquelle en toutes autres décisions provisoires l'État ne bénéficie pas de prérogatives spéciales dans la procédure.

Dans le cas d'opposition à nouvel oeuvre:

- a) les oeuvres de l'État exécutées dans les terrains publics ainsi que les oeuvres des autarchies locales dans les terrains communs respectifs ne peuvent pas faire l'objet d'opposition;
- b) les règles générales sur la responsabilité ne s'appliquent pas à l'État ainsi qu'à d'autres personnalités publiques collectives mais celles-ci sont toutefois tenues de répondre du préjudice injustifié causé par la suspension de l'oeuvre (art. 416.º du n.º 2 du C. P. C.).

14. Dépens

Les dépens à payer dans les procédures et décisions provisoires sont nettement inférieurs à ceux qui correspondent à une procédure définitive (normalement entre 1/8 et 1/4 de ce qui serait dû para celle-ci) et ils sont dûs par la partie perdante dans le cas où il y ait eu une défense. Dans le cas contraire, les dépens sont payés d'avance par le demandeur mais restent à la charge du perdant dans la procédure définitive.

15. L'aide judiciaire

Il n'y a aucune particularité à signaler dans ce domaine.

Le règlement même sur l'aide judiciaire (Décret-Loi n.º 562/77 du 18/11) prévoit que l'aide qui a été accordée pour la procédure préventive vaut également pour l'action dont elle dépend (art. 14.º) et que l'aide accordée pour l'action vaut encore pour les mesures ou pour les incidents qui la concernent.

IV STATISTIQUE

Les statistiques existantes sont fragmentaires; elles discriminent uniquement quelques procédures préventives étudiées et ne les mettent pas en rapport avec les procédures définitives dont elles dépendent.

A titre d'information, nous joignons trois tableaux de quelques éléments disponibles, nous gardant, cependant, de par les raisons déjà citées, d'en tirer des conclusions.

AFFAIRES TERMINEES

	1976	1980	1984	Durée moyenne en mois de causes terminées en 1984	Valeur des actions en 1984 (10.000 Esc.)
Nombre total des affaires civiles	46.096	49.245	81.600		29.250.107
Aliments définitifs	171	258	340	20	227.552
Aliments provisoires	167	183	225	15	63.835
Suspension de délibérations sociales	39	55	156	20	289.324
Opposition à nouvel oeuvre	227	449	499	12	102.829
Possession ou remise judiciaire	65	103	114	17	99.167
Restitution provisoire de possession	267	487	580	20	256.353

MOMENT DE LA PROCEDURE AUQUEL LES AFFAIRES SONT TERMINEES (1984)

	Avant le jugement				Après le jugement
	Désistement	Transaction	Condamnation du défendeur	Autres raisons	
Aliments définitifs	42	74	32	74	118
Aliments provisoires	22	49	9	50	95
Suspension de délibérations sociales	24	35	21	49	27
Opposition à nouvel oeuvre	21	43	123	207	105
Possession ou remise judiciaire	9	10	25	41	29
Restitution provisoire de possession	24	145	108	117	186

RESULTATS EN FONCTION DE LA DEMANDE (1984)

	Procès gagnés	Gagnés en partie	Non-gagnés	Non-connaissance du fond
Aliments définitifs	148	36	48	108
Aliments provisoires	102	27	22	74
Suspension de délibérations sociales	59	12	26	59
Opposition à nouvel oeuvre	317	8	74	100
Possession ou remise judiciaire	63	5	17	29
Restitution provisoire de possession	297	40	104	139

V

**EVOLUTION DES PROCEDURES PROVISOIRES
DANS LA LOI, LA PRATIQUE ET LA THEORIE JURIDIQUE**

Dans les dix dernières années l'on a vérifié les modifications de fond suivantes:

- a) besoin d'assigner toujours le possesseur dans le cas de restitution provisoire de possession d'un immeuble urbain destiné à l'habitation (Décret-Loi n.º 293/77 du 20/07) en fonction d'une plus grande valorisation du droit constitutionnel à l'habitation et de la vague d'occupations d'immeubles urbains dans l'après 25 avril 1974;
- b) création de la procédure préventive «suspension de licenciement» (Loi n.º 48/77 du 11/08/77 comme résultat de la prohibition des licenciements sans juste cause. Il devra cependant, être souligné que son effet pouvait déjà être obtenu auparavant par moyen du recours aux procédures préventives non-spécifiées;

- c) création de la possibilité de décisions provisoires dans l'action de divorce (Décret-Loi n.º 207/80 du 1/08/80) à la suite d'une plus grande modernisation dans le droit de la famille avec une valorisation des intérêts des enfants et de l'épouse. Il conviendra, cependant, de référer que dans la juridiction de mineurs les décisions provisoires étaient déjà largement admises;

- d) l'application des dispositions de l'article 491.º du C. P. C. diminue de par l'attribution de la force immédiatement exécutive à la quasi généralité des titres d'obligation signés par le débiteur.

Sauf ces points, les procédures provisoires existent depuis de longues années sous une forme semblable à la forme actuelle. La dernière rédaction du C. P. C. à ce sujet date de 1961, rien de très substantiel n'ayant été innové par rapport à la précédente rédaction qui date de 1939.

Des trois diplômes de réforme du C. P. C. les plus récents (1983-1985) — dont seul le dernier est finalement entré en vigueur (1985) — aucun n'a visé les procédures provisoires.

Ce sujet n'a pas mérité non plus l'étude ou les conclusions du 1.º Congrès de la Magistrature Judiciaire Portugaise (1984) ou du II Congrès des Avocats Portugais (1985).

Dans la théorie juridique l'on ne recueille pas d'avantage de polémique relative aux procédures provisoires et l'on ne constate pas de pressions dans le sens de modifications.

Il n'y a pas de doutes que cette situation est imputable plutôt au retard du Portugal en ce qui concerne l'étude de la procédure civile, sans support institutionnel ni recours aux méthodes statistiques ou de racine sociologique, qu'à la perfection de la situation existante.

De son côté, la jurisprudence se manifeste surtout sur des points concrets relatifs aux conditions dans lesquelles on peut faire appel à chacune des procédures provisoires existantes, les décisions polémiques concernant des problèmes génériques et de fond, comme, par exemple, l'ampliation ou la restriction de l'utilisation des décisions provisoires, les dérivés de la nature précaire de la preuve, le respect du principe contradictoire, etc., n'existant pas.

VI

CONCLUSIONS

Nous venons de constater qu'au Portugal, selon la loi, la théorie juridique, la jurisprudence et dans la pratique, la situation des procédures provisoires est stable et qu'elle ne soulève pas de grands problèmes théoriques ou pratiques; l'on ne peut pas considérer qu'il existe abus de l'utilisation des procédures provisoires ni que celles-ci surchargent les tribunaux et les avocats.

Il n'y a pas d'éléments permettant d'évaluer le volume de cas dans lesquels l'existence de la décision provisoire a contribué à une solution définitive conciliatoire du litige ce à quoi l'on assiste cependant quelques fois.

Le problème le plus grave de la pratique judiciaire portugaise est celui du retard des procédures de tous genres — en raison de l'augmentation incessante de leur nombre — ce qui concentre les préoccupations, notamment en ce qui concerne les moyens immédiats d'y mettre fin, tels que le raccourcissement des délais, la simplification des procédures et l'augmentation du nombre de juges, tout en négligeant les mesures collatérales destinées à restreindre le nombre de litiges ou à les résoudre par la voie conciliatoire et parmi lesquelles les décisions provisoires peuvent prendre place.

Personnellement, parmi toutes les procédures et décisions provisoires référées, je crois devoir attirer l'attention sur la «possession ou remise judiciaire» dont l'autonomie des actions possessoires commune ou des procédures préventives est contestable et me paraît susceptible de nuire à des intérêts légitimes.

Il me semble que l'interposition d'un titre d'acquisition ne doit pas constituer un motif permettant de disposer d'un moyen expéditif d'appropriation qui n'était pas à la disposition du propriétaire précédent.

Par rapport à l'ensemble de la situation, en excluant ce cas flagrant, je crois pouvoir conclure que:

- a) la matière des procédures provisoires à titre préventif semble avoir une élaboration suffisante et répondre aux besoins de la vie sociale surtout face à l'existence des procédures préventives non-spécifiées qui peuvent s'adapter à plusieurs situations considérant les termes génériques selon lesquels elles sont définies.

Il y aurait éventuellement lieu d'essayer des modifications dans la liaison avec la procédure définitive laquelle doit actuellement être obligatoirement engagée, comme nous l'avons constaté, dans un délai de 30 jours, par le requérant de la procédure provisoire qui a obtenu gain de cause.

Méritent une étude plus approfondie et, en fonction de celle-ci, éventuellement d'un plus grand dévouement légal, les décisions provisoires, non simplement préventives, déterminées par des motifs comme, par exemple, une quasi certitude dérivée de la preuve déjà constante des actes, le caractère profondément social des matières concernées (des dommages corporels qui déterminent l'incapacité de gain qui ont été entraînés non seulement par des accidents de travail mais aussi par des accidents de la circulation, des offenses corporels volontaires...), etc...

**8 th WORLD CONFERENCE ON PROCEDURAL LAW
1987 UTRECHT**

SUJET 5

USAGE ET ABUS DES PROCÉDURES SOMMAIRES

Session plénière du 27 août 1987

Intervention du Président de la Session

Carlos FERREIRA DA SILVA (Portugal)

Cette session plénière a pour sujet l'usage et l'abus des procédures sommaires et je dois présenter un résumé de ce qui s'est passé dans la session de travail d'hier.

Nos travaux ont eu à la base l'excellent rapport général établi par le Prof. Meijknecht en coopération avec Me. Verschuur et l'on a cherché à répondre aux questions importantes mentionnées dans ce même rapport.

D'abord il faut préciser la notion de «procédure sommaire» qui a été utilisée. Le rapport général ainsi que les rapports nationaux et le débat ont, par suggestion du Prof. Meijknecht, considéré seulement les mesures provisoires qui, en fait, sont connues dans plusieurs pays comme étant des procédures sommaires. Nous n'avons, donc, pas étudié toutes les procédures qui ont une durée relativement courte mais, seulement celles qui aboutissent à une mesure provisoire qui peut, en quelque sorte, être changée ou mise en cause par un jugement sur le fond.

Ce type de procédures — et voici la première conclusion — existe dans tous les pays et est adopté de plus en plus. L'on peut alors l'envisager comme une exigence de la procédure civile contemporaine. Leurs numéros et leurs différentes sortes sont si nombreux qu'il est impossible d'en faire une énumération exhaustive.

Le Prof. Meijknecht a adopté, dans son rapport général, une classification qui me semble importante et qui peut servir à débattre des questions concrètes.

Le Prof. Meijknecht fait la distinction entre trois catégories de mesures provisoires, à savoir:

Première catégorie — celle des mesures provisoires qui tendent à garantir l'exécution du jugement sur le fond — c'est la catégorie la plus traditionnelle et la plus répandue;

Deuxième catégorie — celle des mesures provisoires à caractère exclusivement régulateur qui envisagent de régler l'affaire jusqu'au moment où la décision définitive sera rendue et par rapport à laquelle elles jouissent d'une indépendance assez considérable. L'exemple le plus relevant est celui de la pension alimentaire provisoire qui est connue dans tous les pays.

Dernière et troisième catégorie — celles des mesures provisoires qui anticipent le jugement sur le fond — cette catégorie, quoiqu'elle soit la plus intéressante, n'est pas admise dans certains pays.

Evidemment, ces catégories ne sont pas clairement distinguées dans certaines législations et elles ont des influences réciproques.

Compte-tenu de ces distinctions, une question essentielle se pose: — celle de savoir s'il existe un droit fondamental pour obtenir une mesure provisoire. Cette question concerne le «leit-motiv» de notre conférence «justice and efficiency» étant donné qu'une mesure provisoire peut devenir le seul moyen de rendre efficace la protection juridictionnelle puisqu'il n'est pas possible de réduire les délais d'une procédure au fond au-delà de certaines limites.

Quelques intervenants du débat ont soutenu que ce droit fondamental est nécessaire mais d'autres ont mis l'accent sur le fait que de ceci résulterait une minimisation de la procédure au fond.

A notre avis, le droit d'obtenir une mesure provisoire n'est indépendante du droit d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable. Le droit, si nous arrivons à bien le comprendre, implique non seulement un délai raisonnable pour la procédure au fond mais aussi, dans certains cas, la nécessité de rendre une décision provisoire.

L'on peut affirmer qu'en dépit de la référence aux décisions polémiques possibles, personne n'a fait allusion à l'existence d'un usage abusif dans le domaine des mesures provisoires.

L'on a remarqué, cependant, qu'il faut faire attention à deux points:

1) Les juges chargés de rendre ces mesures doivent être particulièrement qualifiés et expérimentés. Ce n'est pas la première fois que le problème de la qualification des juges a été soulevé dans ce congrès ce qui semble indiquer que c'est une des préoccupations de nos jours;

2) Il faut souligner que certaines mesures provisoires, comme, par exemple, celle de confier la garde d'un enfant à un des parents, ne peuvent, dans la pratique, être modifiées par un jugement sur le fond deux ou trois ans plus tard. Dans ce cas, la décision provisoire devient effectivement une décision définitive et l'on doit prendre ce fait en considération.

En tout cas, les affaires de famille, semblent être celles dans lesquelles les mesures provisoires de la deuxième catégorie ci-dessus mentionnée, pourtant à caractère régulateur, sont les plus répandues.

Une autre question importante du débat a été celle de savoir s'il est possible d'ordonner une mesure provisoire, même en l'absence d'une base juridique.

Sûrement, quand on parle de base juridique, on pense à une base juridique spécifique puisqu'une base juridique doit, d'une façon ou d'une autre, être toujours présente.

Le Prof. Kerameus s'est prononcé contre la possibilité d'une mesure sans base juridique. Je laisse à votre jugement la question de savoir si ce problème doit relever de la jurisprudence de chaque pays ou si, bien au contraire, la loi doit indiquer qu'il n'y aura pas lieu de rendre une mesure provisoire en l'absence d'une disposition spécifique.

Une autre question est celle de savoir si le juge est compétent pour ordonner des mesures provisoires autres que celles qu'on lui a demandé ou qu'on ne lui a pas du tout demandé. C'est une possibilité qui semble être admise dans certains pays d'après les diverses interventions que nous avons eues au débat. A notre avis, il faut agir avec prudence sur ce sujet et si le juge a ce pouvoir, il ne doit pas l'utiliser sans avoir eu un dialogue préalable avec les parties. Une mesure provisoire qui n'est pas voulue soit par le demandeur soit par le défendeur, n'a aucun sens.

Au coeur du sujet «mesures provisoires» se trouve la question de savoir si l'urgence est une condition requise. Ce sera vraisemblablement le cas dans

les mesures qui tendent à garantir l'exécution du jugement sur le fond. Dans d'autres catégories la solution n'est pas évidente et il y a des pays pour lesquels l'urgence n'est pas une condition indispensable.

A propos des mesures provisoires qui anticipent le jugement sur le fond l'on pourra, notamment, avoir envisagé seulement l'évidence du droit que l'on veut voir reconnu, par exemple, face à l'évidence d'un document incontestable. Dans ce cas, une mesure provisoire dont la charge de preuve s'est renversée du demandeur au défendeur peut être justifiée. Cela veut dire que la mesure est prononcée si le défendeur n'arrive pas à écarter l'évidence du droit.

Finalement, dans les mesures provisoires à caractère régulateur comme la pension alimentaire et, par exemple, les dommages et intérêts aux victimes d'un accident de la route, nous croyons que la notion d'urgence doit donner lieu à celle d'une nécessité manifeste.

Un autre problème qui ressort du débat est celui qui se pose lorsque le tribunal, saisi du fond, s'écarte dans son jugement de la décision prise par la mesure provisoire.

Certes, il peut arriver, que la personne qui a réussi à recevoir une certaine somme d'argent de par une mesure provisoire ne soit pas en condition de la restituer au cas où le jugement définitif est prononcé dans ce sens. L'exigence d'une caution pourrait être la solution mais le fait est que celui qui demande une mesure provisoire peut ne pas être en condition de la déposer.

On a encore parlé d'une question toujours pertinente au sujet des mesures provisoires, celle de l'observance du principe du contradictoire. On est tous d'accord sur le point que ce principe ne peut être écarté que dans des cas exceptionnels. Cependant, si le principe n'est pas observé avant le jugement provisoire, il doit être requis si tôt que possible par voie de recours ou par tout autre moyen technique encore plus efficace.

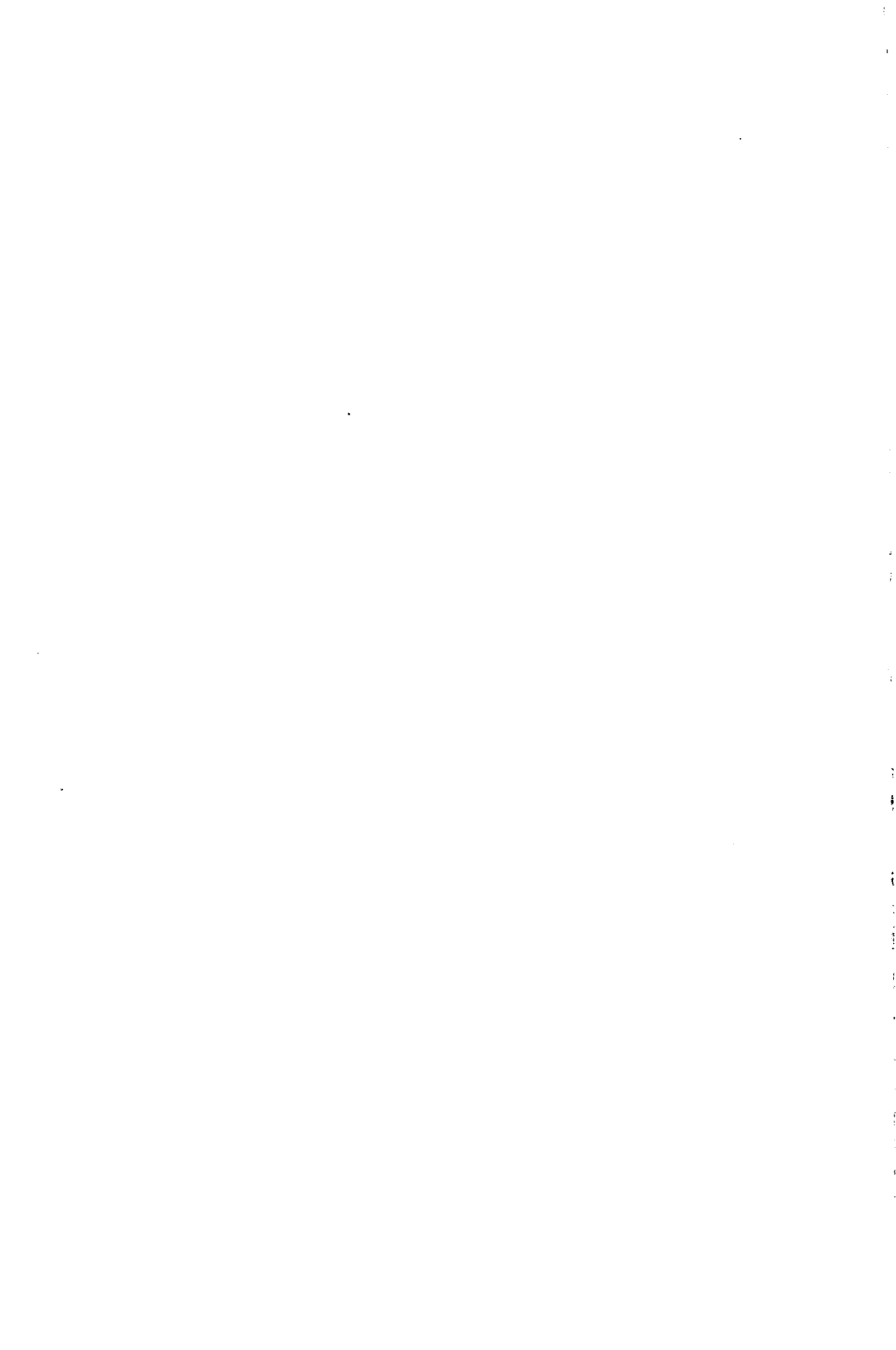
A ce propos, il faut dire qu'on ne doit pas craindre les mesures provisoires. En effet, s'abstenir d'une mesure provisoire c'est sanctionner une situation de fait. Et s'il est vrai que la mesure provisoire peut porter des erreurs, il est également vrai qu'elle a eu une fonction juridictionnelle tandis que la situation de fait peut avoir trouvé son origine en dehors de tout droit et même contre le droit, comme c'est le cas pour la violence.

Il y a eu des divergences que les participants du débat ne sont pas parvenus à résoudre soit si les voies de recours doivent être ouvertes contre toutes

les mesures provisoires ou si, par contre, on doit admettre des exceptions. A notre avis, le problème n'est pas l'admission du recours — on ne voit pas d'inconvénient à ce qu'il soit toujours admis — mais son effet suspensif ou pas suspensif sur l'exécution de la mesure provisoire. D'un autre côté, le recours n'aura d'utilité que s'il est lui-même rapide. On ne voit pas l'intérêt d'une décision en appel concernant une mesure provisoire si le jugement sur le fond a déjà été prononcé.

Voilà, chers collègues, en bref, quelques-uns des aspects résultant de nos travaux d'hier. Le sujet est très vaste, important, d'un intérêt pratique considérable et soulève des questions très complexes.

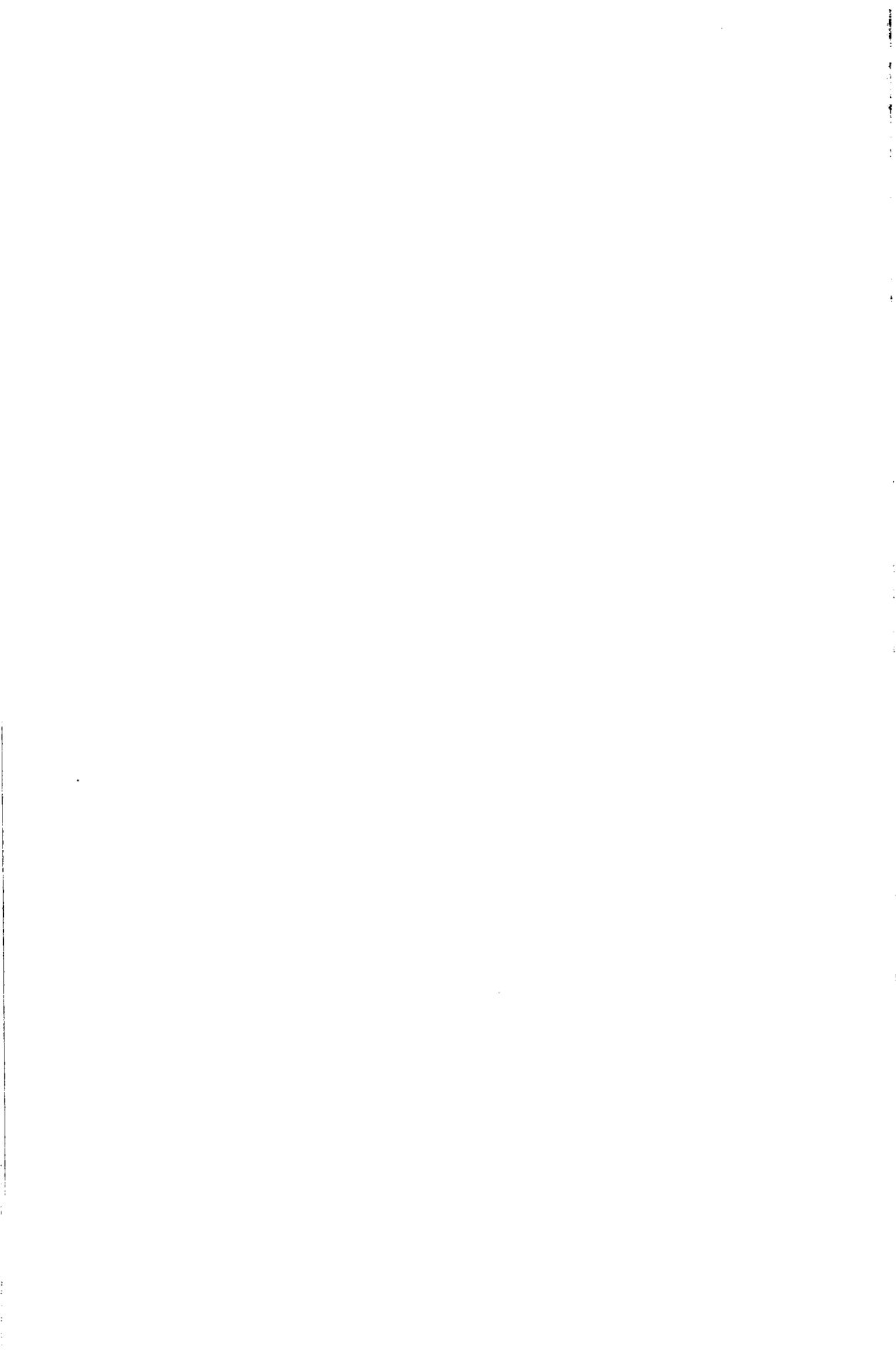
Dans le rapport général, dont je tiens à nouveau à exprimer le mérite, on peut trouver des approfondissements précieux. Merci de votre attention.



ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS
NAÇÕES UNIDAS

MARTA SANTOS PAIS

**CONJUNTO DE PRINCÍPIOS
PARA A PROTECÇÃO
DE TODAS AS PESSOAS SUJEITAS
A QUALQUER FORMA
DE DETENÇÃO OU PRISÃO(*)**



I — ANTECEDENTES

1. Já em 1956 a Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas reconhecia a necessidade de realizar estudos sobre a situação dos direitos do homem nos diversos países, bem como apreciar os progressos realizados e as dificuldades sentidas na concretização dos direitos fundamentais, estudos que permitiriam a formulação de recomendações de carácter objectivo e geral.

O primeiro tema escolhido foi o do “direito de ninguém ser arbitrariamente capturado, detido ou exilado”, tendo o respectivo estudo sido presente à Comissão dos Direitos do Homem em 1961. Nessa mesma sessão decidiu a Comissão solicitar um segundo estudo, desta feita relativo ao “direito das pessoas capturadas poderem comunicar com aqueles que tenham necessidade de consultar para a preparação da sua defesa ou para a protecção dos seus interesses essenciais”.

2. Pela Resolução 23 (XXV), de 20 de Março de 1969, a Comissão considerou útil poder beneficiar dos comentários dos Governos, de forma a ser ponderada a articulação dos dois estudos, nem sempre coincidentes nas suas conclusões. E este facto levou a que só em meados dos anos setenta a questão pudesse ser retomada.

Assim, a Assembleia Geral das Nações Unidas veio a solicitar à Comissão dos Direitos do Homem, pela Resolução 3453 (XXX), de 9 de Dezembro de 1975, o estudo da “questão da tortura e dos passos necessários à formulação de um conjunto de princípios para a protecção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão”, à luz do anterior estudo do direito de ninguém ser arbitrariamente capturado, detido ou exilado.

3. Na sequência desta Resolução, a Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Protecção de Minorias, (órgão subsidiário da Comissão, formado por peritos independentes) decidiu designar um Relator para preparar a redacção do primeiro projecto de Conjunto de Princípios para a protecção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão.

4. Ultimado o projecto, foram solicitados comentários aos Governos e enviados um e outros à sessão de 1979 da Assembleia Geral, que subsequentemente solicitou a consideração do projecto pela 3.^a Comissão, encarregue das questões humanitárias, e pela 6.^a Comissão, que aprecia as questões jurídicas.

Interessante é referir que a Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Protecção das Minorias se pronunciou de novo sobre o projecto, mais exactamente sobre a versão ultimada pela 6.^a Comissão, manifestando a sua preocupação pelo facto de a revisão a que se havia entretanto procedido ter limitado o âmbito de aplicação do Conjunto de Princípios, tornando-o, nalguns casos, menos protector que outros instrumentos de importância fundamental, adoptados no seio das Nações Unidas. Tal era nomeadamente o caso do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos.

Esta posição era aliás partilhada por algumas delegações governamentais que, no seio da referida 6.^a Comissão, sublinharam a necessidade de o Conjunto de Princípios constituir efectivamente um conjunto de princípios normativos e não o mais baixo denominador comum das diferentes legislações nacionais.

Foi assim reafirmada a necessidade de atender ao disposto pelos diversos instrumentos jurídicos de carácter universal relevantes neste domínio e de não ultimar um texto que ficasse aquém do estatuto de protecção internacionalmente reconhecido a todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão (cfr. o documento da 6.^a Comissão A/C.6/42/L.12).

5. O texto do Conjunto de Princípios veio, assim, a ser aprovado pela Resolução 43/173 da Assembleia Geral, de 9 de Dezembro de 1988, após mais de dez anos de trabalhos de redacção em diferentes instâncias das Nações Unidas.

II — IMPORTÂNCIA DESTE TEXTO

1. Apesar das reticências ainda manifestadas por alguns sectores, nomeadamente de organizações não governamentais, o Conjunto de Princípios constitui naturalmente um documento de referência.

Por um lado na aplicação de disposições de outros instrumentos jurídicos internacionais relevantes neste domínio. É nomeadamente o caso do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, nomeadamente o artigo 9.º, e das observações elaboradas pelo Comité de Direitos do Homem sobre as diferentes disposições do Pacto.

Por outro lado, nos trabalhos desenvolvidos no seio da Comissão dos Direitos do Homem, nomeadamente no que respeita à acção desenvolvida pelos Relatores Especiais temáticos — como é o caso da Tortura e das Execuções Sumárias —, ou do Grupo de Trabalho sobre os Desaparecimentos Forçados ou Involuntários, em que a actuação dos Estados tende a ser apreciada também à luz deste documento. É ainda o caso da Subcomissão, sobretudo nas actividades desenvolvidas pelo Grupo de Trabalho sobre a Detenção, em que, de forma sistemática e ao longo de inúmeros anos, a questão dos direitos do homem dos detidos foi um dos pontos essenciais da sua actividade.

Enfim, e de forma decisiva, na redacção, de novos instrumentos internacionais. Exemplo deste reflexo é certamente o caso dos artigos 37 e 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Revelam-no igualmente as disposições do projecto de Declaração sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários, em estudo na Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Protecção de Minorias. E confirmam-no de forma indesmentível as normas de protecção de menores privados de liberdade, a apreciar pelo VIII Congresso de Prevenção Criminal das Nações Unidas, a realizar em Havana em Agosto de 1990.

Trata-se, assim, de um documento aplicável a todas as pessoas, sem discriminação alguma (Princípio 5), que se encontrem privados de liberdade, por acto de captura pela presunção de prática de uma infracção penal; por detenção, isto é no período que precede a condenação definitiva pela prática de uma infracção penal; ou por prisão, isto é, em consequência de uma condenação definitiva pela prática de uma infracção penal, cobrindo-se igualmente os casos de desaparecimento.

A captura, detenção ou prisão devem ser aplicadas em estrita conformidade com a lei e unicamente pelas autoridades competentes ou pessoas autorizadas para o efeito (Princípio 2).

Por outro lado, o Conjunto de Princípios destina-se a ser aplicado a todos os países, convidando-se os Estados a proibir por lei os actos contrários aos direitos e deveres enunciados nos Princípios (Princípio 7) e solicitando-se a adopção das medidas tendentes a torná-lo universalmente conhecido e respeitado (Resolução da Assembleia Geral 43/173, parágrafo 4).

Enfim, o Conjunto de Princípios reconhece os diferentes direitos de que devem beneficiar as pessoas privadas de liberdade, direitos esses previstos na sua generalidade por outros instrumentos internacionais.

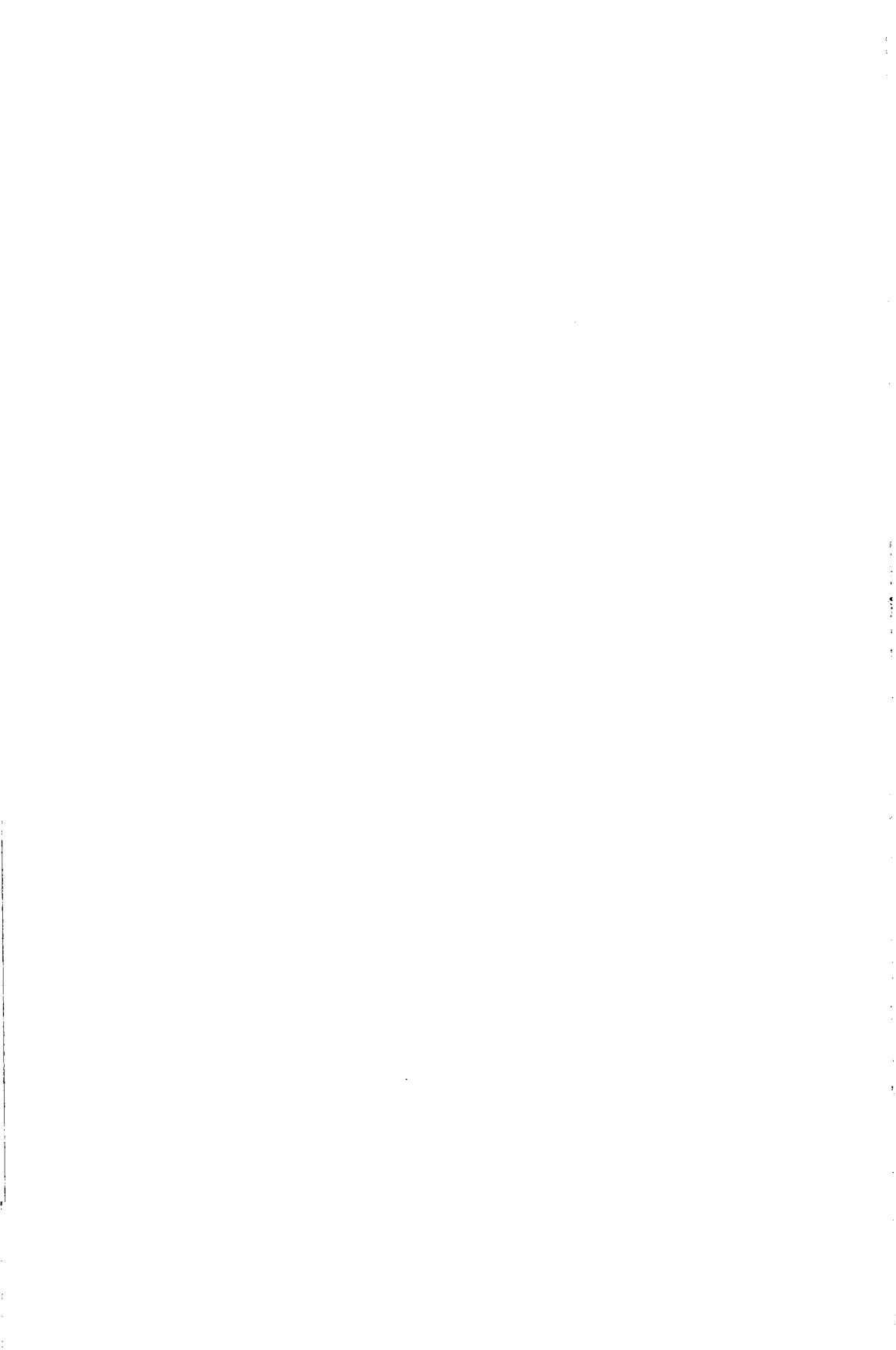
É nomeadamente o caso da pronta audição do detido por uma autoridade judiciária (Princípios 11 e 32), e da decisão desta, sem demora, sobre a legalidade e necessidade da detenção (Princípio 37); do direito a assistência jurídica (Princípios 17, 18 e 15); do direito de comunicar com a família (Princípios 15, 16, 19 e 20); do direito de impugnar a legalidade da detenção (Princípio 32); do direito de não ser torturado (Princípios 6 e 21); ou do direito de apresentar queixa por maus tratos (Princípio 33) ou por ter ocorrido ou estar eminente uma violação dos Princípios (Princípio 7), ou o direito a ser tratado com humanidade (Princípio 1).

Este enquadramento leva a que o Conjunto de Princípios deva ser apreciado à luz de outros instrumentos internacionais, nomeadamente do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (Cláusula Geral final), e a que não seja admitida qualquer restrição ou derrogação aos direitos do homem reconhecidos ou em vigor num Estado com o fundamento de que o fundamento de que o Conjunto de Princípios não os reconhece ou os reconhece em menor grau (Princípio 3).

**CONJUNTO DE PRINCÍPIOS
PARA A PROTECÇÃO
DE TODAS AS PESSOAS SUJEITAS
A QUALQUER FORMA
DE DETENÇÃO OU PRISÃO(*)**

*Adoptado pela Resolução 43/173 da Assembleia Geral
das Nações Unidas a 9 de Dezembro de 1988,*

(*) Tradução de Marta Santos Pais



A Assembleia Geral,

Recordando a sua Resolução 35/177 de 15 de Dezembro de 1980, que confiava à 6.^a Comissão a tarefa de elaborar o projecto de Conjunto de Princípios para a protecção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão e decidia instituir para esse fim, um Grupo de Trabalho de composição não limitada.

Tomando conhecimento do relatório do Grupo de Trabalho que reuniu durante a 43.^a sessão da Assembleia Geral e completou a elaboração do projecto de Conjunto de Princípios para a protecção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão,

Considerando que o Grupo de Trabalho decidiu submeter o texto do projecto de Conjunto de Princípios à 6.^a Comissão para consideração e adopção,

Convencida de que a adopção do projecto do Conjunto de Princípios representaria uma importante contribuição para a protecção dos direitos do homem,

Considerando a necessidade de assegurar uma ampla divulgação do texto do Conjunto de Princípios,

1. Aprova o Conjunto de Princípios para a Protecção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão, cujo texto figura em anexo à presente Resolução;

2. Exprime o seu reconhecimento ao Grupo de Trabalho relativo ao Projecto de Conjunto de Princípios para a protecção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão, pela sua importante contribuição para a elaboração do Conjunto de Princípios;

3. Solicita ao Secretário Geral que informe os Estados Membros das Nações Unidas ou os membros de agências Especializadas da adopção do Conjunto de Princípios;

4. Solicita vivamente o desenvolvimento de todos os esforços de forma a que o Conjunto de Princípios seja universalmente conhecido e respeitado.

ANEXO

CONJUNTO DE PRINCÍPIOS PARA A PROTECÇÃO DE TODAS AS PESSOAS SUJEITAS A QUALQUER FORMA DE DETENÇÃO OU PRISÃO

ÂMBITO DO CONJUNTO DE PRINCÍPIOS

Os presentes Princípios aplicam-se para a protecção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão.

TERMINOLOGIA

Para efeitos do Conjunto de Princípios:

- a) “captura” designa o acto de deter um indivíduo por suspeita da prática de infracção ou por acto de uma autoridade;
- b) “pessoa detida” designa a pessoa privada de liberdade, excepto se o tiver sido em consequência de condenação pela prática de uma infracção;
- c) “pessoa presa” designa a pessoa privada de liberdade em consequência de condenação pela prática de uma infracção;
- d) “detenção” designa a condição das pessoas detidas nos termos acima referidos;
- e) “prisão” designa a condição das pessoas presas nos termos acima referidos;
- f) A expressão “autoridade judiciária ou outra autoridade” designa a autoridade judiciária ou outra autoridade estabelecida nos termos da lei cujo estatuto e mandato ofereçam as mais sólidas garantias de competência, imparcialidade e independência.

Princípio 1

A pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão deve ser tratada com humanidade e com respeito da dignidade inerente ao ser humano.

Princípio 2

A captura, detenção ou prisão só devem ser aplicadas em estrita conformidade com as disposições legais e pelas autoridades competentes ou pessoas autorizadas para esse efeito.

Princípio 3

No caso de sujeição de uma pessoa a qualquer forma de detenção ou prisão, nenhuma restrição ou derrogação pode ser admitida aos direitos do homem reconhecidos ou em vigor num Estado ao abrigo de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Conjunto de Princípios não reconhece esses direitos ou os reconhece em menor grau.

Princípio 4

As formas de detenção ou prisão e as medidas que afectem os direitos do homem da pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão devem ser decididas por uma autoridade judiciária ou outra autoridade, ou estar sujeitas à sua efectiva fiscalização.

Princípio 5

1. Os presentes princípios aplicam-se a todas as pessoas que se encontrem no território de um determinado Estado, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua,

religião ou convicções religiosas, opiniões políticas ou outras, origem nacional, étnica ou social, fortuna, nascimento ou de qualquer outra situação.

2. As medidas aplicadas ao abrigo da lei e exclusivamente destinadas a proteger os direitos e a condição especial da mulher, especialmente da mulher grávida e da mãe com crianças de tenra idade, das crianças, dos adolescentes e idosos, doentes ou deficientes, não são consideradas medidas discriminatórias. A necessidade de tais medidas bem como a sua aplicação poderão sempre ser objecto de reapreciação por parte de uma autoridade judiciária ou outra autoridade.

Princípio 6

Nenhuma pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão será submetida a tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*. Nenhuma circunstância, seja ela qual for, poderá ser invocada para justificar a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Princípio 7

1. Os Estados devem proibir por lei os actos contrários aos direitos e deveres enunciados nos presentes Princípios, prever sanções adequadas para tais actos e investigar de forma imparcial as queixas apresentadas.

2. Os funcionários com razões para crer que ocorreu ou está emite uma violação do presente Conjunto de Princípios, devem comunicar esse facto aos seus superiores e, sendo necessário, a outras autoridades ou instâncias competentes de controlo ou de recurso.

(*) A expressão "pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante" deve ser interpretada no sentido de assegurar uma protecção tão ampla quanto possível contra todo o tipo de sevícias, de carácter físico ou mental, incluindo o facto de sujeitar a pessoa detida ou presa a condições que a privem temporaria ou permanentemente do uso dos seus sentidos, tais como a vista ou a audição, da consciência do local em que se encontra ou do decurso do tempo.

3. Qualquer outra pessoa com motivos para crer que ocorreu ou está eminente uma violação do presente Conjunto de Princípios, tem direito a comunicar esse facto aos superiores dos funcionários envolvidos, bem como a outras autoridades ou instâncias competentes de controlo ou de recurso.

Princípio 8

A pessoa detida deve beneficiar de um tratamento adequado à sua condição de pessoa não condenada. Desta forma, sempre que possível será separada das pessoas presas.

Princípio 9

As autoridades que capturem uma pessoa, a mantenham detida ou investiguem o caso devem exercer estritamente os poderes conferidos por lei, sendo o exercício de tais poderes passível de recurso perante uma autoridade judiciária ou outra autoridade.

Princípio 10

A pessoa capturada deve ser informada, no momento da captura, dos motivos desta e prontamente notificada das acusações contra si formuladas.

Princípio 11

1. Ninguém será mantido em detenção sem ter a possibilidade efectiva de ser ouvido prontamente por uma autoridade judiciária ou outra autoridade. A pessoa detida tem o direito de se defender ou de ser assistida por um advogado nos termos da lei.

2. A pessoa detida e o seu advogado, se o houver, devem receber notificação pronta e completa da ordem de detenção, bem como dos seus fundamentos.

3. A autoridade judiciária ou outra autoridade devem ter poderes para apreciar, se tal se justificar, a manutenção da detenção.

Princípio 12

1. Serão devidamente registados:

a) As razões da captura;

b) O momento da captura, o momento em que a pessoa capturada foi conduzida a um local de detenção e o da sua primeira comparência perante uma autoridade judiciária ou outra autoridade;

c) A identidade dos funcionários encarregados de fazer cumprir a lei, que hajam intervindo;

d) Indicações precisas sobre o local de detenção.

2. Estas informações devem ser comunicadas à pessoa detida ou ao seu advogado, se o houver, nos termos prescritos pela lei.

Princípio 13

As autoridades responsáveis pela captura, detenção ou prisão de uma pessoa devem, respectivamente no momento da captura e no início da detenção ou da prisão, ou pouco depois, prestar-lhe informação e explicação sobre os seus direitos e sobre o modo de os exercer.

Princípio 14

A pessoa que não compreenda ou não fale suficientemente bem a língua utilizada pelas autoridades responsáveis pela sua captura, detenção ou prisão, tem o direito de receber sem demora, numa língua que entenda, a informação mencionada nos princípios 10, 11 n.ºs 2, 12 n.ºs 1 e 13 e de beneficiar da assistência, se necessário gratuita, de um intérprete no âmbito do processo judicial subsequente à sua captura.

Princípio 15

Sem prejuízo das exceções previstas no n.º 4 do princípio 16 e do n.º 3 do princípio 18, a comunicação da pessoa detida ou presa com o mundo exterior, nomeadamente com a sua família ou com o seu advogado, não pode ser negada por mais do que alguns dias.

Princípio 16

1. Imediatamente após a captura e após cada transferência de um local de detenção ou de prisão para outro, a pessoa detida ou presa poderá avisar ou requerer à autoridade competente que avise os membros da sua família ou outras pessoas por si designadas, se for esse o caso, da sua captura, detenção ou prisão, ou da sua transferência e do local em que se encontra detida.

2. No caso de um estrangeiro, este será igualmente informado, sem demora, do seu direito de comunicar, por meios adequados, com um posto consular ou a missão diplomática do Estado de que seja nacional ou que por outro motivo esteja habilitado a receber tal comunicação, à luz do direito internacional, ou com o representante da organização internacional competente no caso de um refugiado ou de uma pessoa que, por qualquer outro motivo, se encontre sob a protecção de uma organização intergovernamental.

3. No caso de um menor ou de pessoa incapaz de compreender os seus direitos, a autoridade competente deve, por sua própria iniciativa, proceder à comunicação mencionada no presente princípio. Deve em especial procurar avisar os pais ou os representantes legais.

4. As comunicações mencionadas no presente princípio devem ser feitas ou autorizadas sem demora. A autoridade competente pode, no entanto, atrasar a comunicação por um período razoável, se assim o exigirem necessidades excepcionais da investigação.

Princípio 17

1. A pessoa detida pode beneficiar da assistência de um advogado. A autoridade competente deve informá-la desse direito prontamente após a sua captura e proporcionar-lhe meios adequados para o seu exercício.

2. A pessoa detida que não tenha advogado da sua escolha, tem direito a que uma autoridade judiciária ou outra autoridade lhe designem um defensor oficioso, sempre que o interesse da justiça o exigir e a título gratuito no caso de insuficiência de meios para o remunerar.

Princípio 18

1. A pessoa detida ou presa tem direito a comunicar com o seu advogado e a consultá-lo.

2. A pessoa detida ou presa deve dispor do tempo e das facilidades necessárias para consultar o seu advogado.

3. O direito de a pessoa detida ou presa ser visitada pelo seu advogado, de o consultar e de comunicar com ele, sem demora nem censura e em regime de absoluta confidencialidade, não pode ser objecto de suspensão ou restrição, salvo em circunstâncias excepcionais especificadas por lei ou por regulamentos adoptados nos termos da lei, quando uma autoridade judiciária ou outra autoridade o considerem indispensável para manter a segurança e a boa ordem.

4. As entrevistas entre a pessoa detida ou presa e o seu advogado podem ocorrer à vista mas não em condições de serem ouvidas pelo funcionário encarregado de fazer cumprir a lei.

5. As comunicações entre uma pessoa detida ou presa e o seu advogado, mencionadas no presente princípio, não podem ser admitidas como prova contra a pessoa detida ou presa salvo se respeitarem a uma infracção continua ou premeditada.

Princípio 19

A pessoa detida ou presa tem o direito de receber visitas, nomeadamente dos membros da sua família, e de se corresponder, nomeadamente

com eles, e deve dispôr de oportunidades adequadas para comunicar com o mundo exterior sem prejuízo das condições e restrições razoáveis, previstas por lei ou por regulamentos adoptados nos termos da lei.

Princípio 20

Se a pessoa detida ou presa o solicitar, é, se possível, colocada num local de detenção ou de prisão relativamente próximo do seu local de residência habitual.

Princípio 21

1. É proibido abusar da situação da pessoa detida ou presa para a coagir a confessar, a incriminar-se por qualquer outro modo ou a testemunhar contra outra pessoa.

2. Nenhuma pessoa detida pode ser submetida, durante o interrogatório, a violência, ameaças ou métodos de interrogatório susceptíveis de comprometer a sua capacidade de decisão ou de discernimento.

Princípio 22

Nenhuma pessoa detida ou presa pode, ainda que com o seu consentimento, ser submetida a experiências médicas ou científicas susceptíveis de prejudicar a sua saúde.

Princípio 23

1. A duração de qualquer interrogatório a que seja sujeita a pessoa detida ou presa e dos intervalos entre os interrogatórios, bem como a identidade dos funcionários que os conduziram e de outros indivíduos presentes devem ser registadas e autenticadas nos termos prescritos pela lei.

2. A pessoa detida ou presa, ou o seu advogado, quando a lei o prever, devem ter acesso às informações mencionadas no n.º 1 do presente princípio.

Princípio 24

A pessoa detida ou presa deve beneficiar de um exame médico adequado, em prazo tão breve quanto possível após o seu ingresso no local de detenção ou prisão; posteriormente, deve beneficiar de cuidados e tratamentos médicos sempre que tal se mostre necessário. Esses cuidados e tratamentos são gratuitos.

Princípio 25

A pessoa detida ou presa ou o seu advogado têm, sem prejuízo das condições razoavelmente necessárias para assegurar a manutenção da segurança e da boa ordem de detenção ou de prisão, o direito de solicitar à autoridade judiciária ou outra autoridade um segundo exame médico ou opinião médica.

Princípio 26

O facto de a pessoa detida ou presa ser submetida a um exame médico, o nome do médico e dos resultados do referido exame devem ser devidamente registados. O acesso a esses registos deve ser garantido, sendo-o nos termos das normas aplicáveis do direito interno.

Princípio 27

A inobservância destes Princípios na obtenção de provas, deve ser tomada em consideração na determinação da admissibilidade dessas provas contra a pessoa detida ou presa.

Princípio 28

A pessoa detida ou presa tem direito a obter, dentro do limite dos recursos disponíveis, se provierem de fundos públicos, uma quantidade razoável de material educativo, cultural e informativo, sem prejuízo das

condições razoavelmente necessárias para assegurar a manutenção da segurança e da boa ordem no local de detenção ou de prisão.

Princípio 29

1. A fim de assegurar a estrita observância das leis e regulamentos aplicáveis os lugares de detenção devem ser regularmente inspeccionados por pessoas qualificadas e experientes, nomeadas por uma autoridade competente diferente da autoridade directamente encarregada da administração do local de detenção ou de prisão, e responsáveis perante ela.

2. A pessoa detida ou presa tem o direito de comunicar livremente e em regime de absoluta confidencialidade com as pessoas que inspeccionam os lugares de detenção ou de prisão, nos termos do n.º 1, sem prejuízo das condições razoavelmente necessárias para assegurar a manutenção da segurança e da boa ordem nos referidos lugares.

Princípio 30

1. Os tipos de comportamento da pessoa detida ou presa que constituam infracções disciplinares durante a detenção ou prisão, o tipo e a duração das sanções disciplinares aplicáveis e as autoridades com competência para impor essas sanções devem ser especificados por lei ou por regulamentos adoptados nos termos da lei e devidamente publicados.

2. A pessoa detida ou presa tem o direito de ser ouvida antes de contra ela serem tomadas medidas disciplinares. Tem o direito de impugnar estas medidas perante autoridade superior.

Princípio 31

As autoridades competentes devem garantir, quando necessário, e à luz do direito interno, assistência aos familiares a cargo da pessoa detida ou presa, nomeadamente aos menores, e devem assegurar, em especiais condições, a guarda dos menores deixados sem vigilância.

Princípio 32

1. A pessoa detida ou o seu advogado têm o direito de, em qualquer momento, interpor recurso nos termos do direito interno, perante uma autoridade judiciária ou outra autoridade para impugnar a legalidade da detenção e obter sem demora a libertação, no caso de aquela ser ilegal.

2. O processo previsto no n.º 1 deve ser simples e rápido, e gratuito para o detido que não disponha de meios suficientes. A autoridade responsável pela detenção deve apresentar, sem demora desrazoável, a pessoa detida à autoridade perante a qual o recurso foi interposto.

Princípio 33

1. A pessoa detida ou presa, ou o seu advogado, têm o direito de apresentar um pedido ou queixa relativos ao seu tratamento, nomeadamente no caso de tortura ou de outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, perante as autoridades responsáveis pela administração do local de detenção e autoridades superiores e, se necessário, perante autoridades competentes de controlo ou de recurso.

2. No caso de a pessoa detida ou presa ou o seu advogado não poderem exercer os direitos previstos no n.º 1 do presente princípio, estes poderão ser exercidos por um membro da família da pessoa detida ou presa, ou por qualquer outra pessoa que tenha conhecimento do caso.

3. O carácter confidencial do pedido ou da queixa é mantido se o requerente o solicitar.

4. O pedido ou queixa devem ser examinados prontamente e respondidos sem demora injustificada. No caso de indeferimento do pedido ou da queixa, ou em caso de demora excessiva, o requerente tem o direito de apresentar o pedido ou queixa perante uma autoridade judiciária ou outra autoridade. A pessoa detida ou presa, ou o requerente nos termos do n.º 1, não devem sofrer prejuízos pelo facto de terem apresentado um pedido ou queixa.

Princípio 34

Se uma pessoa detida ou presa morrer ou desaparecer durante a detenção ou prisão, a autoridade judiciária ou outra autoridade determinará a realização de uma investigação sobre as causas da morte ou do desaparecimento, oficiosamente ou a pedido de um membro da família dessa pessoa ou de qualquer outra pessoa que tenha conhecimento do caso. Quando as circunstâncias o justificarem, será instaurado um inquérito, seguindo termos processuais, idênticos se a morte ou o desaparecimento ocorrerem pouco depois de determinada a detenção ou prisão. As conclusões ou o relatório da investigação serão postos à disposição de quem o solicitar, salvo se esse pedido comprometer uma instrução criminal em curso.

Princípio 35

1. Os danos sofridos por actos ou omissões de um funcionário público que se mostrem contrários aos direitos previstos num dos presentes princípios serão passíveis de indemnização, nos termos das normas de direito interno aplicáveis em matéria de responsabilidade.

2. As informações registadas nos termos dos presentes princípios devem estar disponíveis, de harmonia com o direito interno aplicável, para efeito de pedidos de indemnização apresentados nos termos do presente princípio.

Princípio 36

1. A pessoa detida, suspeita ou acusada da prática de infracção penal presume-se inocente, devendo ser tratada como tal até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida, no decurso de um processo público, em que tenha gozado de todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Só se deve proceder à captura ou detenção da pessoa assim suspeita ou acusada, aguardando a abertura da instrução e julgamento, quando o requeiram necessidades da administração da justiça, pelos motivos, nas condições e segundo o processo prescritos por lei. É proibido impor a essa pessoa restrições que não sejam estritamente necessárias para

os fins da detenção, para evitar que dificulte a instrução ou a administração da justiça, ou para manter a segurança e a boa ordem no local de detenção.

Princípio 37

A pessoa detida pela prática de uma infracção penal deve ser presente a uma autoridade judiciária ou outra autoridade prevista por lei, prontamente após a sua captura. Essa autoridade decidirá sem demora da legalidade e da necessidade da detenção. Ninguém pode ser mantido em detenção aguardando a abertura da instrução ou julgamento salvo por ordem escrita da referida autoridade. A pessoa detida, quando presente a essa autoridade, tem o direito de fazer uma declaração sobre a forma como foi tratada enquanto em detenção.

Princípio 38

A pessoa detida pela prática de infracção penal tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de aguardar julgamento em liberdade.

Princípio 39

Salvo em circunstâncias especiais previstas por lei, a pessoa detida pela prática de infracção penal tem direito, a menos que uma autoridade judiciária ou outra autoridade decidam de outro modo no interesse da administração da justiça, a aguardar julgamento em liberdade, sujeita às condições impostas por lei. Essa autoridade manterá sob apreciação a questão da necessidade da detenção.

Cláusula Geral

Nenhuma disposição do presente Conjunto de Princípios será interpretada no sentido de restringir ou derrogar algum dos direitos definidos pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.



ÍNDICE



VII CONFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS

Relatórios nacionais:

BÉLGICA

La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'État,
à la lumière des modalités, du contenu et des effets des
décisions sur la constitutionnalité des normes juridiques.

*Etienne Gutt,
Louis-Paul Suetens, Jacques Velu*

9

FINLÂNDIA

Role of the judiciary in the control of normative acts in Finland

Mikael Hidén

57

FRANCE

La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'État,
à la lumière des modalités, du contenu et des effets des déci-
sions sur la constitutionnalité des normes juridiques.

75

GRÉCIA

La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'État 113

IRLANDA

Constitutional jurisdiction in the context of state powers as regards the modalities, contents and effects of the decisions on the constitutionality of legal standars 119

LIECHTENSTEIN

Der staatsgerichtshof des Furstentums Liechtenstein —
Funktion und kompetenzen

Josef Kuhne 133

LUXEMBURGO

Le controle de la Constitutionnalité des lois au Grand-Duché
du Luxembourg

François Goereus 159

PAÍSES-BAIXOS

Constitutional jurisdiction in the contexte of State Powers:
types, contents and effects of decisions on the constitutionality
of juridical rules.

P. Rehorts 169

POLÓNIA

Constitutional jurisdiction in the context of State Powers,
regarded under the sorts, contents and effects of the decisions
on the constitutionality of juridical rules.

*Cz. Bakalarski,
K. Dzialocha e L. Lukaszuk* 187

TURQUIA

Constitutional jurisdiction in the context of State Powers, regarded under the sorts, contents and effects of the decisions on the constitutionality of juridical rules 223

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

Constitutional jurisdiction in the context of State Powers, as regards the modalities, the contents, and the effects of the decisions on the constitutionality of juridical rules.

J. A. Frowein e M.E. Villiger 255

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs (fonctions) de l'État à la lumière des modalités, du contenu et des effets des décisions sur la constitutionnalité des normes juridiques: La Cour européenne des Droits de l'Homme.

*João de Deus Pinheiro Farinha e
Herbert Petzold* 297

DIREITO COMUNITÁRIO

A livre circulação de trabalhadores

Alberto Raposo 337

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 121 a 125:

Mathieu-Mohin e Clerfayt contra a Bélgica	403
Weeks contra o Reino Unido	405
Monnell e Morris contra o Reino Unido	407
Leander contra a Suécia	409
Ettl e outros contra a Áustria	411

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Sumário e texto da decisão proferida no caso Martins Moreira contra Portugal	412
Sumário e texto da decisão proferida no caso Oliveira Neves contra Portugal	437

Comissão Europeia dos Direitos do Homem

Sumário e texto da decisão da Comissão na queixa de X contra a Áustria	443
--	-----

ESTUDOS SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM

La jurisprudence de la Cour relative à l'article 6 de la Convention

F. Matscher 455

A vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias.

Pedro Maria Godinho Vaz Patto 473

ESTUDOS

La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers judiciaires et arbitraux en matière civile et commerciale au Portugal

A.M. Pessoa Vaz e J. Alvaro Dias 513

Procédure et Jugements provisoires

M. Ferreira da Silva 575

ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Nações Unidas

O conjunto de princípios para a protecção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão

Marta Santos Pais 617

Assinaturas podem ser pedidas a
Subscriptions may be addressed to
Abonnements pourront être adressés à

GABINETE DE GESTÃO FINANCEIRA — MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
PRAÇA DO COMÉRCIO — 1000 LISBOA — PORTUGAL

A restante correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
Other communications concerning this Review shall be addressed to
Toute autre correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
RUA DO VALE DE PEREIRO, 2 - 4.º — 1200 LISBOA — PORTUGAL
Tel.: 68 11 41 — Telex 42 701 PROLUR P



Composto
e impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
Lisboa